



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1994 Vol. 3

1^{er} cahier, 1994 Vol. 3

Cited as [1994] 3 S.C.R. 3-171

Renvoi [1994] 3 R.C.S. 3-171

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel on appeals are hereby notified that joint books of authorities are no longer required to be filed. The following procedures are to be followed when filing books of authorities:

1. Books of authorities are to be filed with the party's or intervenor's factum.
2. The appellant will file a book containing copies of those authorities upon which the appellant relies in support of the appellant's argument, whether referred to in the appellant's factum or to be referred to at the hearing of the appeal. Only relevant portions of the authority need be reproduced.
3. The respondent's book of authorities will contain only those additional authorities, or excerpts of authorities, that have not been reproduced by the appellant. Similarly, the intervenor's book of authorities will contain only those additional authorities, or excerpts of authorities, not contained in either the appellant's or respondent's books of authorities.
4. In addition to the requirements set out in Rule 37(2) and Rule 39, the following guidelines apply:
 - (i) The books of authorities may be printed on both sides of the pages.
 - (ii) Each case should be marked with a tab. Pages do not have to be numbered if the page numbers of the authority are clearly shown.
 - (iii) Relevant passages should be highlighted.
 - (iv) The cover of the book should be the same colour as the cover of the party's or intervenor's factum.
 - (v) Ten copies of each book of authorities must be filed.
5. In lengthy cases the Registrar may require parties to file a condensed book of evidence and authorities containing the excerpts of the evidence and authorities that will be referred in oral argument. The condensed book may be filed on the day of the appeal hearing.

This Practice Notice replaces the Practice Notice of December 1991.

November, 1994

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats sont avisés qu'ils ne sont plus tenus de déposer de recueils conjoints de jurisprudence et de doctrine. Les avocats doivent suivre la procédure suivante lorsqu'ils déposent les recueils de jurisprudence et de doctrine:

1. Chaque partie, y compris les intervenants, dépose avec son mémoire un recueil de jurisprudence et de doctrine.
2. L'appelant dépose un recueil contenant des copies des arrêts et ouvrages sur lesquels il entend s'appuyer dans son mémoire et à l'audition de l'appel. Seules les parties pertinentes des arrêts et ouvrages doivent être reproduites.
3. Le recueil de jurisprudence et de doctrine de l'intimé contient uniquement les arrêts et ouvrages, ou extraits de ceux-ci, qui n'ont pas été reproduits par l'appelant. De même, le recueil de jurisprudence et de doctrine de l'intervenant contient uniquement les arrêts et ouvrages, ou extraits de ceux-ci, qui ne figurent ni dans le recueil de jurisprudence et de doctrine de l'appelant, ni dans celui de l'intimé.
4. Outre les exigences du paragraphe 37(2) et de l'article 39 des *Règles*, les directives suivantes s'appliquent:
 - (i) Les textes du recueil peuvent être imprimés recto verso.
 - (ii) Chaque texte est marqué d'un onglet. La numérotation des pages du recueil n'est pas requise si la pagination de chaque texte est claire.
 - (iii) Les passages pertinents sont soulignés.
 - (iv) La couleur de la couverture du recueil de chaque partie, y compris celle des intervenants, est identique à celle de leur mémoire respectif.
 - (v) Dix copies de chaque recueil de jurisprudence et de doctrine sont déposées.
5. Si une affaire commande une documentation abondante, le registraire peut demander aux parties de déposer un recueil condensé de preuve, de jurisprudence et de doctrine, comportant les extraits de la preuve et des arrêts et ouvrages qui seront invoqués au cours de la plaidoirie. Le recueil condensé peut être déposé le jour de l'audition de l'appel.

Le présent avis remplace l'avis de décembre 1991.

ANNE ROLAND

REGISTRAR REGISTRAIRE

Novembre 1994

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel on appeals are reminded of the provisions of section 62 of the *Supreme Court Act* and Rule 33 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, respecting the contents of the case on appeal.

Section 62 of the Act says that an appeal shall be on a case to be stated by the parties, or as settled by a judge of the court appealed from in the event of a dispute between the parties. Section 62(2) sets out the elements of a case: the judgment objected to, and so much of the pleadings, evidence, affidavits and documents as is necessary to raise the question for the decision of the Court. Rule 33 sets out the requirements for assembly and printing of the case on appeal and refers to section 62 of the Act for the requirements as to the content of the case on appeal.

Parties, therefore, are not required to include in the case on appeal all the evidence, affidavits and exhibits, if these are not necessary to raise the question for the Court. Failure to respect the requirements of section 62 has led to excessively voluminous cases on appeal.

To reduce the volume of material filed on appeals, counsel are asked to carefully examine the material to be included in the case on appeal with the provisions of section 62 in mind.

Further, counsel are advised that, if agreed upon by the parties, it is acceptable to file one copy of the case on appeal which contains all material filed before the court appealed from, together with twenty-four copies of a supplemental case on appeal which contains the judgments of the lower courts, and only those parts of the pleadings and evidence necessary to a consideration of the appeal.

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats sont priés de respecter les dispositions de l'article 62 de la *Loi sur la Cour suprême* et de l'article 33 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, concernant le contenu du dossier conjoint.

Aux termes de l'article 62 de la Loi, l'appel se fonde sur le dossier présenté par les parties ou, en cas de désaccord entre elles, établi par un juge de la juridiction inférieure. Le paragraphe 62(2) énumère les éléments du dossier: le jugement contesté et tous les éléments — notamment actes de procédures, preuves et affidavits — nécessaires à la recevabilité de l'appel par la Cour. L'article 33 des Règles énonce les conditions d'assemblage et d'impression du dossier et renvoie à l'article 62 de la Loi pour les conditions relatives au contenu du dossier.

Par conséquent, les parties ne sont pas tenues d'inclure dans le dossier les éléments — preuves, affidavits et pièces — qui ne sont pas nécessaires à la recevabilité de l'appel par la Cour. Le non-respect des exigences de l'article 62 a donné lieu à des dossiers excessivement volumineux.

Afin de réduire le volume des documents déposés, les avocats sont priés de considérer soigneusement les documents à inclure dans le dossier en tenant compte de l'article 62.

En outre, les avocats sont avisés que, si les parties en conviennent, elles peuvent déposer une copie du dossier qui contient tous les documents déposés devant la juridiction inférieure, ainsi que vingt-quatre copies du dossier supplémentaire qui contient les décisions des juridictions inférieures, et les seules parties des actes de procédure et de la preuve qui sont nécessaires à l'examen de l'appel.

ANNE ROLAND

REGISTRAR REGISTRAIRE

November, 1994

Novembre 1994

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel practising before the Court are asked to file a copy of the reasons for judgment of the court appealed from when filing a notice of appeal as of right pursuant to the provisions of the *Criminal Code*. Although the *Rules of the Supreme Court of Canada* do not require that the reasons for judgment be filed prior to the filing of the case on appeal, the request is made to assist in our case management.

The cooperation of counsel with this directive is greatly appreciated.

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats qui plaident devant la Cour sont priés de déposer un exemplaire des motifs de jugement de la juridiction inférieure en déposant l'avis d'appel de plein droit conformément aux dispositions du *Code criminel*. Même si les *Règles de la Cour suprême du Canada* n'exigent pas que ces motifs de jugement soient déposés avant le dépôt du dossier, la présente demande a pour but de faciliter la gestion de nos dossiers.

La collaboration des avocats à cet égard sera vivement appréciée.

ANNE ROLAND

REGISTRAR REGISTRAIRE

November, 1994

Novembre 1994

NOTICE TO THE PROFESSION

Following renovations, the Library of the Supreme Court of Canada reopened on November 1st, 1994.

The Library is located on the third floor of the Supreme Court of Canada building and can be reached through the east elevator.

Opening hours are from 9:00 a.m. to 5:00 p.m. Monday to Friday except for statutory holidays. During July and August, the library closes at 4:00 p.m. on Friday.

AVIS AUX AVOCATS

À la suite des travaux de rénovation, la Bibliothèque de la Cour suprême du Canada a rouvert le 1^{er} novembre 1994.

La Bibliothèque est située au 3^e étage. Pour y accéder, veuillez utiliser l'ascenseur de l'est.

La Bibliothèque est ouverte de 9 h à 17 h, du lundi au vendredi à l'exception des jours fériés. Durant les mois de juillet et août, la Bibliothèque ferme à 16 h le vendredi.

ANNE ROLAND

REGISTRAR REGISTRAIRE

November, 1994

Novembre 1994

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISELE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

CONTENTS

Buanderie centrale de Montréal Inc. v. Montreal (City); Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain v. Montreal (City)..... 29

Municipal law — Real estate valuation — Tax-exempt immovables — Public establishments — Whether appellants can be assimilated to public establishments they serve and benefit from tax exemption — Interpretation of tax legislation — *Alter ego* theory — Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, ss. 204(14), 236(1.1).

Municipal law — Taxation — Action to set aside entries on real estate valuation roll — Prescription — Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, s. 172.

Taxation — Legislation — Rules for interpreting tax legislation.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

Arrêtiistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISELE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

SOMMAIRE

Buanderie centrale de Montréal Inc. c. Montréal (Ville); Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain c. Montréal (Ville)..... 29

Droit municipal — Évaluation foncière — Immeubles exempts de taxes — Établissements publics — Les appelants peuvent-ils être assimilés aux établissements publics qu'ils desservent et bénéficier d'une exemption fiscale? — Interprétation des lois fiscales — Théorie de l'*alter ego* — Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 204(14), 236(1.1).

Droit municipal — Taxation — Action en nullité d'inscriptions au rôle d'évaluation foncière — Prescription — Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 172.

Droit fiscal — Législation — Règles d'interprétation des lois fiscales.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Partagec Inc. v. Québec (Communauté urbaine)..... 57

Municipal law — Real estate valuation — Tax-exempt immovables — Public establishments — Whether appellant can be assimilated to public establishments it serves and benefit from tax exemption — Interpretation of tax legislation — *Alter ego* theory — Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, ss. 204(14), 236(1.1).

Taxation — Legislation — Rules for interpreting tax legislation.

Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours..... 3

Municipal law — Real estate valuation — Tax-exempt immovables — Reception centres — Whether appellant can qualify as reception centre and benefit from tax exemption — Interpretation of tax legislation — Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, s. 204(14) — Act respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 1(k), 12.

Taxation — Legislation — Rules for interpreting tax legislation.

R. v. Borden 145

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Right to be informed of reason for arrest and to be informed of right to counsel — Arrest made for sexual assault — Identity of assailant in earlier sexual assault unknown — Detainee advised of right to counsel on arrest before making statement with respect to second assault and before giving written statement — Police requesting hair and blood samples primarily for comparative DNA testing in order to determine identity of first assailant — Detainee not told of investigation into first assault or informed of his right to counsel in that regard — Whether or not unreasonable search and seizure contrary to s. 8 of the Charter — Whether or not s. 10 right to be informed of reason for detention and of right to counsel violated with respect to investigation of first assault — Whether or not evidence of analysis results would bring administration of justice into disrepute and therefore should be excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(a), (b), 24(2).

Criminal law — Investigations — Arrest made for sexual assault — Identity of assailant in earlier sexual assault unknown — Detainee advised of right to counsel on arrest, before making statement with respect to second assault and before giving written statement — Police requesting hair and blood samples primarily for comparative DNA testing in order to determine identity of first assailant — Detainee not told of investigation into first assault or informed of his right to counsel in that regard — Whether or not unreasonable search and seizure contrary to s. 8 of the Charter — Whether or not s. 10 right to be informed of reason for detention and of right to counsel violated with respect to investigation of first assault — Whether or not evidence of analysis results would bring administration of justice into disrepute and therefore should be

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Partagec Inc. c. Québec (Communauté urbaine)..... 57

Droit municipal — Évaluation foncière — Immeubles exempts de taxes — Établissements publics — L'appelante peut-elle être assimilée aux établissements publics qu'elle dessert et bénéficier d'une exemption fiscale? — Interprétation des lois fiscales — Théorie de l'*alter ego* — Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 204(14), 236(1.1).

Droit fiscal — Législation — Règles d'interprétation des lois fiscales.

Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours..... 3

Droit municipal — Évaluation foncière — Immeubles exempts de taxes — Centres d'accueil — L'appelante peut-elle se qualifier comme centre d'accueil et bénéficier d'une exemption fiscale? — Interprétation des lois fiscales — Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 204(14) — Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 1k), 12.

Droit fiscal — Législation — Règles d'interprétation des lois fiscales.

R. c. Borden 145

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Droit d'être informé des motifs de l'arrestation et du droit à l'assistance d'un avocat — Arrestation pour agression sexuelle — Identité de l'auteur d'une agression sexuelle antérieure inconnue — Détenu informé de son droit à l'assistance d'un avocat au moment de son arrestation avant de faire une déclaration orale au sujet de la seconde agression et une déclaration écrite — Policiers demandant des échantillons de sang et de cheveux dans le but premier d'en comparer le profil génétique (ADN) afin de déterminer l'identité du premier agresseur — Détenu non informé de l'enquête sur la première agression ou de son droit à l'assistance d'un avocat à cet égard — Y a-t-il eu fouille, perquisition ou saisie abusive au sens de l'art. 8 de la Charte? — Le droit d'être informé des motifs de la détention et le droit à l'assistance d'un avocat garantis par l'art. 10 ont-ils été violés en ce qui concerne l'enquête sur la première agression? — La preuve des résultats de l'analyse est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et devrait-elle donc être écartée en vertu de l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10a), b), 24(2).

Droit criminel — Enquêtes — Arrestation pour agression sexuelle — Identité de l'auteur d'une agression sexuelle antérieure inconnue — Détenu informé de son droit à l'assistance d'un avocat au moment de son arrestation avant de faire une déclaration orale au sujet de la seconde agression et une déclaration écrite — Policiers demandant des échantillons de sang et de cheveux dans le but premier d'en comparer le profil génétique (ADN) afin de déterminer l'identité du premier agresseur — Détenu non informé de l'enquête sur la première agression

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(a), (b), 24(2).

R. v. Daviault..... 63

Criminal law — Sexual assault — *Mens rea* — Intoxication — Accused acquitted of sexual assault on account of his extreme intoxication at time of incident — Acquittal overturned on appeal — Whether evidence of extreme intoxication tantamount to state of automatism can negative intent required for general intent offence.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Accused acquitted of sexual assault on account of his extreme intoxication at time of incident — Acquittal overturned on appeal — Whether rule that mental element of general intent offence cannot be negated by drunkenness violates principles of fundamental justice — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Accused acquitted of sexual assault on account of his extreme intoxication at time of incident — Acquittal overturned on appeal — Whether rule that mental element of general intent offence cannot be negated by drunkenness violates presumption of innocence — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d).

R. v. Kent..... 133

Criminal law — Keeping gambling devices — Whether trial judge erred in law by requiring Crown to prove that devices were actually used for purpose of gambling — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 202(1)(b).

Criminal law — Appeals — Crown appeal — Question of law — Whether trial judge erred in law by requiring Crown to prove that devices were actually used for purpose of gambling — Whether Court of Appeal erred in setting aside acquittal and ordering new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

SOMMAIRE (Fin)

ou de son droit à l'assistance d'un avocat à cet égard — Y a-t-il eu fouille, perquisition ou saisie abusive au sens de l'art. 8 de la Charte? — Le droit d'être informé des motifs de la détention et le droit à l'assistance d'un avocat garantis par l'art. 10 ont-ils été violés en ce qui concerne l'enquête sur la première agression? — La preuve des résultats de l'analyse est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et devrait-elle donc être écartée en vertu de l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10a), b), 24(2).

R. c. Daviault..... 63

Droit criminel — Agression sexuelle — *Mens rea* — Intoxication — Accusé acquitté d'agression sexuelle en raison de son état d'intoxication extrême au moment de l'incident — Acquittement infirmé en appel — La preuve d'une intoxication extrême équivalant à un état d'automatisme peut-elle servir à réfuter l'intention requise pour une infraction d'intention générale?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Accusé acquitté d'agression sexuelle en raison de son état d'intoxication extrême au moment de l'incident — Acquittement infirmé en appel — La règle selon laquelle l'élément moral d'une infraction d'intention générale ne peut être réfuté par l'ivresse viole-t-elle les principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Accusé acquitté d'agression sexuelle en raison de son état d'intoxication extrême au moment de l'incident — Acquittement infirmé en appel — La règle selon laquelle l'élément moral d'une infraction d'intention générale ne peut être réfuté par l'ivresse viole-t-elle la présomption d'innocence? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d).

R. c. Kent..... 133

Droit criminel — Garde de dispositifs de jeu — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit en exigeant du ministère public qu'il fasse la preuve que les dispositifs servaient réellement au jeu? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 202(1)b).

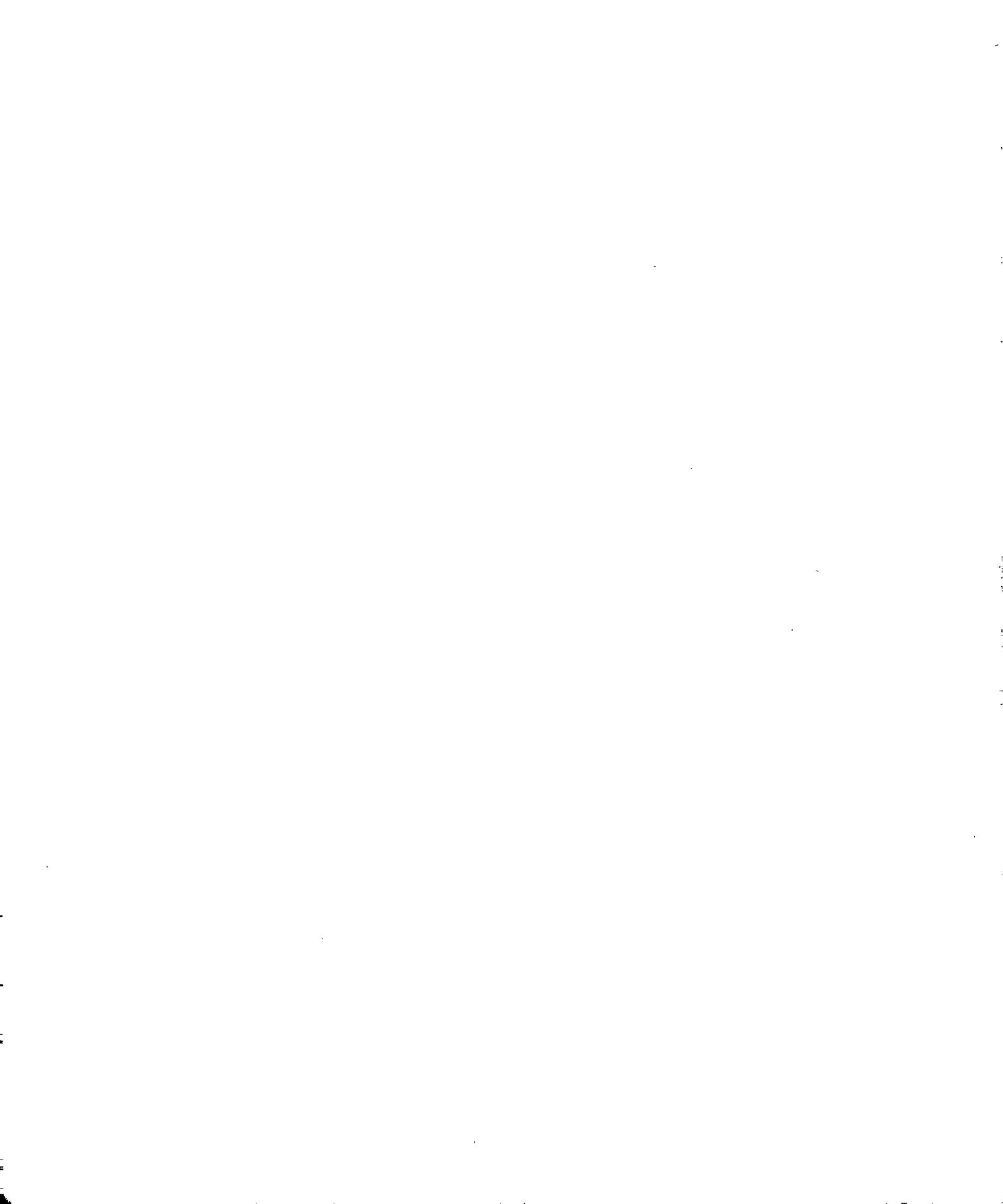
Droit criminel — Appels — Appel du ministère public — Question de droit — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit en exigeant du ministère public qu'il fasse la preuve que les dispositifs servaient réellement au jeu? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant l'acquittement et en ordonnant la tenue d'un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 676(1)a).

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 3, 1994

3^e volume, 1994



**Corporation Notre-Dame de Bon-
Secours** *Appellant*

v.

**Communauté urbaine de Québec and City
of Québec** *Respondents*

and

**Bureau de révision de l'évaluation foncière
du Québec** *Respondent*

and

**The Attorney General of
Québec** *Respondent*

INDEXED AS: QUÉBEC (COMMUNAUTÉ URBAINE) v. CORP.
NOTRE-DAME DE BON-SECOURS

File No.: 23014.

1994: May 25; 1994: September 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Municipal law — Real estate valuation — Tax-exempt
immovables — Reception centres — Whether appellant
can qualify as reception centre and benefit from tax
exemption — Interpretation of tax legislation — Act
respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, s.
204(14) — Act respecting Health Services and Social
Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 1(k), 12.*

*Taxation — Legislation — Rules for interpreting tax
legislation.*

The appellant is a non-profit corporation created in
1964 for the purpose of providing low rental housing to
indigent elderly persons. There are over 450 residents at
the appellant's facilities, which have been in operation
since 1969. Of this total, 20 are located in the shelter
section, for which the appellant holds a permit issued
pursuant to the *Act respecting Health Services and
Social Services* ("A.H.S.S.S."). This permit authorizes it

**La Corporation Notre-Dame de Bon-
Secours** *Appelante*

a c.

**La Communauté urbaine de Québec et la
ville de Québec** *Intimées*

b et

**Le Bureau de révision de l'évaluation
foncière du Québec** *Intimé*

c et

Le procureur général du Québec *Intimé*

d

RÉPERTORIÉ: QUÉBEC (COMMUNAUTÉ URBAINE) c. CORP.
NOTRE-DAME DE BON-SECOURS

e N° du greffe: 23014.

1994: 25 mai; 1994: 30 septembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

f

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit municipal — Évaluation foncière — Immeubles
exempts de taxes — Centres d'accueil — L'appelante
peut-elle se qualifier comme centre d'accueil et bénéfi-
cier d'une exemption fiscale? — Interprétation des lois
fiscales — Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch.
F-2.1, art. 204(14) — Loi sur les services de santé et les
services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 1k), 12.*

*Droit fiscal — Législation — Règles d'interprétation
des lois fiscales.*

L'appelante est une corporation sans but lucratif éta-
blie en 1964 dans le but de fournir des logements à loyer
modique aux personnes âgées peu fortunées. En opéra-
tion depuis 1969, les installations de l'appelante abritent
plus de 450 résidents. De ce total, 20 résidents sont
regroupés dans la section hébergement pour laquelle
l'appelante détient un permis délivré en vertu de la *Loi
sur les services de santé et les services sociaux*

to operate a private reception centre for 20 persons. The government pays part of their room and board and exercises a measure of control to ensure that all the places in the shelter section are filled. The remainder of the facilities receive no government grant and are managed entirely by the appellant. The services offered are provided for all residents and the premises in general are designed to meet the special needs of the elderly. The criteria for admission are a minimum age of 60, a low income and physical and psychological autonomy. In 1982 an assessor found that 89 percent of the total area of the property was reserved for apartments and that the shelter section and the community services took up 11 percent. He therefore gave the appellant a real estate tax exemption for 1980 to 1984 of 11 percent. The appellant claimed the reception centre exemption provided for in s. 204(14) of the *Act respecting Municipal Taxation* ("A.M.T.") for all its facilities, in view of the nature of its mission, and filed a complaint with the Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec ("BREF"). The BREF allowed its complaint and found that the appellant's activities are those of a reception centre and exempted its facilities from all real estate taxes for 1980 to 1984. The Provincial Court affirmed that decision but the Court of Appeal reversed the judgment of the Provincial Court and held that the exemption did not apply to 89 percent of the appellant's surface area.

Held: The appeal should be allowed.

The principles that should guide the courts in interpreting tax legislation are as follows: (1) The interpretation of tax legislation is subject to the ordinary rules of interpretation; (2) A legislative provision should be given a strict or liberal interpretation depending on the purpose underlying it, and that purpose must be identified in light of the context of the statute, its objective and the legislative intent; (3) This teleological approach will favour the taxpayer or the tax department depending solely on the legislative provision in question, and not on the existence of predetermined presumptions; (4) Substance should be given precedence over form to the extent that this is consistent with the wording and objective of the statute; (5) Only a reasonable doubt, not resolved by the ordinary rules of interpretation, will be settled by recourse to the residual presumption in favour of the taxpayer.

(«L.S.S.S.S.»). Ce permis l'autorise à exploiter un centre d'accueil privé pouvant accueillir 20 personnes. L'État assume une partie de leur pension et exerce un certain contrôle pour s'assurer que toutes les places de la section hébergement sont occupées. Le reste des installations ne fait l'objet d'aucune subvention gouvernementale et est entièrement géré par l'appelante. Les services offerts sont à la disposition de tous les résidents et les lieux sont aménagés, dans leur ensemble, pour répondre aux besoins particuliers des personnes âgées. Les critères d'admission sont l'âge minimum de 60 ans, la modicité des revenus ainsi que l'autonomie physique et psychologique. En 1982, un évaluateur constate que 89 pour 100 de la superficie totale de l'immeuble est réservée à des logements et que la section hébergement et les services communautaires en occupent 11 pour 100. Il accorde donc à l'appelante une exemption de taxes foncières de 11 pour 100 pour les années 1980 à 1984. L'appelante prétend bénéficier de l'exemption relative au centre d'accueil prévue au par. 204(14) de la *Loi sur la fiscalité municipale* («L.F.M.») pour l'ensemble de ses installations, étant donné la nature de sa vocation, et porte plainte devant le Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec («BREF»). Le BREF accueille sa plainte et conclut que les activités de l'appelante sont celles d'un centre d'accueil et exempte ses installations de toute taxe foncière pour les années 1980 à 1984. La Cour provinciale confirme cette décision mais la Cour d'appel infirme le jugement de la Cour provinciale et déclare que, pour 89 pour 100 de sa superficie, l'exemption ne s'applique pas à l'appelante.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les principes qui doivent guider les tribunaux dans l'interprétation des lois fiscales sont les suivants: (1) L'interprétation des lois fiscales est soumise aux règles ordinaires d'interprétation; (2) Qu'une disposition législative reçoive une interprétation stricte ou libérale sera déterminé par le but qui la sous-tend, qu'on aura identifié à la lumière du contexte de la loi, de l'objet de celle-ci et de l'intention du législateur; (3) Que cette approche téléologique favorise le contribuable ou le fisc dépendra uniquement de la disposition législative en cause et non de l'existence de présomptions préétablies; (4) Primauté devrait être accordée au fond sur la forme dans la mesure où cela est compatible avec le texte et l'objet de la loi; (5) Seul un doute raisonnable et non dissipé par les règles ordinaires d'interprétation sera résolu par le recours à la présomption résiduelle en faveur du contribuable.

In light of these rules of interpretation, the appellant may benefit from the tax exemption provided for in s. 204(14) *A.M.T.* for all its facilities. First, on the facts found by the BREF the appellant's facilities can be classified in their entirety as a reception centre within the meaning of ss. 1(k) and 12(b) *A.H.S.S.S.* To be treated as a reception centre an establishment must first offer certain services; it must then place these services at the disposal of persons whose condition requires them. Lodging is a service sufficient in itself to meet the requirements of the "services" part of the definition in s. 1(k). It is not necessary to offer the full range of services enumerated in that paragraph. For the "need" part, age is sufficient as such to justify a need to be treated or kept in a protected residence, regardless of any physical, personality, psycho-social or family deficiency. The notion of care cannot be limited to a purely therapeutic aspect. As to the concept of a protected residence in s. 1(k), for which no definition is given in the *A.H.S.S.S.*, it should not be given a narrower meaning than that of a residence providing a secure location adapted to the special physical and mental needs of the people for whom it was designed and whom it serves. Second, the appellant's entire facilities are used for the purposes provided by the *A.H.S.S.S.*, as stipulated by s. 204(14). Just as the autonomy of elderly persons at the time of their admission cannot be the decisive test in determining the concept of need provided for in s. 1(k), it also cannot be used to determine whether the appellant's facilities are being used for the purposes provided by the *A.H.S.S.S.* The answer to that question will depend entirely on the finding that in fact these facilities are designed and adapted for accommodating the elderly with a real need, though that need may be variable in degree or immediacy. Here the BREF found that the services provided by the appellant, taken together with the needs of its residents, lead to the conclusion that it must be classified in its entirety as a reception centre for the purposes of the *A.H.S.S.S.* Though aware of the existence of s. 2 *A.M.T.*, which allows the assessment unit to be divided, the BREF nevertheless considered that the appellant was operating facilities which as a whole met the two parts of the definition of a reception centre. The decision of the BREF, a specialized tribunal, discloses no error subject to review on appeal. Finally, a reception centre may be exempt from real estate taxes even if it does not hold a permit

À la lumière de ces principes d'interprétation, l'appelante peut bénéficier, pour l'ensemble de ses installations, de l'exemption fiscale prévue au par. 204(14) *L.F.M.* D'une part, la totalité des installations de l'appelante, selon les faits constatés par le BREF, peut être qualifiée de centre d'accueil au sens des al. 1k) et 12b) *L.S.S.S.S.* Pour être considéré comme un centre d'accueil, un établissement doit d'abord offrir certains services; il doit ensuite mettre ces services à la disposition de personnes dont l'état le requiert. Le logement est un service suffisant en lui-même pour répondre aux exigences du volet «services» de la définition de l'al. 1k). Il n'est pas nécessaire d'offrir la gamme entière des services énumérés à cet alinéa. Quant au volet «besoin», l'âge est suffisant en tant que tel pour justifier un besoin d'être soigné ou gardé en résidence protégée, et ce, indépendamment de toute déficience physique, caractérielle, psychosociale ou familiale. La notion de soins ne saurait être restreinte à une dimension purement thérapeutique. Quant au concept de résidence protégée à l'al. 1k), pour lequel on ne trouve pas de définition dans la *L.S.S.S.S.*, il ne devrait pas recevoir d'acception plus étroite que celle de résidence offrant un cadre sécuritaire adapté aux besoins physiques et moraux particuliers de la population pour laquelle elle a été conçue et qu'elle dessert. D'autre part, l'ensemble des installations de l'appelante sert aux fins prévues par la *L.S.S.S.S.*, comme le prescrit le par. 204(14). Tout comme l'autonomie des personnes âgées au moment de leur admission ne saurait être le critère déterminant pour évaluer la notion de besoin prévue à l'al. 1k), on ne peut non plus s'en prévaloir pour décider si les installations de l'appelante servent aux fins prévues par la *L.S.S.S.S.* La réponse à cette question repose entièrement sur la constatation que dans les faits, ces installations sont conçues et adaptées pour recevoir des personnes âgées dont le besoin est réel même s'il peut être variable, en degré ou en imminence. En l'espèce, le BREF a constaté que les services offerts par l'appelante, conjugués aux besoins de ses résidents, font en sorte que cette dernière doit être entièrement qualifiée de centre d'accueil aux yeux de la loi. Conscient de l'existence de l'art. 2 *L.F.M.*, qui permet de scinder l'unité d'évaluation, le BREF a néanmoins estimé que l'appelante exploitait des installations qui, globalement, répondaient aux deux volets de la définition de centre d'accueil. La décision du BREF, tribunal spécialisé, ne fait pas voir

required by the *A.H.S.S.S.* Similarly, there is nothing to indicate that failure to observe the requirement provided for in s. 18.1 *A.H.S.S.S.* — submission of admission criteria to the Conseil régional de la santé et des services sociaux or the Minister responsible, for approval — will as such affect the status of an establishment as a reception centre. The decision of the BREF must therefore be restored.

Cases Cited

Distinguished: *Services de santé et services sociaux* — 7, [1987] C.A.S. 579; **referred to:** *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *The Queen v. Golden*, [1986] 1 S.C.R. 209; *Ville de Montréal v. ILGWU Center Inc.*, [1974] S.C.R. 59; *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46; *The Queen v. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 288; *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Ville de Québec v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, Prov. Ct. Québec, No. 200-02-008522-793, November 27, 1980, unreported.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 1(a) [am. 1981, c. 22, s. 40], (b), (c), (k) [repl. 1979, c. 85, s. 82], 3, 9, 10 [am. 1981, c. 22, s. 41], 11, 12(a), (b), 18.1 [ad. *idem*, s. 43; am. 1983, c. 54, s. 72], 76, 82 [repl. 1981, c. 22, s. 63].
Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, ss. 2, 204(14) [repl. 1980, c. 34, s. 27], (15).
Public Charities Act, R.S.Q. 1964, c. 216.

Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Morgan, Vivien. "Stuart: What the Courts Did Next" (1987), 35 *Can. Tax J.* 155.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1993] R.L. 68, 47 Q.A.C. 47, reversing a judgment of the Provincial Court rendered on May 19, 1987, affirming a decision of the Bureau

d'erreur susceptible de fonder réformation en appel. Enfin, un centre d'accueil peut être exempt de taxes foncières même s'il n'est pas détenteur du permis exigé par la *L.S.S.S.S.* De même, rien n'indique que le défaut d'un établissement de respecter l'exigence prévue à l'art. 18.1 *L.S.S.S.S.* — soumission pour approbation des critères d'admission au Conseil régional de la santé et des services sociaux ou au Ministre responsable — affecte en soi le statut de centre d'accueil d'un établissement. La décision du BREF doit donc être rétablie.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *Services de santé et services sociaux* — 7, [1987] C.A.S. 579; **arrêts mentionnés:** *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *La Reine c. Golden*, [1986] 1 R.C.S. 209; *Ville de Montréal c. ILGWU Center Inc.*, [1974] R.C.S. 59; *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46; *La Reine c. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 288; *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Ville de Québec c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, C.P. Québec, n° 200-02-008522-793, 27 novembre 1980, inédit.

Lois et règlements cités

Loi de l'assistance publique, S.R.Q. 1964, ch. 216.
Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 2, 204(14) [repl. 1980, ch. 34, art. 27], (15).
Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 1a) [mod. 1981, ch. 22, art. 40], b), c), k) [repl. 1979, ch. 85, art. 82], 3, 9, 10 [mod. 1981, ch. 22, art. 41], 11, 12a), b), 18.1 [aj. *idem*, art. 43; mod. 1983, ch. 54, art. 72], 76, 82 [repl. 1981, ch. 22, art. 63].

h Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Morgan, Vivien. «Stuart: What the Courts Did Next» (1987), 35 *Can. Tax J.* 155.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1993] R.L. 68, 47 Q.A.C. 47, qui a infirmé un jugement de la Cour provinciale rendu le 19 mai 1987, qui avait confirmé une décision du

de révision de l'évaluation foncière du Québec, [1985] B.R.E.F. 130. Appeal allowed.

André Bois and André Lemay, for the appellant.

Estelle Alain, for the respondents the Communauté urbaine de Québec and the City of Québec.

No one appeared for the respondent the Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec.

Alain Tanguay, for the respondent the Attorney General of Quebec.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. — The issue in this case is whether the appellant, an institution devoted to the welfare of elderly persons living under the poverty line, may benefit from the tax exemption provided for in s. 204(14) of the *Act respecting Municipal Taxation*, R.S.Q., c. F-2.1 (“A.M.T.”) for all its facilities. There are two main questions: (1) What are the principles that should guide the courts in interpreting tax legislation? (2) In light of these principles, can the appellant qualify as a reception centre within the meaning of s. 12 of the *Act respecting Health Services and Social Services*, R.S.Q., c. S-5 (“A.H.S.S.S.”), referred to in s. 204(14) A.M.T.?

I — Facts

The appellant, the Corporation Notre-Dame de Bon-Secours, is a non-profit corporation created in 1964 for the purpose of providing low rental housing to indigent elderly persons. On June 16, 1967 the Sœurs de la Congrégation de Notre-Dame conveyed to the appellant for one dollar the land on which it would erect the facilities for use in carrying out its mission, facilities to be known as “La Champenoise” (which we will use to refer to the appellant). Its construction began in 1968 and it was officially opened in November 1969.

Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec, [1985] B.R.E.F. 130. Pourvoi accueilli.

André Bois et André Lemay, pour l'appelante.

Estelle Alain, pour les intimées la Communauté urbaine de Québec et la ville de Québec.

Personne n'a comparu pour l'intimé le Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec.

Alain Tanguay, pour l'intimé le procureur général du Québec.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — Il s'agit en l'espèce de savoir si l'appelante, une institution vouée au bien-être des personnes âgées vivant sous le seuil de la pauvreté, peut bénéficier de l'exemption fiscale prévue au par. 204(14) de la *Loi sur la fiscalité municipale*, L.R.Q., ch. F-2.1 («L.F.M.»), pour l'ensemble de ses installations. Deux questions principales se posent: (1) Quels sont les principes qui doivent guider les tribunaux dans l'interprétation des lois fiscales? (2) À la lumière de ces principes, l'appelante peut-elle se qualifier comme centre d'accueil au sens de l'art. 12 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-5 («L.S.S.S.S.»), auquel le par. 204(14) L.F.M. renvoie?

I — Les faits

L'appelante, Corporation Notre-Dame de Bon-Secours, est une corporation sans but lucratif établie en 1964 et dont l'objectif est de fournir des logements à loyer modique aux personnes âgées peu fortunées. Le 16 juin 1967, les Sœurs de la Congrégation de Notre-Dame cèdent à l'appelante pour la somme de 1 \$ le terrain sur lequel seront érigées les installations qui lui permettront d'accomplir sa mission et seront connues sous le nom de «La Champenoise» (que nous employons pour désigner l'appelante). Sa construction débute en 1968 et son ouverture officielle a lieu en novembre 1969.

There are 456 people at La Champenoise, with an average age of 83. The residents' annual income varies between \$6,000 and \$9,000 and 80 percent of the people at the establishment are women. Of the total number of residents, 20 are physically located in a single sector of the establishment known as the shelter section, for which La Champenoise holds a permit issued pursuant to the A.H.S.S.S. authorizing it to operate a private reception centre for 20 residents. The shelter section apartments are similar to those of other residents, except that they have no kitchenette. Part of the room and board of the residents of this section is borne by the government, which pays a *per diem* allowance. The government also exercises a measure of control to ensure that the 20 places are filled. The remainder of the facilities receive no government grant and are managed entirely by La Champenoise. Its administrators and managers work as volunteers.

In addition to the services of a resident priest, the chapel, an infirmary which is accessible 24 hours a day, the cafeteria and the social activities which La Champenoise provides for all residents, it should also be noted that the premises in general are physically designed to meet the special needs of the elderly. Thus, *inter alia*, there are ramps, there are no door sills, electrical outlets are 24 inches from the ground and bathrooms are equipped with support bars.

The criteria for admission to La Champenoise are a minimum age of 60, a low income and physical and psychological autonomy. The latter factor is not, however, a requirement for staying on in the establishment, since it appears that elderly persons may remain in the premises despite a subsequent deterioration in their health. In his testimony given in 1984 the director general of La Champenoise noted that places which became vacant were offered to applicants who had made their applications for admission in 1976: there was a considerable waiting list of 1,800 persons.

La Champenoise abrite 456 personnes dont l'âge moyen est de 83 ans. Le revenu annuel des résidents oscille entre 6 000 \$ et 9 000 \$ et la population de l'établissement est féminine à 80 pour 100.

^a Du nombre total des résidents, 20 personnes sont physiquement regroupées dans un même secteur de l'établissement appelé la section hébergement, pour laquelle La Champenoise détient un permis délivré en vertu de la L.S.S.S.S., qui l'autorise à exploiter un centre d'accueil privé pouvant accueillir 20 bénéficiaires. Les appartements de la section hébergement sont semblables à ceux des autres résidents, à la différence qu'on n'y retrouve pas de cuisinette. Les bénéficiaires de cette section voient une partie de leur pension assumée par l'État qui verse un *per diem*. L'État exerce également un certain contrôle pour s'assurer que les 20 places sont occupées. Le reste des installations ne fait l'objet d'aucune subvention gouvernementale et est entièrement géré par La Champenoise. Ses administrateurs et dirigeants y travaillent d'ailleurs bénévolement.

^e Outre les services d'un prêtre résident, la chapelle, l'infirmerie accessible 24 heures sur 24, la cafétéria et les activités sociales, que La Champenoise met à la disposition de tous les résidents, on note que les lieux sont physiquement aménagés, dans leur ensemble, pour répondre aux besoins particuliers des personnes âgées. C'est ainsi, notamment, qu'on y retrouve des rampes d'accès, que les seuils de porte sont absents, que les prises de courant se situent à 24 pouces du sol et que les salles de bain sont pourvues de barres d'appui.

^h Les critères d'admission à La Champenoise sont l'âge minimum de 60 ans, la modicité des revenus ainsi que l'autonomie physique et psychologique. Ce dernier élément n'est toutefois pas un critère de maintien dans l'établissement, puisqu'il appert que les personnes âgées peuvent demeurer dans les lieux en dépit d'une détérioration subséquente de leur état de santé. Lors de son témoignage, rendu en 1984, le directeur général de La Champenoise souligne que les places qui se libèrent sont offertes à des postulants qui avaient fait leur demande d'admission en 1976; il y avait, en effet, une imposante liste d'attente de 1 800 personnes.

In 1982 an assessor from the Communauté urbaine de Québec visited La Champenoise to determine the proportion of the premises used as an apartment building and as a reception centre. He found that 89 percent of the total area of the property was reserved for apartments and that the shelter section and the community services took up 11 percent: he gave La Champenoise a real estate tax exemption for 1980 to 1984 only for this 11 percent. La Champenoise filed a complaint with the Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec ("BREF"), in which it claimed an exemption for all its facilities in view of the nature of its mission.

The real estate tax debt to date amounts to over \$4.5 million and it goes without saying that the size of the amounts involved will have a determining effect on the viability of La Champenoise and the security of its 456 elderly residents.

II — The Courts Below

Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec, [1985] B.R.E.F. 130

According to the respondents the City of Québec and the Communauté urbaine de Québec, holding a permit to operate a reception centre is an essential condition for benefiting from the tax exemption. It follows that as La Champenoise only holds a permit for 20 residents its entire facilities cannot be regarded as a reception centre. After reviewing the testimony and the applicable provisions of the *A.H.S.S.S.*, Mr. Barbe, of the BREF, found that the activities of La Champenoise are those of a reception centre and that it was not necessary for it to hold a permit in order to be treated as such. He accordingly exempted the appellant's property from all real estate taxes.

Provincial Court (District of Québec, No. 200-02-004152-858, May 19, 1987)

Aubé Prov. Ct. J. concurred in the findings of the BREF. He was of the view that the entire La Champenoise property constitutes a reception cen-

En 1982, un évaluateur de la Communauté urbaine de Québec visite La Champenoise en vue d'établir la proportion des lieux servant d'immeuble à appartements et de centre d'accueil. Il constate que 89 pour 100 de la superficie totale de l'immeuble est réservée à des logements et que la section hébergement et les services communautaires en occupent 11 pour 100; il accorde à La Champenoise une exemption de taxes foncières dans cette seule proportion de 11 pour 100 pour les années 1980 à 1984. La Champenoise porte plainte devant le Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec («BREF») où elle prétend bénéficier de l'exemption pour l'ensemble de ses installations, étant donné la nature de sa vocation.

À ce jour, la dette en taxes foncières s'établit à plus de 4,5 millions de dollars et il va sans dire que l'importance des montants en jeu est déterminante pour la viabilité de La Champenoise et la sécurité de ses 456 pensionnaires âgés.

II — Les décisions des instances dont appel

Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec, [1985] B.R.E.F. 130

Selon la ville de Québec et la Communauté urbaine de Québec, intimées, la détention d'un permis autorisant à exploiter un centre d'accueil est une condition essentielle pour bénéficier de l'exemption fiscale. Il s'ensuit que La Champenoise, ne détenant de permis que pour 20 bénéficiaires, ne peut être considérée comme un centre d'accueil pour l'ensemble de ses installations. Après examen des témoignages et des dispositions applicables de la *L.S.S.S.S.*, M^e Barbe, du BREF, conclut que les activités de La Champenoise sont celles d'un centre d'accueil et qu'il n'est pas nécessaire de détenir un permis pour être considéré comme tel. Il exempte donc l'immeuble de l'appelante de toute taxe foncière.

Cour provinciale (district de Québec, n^o 200-02-004152-858, 19 mai 1987)

Le juge Aubé partage les conclusions du BREF. Il estime que l'immeuble de La Champenoise, dans sa totalité, constitue un centre d'accueil au sens de

tre within the meaning of s. 1(k) *A.H.S.S.S.* and is used for the purposes provided by the Act. He took note of the parties' admission that the shelter section meets the conditions for the exemption provided for in s. 204(14) *A.M.T.* He also noted the presence of s. 2 *A.M.T.*, which allows an assessment unit to be divided. In light of these observations, he nevertheless stated, at p. 12 of his reasons:

[TRANSLATION] The evidence here is clear, however, that La Champenoise in fact forms a single well-integrated unit and that there is a direct, permanent and necessary connection between the shelter section and the rest of La Champenoise.

In the presence of such a well-established and well-articulated overall reality, the court could not allow technical considerations to obscure the true nature of La Champenoise, namely that of a facility at which, for all practical purposes, all services are available to everyone.

The BREF's decision was upheld.

Quebec Court of Appeal (1992), 47 Q.A.C. 47

In the opinion of Bisson C.J.Q., the outcome of the case depended on the answer to two questions. First, the nature of La Champenoise had to be determined. After examining certain definitions included in the *A.H.S.S.S.*, including that of a "reception centre", Bisson C.J.Q. finally concluded, at p. 55, that [TRANSLATION] "[t]he legal and factual existence of the respondent [La Champenoise] is far from establishing that it meets the definition of a reception centre, except with respect to the shelter section". He also noted that the solution of the matter had to be based on more fundamental questions than whether or not a permit was held, and so he did not consider it necessary to rule on the point.

The second question was to determine whether the property was used for the purposes provided by the *A.H.S.S.S.* To decide whether the La Champenoise facilities were used as a reception centre strictly speaking, Bisson C.J.Q. considered in particular the criteria for admission to the establishment. He noted that the evidence presented as to the La Champenoise admission criteria indicated

l'al. 1k) *L.S.S.S.S.* et qu'il sert aux fins prévues par cette loi. Il prend note de l'aveu des parties que la section hébergement remplit les conditions pour bénéficier de l'exemption prévue au par. 204(14) *L.F.M.* Il constate également la présence de l'art. 2 *L.F.M.* qui permet de scinder une unité d'évaluation. À la lumière de ces observations, il affirme néanmoins, à la p. 12 de ses motifs:

Mais la preuve est claire, ici, que la Champenoise, dans les faits, ne forme qu'une seule unité bien intégrée et qu'il y a un lien direct, permanent et nécessaire entre la section hébergement et le reste de la Champenoise.

En présence d'une réalité globale aussi bien établie et précisée, le Tribunal ne saurait faire prévaloir des réalités techniques qui empêcheraient de voir le vrai visage de la Champenoise, soit celui d'une installation où, à toutes fins pratiques, tous les services sont accessibles à tout le monde.

La décision du BREF est maintenue.

Cour d'appel du Québec (1992), 47 Q.A.C. 47

De l'avis du juge en chef Bisson, le sort du litige dépend de la réponse apportée à deux questions. Il faut d'abord déterminer la nature de La Champenoise. De l'examen de certaines définitions incluses dans la *L.S.S.S.S.*, dont celle de «centre d'accueil», le juge en chef Bisson tire la conclusion ultime, à la p. 55, que «[l']existence juridique et factuelle de l'intimée [La Champenoise] est loin de faire voir qu'elle répond à la définition du Centre d'accueil, sauf pour le secteur hébergement». Il souligne également que la solution du litige doit reposer sur des éléments plus fondamentaux que la détention ou non d'un permis et, à ce titre, n'estime pas nécessaire de se prononcer sur le sujet.

La deuxième question consiste à déterminer si l'immeuble sert aux fins prévues par la *L.S.S.S.S.* Pour examiner si les installations de La Champenoise servent à proprement parler de centre d'accueil, le juge en chef Bisson se penche particulièrement sur les critères d'admission de l'établissement. Il souligne que la preuve fournie quant aux critères d'admission à La Champenoise

that they did not meet the requirements of the definition of a reception centre. In the opinion of the Chief Justice, at p. 56, there had been an error in characterizing the facts:

[TRANSLATION] Where the error was made was in making the availability of community services the test by which La Champenoise was regarded as a reception centre.

The fact that these community services are available to all residents — tenants and sheltered persons — does not mean that the residents are all in a condition, “by reason of their age or their physical, personality, psycho-social or family deficiencies, . . . such that they must be treated, kept in protected residence or . . .” (s. 1(k)).

I note that the evidence showed that in order to obtain an apartment at La Champenoise residents had to be autonomous physically as well as mentally and financially, though in the latter case with limited means.

Finally, since the issue is whether to apply an exemption to the principle of real estate taxation, Bisson C.J.Q. was in favour of adopting a restrictive interpretation. With this in mind, he concluded at p. 56:

[TRANSLATION] It is true that the respondent [La Champenoise] is a non-profit corporation and engaged in an eminently praiseworthy undertaking, but this is not a basis for an interpretation that conflicts with the purpose contemplated by the legislature when it created the exemption.

I therefore conclude that 89 percent of the surface area of the property occupied by La Champenoise . . . was not used for the purpose provided in the [A.H.S.S.S.], and that proportion of it could not be regarded as a reception centre.

Bisson C.J.Q. accordingly applied s. 2 *A.M.T.*, which allows a unit of assessment to be divided, and held that the exemption provided for in s. 204(14) of that Act did not apply to 89 percent of the surface area of La Champenoise.

III — Issues

To determine whether La Champenoise may benefit from the tax exemption provided for in

démontre que ceux-ci ne répondent pas aux impératifs de la définition de centre d'accueil. De l'avis du Juge en chef, à la p. 56, il y a eu erreur dans la qualification des faits:

Là où l'erreur a été commise, c'est de faire de l'accessibilité aux services communautaires le critère qui ferait de La Champenoise un centre d'accueil.

Le fait que ces services communautaires soient accessibles à tous les résidents — locataires et hébergés — ne fait pas en sorte que toutes ces personnes sont dans un état qui, «en raison de leur âge ou de leurs déficiences physiques, caractérielles, psychosociales ou familiales, est tel qu'elles doivent être soignées, gardées en résidence protégée ou (. . .)» (article 1k)).

Je rappelle que la preuve a révélé que pour obtenir un logement à La Champenoise, il fallait être autonome aussi bien physiquement que mentalement et financièrement, dans ce dernier cas toutefois, de façon limitée.

Enfin, puisqu'il s'agit d'appliquer une exemption au principe de la taxation foncière, le juge en chef Bisson préconise l'adoption d'une interprétation restrictive. Dans cette perspective, il conclut à la p. 56:

Il est vrai que l'intimée [La Champenoise] est une corporation sans but lucratif et qui poursuit une œuvre éminemment louable mais ceci n'autorise pas une interprétation qui aille à l'encontre du but visé par le législateur lorsqu'il a décrété une exemption.

J'en viens donc à la conclusion que pour 89% de sa superficie, l'immeuble occupé par La Champenoise [. . .] ne servait pas aux fins prévues par la [L.S.S.S.S.], et qu'elle ne pouvait, pour cette proportion, être considérée comme un centre d'accueil.

Le juge en chef Bisson donne donc effet à l'art. 2 *L.F.M.*, qui permet le fractionnement de l'unité d'évaluation, et déclare que pour 89 pour 100 de sa superficie, l'exemption prévue au par. 204(14) de la même loi ne s'applique pas à La Champenoise.

III — Les questions en litige

Pour déterminer si La Champenoise peut, pour l'ensemble de ses installations, bénéficier de

s. 204(14) *A.M.T.* for all its facilities, the Court must answer the following two questions:

1. What are the principles that should guide the courts in interpreting tax legislation?

2. In light of these principles, can La Champenoise qualify as a reception centre within the meaning of s. 12 *A.H.S.S.S.*, referred to in s. 204(14) *A.M.T.*?

IV — Relevant Legislation

At the relevant times the *A.M.T.* provided the following:

2. Unless otherwise indicated by the context, any provision of this act which contemplates an immovable property, moveable property or unit of assessment is deemed to contemplate part of such an immovable property, moveable property or unit of assessment, if only that part falls within the scope of the provision.

204. The following are exempt from all municipal or school real estate taxes:

. . . .

(14) an immovable belonging to a public establishment within the meaning of the Act respecting health services and social services (chapter S-5), including a reception centre contemplated in section 12 of that act, used for the purposes provided by that act, and an immovable belonging to the holder of a day care centre permit or nursery school permit contemplated in paragraph 1 or 2 of section 4 or 5 of the Act respecting child day care (chapter S-4.1), used for the purposes provided by that act;

The *A.H.S.S.S.* provided:

1. In this Act and the regulations, unless the context indicates a different meaning, the following expressions and words mean:

(a) “establishment”: a local community service centre, a hospital centre, a social service centre or a reception centre;

(b) “public establishment”: an establishment contemplated in sections 10 and 11;

l’exemption fiscale prévue au par. 204(14) *L.F.M.*, la Cour doit répondre aux deux questions suivantes:

1. Quels sont les principes qui doivent guider les tribunaux dans l’interprétation des lois fiscales?

2. À la lumière de ces principes, la Champenoise peut-elle se qualifier comme centre d’accueil au sens de l’art. 12 *L.S.S.S.S.* auquel le par. 204(14) *L.F.M.* renvoie?

IV — Les dispositions législatives pertinentes

Aux dates pertinentes au litige, la *L.F.M.* prévoyait ce qui suit:

2. À moins que le contexte n’indique le contraire, une disposition de la présente loi qui vise un immeuble, un meuble ou une unité d’évaluation est réputée viser une partie d’un tel immeuble, meuble ou unité d’évaluation, si cette partie seulement entre dans le champ d’application de la disposition.

204. Sont exempts de toute taxe foncière, municipale ou scolaire:

. . . .

14° un immeuble appartenant à un établissement public au sens de la Loi sur les services de santé et les services sociaux (chapitre S-5), y compris un centre d’accueil visé à l’article 12 de cette loi, et qui sert aux fins prévues par cette loi, et un immeuble appartenant au titulaire d’un permis de service de garde en garderie ou en jardin d’enfants visé au paragraphe 1° ou 2° de l’article 4 ou 5 de la Loi sur les services de garde à l’enfance (chapitre S-4.1), et qui sert aux fins prévues par cette loi;

Quant à la *L.S.S.S.S.*, elle disposait:

1. Dans la présente loi et les règlements, à moins que le contexte n’indique un sens différent, les expressions et mots suivants signifient:

a) «établissement»: un centre local de services communautaires, un centre hospitalier, un centre de services sociaux ou un centre d’accueil;

b) «établissement public»: un établissement visé aux articles 10 et 11;

(c) "private establishment": an establishment contemplated in sections 12 and 13;

c) «établissement privé»: un établissement visé aux articles 12 et 13;

(k) "reception centre": facilities where in-patient, out-patient or home-care services are offered for the lodging, maintenance, keeping under observation, treatment or social rehabilitation, as the case may be, of persons whose condition, by reason of their age or their physical, personality, psycho-social or family deficiencies, is such that they must be treated, kept in protected residence or, if need be, for close treatment, or treated at home, including nurseries, but excepting day care establishments contemplated in the Act respecting child day care (chapter S-4.1), foster families, vacation camps and other similar facilities and facilities maintained by a religious institution to receive its members or followers;

^a k) «centre d'accueil»: une installation où l'on offre des services internes, externes ou à domicile pour, le cas échéant, loger, entretenir, garder sous observation, traiter ou permettre la réintégration sociale des personnes dont l'état, en raison de leur âge ou de leurs déficiences ^b physiques, caractérielles, psychosociales ou familiales, est tel qu'elles doivent être soignées, gardées en résidence protégée ou, s'il y a lieu, en cure fermée ou traitées à domicile, y compris une pouponnière, mais à l'exception d'un service de garde visé dans la Loi sur les services de garde à l'enfance (chapitre S-4.1), d'une famille d'accueil, d'une colonie de vacances ou autre installation similaire ainsi que d'une installation maintenue par une institution religieuse pour y recevoir ses membres ou adhérents;

3. The Minister shall exercise the powers that this Act confers upon him in order to:

^d 3. Le ministre exerce les pouvoirs que la présente loi lui confère de façon:

(a) improve the state of the health of the population, the state of the social environment in which they live and the social conditions of individuals, families and groups;

^e a) à améliorer l'état de santé de la population, l'état du milieu social dans lequel elle vit et les conditions sociales des individus, des familles et des groupes;

(c) encourage the population and the groups which compose it to participate in the founding, administration and development of establishments so as to ensure their vital growth and renewal;

^f c) à encourager la population et les groupes qui s'y forment à participer à l'instauration, à l'administration et au développement des établissements de façon à assurer leur dynamisme et leur renouvellement;

9. Every establishment is public or private.

^g 9. Tout établissement est public ou privé.

10. The following are public establishments:

^h 10. Est un établissement public:

(a) every establishment constituted under this Act or resulting from an amalgamation or conversion made under this Act;

ⁱ a) tout établissement constitué en vertu de la présente loi ou résultant d'une fusion ou d'une conversion faite en vertu de la présente loi;

(b) every hospital centre or social service centre maintained by a non-profit corporation;

^j b) tout centre hospitalier ou centre de services sociaux qui est maintenu par une corporation sans but lucratif;

(c) every establishment using for its object immovable assets which are the property of a non-profit corporation other than a corporation incorporated under this Act.

c) tout établissement qui utilise pour ses fins des actifs immobiliers qui sont la propriété d'une corporation sans but lucratif autre qu'une corporation constituée en vertu de la présente loi.

11. Every reception centre maintained by a non-profit corporation other than a corporation contemplated in section 10 is also a public establishment, subject to section 12.

11. Est aussi établissement public, sous réserve de l'article 12, tout centre d'accueil qui est maintenu par une corporation sans but lucratif autre qu'une corporation visée à l'article 10.

12. However, a reception centre maintained by a non-profit corporation other than a corporation resulting from an amalgamation or conversion made under this Act is a private establishment:

(a) if it is arranged to receive not more than 20 persons at one time; or

(b) if it was already constituted on 1 January 1974 and if it operates without recourse to sums of money derived from the consolidated revenue fund or if such sums do not cover more than 80% of the net amounts it would receive for its current operating expenses, if it were a public establishment;

V — Analysis

A. Rules for interpreting tax legislation

In this Court the appellant argued that a provision creating a tax exemption should be interpreted by looking at the spirit and purpose of the legislation. In this connection it is worth looking briefly at the development of the rules for interpreting tax legislation in Canada and formulating certain principles. First, there is the traditional rule that tax legislation must be strictly construed: this applied both to provisions imposing a tax obligation and to those creating tax exemptions. The rule was based on the fact that, like penal legislation, tax legislation imposes a burden on individuals and accordingly no one should be made subject to it unless the wording of the Act so provides in a clear and precise manner. The effect of such an interpretation was to favour the taxpayer in the case of provisions imposing a tax obligation, and the courts placed on the tax department the burden of showing that the taxpayer fell clearly within the letter of the law. Conversely, a taxpayer claiming to benefit from an exemption had “to establish that the competent legislative authority, in clear and unequivocal language, [had] unquestionably granted him the exemption claimed” (Fauteux C.J. in *Ville de Montréal v. ILGWU Center Inc.*, [1974] S.C.R. 59, at p. 65). Any doubt was thus to be resolved in favour of the tax department. In view of this situation, it followed from the strict construction rule that in cases of doubt a presumption existed in the

12. Toutefois, un centre d'accueil qui est maintenu par une corporation sans but lucratif autre qu'une corporation résultant d'une fusion ou d'une conversion faite en vertu de la présente loi est un établissement privé:

a) s'il est aménagé pour recevoir à la fois au plus 20 personnes; ou

b) s'il était déjà constitué le 1^{er} janvier 1974 et s'il fonctionne sans avoir recours à des sommes d'argent provenant du fonds consolidé du revenu ou si ces sommes ne couvrent pas plus de 80% des montants nets qu'il recevrait s'il était un établissement public au titre de ses dépenses courantes de fonctionnement;

V — Analyse

A. Les règles d'interprétation des lois fiscales

Devant notre Cour, l'appelante soutient qu'une disposition portant exemption de taxe devrait s'interpréter en recherchant l'esprit et la finalité du texte. Il y a lieu d'examiner brièvement à ce sujet l'évolution des règles d'interprétation des lois fiscales au Canada et de cristalliser certains principes. On se doit d'abord de souligner la règle traditionnelle selon laquelle les lois fiscales devaient recevoir une interprétation stricte; à cet égard, tant les dispositions qui imposaient une charge fiscale que celles qui portaient exemption de taxe étaient visées. Cette règle prenait son fondement dans le fait que les lois fiscales, comme les lois pénales, imposent un fardeau aux citoyens et qu'à ce titre, nul ne devait être soumis à leur application à moins que le texte de la loi ne le prévoie de façon claire et précise. Une telle interprétation avait pour effet de favoriser le contribuable dans les cas de dispositions imposant une charge fiscale, les tribunaux faisant porter au fisc le fardeau d'établir que le contribuable tombait nettement sous le coup de la lettre de la loi. À l'inverse, le contribuable qui prétendait bénéficier d'une exemption se devait «d'établir que, par un texte clair et non équivoque, l'autorité législative compétente lui [avait] indubitablement accordé l'exemption réclamée» (le juge en chef Fauteux dans *Ville de Montréal c. ILGWU Center Inc.*, [1974] R.C.S. 59, à la p. 65). Tout doute se résolvait donc en faveur du fisc. À la lumière de cet état de choses, on a dégagé de la règle d'interprétation stricte qu'en cas de doute, une présomption existait en faveur du contribuable

taxpayer's favour in taxing situations but against the taxpayer in those involving exemptions.

It should at once be noted that there is a risk of confusion between the rule that a taxing provision is to be strictly construed and the burden of proof resting upon the parties in an action between the government and a taxpayer. According to the general rule which provides that the burden of proof lies with the plaintiff, in any proceeding it is for the party claiming the benefit of a legislative provision to show that he is entitled to rely on it. The burden of proof thus rests with the tax department in the case of a provision imposing a tax obligation and with the taxpayer in the case of a provision creating a tax exemption. It will be noted that the presumptions mentioned earlier tend in more or less the same direction. This explains why these concepts have been at times superimposed to the point of being confused with each other. With respect, they are nevertheless two very different concepts. In any event, the rule of strict construction relates only to the clarity of the wording of the tax legislation: regardless of who bears the burden of proof, that person will have to persuade the court that the taxpayer is clearly covered by the wording of the legislative provision which it is sought to apply.

In Canada it was *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, which opened the first significant breach in the rule that tax legislation must be strictly construed. This Court there held, *per* Estey J., at p. 578, that the rule of strict construction had to be bypassed in favour of interpretation according to ordinary rules so as to give effect to the spirit of the Act and the aim of Parliament:

... the role of the tax statute in the community changed, as we have seen, and the application of strict construction to it receded. Courts today apply to this statute the plain meaning rule, but in a substantive sense so that if a taxpayer is within the spirit of the charge, he may be held liable.

This turning point in the development of the rules for interpreting tax legislation in Canada was prompted by the realization that the purpose of tax

dans les cas d'imposition mais au détriment de ce dernier en matière d'exemption.

Il y a tout de suite lieu de souligner la confusion qui risque de s'opérer entre la règle d'interprétation stricte d'une disposition de nature fiscale et le fardeau de preuve qui incombe aux parties dans une demande opposant l'État et un contribuable. En effet, selon la règle générale qui prévoit que le fardeau de preuve repose sur le demandeur, en toute matière il appartient à celui qui invoque le bénéfice de l'application d'une disposition législative de démontrer qu'il peut s'en prévaloir. Le fardeau de preuve repose donc sur le fisc lorsqu'on est en présence d'une disposition qui impose une charge fiscale et sur le contribuable dans le cas d'une disposition qui porte exemption de taxe. On notera que les présomptions mentionnées plus haut vont sensiblement dans le même sens. Ceci explique qu'on ait pu superposer ces notions jusqu'à les confondre. Avec égards, il s'agit là néanmoins de deux concepts fort différents. En tout état de cause, la règle de l'interprétation stricte s'attache uniquement à la clarté de la formulation de la loi fiscale: peu importe à qui incombe le fardeau de preuve, celui-là aura à convaincre le tribunal que le contribuable est clairement visé par le libellé de la disposition législative dont l'application est réclamée.

Au Canada, c'est l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, qui a ouvert la première brèche significative dans la règle de l'interprétation stricte des lois fiscales. Notre Cour y a établi, sous la plume du juge Estey, à la p. 578, que l'on devait s'écarter de la règle de l'interprétation stricte au profit d'une interprétation selon les règles ordinaires, de manière à donner effet à l'esprit de la loi et au but du législateur:

... le rôle des lois fiscales a changé dans la société et l'application de l'interprétation stricte a diminué. Aujourd'hui, les tribunaux appliquent à cette loi la règle du sens ordinaire, mais en tenant compte du fond, de sorte que si l'activité du contribuable relève de l'esprit de la disposition fiscale, il sera assujéti à l'impôt.

Ce point tournant dans l'évolution des principes d'interprétation des lois fiscales au Canada a été motivé par le constat selon lequel le but des lois

legislation is no longer simply to raise funds with which to cover government expenditure. It was recognized that such legislation is also used for social and economic purposes. In *The Queen v. Golden*, [1986] 1 S.C.R. 209, at pp. 214-15, Estey J. for the majority explained *Stuart* as follows:

In *Stuart* . . . the Court recognized that in the construction of taxation statutes the law is not confined to a literal and virtually meaningless interpretation of the Act where the words will support on a broader construction a conclusion which is workable and in harmony with the evident purposes of the Act in question. Strict construction in the historic sense no longer finds a place in the canons of interpretation applicable to taxation statutes in an era such as the present, where taxation serves many purposes in addition to the old and traditional object of raising the cost of government from a somewhat unenthusiastic public.

Such a rule also enabled the Court to direct its attention to the actual nature of the taxpayer's operations, and so to give substance precedence over form, when so doing in appropriate cases would make it possible to achieve the purposes of the legislation in question. (See *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46, and *The Queen v. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 288.) It is important, however, not to conclude too hastily that this latter rule (giving substance precedence over form) should be applied mechanically, as it only has real meaning if it is consistent with the analysis of legislative intent. As Dickson C.J. noted in *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, at pp. 52-53:

I acknowledge, however, that just as there has been a recent trend away from strict construction of taxation statutes . . . so too has the recent trend in tax cases been towards attempting to ascertain the true commercial and practical nature of the taxpayer's transactions. There has been, in this country and elsewhere, a movement away from tests based on the form of transactions and towards tests based on what Lord Pearce has referred to as a "common sense appreciation of all the guiding features" of the events in question . . .

fiscales n'est plus confiné à la seule levée de fonds pour faire face aux dépenses gouvernementales. Il est reconnu que ces lois servent aussi à des fins d'intervention sociale et économique. Dans *La Reine c. Golden*, [1986] 1 R.C.S. 209, aux pp. 214 et 215, le juge Estey pour la majorité explique l'arrêt *Stuart* en ces termes:

Dans l'arrêt *Stuart* [. . .] la Cour a reconnu que, dans l'interprétation des lois fiscales, la règle applicable ne se limite pas à une interprétation de la loi littérale et presque dépourvue de sens lorsque, selon une interprétation plus large, les mots permettent d'arriver à une conclusion réalisable et compatible avec les objectifs évidents de la loi en cause. L'interprétation stricte, au sens historique du terme, n'a plus sa place dans les règles d'interprétation applicables aux lois fiscales à une époque comme la nôtre où la fiscalité sert beaucoup d'autres objectifs que l'objectif ancien et traditionnel qui était de prélever des fonds pour les dépenses du gouvernement chez un public quelque peu réticent.

L'élaboration d'un tel principe a également permis à la Cour de s'attacher à la réalité des opérations du contribuable et, en ce sens, de privilégier le fond sur la forme, lorsqu'en des cas appropriés agir de la sorte permettrait d'atteindre les buts de la disposition législative en cause. (Voir les arrêts *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46, et *La Reine c. Imperial General Properties Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 288.) L'on doit néanmoins se garder de conclure trop hâtivement à l'application mécanique de cette dernière règle (primauté du fond sur la forme), celle-ci ne prenant son véritable sens que si elle s'inscrit dans la recherche de l'intention du législateur. Comme le souligne le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, aux pp. 52 et 53:

Je reconnais toutefois que, tout comme il y a eu tendance dernièrement à s'éloigner d'une interprétation stricte des lois fiscales [. . .], de même la jurisprudence récente en matière fiscale a tendance à essayer de déterminer la véritable nature commerciale et pratique des opérations du contribuable. En effet, au Canada et ailleurs, les critères fondés sur la forme des opérations sont laissés de côté en faveur de critères fondés sur ce que lord Pearce a appelé une [TRADUCTION] «appréciation saine de toutes les caractéristiques directrices» des événements en question . . .

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

This does not mean, however, that a deduction such as the interest deduction in s. 20(1)(c)(i), which by its very text is made available to the taxpayer in limited circumstances, is suddenly to lose all its strictures. [Emphasis added.]

In light of this passage there is no longer any doubt that the interpretation of tax legislation should be subject to the ordinary rules of construction. At page 87 of his text *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), Driedger fittingly summarizes the basic principles: ". . . the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament". The first consideration should therefore be to determine the purpose of the legislation, whether as a whole or as expressed in a particular provision. The following passage from Vivien Morgan's article "Stubart: What the Courts Did Next" (1987), 35 *Can. Tax J.* 155, at pp. 169-70, adequately summarizes my conclusion:

There has been one distinct change [after *Stubart*], however, in the resolution of ambiguities. In the past, resort was often made to the maxims that an ambiguity in a taxing provision is resolved in the taxpayer's favour and that an ambiguity in an exempting provision is resolved in the Crown's favour. Now an ambiguity is usually resolved openly by reference to legislative intent. [Emphasis added.]

The teleological approach makes it clear that in tax matters it is no longer possible to reduce the rules of interpretation to presumptions in favour of or

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

Cela ne signifie toutefois pas qu'une déduction telle que la déduction au titre d'intérêts prévue par le sous-al. 20(1)c)(i), laquelle, de par le texte même de cette disposition, ne peut être réclamée par un contribuable que dans des circonstances bien précises, ne doit tout à coup plus faire l'objet d'aucune restriction. [Je souligne.]

Il ne fait plus de doute, à la lumière de ce passage, que l'interprétation des lois fiscales devrait être soumise aux règles ordinaires d'interprétation. Driedger, à la p. 87 de son volume *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), en résume adéquatement les principes fondamentaux: [TRADUCTION] «. . . il faut interpréter les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur». Primauté devrait donc être accordée à la recherche de la finalité de la loi, que ce soit dans son ensemble ou à l'égard d'une disposition précise de celle-ci. Ce passage de M^{me} Vivien Morgan, dans son article intitulé «Stubart: What the Courts Did Next» (1987), 35 *Can. Tax J.* 155, aux pp. 169 et 170, résume adéquatement mon propos:

[TRADUCTION] Toutefois, il y a eu un net changement [après *Stubart*] dans la résolution d'ambiguïtés. Dans le passé, on recourait souvent aux maximes selon lesquelles toute ambiguïté dans une disposition fiscale doit être résolue en faveur du contribuable et toute ambiguïté dans une disposition prévoyant une exemption doit être résolue en faveur de Sa Majesté. De nos jours, une ambiguïté est habituellement résolue ouvertement en tenant compte de l'intention du législateur. [Je souligne.]

L'approche téléologique fait clairement ressortir qu'il n'est plus possible, en matière fiscale, de réduire les principes d'interprétation à des pré-

against the taxpayer or to well-defined categories known to require a liberal, strict or literal interpretation. I refer to the passage from Dickson C.J., *supra*, when he says that the effort to determine the purpose of the legislation does not mean that a specific provision loses all its strictures. In other words, it is the teleological interpretation that will be the means of identifying the purpose underlying a specific legislative provision and the Act as a whole; and it is the purpose in question which will dictate in each case whether a strict or a liberal interpretation is appropriate or whether it is the tax department or the taxpayer which will be favoured.

In light of the foregoing, I should like to stress that it is no longer possible to apply automatically the rule that any tax exemption should be strictly construed. It is not incorrect to say that when the legislature makes a general rule and lists certain exceptions, the latter must be regarded as exhaustive and so strictly construed. That does not mean, however, that this rule should be transposed to tax matters so as to make an absolute parallel between the concepts of exemption and exception. With respect, adhering to the principle that taxation is clearly the rule and exemption the exception no longer corresponds to the reality of present-day tax law. Such a way of looking at things was undoubtedly tenable at a time when the purpose of tax legislation was limited to raising funds to cover government expenses. In our time it has been recognized that such legislation serves other purposes and functions as a tool of economic and social policy. By submitting tax legislation to a teleological interpretation it can be seen that there is nothing to prevent a general policy of raising funds from being subject to a secondary policy of exempting social works. Both are legitimate purposes which equally embody the legislative intent and it is thus hard to see why one should take precedence over the other.

somptions en faveur ou au détriment du contribuable ou encore à des catégories bien circonscrites dont on saurait si elles requièrent une interprétation libérale, stricte ou littérale. Je renvoie au passage du juge en chef Dickson, précité, lorsqu'il souligne que la recherche de la finalité de la loi ne signifie pas pour autant qu'une disposition précise ne doive plus faire l'objet de restrictions. En somme, c'est l'interprétation téléologique qui permettra d'identifier l'objectif qui sous-tend une disposition législative spécifique et le texte de loi dans son ensemble. Et c'est l'objectif en question qui dictera, dans chaque cas, si une interprétation stricte ou libérale est appropriée ou encore si c'est le fisc ou le contribuable qui sera favorisé.

À la lumière de ce qui précède, je me permets de souligner qu'on ne peut plus conclure à l'application automatique de la règle selon laquelle toute exemption de taxe devrait recevoir une interprétation stricte. Il n'est pas inexact de dire que lorsque le législateur prévoit une règle générale et énumère certaines exceptions, ces dernières doivent être considérées comme exhaustives et dès lors interprétées de façon stricte. Cela ne nous autorise pas pour autant à transposer ce principe en matière fiscale de manière à établir un parallèle indéfectible entre les notions d'exemption et d'exception. Avec égards, adhérer à l'acception voulant que la taxe soit indubitablement la règle et l'exemption, l'exception, ne répond plus aux réalités du droit fiscal actuel. Une telle façon d'envisager les choses était certes soutenable à une époque où l'objectif de la loi fiscale était limité à la levée de fonds pour faire face aux dépenses du gouvernement. Or il a été reconnu que, de nos jours, la loi sert d'autres objectifs et se présente comme instrument d'intervention économique et sociale. En soumettant la loi fiscale à une interprétation téléologique, on constate que rien n'empêche qu'une politique générale de levée de fonds soit assujettie à une politique secondaire d'exemption des œuvres sociales. Il s'agit là de deux buts légitimes qui expriment également l'intention du législateur et, à ce titre, on voit difficilement pourquoi l'un devrait primer l'autre.

One final aspect requires consideration. In *Johns-Manville Canada*, *supra*, this Court itself referred to a residual presumption in favour of the taxpayer, and were it not for certain qualifications that must be added, it would be difficult to justify maintaining this presumption in light of what was discussed earlier. Estey J. said the following at p. 72:

... where the taxing statute is not explicit, reasonable uncertainty or factual ambiguity resulting from lack of explicitness in the statute should be resolved in favour of the taxpayer. This residual principle must be the more readily applicable in this appeal where otherwise annually recurring expenditures, completely connected to the daily business operation of the taxpayer, afford the taxpayer no credit against tax either by way of capital cost or depletion allowance with reference to a capital expenditure, or an expense deduction against revenue. [Emphasis added.]

Earlier, at p. 67, he said the following:

On the other hand, if the interpretation of a taxation statute is unclear, and one reasonable interpretation leads to a deduction to the credit of a taxpayer and the other leaves the taxpayer with no relief from clearly *bona fide* expenditures in the course of his business activities, the general rules of interpretation of taxing statutes would direct the tribunal to the former interpretation.

Two comments should be made to give Estey J.'s observations their full meaning: first, recourse to the presumption in the taxpayer's favour is indicated when a court is compelled to choose between two valid interpretations, and second, this presumption is clearly residual and should play an exceptional part in the interpretation of tax legislation. In his text *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 412, Professor Pierre-André Côté summarizes the point very well:

If the taxpayer receives the benefit of the doubt, such a "doubt" must nevertheless be "reasonable". A taxation statute should be "reasonably clear". This criterion is not satisfied if the usual rules of interpretation have not already been applied in an attempt to clarify the problem. The meaning of the enactment must first be ascer-

Il me reste à traiter d'un dernier aspect. Notre Cour a elle-même fait référence à une présomption résiduelle en faveur du contribuable dans l'affaire *Johns-Manville Canada*, précitée; et si ce n'était de certaines précisions à apporter, le maintien de cette présomption pourrait difficilement se justifier dans le cadre de la discussion tenue plus haut. Le juge Estey s'exprime ainsi à la p. 72:

... si la loi fiscale n'est pas explicite, l'incertitude raisonnable ou l'ambiguïté des faits découlant du manque de clarté de la loi doit jouer en faveur du contribuable. Ce principe résiduel doit d'autant s'appliquer au présent pourvoi qu'autrement une dépense annuelle entièrement liée à l'exploitation quotidienne de l'entreprise de la contribuable ne lui procurerait aucun dégrèvement d'impôt sous forme de déduction pour amortissement ou pour épuisement s'il s'agit d'une dépense de capital, ou de déduction applicable au revenu s'il s'agit d'une dépense d'exploitation. [Je souligne.]

Auparavant, à la p. 67, il tenait les propos suivants:

D'autre part, si l'interprétation d'une loi fiscale n'est pas claire et qu'une interprétation raisonnable entraîne une déduction au profit du contribuable alors qu'une autre interprétation laisse le contribuable sans allègement pour les dépenses réelles faites dans le cours de ses opérations commerciales, selon les règles d'interprétation des lois fiscales, le tribunal devrait choisir la première interprétation.

Deux observations doivent être faites pour donner tout leur sens aux propos du juge Estey: d'une part, le recours à la présomption en faveur du contribuable est indiqué lorsqu'un tribunal est contraint de choisir entre deux interprétations valables et, d'autre part, cette présomption est clairement résiduelle et devrait jouer un rôle exceptionnel dans l'interprétation des lois fiscales. Dans son ouvrage *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), à la p. 470, le professeur Pierre-André Côté résume la question d'une manière fort juste:

Le doute dont le contribuable peut bénéficier doit être «raisonnable»: la loi fiscale doit être «raisonnablement claire». Ne serait pas raisonnable un doute que l'interprète n'a pas essayé de dissiper grâce aux règles ordinaires d'interprétation: le premier devoir de l'interprète est de rechercher le sens et ce n'est qu'à défaut de pou-

tained, and only where this proves impossible can that which is more favourable to the taxpayer be chosen.

The rules formulated in the preceding pages, some of which were relied on recently in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, may be summarized as follows:

- The interpretation of tax legislation should follow the ordinary rules of interpretation; *b*
- A legislative provision should be given a strict or liberal interpretation depending on the purpose underlying it, and that purpose must be identified in light of the context of the statute, its objective and the legislative intent: this is the teleological approach; *c*
- The teleological approach will favour the taxpayer or the tax department depending solely on the legislative provision in question, and not on the existence of predetermined presumptions; *d*
- Substance should be given precedence over form to the extent that this is consistent with the wording and objective of the statute; *e*
- Only a reasonable doubt, not resolved by the ordinary rules of interpretation, will be settled by recourse to the residual presumption in favour of the taxpayer. *f*

B. Characterization of La Champenoise as a reception centre used for the purposes provided in the Act

Two reasons were given by Bisson C.J.Q. for allowing the respondents' appeal: first, the legal and factual existence of La Champenoise does not indicate that all its facilities can meet the definition of a reception centre; second, it is a mistake to conclude, as the courts below did, that the availability of the services offered means that the immovable is being used for the purposes provided by the *A.H.S.S.S.*, as required by s. 204(14) *A.M.T.* *h*

The first reason is based principally on analysis of s. 1(k) *A.H.S.S.S.* I reproduce it again here for the sake of convenience: *j*

voir arriver à un résultat raisonnablement certain que l'on peut choisir de retenir celui, de plusieurs sens possibles, qui favorise le contribuable.

Les principes dégagés dans les pages précédentes, dont certains, d'ailleurs, ont été récemment invoqués dans l'affaire *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, peuvent se résumer ainsi:

- L'interprétation des lois fiscales devrait obéir aux règles ordinaires d'interprétation;
- Qu'une disposition législative reçoive une interprétation stricte ou libérale sera déterminé par le but qui la sous-tend, qu'on aura identifié à la lumière du contexte de la loi, de l'objet de celle-ci et de l'intention du législateur; c'est l'approche téléologique;
- Que l'approche téléologique favorise le contribuable ou le fisc dépendra uniquement de la disposition législative en cause et non de l'existence de présomptions préétablies;
- Primauté devrait être accordée au fond sur la forme dans la mesure où cela est compatible avec le texte et l'objet de la loi;
- Seul un doute raisonnable et non dissipé par les règles ordinaires d'interprétation sera résolu par le recours à la présomption résiduelle en faveur du contribuable.

B. La qualification de La Champenoise comme centre d'accueil servant aux fins prévues par la loi

Deux motifs sont invoqués par le juge en chef Bisson de la Cour d'appel pour accueillir l'appel des intimées: d'une part, l'existence juridique et factuelle de La Champenoise ne fait pas valoir qu'elle puisse répondre à la définition de centre d'accueil pour l'ensemble de ses installations; d'autre part, il est erroné de s'attacher à l'accessibilité des services offerts, comme l'ont fait les instances dont appel, pour conclure que l'immeuble sert aux fins prévues par la *L.S.S.S.S.*, tel que l'exige le par. 204(14) *L.F.M.*

Quant au premier motif, il repose principalement sur l'analyse de l'al. 1k) *L.S.S.S.S.* Je le reproduis ici pour des motifs de commodité:

(k) "reception centre": facilities where in-patient, out-patient or home-care services are offered for the lodging, maintenance, keeping under observation, treatment or social rehabilitation, as the case may be, of persons whose condition, by reason of their age or their physical, personality, psycho-social or family deficiencies, is such that they must be treated, kept in protected residence or, if need be, for close treatment, or treated at home, including nurseries, but excepting day care establishments contemplated in the Act respecting child day care (chapter S-4.1), foster families, vacation camps and other similar facilities and facilities maintained by a religious institution to receive its members or followers; [Emphasis added.]

Two parts of this definition may be considered: to be treated as a reception centre an establishment must first offer certain services; it must then place these services at the disposal of persons whose condition requires them. This is the part relating to need. It will be seen that for both parts the paragraph is worded disjunctively. For the "services" part, the words "or" and "as the case may be" clearly indicate that lodging is a service sufficient in itself to meet the requirements of the definition. There is no need to offer the full range of services mentioned in s. 1(k) A.H.S.S.S. in order to qualify as a reception centre; nonetheless, the evidence was that the La Champenoise population as a whole benefits from a large number of them. The paragraph is worded similarly for the "need" part, in that age is sufficient as such to justify a need to be treated or kept in a protected residence, regardless of any physical, personality, psycho-social or family deficiency. The notion of care in this sense cannot be limited to a purely therapeutic aspect. As to the concept of a protected residence, for which no statutory definition is given, it should not be given a narrower meaning than that of a residence providing a secure location adapted to the special physical and mental needs of the people for whom it was designed and whom it serves.

The fact that La Champenoise requires its residents to be physically and psychologically

k) «centre d'accueil»: une installation où l'on offre des services internes, externes ou à domicile pour, le cas échéant, loger, entretenir, garder sous observation, traiter ou permettre la réintégration sociale des personnes dont l'état, en raison de leur âge ou de leurs déficiences physiques, caractérielles, psychosociales ou familiales, est tel qu'elles doivent être soignées, gardées en résidence protégée ou, s'il y a lieu, en cure fermée ou traitées à domicile, y compris une pouponnière, mais à l'exception d'un service de garde visé dans la Loi sur les services de garde à l'enfance (chapitre S-4.1), d'une famille d'accueil, d'une colonie de vacances ou autre installation similaire ainsi que d'une installation maintenue par une institution religieuse pour y recevoir ses membres ou adhérents; [Je souligne.]

Deux volets peuvent être dégagés de cette définition: pour être considéré comme un centre d'accueil, un établissement doit d'abord offrir certains services; il doit ensuite mettre ces services à la disposition de personnes dont l'état le requiert. C'est l'élément relatif au besoin. Or pour l'un et l'autre volet, on constate que l'alinéa est rédigé de façon disjonctive. En ce qui concerne le volet «services», les mots «ou» et «le cas échéant» laissent clairement entendre que le logement est un service suffisant en lui-même pour répondre aux exigences de la définition. Point n'est besoin d'offrir la gamme entière des services que l'on retrouve à l'al. 1k) L.S.S.S.S. pour se qualifier comme centre d'accueil; la preuve démontre néanmoins que l'ensemble de la population de La Champenoise bénéficie d'une large part d'entre eux. Quant au volet «besoin», la rédaction de l'alinéa est au même effet, savoir que l'âge est suffisant en tant que tel pour justifier un besoin d'être soigné ou gardé en résidence protégée et ce, indépendamment de toute déficience physique, caractérielle, psychosociale ou familiale. La notion de soins, en ce sens, ne saurait être restreinte à une dimension purement thérapeutique. Quant au concept de résidence protégée, pour lequel on ne trouve pas de définition statutaire, il ne devrait pas recevoir d'acception plus étroite que celle de résidence offrant un cadre sécuritaire adapté aux besoins physiques et moraux particuliers de la population pour laquelle elle a été conçue et qu'elle dessert.

Que La Champenoise requière que ses bénéficiaires soient, à l'admission, autonomes physique-

autonomous on admission is an entirely different matter, and that leads me to discuss the second reason. I note that Bisson C.J.Q. mentioned that the availability of services should not be a basis for assessing the need of residents and, indirectly, determining whether the La Champenoise property was being used for the purposes provided in the *A.H.S.S.S.* I share this view. With respect, however, I consider that the need of an elderly person also cannot be determined by his or her autonomy. It can certainly be concluded from the definition of a reception centre that the autonomy of those referred to in s. 1(k) may be affected in varying degrees. That does not mean we can conclude that an autonomous person is not in need of care and protection, *a fortiori* if as in the case at bar the autonomy is only determined at the stage of admission and will inevitably diminish thereafter. Nowhere is it stated that the individual's need must be immediate. There is no bar to its being foreseeable.

With respect, the autonomy of elderly persons at the time of their admission cannot be the decisive test in determining the concept of need as provided for in s. 1(k) *A.H.S.S.S.* In the same way, it also cannot be used to determine whether La Champenoise's immovable is being used for the purposes provided by the Act, as prescribed in s. 204(14) *A.M.T.* The outcome of the latter analysis will depend entirely on the finding, whether satisfactory or otherwise, that in fact the institution is designed and adapted for accommodating the elderly with a real need, though that need may be variable in degree or immediacy.

Section 12(b) *A.H.S.S.S.*, reproduced earlier and applicable to the situation of La Champenoise, might well have added to the previous test the requirement that the establishment be legally made a reception centre on January 1, 1974. The only date referred to by Mr. Barbe of the BREF in this matter is that of the incorporation of La Champenoise as a non-profit corporation. It is implicit from his reasons that 1964 is the year to be considered in fixing a starting-point for the activities of

ment et psychologiquement est une tout autre question. Et c'est ce qui m'amène à traiter du second motif. Je rappelle que le juge en chef Bisson a souligné qu'on ne pouvait s'attacher à l'accessibilité des services pour évaluer le besoin des bénéficiaires et, indirectement, déterminer si l'immeuble de La Champenoise servait aux fins prévues par la *L.S.S.S.S.* Je partage cette opinion. Avec égards, j'estime néanmoins qu'on ne peut pas non plus décider du besoin d'une personne âgée en se fondant sur son autonomie. On peut certes déduire de la définition de centre d'accueil que l'autonomie des personnes auxquelles on réfère à l'al. 1k) puisse être affectée à des degrés variables. Cela ne nous autorise pas pour autant à conclure qu'une personne autonome n'ait pas besoin de soins et de protection, *a fortiori* si l'autonomie, comme en l'espèce, est appréciée au seul stade de l'admission et qu'elle est inéluctablement appelée à s'amenuiser par la suite. Nulle part il n'est dit que le besoin de l'individu doit être immédiat. Rien ne s'oppose à ce qu'il soit prévisible.

Avec respect, l'autonomie des personnes âgées au moment de leur admission ne saurait être le critère déterminant pour évaluer la notion de besoin telle que prévue à l'al. 1k) *L.S.S.S.S.* Par ricochet, on ne peut non plus s'en prévaloir pour décider si l'immeuble de La Champenoise sert aux fins prévues par la loi, tel que le prescrit le par. 204(14) *L.F.M.* L'issue de ce dernier examen repose entièrement sur la constatation, satisfaisante ou non, que dans les faits, cette institution est conçue et adaptée pour recevoir des personnes âgées dont le besoin est réel même s'il peut être variable, en degré ou en imminence.

L'alinéa 12b) *L.S.S.S.S.*, reproduit plus haut et qui s'applique à la situation de La Champenoise, aurait fort bien pu ajouter au précédent critère en exigeant que l'établissement soit juridiquement constitué en centre d'accueil au 1^{er} janvier 1974. Pour sa part, la seule date à laquelle M^e Barbe, du BREF, fait référence en la matière est celle de la constitution de La Champenoise en tant que corporation sans but lucratif. Il ressort implicitement de ses motifs que 1964 est l'année à considérer lors-

La Champenoise as a reception centre. He concludes, at p. 137 of the BREF's decision:

[TRANSLATION] It appears from the evidence that these were "facilities where in-patient . . . services are offered for the lodging, maintenance, keeping under observation, treatment . . . of persons whose condition, by reason of their age . . . is such that they must be treated, kept in protected residence . . .". The establishment is accordingly one that meets the legislative definition of a "reception centre".

These reasons are in accord with the findings of fact made by Judge Larochelle of the Provincial Court in a judgment allowing an application for an earlier exemption, included in the case on appeal with supporting testimony. It states:

[TRANSLATION] Over this four-year period, from 1972 to 1975 inclusive, [La Champenoise] as a non-profit corporation always pursued its stated purposes and objectives, namely lodging and sheltering at a low cost elderly persons who are in need, while at the same time providing them with medical care and giving them every assistance and moral support made necessary by their state and condition, and did so consistently.

(*Ville de Québec v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, Prov. Ct. Québec, No. 200-02-008522-783, November 27, 1980, at p. 10.)

The respondents argued that the appellant could not have been established as a reception centre on January 1, 1974 since at that time it was still covered by the *Public Charities Act*, R.S.Q. 1964, c. 216. With respect, that does not call into question the implicit conclusion of the BREF, since there is nothing to prevent La Champenoise from having in fact been able to meet the requirements of both statutes. This conclusion is all the more compelling when we consider that historically the *A.H.S.S.S.* was adopted in order to update certain older legislation, including the *Public Charities Act*, while preserving the fundamental principles contained in that legislation. From this perspective, it necessarily follows that the test to be adopted in determining whether the property is being used for the purposes provided in the Act must be limited to an assessment of the reception centre *de facto*.

qu'il s'agit de donner un point de départ aux activités de La Champenoise en tant que centre d'accueil. Il conclut, à la p. 137 de la décision du BREF:

D'après la preuve, il appert qu'il s'agit d'«une installation où l'on offre des services internes (. . .) pour (. . .) loger, entretenir, garder sous observation, traiter (. . .) des personnes dont l'état, en raison de leur âge (. . .) est tel qu'elles doivent être soignées, gardées en résidence protégée (. . .)». Il s'agit donc d'un établissement qui rencontre la définition législative de «centre d'accueil».

Ces motifs rejoignent les constatations de fait du juge Larochelle de la Cour provinciale dans un jugement accueillant une demande d'exemption antérieure et versé dans le présent dossier avec les témoignages à l'appui. On y lit:

Au cours de cette période de quatre ans, soit de 1972 à 1975 inclusivement, [La Champenoise], comme corporation sans but lucratif, a toujours poursuivi ses fins et objets constitutifs savoir: loger et héberger, à des prix modiques, des personnes âgées et dans le besoin, tout en leur fournissant les soins médicaux et leur procurant toute l'assistance et le support moral requis par leur état et leur condition, et ce sans aucun changement.

(*Ville de Québec c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, C.P. Québec, n° 200-02-008522-783, 27 novembre 1980, à la p. 10.)

Les intimées soulèvent que l'appelante ne pouvait être constituée en centre d'accueil au 1^{er} janvier 1974 puisqu'à cette date, elle était toujours sous l'emprise de la *Loi de l'assistance publique*, S.R.Q. 1964, ch. 216. Avec égards, il ne s'agit pas là d'une remise en cause de la conclusion implicite du BREF puisque rien n'empêche que La Champenoise ait pu, dans les faits, répondre aux exigences des deux lois. À plus forte raison l'idée s'impose-t-elle lorsqu'on sait qu'historiquement, la *L.S.S.S.* a été adoptée pour actualiser certaines lois plus anciennes, dont la *Loi de l'assistance publique*, tout en conservant les principes fondamentaux qui les sous-tendaient. Dans cette perspective, force nous est de constater que le critère à retenir pour déterminer si l'immeuble sert aux fins prévues par la loi se limite à une appréciation du centre d'accueil *de facto*.

Here we have these positive findings by the BREF that the services provided by La Champenoise, taken together with the needs of its residents, lead to the conclusion that it must be classified in its entirety as a reception centre for the purposes of the Act. It was objected that the BREF had not applied s. 2 *A.M.T.* and divided the unit of assessment. With respect, it is clear from the reasons of Mr. Barbe that that section was not overlooked. This is especially apparent in his decision when he notes, referring to the assessor's work, [TRANSLATION] "[that the latter] established the percentage of the exemption but not the principle of an exempt part and a part subject to tax" (p. 134). Though aware of the existence of s. 2 *A.M.T.*, the BREF nevertheless considered that La Champenoise was operating facilities which as a whole met the two parts of the definition of a reception centre. Moreover, it was in the best position to conclude, following a visit to the premises, that the undertaking was indivisible, and this conclusion was concurred in by Judge Aubé of the Provincial Court on appeal, as mentioned earlier. The primary area of expertise of this specialized tribunal is certainly not that of social services: I would note, however, that what was required here was to define a reception centre for tax purposes. That being so, there is no need to question its findings.

In this Court the respondents the Communauté urbaine de Québec and the City of Québec cited the decision in *Services de santé et services sociaux — 7*, [1987] C.A.S. 579, in support of their arguments that La Champenoise could not be classified as a reception centre in its entirety. That decision was clearly made by a tribunal specializing in social services. With respect, the fact remains that that case cannot apply here. The Commission des affaires sociales ("the Commission") was required to interpret the concept of a reception centre in connection with the power of the Minister of Health and Social Services to relocate two elderly residents living in a home which had no permit within the meaning of s. 136 *A.H.S.S.S.* In addition to accommodation, the home provided food and care to the two residents, whose respective conditions required regular attention,

Or, ici nous avons ces constatations positives du BREF que les services offerts par La Champenoise, conjugués aux besoins de ses bénéficiaires, font en sorte que cette dernière doit être entièrement qualifiée de centre d'accueil aux yeux de la loi. On reproche au BREF de ne pas avoir appliqué l'art. 2 *L.F.M.* pour scinder l'unité d'évaluation. Avec respect, il ressort des motifs de M^e Barbe que cet article n'a pas été ignoré. Et ceci se reflète particulièrement dans sa décision où il souligne, en référant au travail de l'évaluateur, «[que ce dernier] a établi le pourcentage de l'exemption mais non le principe d'une partie exempte et d'une partie imposée» (p. 134). Conscient de l'existence de l'art. 2 *L.F.M.*, le BREF a néanmoins estimé que La Champenoise exploitait des installations qui, dans leur globalité, répondaient aux deux volets de la définition de centre d'accueil. Nul autre que lui n'était, du reste, mieux placé pour conclure à l'indivisibilité de l'entreprise, au terme d'une visite qu'il a effectuée sur les lieux, conclusion qu'a partagée le juge Aubé de la Cour provinciale siégeant en appel et cité plus haut. L'expertise première de ce tribunal spécialisé n'est certes pas celle des services sociaux; je note néanmoins qu'il s'agissait ici de définir un centre d'accueil pour des fins fiscales. Ceci étant, il n'y a pas lieu de revenir sur ses conclusions.

Devant notre Cour, les intimées Communauté urbaine de Québec et ville de Québec ont invoqué l'affaire *Services de santé et services sociaux — 7*, [1987] C.A.S. 579, à l'appui de leurs prétentions selon lesquelles La Champenoise ne pouvait, dans sa totalité, se qualifier comme centre d'accueil. Certes, cette décision émane d'un tribunal spécialisé en affaires sociales. Avec égards, il n'en demeure pas moins que cette affaire ne peut s'appliquer au cas d'espèce. Il s'agissait pour la Commission des affaires sociales (la «Commission») d'interpréter la notion de centre d'accueil dans le contexte du pouvoir de relocalisation du ministre de la Santé et des Services sociaux de deux résidents âgés habitant un foyer ne détenant pas de permis au sens de l'art. 136 *L.S.S.S.S.* Outre le logement, le foyer dispensait la nourriture et les soins aux deux résidents, dont l'état respectif

one having difficulty in moving about and the other being subject to periods of confusion. The Commission reversed the Minister's decision and found that the home in question was not a reception centre within the meaning of s. 1(k) A.H.S.S.S. In a passage which I shall reproduce at length for greater clarity, the Commission said the following, at p. 582:

[TRANSLATION] The activities described in this definition of a reception centre are in fact very broad and capable of being carried on in various locations where individuals are lodged. Offering in-patient services for the lodging and maintenance of individuals is thus a task which in our society is far from being a function exclusive to reception centres. Even in the case of persons having certain problems or deficiencies, such centres do not have a monopoly.

There are in fact many places providing lodging to elderly persons whose autonomy is more limited and who, though not needing constant care, simply must live in places where . . . certain maintenance services are provided for them. In such places they may find someone capable of providing a form of assistance and help if required, not to mention out-patient services which are provided to them in the same way as if they lived elsewhere.

Formerly, such persons found this type of lodging within an extended family unit. Now, this resource is less available and they must have access to different places.

In the Commission's opinion this is not the type of lodging contemplated by the relocation power conferred on the Minister by s. 182 [A.H.S.S.S.]. That power, which is special and exceptional, is an incidental measure for the purpose of penalizing a breach of the Act, namely the operation of an establishment without a permit (s. 136).

The establishment is truly a *facility* whose activities must be so arranged that relatively constant special care can be provided to the persons living there who require it. It is not a place the primary activity of which is to lodge and maintain persons who may occasionally need certain care and for whom it provides reassuring and beneficial surroundings.

The Minister's power of relocation should not be isolated but seen in its context. Otherwise it might be used to transfer one or more persons from locations where

nécessitait un suivi régulier, l'un ayant de la difficulté à se mouvoir et l'autre étant sujet à des accès de confusion. La Commission renversa la décision du Ministre et soutint que le foyer en question n'était pas un centre d'accueil au sens de l'al. 1k) L.S.S.S.S. Dans un passage que je reproduis au long pour une meilleure compréhension, la Commission s'exprime ainsi, à la p. 582:

Les activités décrites dans cette définition de centre d'accueil sont en réalité très vastes et susceptibles d'être exercées dans plusieurs endroits où sont hébergés des individus. Offrir des services internes pour loger et entretenir des personnes est ainsi une tâche qui est loin d'être, dans notre société, exclusive aux centres d'accueil. Même exercée à l'égard de personnes présentant certains problèmes ou déficiences, elle ne leur est pas particulière.

Il existe en effet de nombreux endroits où sont hébergées des personnes âgées dont l'autonomie est plus restreinte et qui, tout en n'ayant pas besoin de soins constants, doivent simplement vivre dans des lieux où [. . .] certains services d'entretien leur sont assurés. Elles peuvent en outre y retrouver une présence susceptible d'apporter une forme d'aide et de secours au besoin. Sans compter des services externes qui leur sont offerts de la même façon que si elles demeuraient ailleurs.

Auparavant, ces personnes retrouvaient ce type d'hébergement à l'intérieur d'une cellule familiale élargie. Maintenant, cette ressource est moins disponible et elles doivent avoir accès à des lieux différents.

De l'avis de la Commission, ce n'est pas à ce type de lieu d'hébergement que fait allusion le pouvoir de relocalisation dont dispose le ministre à l'article 182 [L.S.S.S.S.]. Ce pouvoir, qui est particulier et exceptionnel, est une mesure accessoire pour sanctionner une infraction commise à la loi. Celle-ci consiste à exploiter un établissement sans permis (art. 136).

Or l'établissement est vraiment une *installation* dont les activités doivent être orientées d'une façon telle que des soins particuliers relativement constants puissent être dispensés aux personnes qui y sont hébergées et qui les requièrent. Ce n'est pas un lieu dont l'activité consiste principalement à loger et entretenir des personnes qui, occasionnellement, peuvent avoir besoin de certains soins, et à qui il apporte un encadrement sécurisant et bénéfique.

Il ne faut pas isoler le pouvoir de relocalisation du ministre mais le situer dans son contexte. Sinon, il pourrait être utilisé pour transférer une ou des personnes

activities of the kind described in s. 1(k) are carried on and where care may be provided from time to time but which are not truly facilities for this purpose. Examples of this are families where an elderly or handicapped person lives. [Emphasis added; italics in original.]

There is no doubt that the factual background to that decision is completely different from the case at bar; the same is true of the section of the Act relied on in support of these arguments. The first passage underlined in the extract nevertheless suggests that the rental portion of La Champenoise might not be classified as a reception centre. That does not prevent me from coming to the opposite conclusion. The type of lodging referred to by the Commission is inconsistent with the concept of an organized institution. This follows from the last phrase underlined above, when the Commission mentions facilities which are not created for the purposes of providing the services described in s. 1(k) *A.H.S.S.S.* In the present case La Champenoise is an organized institution which was specifically created for the purpose of catering to the special needs of the elderly.

Another argument put forward by the respondents to show that La Champenoise cannot be classified as a reception centre in its entirety relies on the reasons of Bisson C.J.Q., when he noted that the composition of the board of directors and the criteria for admission to La Champenoise are not in accordance with the respective requirements of ss. 82 and 18.1 *A.H.S.S.S.* With respect, reading ss. 82 and 76 *A.H.S.S.S.* together with the heading of the division covering them clearly shows that s. 82 applies only to public establishments. Clearly, therefore, it cannot be made to cover La Champenoise. As for s. 18.1 *A.H.S.S.S.*, which obviously applies to public and private establishments, it provides for the submission of admission criteria to the Conseil régional de la santé et des services sociaux or the Minister, as the case may be. There is nothing to indicate, however, that failure to observe this requirement will as such affect the status of an establishment as a reception centre.

d'endroits où des activités de la nature décrite à l'article 1k) sont exercées et où des soins peuvent occasionnellement être fournis mais qui ne sont pas véritablement des installations à cette fin. On n'a qu'à penser à titre d'exemple à des familles hébergeant une personne âgée ou handicapée. [Je souligne; italiques dans l'original.]

Il ne fait pas de doute que le contexte factuel qui sous-tend cette décision est entièrement différent du cas qui nous occupe; de même en est-il de l'article de loi qu'on invoque au soutien de ces prétentions. Le premier passage souligné dans l'extrait laisse néanmoins entendre que la section locative de La Champenoise pourrait ne pas être qualifiée de centre d'accueil. Ceci ne m'empêche pas d'en arriver à la conclusion contraire. En effet, le type d'hébergement auquel la Commission fait référence s'oppose à la notion d'institution organisée. Ceci ressort du dernier membre de phrase souligné plus haut lorsque la Commission traite des installations qui ne sont pas créées aux fins de fournir les services décrits à l'al. 1k) *L.S.S.S.S.* Or, en l'espèce La Champenoise est une institution organisée que l'on a spécifiquement créée dans le but de répondre aux besoins particuliers des personnes âgées.

Un autre argument des intimées pour démontrer que La Champenoise ne peut être qualifiée entièrement de centre d'accueil prend appui sur les motifs du juge en chef Bisson de la Cour d'appel lorsqu'il souligne que la composition du conseil d'administration et les critères d'admission de La Champenoise ne se conforment pas aux exigences respectives des art. 82 et 18.1 *L.S.S.S.S.* Avec respect, la lecture conjointe des art. 82 et 76 *L.S.S.S.S.*, de même que l'en-tête de la section qui les gouverne, démontrent clairement que l'art. 82 ne s'applique qu'aux établissements publics. On ne saurait donc s'en prévaloir à l'endroit de La Champenoise. Quant à l'art. 18.1 *L.S.S.S.S.*, qui s'applique visiblement aux établissements publics et privés, il prescrit la soumission des critères d'admission au Conseil régional de la santé et des services sociaux ou au Ministre, selon le cas. Rien n'indique cependant que le défaut de respecter cette exigence affecte en soi le statut de centre d'accueil d'un établissement.

The respondents submitted, finally, that a reception centre is not exempt from real estate taxes if it does not hold a permit required by Division VI of the *A.H.S.S.S.* As La Champenoise holds a permit for 20 residents, the tax exemption could not be limited for its facilities in their entirety but should be limited to the shelter section only. In support of this argument the respondents relied on s. 204(14) *A.M.T.*, which does not define a reception centre as such but rather proceeds by way of a reference to s. 12 *A.H.S.S.S.* Such a reference, they argued, is not limited to the definition of a reception centre but also takes in the provisions of the Act governing the activities of this type of establishment. I shall again reproduce the paragraph for the sake of convenience:

204. The following are exempt from all municipal or school real estate taxes:

(14) an immovable belonging to a public establishment within the meaning of the Act respecting health services and social services (chapter S-5), including a reception centre contemplated in section 12 of that act, used for the purposes provided by that act, and an immovable belonging to the holder of a day care centre permit or nursery school permit contemplated in paragraph 1 or 2 of section 4 or 5 of the Act respecting child day care (chapter S-4.1), used for the purposes provided by that act;

With respect, I cannot subscribe to the respondents' arguments. If the legislature had intended that the tax exemption of a reception centre should be subject to the existence of a permit issued by the proper authority, it would have said so expressly as it did for day-care centres. The same textual argument can be drawn from s. 204(15) *A.M.T.* with respect to educational institutions. *Expressio unius est exclusio alterius*. I accordingly share the findings of the BREF on this point.

VI — Conclusion

In light of the rules of interpretation formulated in the first part of this analysis, it appears that on the facts found by the BREF the facilities of La

Les intimées soumettent finalement qu'un centre d'accueil n'est pas exempt de taxes foncières s'il n'est pas détenteur du permis exigé par la Section VI de la *L.S.S.S.S.* Comme La Champenoise détient un permis pour 20 bénéficiaires, l'exemption fiscale ne saurait être valable pour l'ensemble de ses installations mais devrait se limiter à la seule section hébergement. Pour étayer cet argument, les intimées s'appuient sur le par. 204(14) *L.F.M.* qui ne définit pas comme tel le centre d'accueil mais qui procède plutôt par un renvoi à l'art. 12 *L.S.S.S.S.* Un tel renvoi ne serait pas limité à la définition du centre d'accueil mais engloberait également les dispositions de la loi régissant les activités de ce type d'établissement. Je reproduis le paragraphe à nouveau pour des motifs de commodité:

204. Sont exempts de toute taxe foncière, municipale ou scolaire:

14° un immeuble appartenant à un établissement public au sens de la Loi sur les services de santé et les services sociaux (chapitre S-5), y compris un centre d'accueil visé à l'article 12 de cette loi, et qui sert aux fins prévues par cette loi, et un immeuble appartenant au titulaire d'un permis de service de garde en garderie ou en jardin d'enfants visé au paragraphe 1° ou 2° de l'article 4 ou 5 de la Loi sur les services de garde à l'enfance (chapitre S-4.1), et qui sert aux fins prévues par cette loi;

Avec égards, je ne peux souscrire aux arguments des intimées. En effet, si le législateur avait voulu que l'exemption de taxes d'un centre d'accueil soit subordonnée à l'existence d'un permis délivré par l'autorité compétente, il l'aurait expressément mentionné comme il l'a fait pour les garderies. Le même argument de texte peut être tiré du par. 204(15) *L.F.M.* à l'égard des institutions d'enseignement. *Expressio unius est exclusio alterius*. Je partage donc les conclusions du BREF sur cette question.

VI — Conclusion

À la lumière des principes d'interprétation établis dans la première partie de notre analyse, il appert que la totalité des installations de La Cham-

Champenoise can be classified in their entirety as a reception centre within the meaning of ss. 1(k) and 12(b) A.H.S.S.S. Similarly, it appears that its property as a whole is used for the purposes provided by that Act, as stipulated by s. 204(14) A.M.T. The decision of the BREF, a specialized tribunal, discloses no error subject to review on appeal. I would accordingly restore the decision of the BREF that the La Champenoise property should be declared exempt from real estate taxes in its entirety for the 1980 to 1984 fiscal years inclusive.

VII — Disposition

The appeal is allowed. The judgment of the Quebec Court of Appeal is set aside and the decision of the BREF is affirmed, the whole with costs before the BREF and in all courts.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Tremblay Bois & Associés, Ste-Foy.

Solicitors for the respondents the Communauté urbaine de Québec and the City of Québec: Alain, Tardif & Associés, Québec.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Rochette Boucher & Gagnon, Québec.

penoise, selon les faits constatés par le BREF, peut être qualifiée de centre d'accueil au sens des al. 1k) et 12b) L.S.S.S.S. Il appert de même que l'ensemble de son immeuble sert aux fins prévues par cette loi, comme le prescrit le par. 204(14) L.F.M. La décision du BREF, tribunal spécialisé, ne fait pas voir d'erreur susceptible de fonder réformation en appel. En conséquence, je rétablirais la décision du BREF afin que l'immeuble de La Champenoise soit entièrement déclaré exempt de taxes foncières pour les exercices financiers des années 1980 à 1984 inclusivement.

VII — Dispositif

Le pourvoi est accueilli. Le jugement de la Cour d'appel du Québec est infirmé et la décision du BREF est confirmée, le tout avec dépens devant le BREF et toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Tremblay Bois & Associés, Ste-Foy.

Procureurs des intimées la Communauté urbaine de Québec et la ville de Québec: Alain, Tardif & Associés, Québec.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec: Rochette Boucher & Gagnon, Québec.

Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain *Appellant*

v.

City of Montreal and Communauté urbaine de Montréal *Respondents*

and

The Attorney General of the Province of Quebec *Mis en cause*

and between

Buanderie centrale de Montréal Inc. *Appellant*

v.

City of Montreal and Communauté urbaine de Montréal *Respondents*

INDEXED AS: BUANDERIE CENTRALE DE MONTRÉAL INC. v. MONTREAL (CITY); CONSEIL DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DE LA RÉGION DE MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN v. MONTREAL (CITY)

File No.: 23604.

1994: May 25; 1994: September 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Municipal law — Real estate valuation — Tax-exempt immovables — Public establishments — Whether appellants can be assimilated to public establishments they serve and benefit from tax exemption — Interpretation of tax legislation — Alter ego theory — Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, ss. 204(14), 236(1.1).

Municipal law — Taxation — Action to set aside entries on real estate valuation roll — Prescription — Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, s. 172.

Le Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain *Appelant*

^a c.

La ville de Montréal et la Communauté urbaine de Montréal *Intimées*

^b

et

Le procureur général de la province de Québec *Mis en cause*

^c

et entre

La Buanderie centrale de Montréal Inc. *Appelante*

^d

c.

^e **La ville de Montréal et la Communauté urbaine de Montréal** *Intimées*

^f

RÉPERTORIÉ: BUANDERIE CENTRALE DE MONTRÉAL INC. c. MONTRÉAL (VILLE); CONSEIL DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DE LA RÉGION DE MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN c. MONTRÉAL (VILLE)

N^o du greffe: 23604.

1994: 25 mai; 1994: 30 septembre.

^g

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^h

Droit municipal — Évaluation foncière — Immeubles exempts de taxes — Établissements publics — Les appellants peuvent-ils être assimilés aux établissements publics qu'ils desservent et bénéficier d'une exemption fiscale? — Interprétation des lois fiscales — Théorie de l'alter ego — Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 204(14), 236(1.1).

ⁱ

Droit municipal — Taxation — Action en nullité d'inscriptions au rôle d'évaluation foncière — Prescription — Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 172.

^j

Taxation — Legislation — Rules for interpreting tax legislation.

In 1973, in an effort to rationalize operations and reduce costs, the hospital establishments, in conjunction with the Ministère des Affaires sociales and the Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain ("CSSSRMM"), decided to combine their laundry services into a single community laundry, the Buanderie centrale de Montréal Inc. ("BCM"). To carry out this plan, the land needed to construct the building to house this laundry was conveyed by emphyteutic lease to the CSSSRMM. The BCM, a non-profit corporation, began official operations in 1979 as the lessee of the immovable owned by the CSSSRMM within the meaning of s. 1 of the *Act respecting Municipal Taxation* ("A.M.T."). The member establishments of the BCM are exclusively public hospital centres or reception centres within the meaning of ss. 10 and 11 of the *Act respecting Health Services and Social Services* ("A.H.S.S.S."), and the services provided are limited to washing the linen of member establishments. The BCM's budget is determined solely by operating costs and provides no profit. The entire cost is divided among the establishments served, which pay a share proportionate to the services received. Additionally, each member of the BCM also acts as a director. In the event of dissolution of the BCM and distribution of its assets, only the property acquired in whole or in part by means of a grant by the Ministère des Affaires sociales would belong to the CSSSRMM. Apart from this aspect, the CSSSRMM is not financially or commercially involved in providing laundry services. Rather, it acts as an administrative committee responsible for overseeing the achievement of the legislative purposes set out in s. 18 A.H.S.S.S. Until December 1985, the CSSSRMM and the BCM had been exempt from real estate and business tax respectively as public establishments pursuant to ss. 204(14) and 236(1.1) A.M.T. The immovable occupied by the BCM was subsequently entered on the real estate valuation roll for 1984 to 1988 inclusive and on the roll of rental values for 1986, 1987 and 1988. The appellants challenged these entries in the Superior Court by actions to set aside. The CSSSRMM maintained that it is a public establishment within the meaning of s. 204(14), in the same way as the health establishments of which it said it is merely an extension, and that it should accordingly benefit from the same real estate tax exemptions. The BCM submitted, for its part, that it is the *alter ego* of its member establishments and that accordingly no business tax can be imposed on it since its activities are those of a hospital centre or reception centre within the

Droit fiscal — Législation — Règles d'interprétation des lois fiscales.

Dès 1973, dans un effort de rationalisation des opérations et de réduction des coûts, les établissements hospitaliers, de concert avec le ministère des Affaires sociales et le Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain («CSSSRMM»), décident de regrouper leurs services de buanderie en une seule buanderie communautaire, la Buanderie centrale de Montréal Inc. («BCM»). Pour réaliser ce projet, le terrain requis pour construire l'immeuble devant abriter cette buanderie est cédé par bail emphytéotique au CSSSRMM. La BCM, une corporation sans but lucratif, débute ses opérations officielles en 1979 en tant que locataire de l'immeuble dont le CSSSRMM est propriétaire au sens de l'art. 1 de la *Loi sur la fiscalité municipale* («L.F.M.»). Les établissements membres de la BCM sont exclusivement des centres hospitaliers ou des centres d'accueil publics au sens des art. 10 et 11 de la *Loi des services de santé et les services sociaux* («L.S.S.S.S.»), et les services fournis se limitent au lavage du linge des établissements membres. Le budget de la BCM est établi uniquement en fonction des coûts d'opération et sans aucun profit. La totalité des coûts est répartie entre les établissements desservis qui les assument au prorata des services reçus. Par ailleurs, chaque membre de la BCM cumule également la fonction d'administrateur. En cas de dissolution de la BCM et de distribution de ses actifs, seuls les biens acquis en totalité ou en partie au moyen d'une subvention du ministère des Affaires sociales seront dévolus au CSSSRMM. Cet aspect excepté, le CSSSRMM n'est pas impliqué financièrement ou commercialement dans la prestation de services de buanderie. Il s'impose plutôt comme un comité administratif chargé de veiller à la réalisation des objectifs législatifs mentionnés à l'art. 18 L.S.S.S.S. Jusqu'en décembre 1985, le CSSSRMM et la BCM sont respectivement exemptés de la taxe foncière et de la taxe d'affaires à titre d'établissements publics en vertu des par. 204(14) et 236(1.1) L.F.M. Par la suite, l'immeuble occupé par la BCM est inscrit au rôle de l'évaluation foncière pour les années de 1984 à 1988 inclusivement et au rôle de la valeur locative pour les années 1986, 1987 et 1988. Les appelants contestent ces inscriptions devant la Cour supérieure par des actions en nullité. Le CSSSRMM soutient qu'il est un établissement public au sens du par. 204(14), au même titre que les établissements de santé dont il ne serait qu'une extension, et qu'il doit dès lors bénéficier des mêmes exemptions de taxes foncières. Quant à la BCM, elle fait valoir qu'elle est l'*alter ego* de ses établissements membres et que, par conséquent, aucune taxe d'affaires

meaning of s. 236(1.1). The Superior Court dismissed their actions and the Court of Appeal affirmed that judgment.

Held: The appeal should be allowed in part.

In light of the rules for the interpretation of tax legislation developed in the related appeal *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, and summarized in this case, it may be concluded that the *alter ego* concept does not apply directly to the appellants' situation. The element of control is of overriding importance in applying this concept. It is clear that the appellants are independent organizations which are not controlled by the establishments for whose benefit they operate. The element of control was developed in the context of the activities of commercial corporations, however, and to the extent that this factor is different in nature when it concerns the activities of non-profit corporations, its absence does not necessarily imply rejection of the concept for such corporations. The *alter ego* concept thus does not in itself resolve the issue. The intrinsic nature of the appellants for tax purposes must be determined and the search for the legislative intent reveals a fundamental purpose, namely efficiency in the operation of hospital laundries: first, for administrative purposes a sector of hospital activity was allocated by the legislature to an independent third party which incurred no risk in the undertaking; second, from the standpoint of patrimony there is an almost complete identity between the appellants and the establishments for whose benefit they operate. They form a single "conduit" to the establishments they serve and this situation is not affected by the fact that administrative functions or the titular ownership of property have been conferred on them. In pursuing its objective the legislature thus made no essential change to the substance of the patrimony of the establishments as a whole, whether in terms of financial responsibility or ownership of property. Taxation relates solely to patrimony. In view of the almost complete identity of patrimony between the appellants and their member establishments, the former should not be treated differently from the latter for tax purposes. Accordingly, the BCM can use s. 236(1.1) *A.M.T.* in order to benefit from the exemption from business tax for 1986, 1987 and 1988. The same conclusion applies to the CSSSRMM in respect of real estate tax for 1984, 1985, 1986 and 1988 pursuant to s. 204(14) *A.M.T.* However, the amendment to the conclusions of the CSSSRMM's action to set aside so as to include 1987, which was submitted in November 1988, was out of time. In municipal taxation, an action to set aside can-

ne peut lui être imposée puisque ses activités sont celles d'un centre hospitalier ou d'un centre d'accueil au sens du par. 236(1.1). La Cour supérieure a rejeté leurs actions et la Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en partie.

À la lumière des principes d'interprétation relatifs aux lois fiscales cristallisés dans l'arrêt connexe *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, et résumés en l'espèce, on peut conclure que le concept de l'*alter ego* ne s'applique pas directement à la situation des appelants. L'élément de contrôle occupe une place prépondérante dans l'application de ce concept. Or il est clair que les appelants sont des organismes indépendants et non contrôlés par les établissements pour le bénéfice desquels ils agissent. L'élément de contrôle a toutefois été développé dans le contexte des activités de sociétés commerciales et, dans la mesure où cet élément revêt un caractère différent en ce qui concerne les activités des sociétés à but non lucratif, son absence n'entraîne pas nécessairement le rejet du concept à l'égard de ces corporations. Le concept de l'*alter ego* ne permet donc pas, en soi, de régler le litige. Il faut préciser la nature intrinsèque des appelants pour des fins fiscales et la recherche de l'intention du législateur permet de dégager un objectif fondamental, soit l'efficacité dans l'exploitation des buanderies d'hôpitaux: d'une part, à des fins de gestion, un secteur de l'activité hospitalière a été confié par le législateur à un tiers indépendant qui n'encourt aucun risque dans l'entreprise; d'autre part, d'un point de vue patrimonial, il y a une identité quasi entière entre les appelants et les établissements pour le bénéfice desquels ils agissent. Ils forment un «conduit» unique jusqu'aux établissements qu'ils desservent et cette réalité n'est pas affectée par le fait qu'ils se voient attribuer des activités de gestion ou la propriété en titre des biens. Dans la concrétisation de son objectif, le législateur n'a donc pas, pour l'essentiel, apporté de changement de fond au domaine patrimonial de l'ensemble des établissements, tant au niveau de la responsabilité financière que de la propriété des biens. Or la fiscalité touche uniquement au domaine patrimonial. Vu la quasi-identité des patrimoines entre les appelants et leurs établissements membres, les premiers ne devraient pas être considérés différemment des seconds pour des fins fiscales. En conséquence, la BCM peut se prévaloir du par. 236(1.1) *L.F.M.* pour bénéficier de l'exemption relative à la taxe d'affaires pour les années 1986, 1987 et 1988. Quant au CSSSRMM, la même conclusion s'applique au regard du par. 204(14) *L.F.M.* pour la taxe foncière, et ce, pour les années 1984, 1985, 1986 et 1988. Cependant l'amendement des conclusions

not be brought after the one-year period provided for in s. 172 *A.M.T.* has expired.

de l'action en nullité de la C.S.S.S.R.M.M., soumis en novembre 1988, pour y inclure l'année 1987, était hors délai. En matière de fiscalité municipale, l'action en nullité ne peut être intentée après l'expiration du délai d'un an prévu à l'art. 172 *L.F.M.*

Cases Cited

Followed: *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, rev'g (1992), 47 Q.A.C. 47; **considered:** *City of Halifax v. Halifax Harbour Commissioners*, [1935] S.C.R. 215; **referred to:** *Ville de Montréal v. Association des chirurgiens dentistes du Québec*, [1990] R.J.Q. 2155; *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; *Corporation municipale de Shannon v. Maple Leaf Services*, [1971] C.A. 433; *Maple Leaf Services v. Townships of Essa and Petawawa* (1963), 37 D.L.R. (2d) 657; *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161; *Regina Industries Ltd. v. City of Regina*, [1947] S.C.R. 345; *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705; *Clarkson Co. v. Zhelka* (1967), 64 D.L.R. (2d) 457; *Smith, Stone & Knight, Ltd. v. Birmingham Corp.*, [1939] 4 All E.R. 116; *Aluminum Company of Canada Ltd. v. City of Toronto*, [1944] S.C.R. 267; *Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Sainte-Foy*, [1983] 1 S.C.R. 403; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting an immovable of La Communauté des Sœurs de Charité de la Providence, S.Q. 1976, c. 75.
Act respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 1(a) [am. 1981, c. 22, s. 40], (b), 10 [am. *idem*, s. 41], 11, 18(c), (e) [repl. *idem*, s. 42], (e.1) [ad. *idem*].
Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, ss. 1 "owner", 172, 182, 203 [am. 1986, c. 34, s. 11], 204(1) [repl. 1983, c. 40, s. 72; am. 1986, c. 34, s. 12], (1.1) [ad. 1980, c. 34, s. 27], (2) [ad. 1982, c. 2, s. 93; am. *idem*, c. 9, s. 38], (2.1) [ad. 1982, c. 2, s. 93; am. *idem*, c. 9, s. 38], (5), (14) [repl. 1980, c. 34, s. 27; am. 1986, c. 34, s. 12], 232 [am. *idem*, s. 18], 236(1) [repl. 1980, c. 34, s. 40; repl. 1982, c. 63, s. 216; repl. 1987, c. 42, s. 12], (1.1) [ad. 1982, c. 63, s. 216; am. 1986, c. 34, s. 19], 248, 249, 255 [am. 1979, c. 80, s. 54; repl. 1980, c. 34, s. 44; am. 1982, c. 2, s. 96; am. *idem*, c. 63, s. 219; am. 1983, c. 40, s. 73; am. 1986, c. 34, s. 21], 488.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 33.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, inf. (1992), 47 Q.A.C. 47; **arrêt examiné:** *City of Halifax c. Halifax Harbour Commissioners*, [1935] R.C.S. 215; **arrêts mentionnés:** *Ville de Montréal c. Association des chirurgiens dentistes du Québec*, [1990] R.J.Q. 2155; *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; *Corporation municipale de Shannon c. Maple Leaf Services*, [1971] C.A. 433; *Maple Leaf Services c. Townships of Essa and Petawawa* (1963), 37 D.L.R. (2d) 657; *Montreal c. Montreal Locomotive Works Ltd.*, [1947] 1 D.L.R. 161; *Regina Industries Ltd. c. City of Regina*, [1947] R.C.S. 345; *Lennard's Carrying Co. c. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705; *Clarkson Co. c. Zhelka* (1967), 64 D.L.R. (2d) 457; *Smith, Stone & Knight, Ltd. c. Birmingham Corp.*, [1939] 4 All E.R. 116; *Aluminum Company of Canada Ltd. c. City of Toronto*, [1944] R.C.S. 267; *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326.

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 33.
Loi concernant un immeuble de La Communauté des Sœurs de Charité de la Providence, L.Q. 1976, ch. 75.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 125.
Loi des compagnies, S.R.Q. 1964, ch. 271.
Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 1 «propriétaire», 172, 182, 203 [mod. 1986, ch. 34, art. 11], 204(1) [rempl. 1983, ch. 40, art. 72; mod. 1986, ch. 34, art. 12], (1.1) [aj. 1980, ch. 34, art. 27], (2) [aj. 1982, ch. 2, art. 93; mod. *idem*, ch. 9, art. 38], (2.1) [aj. 1982, ch. 2, art. 93; mod. *idem*, ch. 9, art. 38], (5), (14) [repl. 1980, ch. 34, art. 27; mod. 1986, ch. 34, art. 12], 232 [mod. *idem*, art. 18], 236(1) [repl. 1980, ch. 34, art. 40; rempl. 1982, ch. 63, art. 216; rempl. 1987, ch. 42, art. 12], (1.1) [aj. 1982, ch. 63, art. 216; mod. 1986, ch. 34, art. 19], 248, 249, 255 [mod. 1979, ch. 80, art. 54; rempl. 1980, ch. 34, art. 44; mod. 1982, ch. 2, art. 96; mod. *idem*, ch. 63, art. 219; mod. 1983, ch. 40, art. 73; mod. 1986, ch. 34, art. 21], 488.
Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 1a) [mod. 1981, ch. 22, art. 40],

Companies Act, R.S.Q. 1964, c. 271.
Constitution Act, 1867, s. 125.

APPEAL from judgments of the Quebec Court of Appeal, [1993] R.J.Q. 1051, 54 Q.A.C. 210, affirming judgments of the Superior Court, [1990] R.J.Q. 408, dismissing the appellants' actions in nullity and in reimbursement of taxes. Appeal allowed in part.

Pierre Boyer, for the appellants.

Serge Barrière, for the respondent the City of Montreal.

Gérard Beaupré, Q.C., Réjean Rioux and George Kovac, for the respondent the Communauté urbaine de Montréal.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. — This case raises the question of whether the appellants, the Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain (“Regional Council”) and the Buanderie centrale de Montréal Inc. (“Buanderie”), may respectively benefit from the tax exemptions provided for in ss. 204(14) and 236(1.1) of the *Act respecting Municipal Taxation*, R.S.Q., c. F-2.1 (“A.M.T.”), regarding real estate and business tax. The appeal raises two main questions: (1) What are the principles that should guide the courts in interpreting tax legislation? (2) In light of these principles, can the Regional Council and the Buanderie be regarded as the *alter egos* of the public establishments served by them, or be assimilated to them in any way, so as to come within the scope of ss. 10 and 11 of *An Act respecting Health Services and Social Services*, R.S.Q., c. S-5 (“A.H.S.S.S.”), indirectly referred to in ss. 204(14) and 236(1.1) A.M.T.?

I — Facts

The Buanderie is a non-profit corporation created by letters patent issued on March 6, 1979 pur-

b), 10 [mod. *idem*, art. 41], 11, 18c), e) [repl. *idem*, art. 42], e.1) [aj. *idem*].

POURVOI contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 1051, 54 Q.A.C. 210, qui ont confirmés des jugements de la Cour supérieure, [1990] R.J.Q. 408, qui avaient rejeté les actions en nullité et en remboursement de taxes des appelants. Pourvoi accueilli en partie.

Pierre Boyer, pour les appelants.

Serge Barrière, pour l'intimée la ville de Montréal.

Gérard Beaupré, c.r., Réjean Rioux et George Kovac, pour l'intimée la Communauté urbaine de Montréal.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — La présente affaire soulève la question de savoir si les appelants, le Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain («Conseil régional») et la Buanderie centrale de Montréal Inc. («Buanderie»), peuvent respectivement se prévaloir des exemptions fiscales prévues aux par. 204(14) et 236(1.1) de la *Loi sur la fiscalité municipale*, L.R.Q., ch. F-2.1 («L.F.M.»), concernant la taxe foncière et la taxe d'affaires. Le pourvoi soulève deux questions principales: (1) Quels sont les principes qui doivent guider les tribunaux dans l'interprétation des lois fiscales? (2) À la lumière de ces principes, le Conseil régional et la Buanderie peuvent-ils être considérés comme l'*alter ego* des établissements publics qu'ils desservent, ou leur être assimilés de quelque façon, de manière à entrer dans le champ d'application des art. 10 et 11 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-5 («L.S.S.S.S.»), auxquels les par. 204(14) et 236(1.1) L.F.M. renvoient indirectement?

I — Les faits

La Buanderie est une corporation sans but lucratif constituée par lettres patentes délivrées le 6

suant to Part III of the *Companies Act*, R.S.Q. 1964, c. 271, the purpose of which is to provide establishments in the regional social affairs network with the laundry and linen services they require. Until its creation the hospital establishments had their own laundry services. In 1973, however, it was realized that the equipment had reached a level of obsolescence or saturation that would require a sizable investment. In an obvious effort to rationalize operations and reduce costs, the hospital establishments, in conjunction with the Ministère des Affaires sociales and the Regional Council, therefore decided to combine their laundry services into a single community laundry. Not only did this decision entail a transfer of laundry operations to the new entity, but it also meant a commitment by the hospitals to participate in its management.

On June 30, 1976 the legislature specifically authorized the Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence and the Hôpital Louis-Hippolyte Lafontaine to convey the necessary land to the Regional Council by an emphyteutic lease, on the express condition that a building be constructed on it to house a community laundry (S.Q. 1976, c. 75). The conveyance was made on June 27, 1977 and construction of the Buanderie was completed in 1979. Under an agreement between the latter and the Regional Council, which was made on June 14, 1979, the Buanderie began official operations as the lessee of the immovable owned by the Regional Council within the meaning of s. 1 *A.M.T.*

The Buanderie staff was initially taken from employees of the hospital centres; it is still subject to the hospital employees' collective agreement and still contributes to the same pension fund as they do. On November 27, 1985, under order-in-council 2507-85, (1985) 117 *G.O. II* 6900, the Buanderie was treated as a public hospital centre for the purposes of negotiating collective agreements in the public and semi-public sectors.

mars 1979 en vertu de la troisième partie de la *Loi des compagnies*, S.R.Q. 1964, ch. 271, et dont l'objet est d'offrir aux établissements du réseau régional des affaires sociales les services de buanderie et de lingerie requis par ces derniers. Jusqu'à sa création, les établissements hospitaliers possédaient leur propre service de buanderie. En 1973, cependant, constatation est faite que les équipements ont atteint un niveau de vétusté ou de saturation qui exigerait des investissements considérables. Dans un effort évident de rationalisation des opérations et de réduction des coûts, les établissements hospitaliers, de concert avec le ministère des Affaires sociales et le Conseil régional, décident donc de regrouper leurs services de buanderie en une seule buanderie communautaire. Non seulement cette décision implique-t-elle un transfert des opérations de buanderie dans la nouvelle entité mais elle comporte également l'engagement des hôpitaux à participer à sa gestion.

Le 30 juin 1976, le législateur autorise spécifiquement la Communauté des Sœurs de la Charité de la Providence et l'Hôpital Louis-Hippolyte Lafontaine à céder par bail emphytéotique le terrain requis au Conseil régional, à la condition expresse qu'y soit construit un immeuble abritant une buanderie communautaire (L.Q. 1976, ch. 75). La cession a lieu le 27 juin 1977 et la construction de la Buanderie est achevée en 1979. Au terme d'une convention entre cette dernière et le Conseil régional, laquelle prend place le 14 juin 1979, les opérations officielles de la Buanderie débutent, en tant que locataire de l'immeuble dont le Conseil régional a la propriété, au sens de l'art. 1 *L.F.M.*

Le personnel de la Buanderie est initialement puisé à même les employés des centres hospitaliers; il demeure d'ailleurs encore aujourd'hui assujéti à la convention collective des employés d'hôpitaux et contribue toujours au même fonds de pension que ceux-ci. Le 27 novembre 1985, au terme du décret 2507-85, (1985) 117 *G.O. II* 6900, la Buanderie est assimilée à un centre hospitalier public aux fins de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic.

Its member establishments are exclusively public hospital centres or reception centres, within the meaning of ss. 10 and 11 *A.H.S.S.S.* In the same way the Buanderie is the exclusive supplier of laundry services to these establishments, as since 1983 the Ministère des Affaires sociales has no longer provided any grants for establishing this kind of service within hospitals and has instead required the latter to become members of the Buanderie. The services provided by it are limited to washing the linen of member establishments, which once again is exclusively owned by them.

In addition to the question of services, the Buanderie's method of operation is also very instructive. It may be noted that the corporation's budget is determined solely by operating costs and provides no profit. In fact the entire cost is divided among the establishments served, which pay a share proportionate to the services received. Additionally, each member of the corporation also acts as a director. Under the Buanderie's supplementary letters patent, issued on February 26, 1985, the number of members of the corporation was increased to nine, three being appointed by the Regional Council, two by the Minister of Social Affairs and four by the user establishments, with the further condition that the latter must be accepted by the corporation's board of directors. Finally, a provision of the original letters patent states that in the event of dissolution of the corporation and distribution of its assets, property acquired in whole or in part by means of a grant by the Ministère des Affaires sociales would belong to the Regional Council. Apart from this aspect, the Regional Council is not financially or commercially involved in providing laundry services but acts as another administrative committee, responsible in this case for overseeing the achievement of the legislative purposes set out in s. 18 *A.H.S.S.S.*

From the beginning of their existence until December 1985, the Regional Council and the Buanderie had been exempt from real estate and

Ses établissements membres sont exclusivement des centres hospitaliers ou des centres d'accueil publics, au sens des art. 10 et 11 *L.S.S.S.S.* Dans le même ordre d'idées, la Buanderie est le fournisseur exclusif de services de buanderie auprès de ces établissements, le ministère des Affaires sociales, depuis 1983, n'octroyant plus de subventions pour l'implantation de ce genre de services à l'intérieur des hôpitaux, mais requérant plutôt que ces derniers deviennent membres de la Buanderie. Les services fournis par celle-ci se limitent d'ailleurs au lavage du linge des établissements membres, lequel leur appartient, une fois de plus, en exclusivité.

Outre l'aspect des services, le mode de fonctionnement de la Buanderie est aussi fort révélateur. En effet, on constate que le budget de la corporation est établi uniquement en fonction des coûts d'opération et sans aucun profit. Dans les faits, la totalité des coûts est répartie entre les établissements desservis qui les assument au prorata des services reçus. Par ailleurs, chaque membre de la corporation cumule également la fonction d'administrateur. Selon les lettres patentes supplémentaires de la Buanderie, délivrées le 26 février 1985, le nombre de membres de la corporation est porté à neuf, trois étant désignés par le Conseil régional, deux par le ministre des Affaires sociales et quatre par les établissements utilisateurs, avec la condition supplémentaire, pour ces derniers, qu'ils soient acceptés par le conseil d'administration de la corporation. Enfin, une disposition des lettres patentes originales prévoit qu'en cas de dissolution de la corporation et de distribution de ses actifs, les biens acquis en tout ou en partie au moyen d'une subvention du ministère des Affaires sociales seront dévolus au Conseil régional. Cet aspect excepté, le Conseil régional n'est pas impliqué financièrement ou commercialement dans la prestation de services de buanderie mais s'impose plutôt comme un autre comité administratif, chargé cette fois de veiller à l'accomplissement des objectifs législatifs mentionnés à l'art. 18 *L.S.S.S.S.*

Du début de leur existence jusqu'au mois de décembre 1985, le Conseil régional et la Buanderie sont respectivement exemptés de la taxe foncière

business tax respectively as public establishments pursuant to ss. 204(14) and 236(1.1) *A.M.T.* During that period the City of Montreal and the Communauté urbaine de Montréal received grants from the provincial government proportionate to the taxes they might otherwise have collected from these establishments. This compensation was paid pursuant to s. 255 of the same Act.

On October 18, 1985, however, the Ministère des Affaires municipales informed the City of Montreal that the grants were being terminated, the reason being that the Buanderie and the Regional Council would no longer benefit from the tax exemption they had enjoyed until that time. Following this notice the Communauté urbaine de Montréal in December 1985 issued certificates of amendment for 1984 and 1985 making the immovable occupied by the Buanderie subject to real estate tax. On March 25, 1986 the City of Montreal sent the Regional Council a notice of amendment to the valuation roll retroactive to January 1, 1984 as well as its invoices for municipal, school and olympic taxes. Accordingly the immovable was subsequently entered on the roll from 1984 to 1988. These amendments initially affected the Regional Council since it was the owner of the immovable within the meaning of s. 1 *A.M.T.* On June 8, 1987 the City of Montreal also altered the roll of rental values and entered the immovable on the roll for 1987 and 1988, thereby depriving the Buanderie of the business tax exemption it had enjoyed. On the following July 17 the City sent the Buanderie a further notice of amendment to the roll of rental values and this time entered the immovable on the roll for 1986.

The Regional Council and the Buanderie challenged these entries in the Superior Court by an action to set aside which also sought repayment of taxes paid under protest. Their actions were joined for hearing. The Regional Council then sought to amend the conclusions of its action to claim reimbursement of the amounts paid for 1987 and 1988. In support of its arguments it maintained that it is a public establishment within the meaning of s. 204(14) *A.M.T.*, in the same way as the health

et de la taxe d'affaires à titre d'établissements publics et ce, en vertu des par. 204(14) et 236(1.1) *L.F.M.* Au cours de cette période, la ville de Montréal et la Communauté urbaine de Montréal reçoivent alors du gouvernement provincial des subventions proportionnelles aux taxes qu'elles pourraient autrement percevoir auprès de ces établissements. Cette compensation est effectuée conformément à l'art. 255 de la même loi.

Le 18 octobre 1985, toutefois, le ministère des Affaires municipales informe la ville de Montréal que les subventions prendront fin, le motif étant que la Buanderie et le Conseil régional ne devaient plus bénéficier de l'exemption fiscale qu'on leur avait reconnue jusqu'à ce jour. Suite à cet avis, en décembre 1985, la Communauté urbaine de Montréal délivre des certificats de modification pour les années 1984 et 1985, de façon à rendre l'immeuble occupé par la Buanderie imposable pour fins de taxes foncières. Le 25 mars 1986, la ville de Montréal expédie au Conseil régional un avis de modification au rôle d'évaluation rétroactif au 1^{er} janvier 1984 ainsi que ses comptes de taxes municipales, scolaires et olympiques. Ainsi, et par la suite, l'immeuble est inscrit au rôle de 1984 à 1988. Ces modifications affectent d'abord le Conseil régional puisque la propriété de l'immeuble lui revient, au sens de l'art. 1 *L.F.M.* Le 8 juin 1987, également, la ville de Montréal modifie le rôle de la valeur locative et inscrit l'immeuble au rôle pour les années 1987 et 1988, retirant ainsi à la Buanderie l'exemption dont elle bénéficiait pour la taxe d'affaires. Le 17 juillet suivant, la ville expédie à la Buanderie un autre avis de modification au rôle de la valeur locative, et inscrit cette fois l'immeuble au rôle pour l'année 1986.

Le Conseil régional et la Buanderie contestent ces inscriptions devant la Cour supérieure par une action en nullité et en remboursement des taxes payées sous protêt. Leurs actions sont réunies pour audition. Le Conseil régional cherche alors à amender les conclusions de son action pour réclamer le remboursement des montants payés pour les années 1987 et 1988. À l'appui de ses prétentions, il soutient qu'il est un établissement public au sens du par. 204(14) *L.F.M.*, au même titre que les éta-

establishments of which it said it is merely an extension, and that it should accordingly benefit from the same real estate tax exemptions. The Buanderie submitted, for its part, that it is the *alter ego* of its member establishments and that accordingly no business tax can be imposed on it since its activities are those of a hospital centre or reception centre within the meaning of s. 236(1.1) of the said Act.

II — The Courts Below

Superior Court, [1990] R.J.Q. 408

According to Lemieux J., it is clear that the Regional Council is not a public establishment within the meaning of s. 10 A.H.S.S.S. She also dismissed the Council's argument that it was the mandatary, agent or extension of the member establishments of the Buanderie. After reviewing the cases submitted in support of this argument, which I shall also have occasion to consider, she concluded, at p. 414:

[TRANSLATION] With respect, this line of authority does not apply in the present case. In all those cases the Crown was the owner or lessee of the taxed land. Under very specific legislation the Crown was exempt from real estate tax. The situation is different here.

Lemieux J. noted that the Regional Council is a mandatary of the Crown subject to the A.M.T. pursuant to s. 488. In its capacity as emphyteutic lessee it is an owner within the meaning of s. 1 of the Act and its immovable is therefore taxable under s. 203 unless it falls within the exemptions set out in s. 204. Lemieux J. found no exemption that could cover the Council. At page 414 she said the following:

[TRANSLATION] Paragraph 14 of that section refers to a public establishment within the meaning of the [A.H.S.S.S.], a term explained in ss. 10 and 11 of that Act. The [Regional Council] is not a public establishment according to the definition contained in those sections. Since the exemptions must be interpreted restrictively, it follows that the legislature did not intend to exempt a mandatary of the Crown from the payment of real estate tax.

blissements de santé, dont il ne serait qu'une extension, et qu'il doit dès lors bénéficier des mêmes exemptions de taxes foncières. Quant à la Buanderie, elle soumet qu'elle est l'*alter ego* de ses établissements membres et que, par conséquent, aucune taxe d'affaires ne peut lui être imposée puisque ses activités sont celles d'un centre hospitalier ou d'un centre d'accueil, au sens du par. 236(1.1) de la même loi.

II — Les décisions des instances dont appel

Cour supérieure, [1990] R.J.Q. 408

Selon le juge Lemieux, il est manifeste que le Conseil régional n'est pas un établissement public au sens de l'art. 10 L.S.S.S.S. Par ailleurs, elle rejette aussi l'argument du Conseil voulant qu'il soit le mandataire, l'agent ou l'extension des établissements membres de la Buanderie. Après examen de la jurisprudence soumise à l'appui de cette thèse, et que j'aurai également l'occasion d'analyser, elle conclut, à la p. 414:

Avec égard, cette jurisprudence n'a pas d'application dans le présent cas. Dans toutes ces causes, la Couronne était propriétaire ou locataire des terres imposées. Or, en vertu de textes de loi bien précis, la Couronne était exempte de taxe foncière. En l'espèce, la situation est différente.

Le juge Lemieux souligne que le Conseil régional est un mandataire de la Couronne assujéti à la L.F.M. par application de l'art. 488. En sa qualité d'emphytéote, il est propriétaire au sens de l'art. 1 de la Loi et son immeuble est donc imposable en vertu de l'art. 203, à moins de faire partie des exceptions visées à l'art. 204. Or le juge Lemieux n'en trouve aucune dont le Conseil régional puisse se prévaloir. À la page 414, elle s'exprime ainsi:

L'alinéa 14 de cet article réfère à un établissement public au sens de la [L.S.S.S.S.], expression qui est précisée aux articles 10 et 11 de cette loi. Le [Conseil régional] n'est pas un établissement public selon la définition que l'on retrouve à ces articles. Puisque les exemptions doivent être interprétées restrictivement, il faut comprendre que le législateur n'avait pas l'intention d'exempter un mandataire de la Couronne du paiement de la taxe foncière.

Finally, after concluding that the municipal by-laws adopted pursuant to s. 232 *A.M.T.* were valid, the latter purporting to be the enabling provision for collection of the business tax, Lemieux J. held that the Buanderie could not benefit from the exemption provided for in s. 236 *A.M.T.* She cited [TRANSLATION] “[t]he reasoning underlying the real estate tax [which] applies *mutatis mutandis* to the business tax” (p. 423).

The actions of the Regional Council and the Buanderie were dismissed.

Court of Appeal, [1993] R.J.Q. 1051

In the opinion of Brossard J.A., the legislative definition of the status of the Regional Council is sufficient in itself to dispose of the appeal. At page 1055 he said:

[TRANSLATION] I am of the view that we should adopt forthwith the language used by the [*A.H.S.S.S.*] which, in s. 18(e.1), defines the function of the [Regional Council] in respect of the establishments as being that of a representative and agent. Accordingly, it was in the capacity of mandatary and/or agent of the member establishments of [the] Buanderie . . . that the [Regional Council] by an emphyteutic lease entered into an agreement with the Hôpital Louis-Hippolyte Lafontaine and constructed the immovable which is now the subject of the taxable entries.

Brossard J.A. further noted that it is clear from reading ss. 10, 11 and 18 *A.H.S.S.S.* together that the legislature has made a formal distinction within the Act itself between a public establishment and the Regional Council. He concurred in the conclusion of the trial judge that the Regional Council is not a public establishment within the meaning of ss. 10 and 11 *A.H.S.S.S.* and clearly does not fall within the exemptions set out in s. 204(14) *A.M.T.* In this connection he approved at p. 1056 the reasoning by which the Superior Court judge arrived at the latter conclusion, namely:

[TRANSLATION] . . . under the rules of interpretation, tax legislation must be interpreted so as to achieve its purpose, general taxation being the rule and exemption, the

Enfin, après avoir conclu à la validité des règlements municipaux adoptés en vertu de l’art. 232 *L.F.M.*, lequel se veut la disposition habilitante en matière de prélèvement de la taxe d’affaires, le juge Lemieux décide que la Buanderie ne peut bénéficier de l’exemption prévue à l’art. 236 *L.F.M.* Elle invoque «[l]e raisonnement à la base de la taxe foncière [qui] s’applique *mutatis mutandis* à la taxe d’affaires» (p. 423).

Les actions du Conseil régional et de la Buanderie sont rejetées.

Cour d’appel, [1993] R.J.Q. 1051

De l’avis du juge Brossard, la seule définition législative du statut du Conseil régional lui suffirait à disposer du pourvoi. À la page 1055, il affirme:

Je suis d’opinion qu’il y a lieu de retenir immédiatement les termes utilisés par la [*L.S.S.S.S.*] qui, à son article 18e.1), définit le rôle du [Conseil régional] vis-à-vis les établissements comme étant celui de représentant et d’agent. C’est donc à titre de mandataire et/ou d’agent des établissements membres de [la] Buanderie [. . .] que le [Conseil régional] a contracté par bail emphytéotique avec l’Hôpital Louis-Hippolyte Lafontaine et construit l’immeuble qui fait aujourd’hui l’objet des inscriptions imposables.

Au surplus, le juge Brossard souligne qu’une lecture juxtaposée des art. 10, 11 et 18 *L.S.S.S.S.* révèle clairement que le législateur fait une distinction formelle au sein même de cette loi entre ce qui constitue un établissement public et le Conseil régional. Il souscrit à la conclusion du juge de première instance selon laquelle le Conseil régional n’est pas un établissement public au sens des art. 10 et 11 *L.S.S.S.S.* et n’entre manifestement pas dans le cadre des exemptions visées au par. 204(14) *L.F.M.* À cet égard, il approuve à la p. 1056 le raisonnement qui a permis au juge de la Cour supérieure d’en arriver à cette dernière conclusion, savoir:

. . . une loi fiscale, en vertu des principes d’interprétation, doit être interprétée de façon à ce qu’elle remplisse son but, la taxation générale en constituant la règle et

exception: any tax exemption, like any exception, must therefore be interpreted restrictively.

Similarly, he relied on the comments made by Bisson C.J.Q. in *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours* (1992), 47 Q.A.C. 47, now before this Court, to the effect that [TRANSLATION] “[when interpreting] an exemption from the principle of real estate taxation a restrictive interpretation should be adopted” (p. 1056). In conclusion Brossard J.A. adopted the argument of the City of Montreal that when the legislature exempts an immovable it does so specifically, whether on the basis of the status of mandatory of the person who owns it (s. 204(1), (1.1) and (5) *A.M.T.*) or the actual identity of its owner (s. 204(2) and (2.1) *A.M.T.*). In light of this reasoning the judge concluded that the Regional Council could not, *in se*, benefit from the exemption provided for in s. 204(14) *A.M.T.* in respect of real estate tax.

Additionally, Brossard J.A. held that the reasoning developed earlier applied *mutatis mutandis* to the question of the business tax imposed on the Buanderie. He noted that in carrying on an economic activity involving services, the latter is *prima facie* covered by s. 232 *A.M.T.* unless it can take advantage of the exemptions provided for in s. 236(1) and (1.1) *A.M.T.*, the only two which could apply here. Brossard J.A. could not subscribe to the conclusion that laundry and linen services are the usual activities of a hospital centre or reception centre. On this basis, therefore, he held that the Buanderie was subject to the business tax.

Brossard J.A. nevertheless considered the appellants’ argument that they were the *alter egos* of the public establishments for whose benefit they act and that, as such, they should therefore be able to claim the same tax exemptions as the latter. After reviewing the decisions submitted in support of this argument he concluded, at p. 1059, that they could be distinguished from the case at bar since the appellants [TRANSLATION] “carry on their activ-

l’exemption, l’exception; toute exemption fiscale, comme toute exception, doit donc être interprétée restrictivement.

De même s’appuie-t-il sur les propos tenus par le juge en chef Bisson dans l’affaire *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours* (1992), 47 Q.A.C. 47, aujourd’hui devant notre Cour, et selon lesquels «[en matière d’interprétation d’]une exemption au principe de la taxation foncière, il y a lieu d’adopter une interprétation restrictive» (p. 1056). Pour clore la question, le juge Brossard fait sien l’argument de la ville de Montréal voulant que lorsque le législateur exempte un immeuble, il le fait de façon spécifique, que ce soit en fonction de la qualité de mandataire de celui qui le possède (par. 204(1), (1.1) et (5) *L.F.M.*) ou de l’identité même de son propriétaire (par. 204(2) et (2.1) *L.F.M.*). À la lumière de ce raisonnement, le juge conclut que le Conseil régional ne peut, *in se*, se prévaloir de l’exemption prévue au par. 204(14) *L.F.M.* et relative à la taxe foncière.

Par ailleurs, le juge Brossard déclare que le raisonnement développé précédemment s’applique *mutatis mutandis* à la question de la taxe d’affaires imposée à la Buanderie. Il souligne qu’exerçant une activité économique en matière de services, celle-ci est *prima facie* visée par l’art. 232 *L.F.M.* à moins qu’elle puisse se prévaloir des exemptions prévues aux par. 236(1) et (1.1) *L.F.M.*, les deux seules susceptibles d’application en l’espèce. Or le juge Brossard ne peut souscrire à la conclusion selon laquelle les services de buanderie et de lingerie sont des activités habituelles d’un centre hospitalier ou d’un centre d’accueil. Sur cette base, il maintient donc l’assujettissement de la Buanderie à la taxe d’affaires.

Le juge Brossard se penche néanmoins sur l’argument des appelants selon lequel ils sont l’*alter ego* des établissements publics pour le bénéfice desquels ils agissent et, qu’à ce titre, ils doivent donc pouvoir se réclamer des mêmes exemptions de taxes que ces derniers. Après avoir passé en revue les arrêts soumis au soutien de cette prétention, il conclut, à la p. 1059, que ceux-ci se distinguent du cas d’espèce, puisque les appelants «exer-

ities and provide their services in an immovable which could not be said in any way to belong to a public establishment within the meaning of the Act". In his opinion the only exception was the judgment of this Court in *City of Halifax v. Halifax Harbour Commissioners*, [1935] S.C.R. 215, in so far as it might suggest recognition of the concept of an *alter ego* in real estate taxation matters. At page 1059, however, Brossard J.A. refused to apply this decision for the following reasons:

[TRANSLATION] In my opinion, for there to be a similarity between the facts of that case . . . and those of the case at bar, [the Buanderie] would have to be a mere manager and administrator of laundry and linen services provided within each public establishment on behalf of and under the direct authority of the individual administration of each of those establishments, which is not the case. [Emphasis in original.]

Brossard J.A. also disposed of an alternative and supplementary argument raised by the Buanderie on appeal regarding an amendment made to s. 232 A.M.T. in 1986 and discussed by the Court of Appeal in *Ville de Montréal v. Association des chirurgiens dentistes du Québec*, [1990] R.J.Q. 2155. In view of the conclusion we have reached on the principal argument it will not be necessary to deal with it here.

The Court of Appeal unanimously dismissed both appeals.

III — Issues

To determine whether the Regional Council and the Buanderie may respectively benefit from the tax exemptions provided for in ss. 204(14) and 236(1.1) A.M.T. with respect to real estate tax and business tax the following two questions must be considered:

(1) What are the principles that should guide the courts in interpreting tax legislation?

(2) In light of these principles, can the Regional Council and the Buanderie be regarded as the *alter egos* of the public establishments served by them, or be assimilated to them in any way, so as to come within the scope of ss. 10 and 11 A.H.S.S.S.,

cent leurs activités et fournissent leurs services dans un immeuble qui ne saurait être dit, de près ou de loin, appartenir à un établissement public au sens de la loi.» Le seul qui se distingue, à son sens, est l'arrêt de notre Cour *City of Halifax c. Halifax Harbour Commissioners*, [1935] R.C.S. 215, en ce qu'il pourrait suggérer la reconnaissance du concept de l'*alter ego* en matière de taxation immobilière. À la page 1059, le juge Brossard refuse toutefois de lui donner application, et ce pour les motifs suivants:

Pour qu'il y ait similitude entre les faits de cet arrêt [. . .] et ceux de l'espèce, il faudrait, dans mon opinion, que [la Buanderie] ne soit qu'un gérant et administrateur de services de buanderie et de lingerie fournis à l'intérieur même de chaque établissement public, pour le compte de et sous l'autorité directe de l'administration individuelle de chacun de ces établissements, ce qui n'est pas le cas. [En italique dans l'original.]

Le juge Brossard dispose également d'un moyen subsidiaire et supplémentaire soulevé en appel par la Buanderie en ce qui concerne un amendement apporté à l'art. 232 L.F.M. en 1986 et discuté par la Cour d'appel dans l'arrêt *Ville de Montréal c. Association des chirurgiens dentistes du Québec*, [1990] R.J.Q. 2155. Vu la conclusion à laquelle nous en arrivons sur le moyen principal, il ne sera pas nécessaire d'en traiter en l'espèce.

La Cour d'appel rejette les deux pourvois à l'unanimité.

III — Les questions en litige

Pour déterminer si le Conseil régional et la Buanderie peuvent respectivement bénéficier des exemptions fiscales prévues aux par. 204(14) et 236(1.1) L.F.M. à l'égard de la taxe foncière et de la taxe d'affaires, il y a lieu d'envisager les deux questions suivantes:

(1) Quels sont les principes qui doivent guider les tribunaux dans l'interprétation des lois fiscales?

(2) À la lumière de ces principes, le Conseil régional et la Buanderie peuvent-ils être considérés comme l'*alter ego* des établissements publics qu'ils desservent, ou leur être assimilés de quelque façon, de manière à entrer dans le champ d'appli-

indirectly referred to in ss. 204(14) and 236(1.1) *A.M.T.*?

cation des art. 10 et 11 *L.S.S.S.S.* auxquels les par. 204(14) et 236(1.1) *L.F.M.* renvoient indirectement?

IV — Relevant Legislation

At the relevant times the *A.H.S.S.S.* read as follows:

1. In this Act and the regulations, unless the context indicates a different meaning, the following expressions and words mean:

(a) “establishment”: a local community service centre, a hospital centre, a social service centre or a reception centre;

(b) “public establishment”: an establishment contemplated in sections 10 and 11;

10. The following are public establishments:

(a) every establishment constituted under this Act or resulting from an amalgamation or conversion made under this Act;

(b) every hospital centre or social service centre maintained by a non-profit corporation;

(c) every establishment using for its object immovable assets which are the property of a non-profit corporation other than a corporation incorporated under this Act.

11. Every reception centre maintained by a non-profit corporation other than a corporation contemplated in section 10 is also a public establishment, subject to section 12.

18. The principal functions of a regional council shall be:

(c) to receive and hear the complaints of persons for whom an establishment situated in the region for which the regional council is established has not furnished the health services and the social services that this Act entitles them to receive, and make the recommendations it considers appropriate in this regard to the establishment concerned and the Minister;

(e) to promote the exchange, the elimination of duplication and the better distribution of services in the

^a IV — Les dispositions législatives pertinentes

Aux dates pertinentes aux litiges, la *L.S.S.S.S.* se lisait ainsi:

^b 1. Dans la présente loi et les règlements, à moins que le contexte n’indique un sens différent, les expressions et mots suivants signifient:

^c a) «établissement»: un centre local de services communautaires, un centre hospitalier, un centre de services sociaux ou un centre d’accueil;

b) «établissement public»: un établissement visé aux articles 10 et 11;

^d 10. Est un établissement public:

a) tout établissement constitué en vertu de la présente loi ou résultant d’une fusion ou d’une conversion faite en vertu de la présente loi;

b) tout centre hospitalier ou centre de services sociaux qui est maintenu par une corporation sans but lucratif;

^f c) tout établissement qui utilise pour ses fins des actifs immobiliers qui sont la propriété d’une corporation sans but lucratif autre qu’une corporation constituée en vertu de la présente loi.

^g 11. Est aussi un établissement public, sous réserve de l’article 12, tout centre d’accueil qui est maintenu par une corporation sans but lucratif autre qu’une corporation visée à l’article 10.

18. Un conseil régional a pour fonctions principales:

^h c) de recevoir et entendre les plaintes des personnes auxquelles un établissement situé dans la région pour laquelle le conseil régional est institué n’a pas fourni les services de santé et les services sociaux que la présente loi leur donne droit de recevoir, et de faire à l’établissement en cause et au ministre les recommandations qu’il juge appropriées à ce sujet;

^j e) de promouvoir l’échange, l’élimination des doublons et une meilleure répartition des services dans

region and the setting up of common services for several establishments;

(e.1) to act as exclusive representative of the establishments or a category of establishments in the whole or part of its region

i. for the supply in common of such goods as it determines, except the classes of goods indicated by the Minister;

ii. for the supply of common services in the cases and on the conditions determined by the Minister;

The *A.M.T.* provided the following:

1. In this act, unless the context indicates otherwise,

“owner” means

(3) the person who possesses an immovable as usufructuary, institute of a substitution or emphyteutic lessee, or, where the immovable is Crown land, the person who occupies it under a promise of sale, occupation licence or location ticket;

203. An immovable entered on the roll is taxable and its taxable value is that entered on the roll under sections 42 to 48, unless the law provides that only a part of that value is taxable.

204. The following are exempt from all municipal or school real estate taxes:

(1) an immovable belonging to the Crown in right of Québec or to the Société immobilière du Québec;

(1.1) an immovable belonging to the Crown in right of Canada or to a mandatary thereof;

(14) an immovable belonging to a public establishment within the meaning of the Act respecting health services and social services (chapter S-5), including a reception centre contemplated in section 12 of that act, and an immovable belonging to the holder of a day care centre permit or nursery school permit contemplated in paragraph 1 or 2 of section 4 or 5 of the Act respecting child day care (chapter S-4.1);

la région ainsi que la mise en place de services communs à plusieurs établissements;

e.1) d’agir, comme représentant exclusif des établissements ou d’une catégorie d’entre eux, dans l’ensemble ou une partie de sa région:

i. pour l’approvisionnement en commun de biens qu’il détermine, à l’exclusion des catégories de biens que le ministre indique;

ii. dans les cas et aux conditions déterminés par le ministre, pour l’approvisionnement en commun de services;

Quant à la *L.F.M.*, elle prévoyait ce qui suit:

1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n’indique un sens différent, on entend par:

«propriétaire»:

3^o la personne qui possède un immeuble à titre d’usufruitier, de grevé de substitution ou d’emphytéote, ou, dans le cas où il s’agit d’une terre de la Couronne, la personne qui l’occupe en vertu d’une promesse de vente, d’un permis d’occupation ou d’un billet de location;

203. Un immeuble porté au rôle est imposable et sa valeur imposable est celle inscrite au rôle en vertu des articles 42 à 48, sauf si la loi prévoit que seule une partie de cette valeur est imposable.

204. Sont exempts de toute taxe foncière, municipale ou scolaire:

1^o un immeuble appartenant à la Couronne du chef du Québec ou à la Société immobilière du Québec;

1^o.1 un immeuble appartenant à la Couronne du chef du Canada ou à un mandataire de celle-ci;

14^o un immeuble appartenant à un établissement public au sens de la Loi sur les services de santé et les services sociaux (chapitre S-5), y compris un centre d’accueil visé à l’article 12 de cette loi, et un immeuble appartenant au titulaire d’un permis de service de garde en garderie ou en jardin d’enfants visé au paragraphe 1^o ou 2^o de l’article 4 ou 5 de la Loi sur les services de garde à l’enfance (chapitre S-4.1);

232. A municipal corporation may impose and levy a business tax on any person entered on the roll of rental values carrying on, in the territory of the municipal corporation, an economic or administrative activity in matters of finance, trade, industry or services, a calling, an art, a profession or any other activity constituting a means of profit, gain or livelihood, whether or not the activity is carried on for lucrative purposes, except an employment or charge.

236. No business tax may be imposed with respect to

(1) an activity mentioned in section 204 . . . carried on anywhere by the Crown, a body, an institution or a person contemplated in that section;

(1.1) an ordinary activity carried on anywhere by the Crown, a body, an institution or a person contemplated in any paragraph of section 204 that does not mention any particular activity, except for the activity of a person operating a system contemplated in section 66, 67 or 68;

Section 19 of c. 34 of the 1986 Statutes had the effect of deleting the word "ordinary".

Section 12 of c. 42 of the 1987 Statutes amended s. 236 as follows:

236. No business tax may be imposed with respect to

(1) an activity carried on by the Crown in right of Québec or the Crown in right of Canada, a mandatary of the Crown in right of Canada, the Société immobilière du Québec, the Corporation d'hébergement du Québec, the Régie des installations olympiques, the Société de la Place des Arts de Montréal . . .

488. This act binds the Crown and its mandataries.

V — Analysis

A. *Rules for interpreting tax legislation*

In this Court the appellants argued that the tax exemptions consistent with the purpose and objective of the legislation at issue should be recognized and implemented. My analysis of the issue in *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, decided concurrently herewith, applies to the case at bar. There is accordingly no need to reproduce it in its

232. Une corporation municipale peut imposer et prélever une taxe d'affaires sur toute personne inscrite au rôle de la valeur locative qui exerce, dans le territoire de la corporation municipale, une activité économique ou administrative en matière de finance, de commerce, d'industrie ou de services, un métier, un art, une profession ou toute autre activité constituant un moyen de profit, de gain ou d'existence, que cette activité soit exercée à des fins lucratives ou non, sauf un emploi ou une charge.

236. La taxe d'affaires ne peut être imposée à l'égard:

1° d'une activité mentionnée à l'article 204 exercée n'importe où, conformément à cet article, par la Couronne, un organisme, une institution ou une personne mentionnée à cet article;

1.1 d'une activité normale, exercée n'importe où, de la Couronne, d'un organisme, d'une institution ou d'une personne mentionnée dans un paragraphe de l'article 204 qui ne mentionne aucune activité particulière, sauf l'activité d'une personne exploitant un réseau visé à l'article 66, 67 ou 68;

L'article 19 du ch. 34 des Lois de 1986 a eu pour effet de supprimer le mot «normale».

L'article 12 du ch. 42 des Lois de 1987 a modifié l'art. 236 de la façon suivante:

236. La taxe d'affaires ne peut être imposée à l'égard:

1° d'une activité exercée par la Couronne du chef du Québec ou la Couronne du chef du Canada, un mandataire de la Couronne du chef du Canada, la Société immobilière du Québec, la Corporation d'hébergement du Québec, la Régie des installations olympiques, la Société de la Place des Arts de Montréal . . .

488. La présente loi lie la Couronne et ses mandataires.

^h V — Analyse

A. *Les règles d'interprétation des lois fiscales*

Devant notre Cour, les appelants prétendent qu'il faut reconnaître et donner effet aux exemptions fiscales qui répondent à l'objet et à la finalité de la loi en cause. L'analyse que j'ai faite de la question dans l'affaire *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, rendue en même temps que la présente, s'applique au cas d'espèce. Point n'est

entirety. It is worth restating the key points, however, which may be summarized as follows:

- The interpretation of tax legislation should follow the ordinary rules of interpretation;

- A legislative provision should be given a strict or liberal interpretation depending on the purpose underlying it, and that purpose must be identified in light of the context of the statute, its objective and the legislative intent: this is the teleological approach;

- The teleological approach will favour the taxpayer or the tax department depending solely on the legislative provision in question, and not on the existence of pre-determined presumptions;

- Substance should be given precedence over form to the extent that this is consistent with the wording and objective of the statute;

- Only a reasonable doubt, not resolved by the ordinary rules of interpretation, will be settled by recourse to the residual presumption in favour of the taxpayer.

I would also note the importance of no longer concluding that the rule that any tax exemption should be given a strict interpretation automatically applies, as was done in the lower courts in the case at bar. With respect, as explained in *Corp. Notre-Dame de Bon-Secours, supra*, the notions of exemption and exception should not be indissolubly linked.

That having been said, this Court must select from the principles set out above the one which is most likely to aid it in disposing of the case before it. I refer to the recognition by the courts of the true commercial nature of the taxpayer's transactions when doing so in appropriate cases makes it possible to attain the purposes of the legislation in question. This rule was developed by Dickson C.J. in *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, at pp. 52-53. I reproduce the following passage for the sake of convenience:

I acknowledge, however, that just as there has been a recent trend away from strict construction of taxation statutes . . . so too has the recent trend in tax cases been towards attempting to ascertain the true commercial and

besoin, par conséquent, de la reproduire dans sa totalité. Il n'est cependant pas inutile d'en reprendre les éléments-clés, qui se résument ainsi:

- L'interprétation des lois fiscales devrait obéir aux règles ordinaires d'interprétation;

- Qu'une disposition législative reçoive une interprétation stricte ou libérale sera déterminé par le but qui la sous-tend, qu'on aura identifié à la lumière du contexte de la loi, de l'objet de celle-ci et de l'intention du législateur; c'est l'approche téléologique;

- Que l'approche téléologique favorise le contribuable ou le fisc dépendra uniquement de la disposition législative en cause et non de l'existence de présomptions préétablies;

- Primauté devrait être accordée au fond sur la forme dans la mesure où cela est compatible avec le texte et l'objet de la loi;

- Seul un doute raisonnable et non dissipé par les règles ordinaires d'interprétation sera résolu par le recours à la présomption résiduelle en faveur du contribuable.

Je souligne également l'importance de ne plus conclure à l'application automatique de la règle voulant que toute exemption de taxe devrait recevoir une interprétation stricte, comme cela a été fait en l'espèce dans les instances dont appel. Avec respect, comme nous l'avons exposé dans l'affaire *Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, précitée, les notions d'exemption et d'exception ne doivent pas être associées de façon absolue.

Ceci étant dit, il y a lieu de mettre en relief, parmi les principes mentionnés ci-haut, celui qui est le plus susceptible d'aider notre Cour à résoudre le présent cas. Je réfère à la reconnaissance, par les tribunaux, de la véritable nature commerciale des opérations du contribuable, lorsqu'en des cas appropriés, cette démarche permet d'atteindre les buts de la disposition législative en cause. Ce principe a été dégagé par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, aux pp. 52 et 53. Je reproduis l'extrait ci-dessous pour des motifs de commodité:

Je reconnais toutefois que, tout comme il y a eu tendance dernièrement à s'éloigner d'une interprétation stricte des lois fiscales [. . .] de même la jurisprudence récente en matière fiscale a tendance à essayer de déter-

practical nature of the taxpayer's transactions. There has been, in this country and elsewhere, a movement away from tests based on the form of transactions and towards tests based on what Lord Pearce has referred to as a "common sense appreciation of all the guiding features" of the events in question. . . .

This is, I believe, a laudable trend provided it is consistent with the text and purposes of the taxation statute. [Emphasis added.]

I note at the outset that the Chief Justice was discussing the application of this principle to the transactions undertaken by a taxpayer, whereas in the case at bar the point for consideration is really the true nature of a corporate organization. This Court's intention is not to prompt an automatic quest for substance in tax matters. The risk that this will occur is in any case quite small if the key elements of the interpretation as set out above are kept in mind. I note in this regard that in *Bronfman Trust*, the legislative context prevented this Court from accepting the taxpayer's arguments that substance should take precedence over form. In short, the courts should recognize the existence of a fundamental rule which, when judiciously applied, will have the effect of focusing attention on the real nature of a situation, when in many cases considering only the formal structure would lead to a different interpretation of a given situation. It should, however, be borne in mind that this rule only has real meaning if it is consistent with the analysis of legislative intent.

B. *The Regional Council and the Buanderie as alter egos of the member establishments served by them*

The Superior Court and the Court of Appeal both dismissed this argument of the appellants. This conclusion was arrived at following an analysis of a number of decisions put forward by the latter in support of their theory. I refer to *Corporation municipale de Shannon v. Maple Leaf Services*, [1971] C.A. 433; *Maple Leaf Services v. Townships of Essa and Petawawa* (1963), 37 D.L.R. (2d) 657 (Ont. C.A.); *Montreal v. Montreal*

miner la véritable nature commerciale et pratique des opérations du contribuable. En effet, au Canada et ailleurs, les critères fondés sur la forme des opérations sont laissés de côté en faveur de critères fondés sur ce que lord Pearce a appelé une [TRADUCTION] «appréciation saine de toutes les caractéristiques directrices» des événements en question. . . .

Il s'agit là, je crois, d'une tendance louable, pourvu qu'elle soit compatible avec le texte et l'objet de la loi fiscale. [Je souligne.]

Je note immédiatement que le Juge en chef a discuté de l'application de ce principe en matière d'opérations effectuées par un contribuable, alors qu'en l'espèce, la question qui nous intéresse porte plutôt sur la véritable nature d'une organisation corporative. L'intention de notre Cour n'est pas de susciter un recours automatique à la recherche de la substance en matière fiscale. Le risque que cela se produise est d'ailleurs fort limité si l'on garde les éléments-clés de l'interprétation, tels qu'exposés plus haut, en constante perspective. Je souligne, à cet égard, que dans l'affaire *Bronfman Trust* le contexte législatif a empêché notre Cour d'accepter les prétentions du contribuable selon lesquelles le fond devait prévaloir sur la forme. En somme, il faut reconnaître l'existence d'un principe de base qui, lorsque judicieusement appliqué, aura pour effet de privilégier la réalité des événements, alors que dans bien des cas, la seule considération de la structure formelle appellerait une lecture autrement différente d'une situation donnée. Je rappelle néanmoins que cette règle ne prend son véritable sens que si elle s'inscrit dans la recherche de l'intention du législateur.

B. *Le Conseil régional et la Buanderie comme alter ego des établissements membres qu'ils desservent*

La Cour supérieure et la Cour d'appel ont toutes deux rejeté cette prétention des appelants. Une telle conclusion est obtenue suite à l'analyse d'un certain nombre de décisions avancées par ces derniers à l'appui de leur théorie. Je réfère à *Corporation municipale de Shannon c. Maple Leaf Services*, [1971] C.A. 433; *Maple Leaf Services c. Townships of Essa and Petawawa* (1963), 37 D.L.R. (2d) 657 (C.A. Ont.); *Montreal c. Montreal*

Locomotive Works Ltd., [1947] 1 D.L.R. 161 (P.C.); and *Regina Industries Ltd. v. City of Regina*, [1947] S.C.R. 345.

With respect, these decisions were all made in the very special context of the division of powers and the focus of their analysis lies in a province's lack of authority to tax a federal government undertaking. With this in mind we have to recognize that the *alter ego* theory proceeds directly here from what a court must do in analysing a factual situation when a breach of s. 125 of the *Constitution Act, 1867* is alleged. Nevertheless, I reserve comment on another decision submitted by the appellants, namely *Halifax Harbour Commissioners, supra*, which, although decided in the same context, applies the *alter ego* concept on the basis of factors having more to do with the actual nature of the corporate organization in question. I shall have occasion to return to this point.

Other decisions have dealt with the issue more directly. My intention is not to review them but to determine what is essential and identify the areas in which the concept has been used. In *Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705 (H.L.), and *Clarkson Co. v. Zhelka* (1967), 64 D.L.R. (2d) 457 (Ont. H.C.), the *alter ego* concept proved useful in dealing with the civil or criminal liability of a corporation or its management. In my opinion, the concept has been mainly used to describe the situation where a corporate entity can only act through its directing mind and so to illustrate the control which one may exercise over the other.

Additionally, in *Smith, Stone & Knight, Ltd. v. Birmingham Corp.*, [1939] 4 All E.R. 116 (K.B.), Atkinson J. came to the conclusion that a parent company could sue the persons responsible for damage caused to one of its subsidiaries. For the case at bar, and regardless of this latter conclusion, most relevant is the way in which the judge arrived at the finding that the subsidiary was not operating on its own account but solely as an integral part of the parent company's activities. To this end he

Locomotive Works Ltd., [1947] 1 D.L.R. 161 (C. privé), et *Regina Industries Ltd. c. City of Regina*, [1947] R.C.S. 345.

Avec égards, ces décisions furent toutes rendues dans le contexte bien particulier du partage des compétences, l'intérêt de leur analyse résidant dans l'absence de pouvoir d'une province de taxer une entreprise du Gouvernement du Canada. Dans cette perspective, force nous est de constater que la théorie de l'*alter ego* émane ici directement de l'exercice qu'un tribunal doit faire dans l'analyse d'une situation de faits lorsqu'est invoquée une violation de l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je réserve néanmoins mes propos à l'égard d'une autre décision soumise par les appelants, nommément *Halifax Harbour Commissioners*, précitée, qui, bien que rendue dans le même contexte, applique la notion de l'*alter ego* en se fondant cette fois sur des éléments plus propres à la nature même de l'organisation corporative en cause. J'aurai l'occasion d'y revenir.

D'autres décisions ont abordé cette question d'une manière plus directe. Mon intention n'est pas de les passer en revue mais plutôt d'en dégager l'essence et de relever les domaines où le concept a été utilisé. Dans les affaires *Lennard's Carrying Co. c. Asiatic Petroleum Co.*, [1915] A.C. 705 (H.L.), et *Clarkson Co. c. Zhelka* (1967), 64 D.L.R. (2d) 457 (H.C. Ont.), la notion d'*alter ego* s'est avérée utile lorsqu'était en jeu la responsabilité civile ou criminelle d'une corporation ou de ses dirigeants. À mon sens, le concept a surtout été invoqué pour exprimer la réalité selon laquelle une entité corporative ne peut agir que par le biais de son âme dirigeante et illustrer, par le fait même, le contrôle que l'une peut exercer sur l'autre.

Par ailleurs, dans *Smith, Stone & Knight, Ltd. c. Birmingham Corp.*, [1939] 4 All E.R. 116 (K.B.), le juge Atkinson en vient à la conclusion qu'une compagnie mère peut poursuivre les personnes responsables des dommages causés à l'une de ses filiales. En l'espèce, et indépendamment de cette dernière conclusion, l'accent est à mettre sur le cheminement emprunté par le juge pour en arriver à la constatation que la filiale n'opérait pas pour elle-même mais uniquement en tant que partie

consulted a number of decisions, all of which involved tax law, which needless to say is not without relevance to the case now before the Court. Using these decisions, he identified, at p. 121, six factors that could justify treating two corporations as one for tax purposes. I set them out below:

- (1) Were the profits treated as the profits of the [parent] company?
- (2) [W]ere the persons conducting the business appointed by the parent company?
- (3) [W]as the [parent] company the head and the brain of the trading venture?
- (4) [D]id the [parent] company govern the adventure, decide what should be done and what capital should be embarked on the venture?
- (5) [D]id the [parent] company make the profits by its skill and direction?
- (6) [W]as the [parent] company in effectual and constant control?

Finally, I note *Aluminum Company of Canada Ltd. v. City of Toronto*, [1944] S.C.R. 267, which this time clearly dealt with tax law, and the following passage from Rand J., at p. 271, which illustrates the special relationship sought by the courts in order to justify treating two corporations as one for tax purposes:

By the decision of this Court in the case of *City of Toronto v. Famous Players' Canadian Corporation Ltd.*, it is now settled that the business of one company can embrace the apparent or nominal business of another company where the conditions are such that it can be said that the second company is in fact the puppet of the first; when the directing mind and will of the former reaches into and through the corporate facade of the latter and becomes, itself, the manifesting agency. In such a case, it is not accurate to describe the business as being carried on by the puppet for the benefit of the dominant company. The business is in fact that of the latter. This does not mean, however, that for other purposes the subsidiary may not be the legal entity to be dealt with.

The question, then, in each case, apart from formal agency which is not present here, is whether or not the parent company is in fact in such an intimate and imme-

intégrante des activités de la compagnie mère. À cet effet, il consulte un certain nombre de décisions qui relèvent toutes du droit fiscal ce qui, il va sans dire, n'est pas sans intérêt pour le cas qui nous occupe. À l'aide de ces décisions, il identifie, à la p. 121, six facteurs qui justifient de traiter deux corporations comme une seule pour fins de taxation. Je les reproduis ci-dessous:

- [TRADUCTION] (1) Les bénéfices étaient-ils considérés comme les bénéfices de la compagnie [mère]?
- (2) [L]es personnes qui dirigeaient l'entreprise étaient-elles nommées par la compagnie mère?
- (3) [L]a compagnie [mère] était-elle le cerveau dirigeant de l'initiative commerciale?
- (4) [L]a compagnie [mère] dirigeait-elle l'initiative, décidait-elle de ce qui devait être fait et du capital à consacrer à l'initiative?
- (5) [L]a compagnie [mère] réalisait-elle les bénéfices grâce à sa compétence et à ses directives?
- (6) [L]a compagnie [mère] exerçait-elle une direction effective et continue?

Je souligne enfin l'affaire *Aluminum Company of Canada Ltd. c. City of Toronto*, [1944] R.C.S. 267, qui, cette fois, relève clairement du droit fiscal, et dont l'extrait suivant du juge Rand, à la p. 271, illustre la relation particulière que les tribunaux recherchent pour justifier l'assimilation de deux corporations à des fins de taxation:

[TRADUCTION] Notre Cour a établi, dans l'arrêt *City of Toronto c. Famous Players' Canadian Corporation Ltd.*, que l'entreprise d'une compagnie peut englober l'entreprise apparente ou nominale d'une autre compagnie lorsque, dans les circonstances, on peut affirmer que la seconde compagnie est en fait entièrement subordonnée à la première et que l'âme dirigeante de la première pénètre le voile de la personnalité morale de la seconde pour devenir elle-même l'entité qui agit. Il est inexact en pareil cas de prétendre que la compagnie subordonnée exploite l'entreprise au profit de la compagnie dominante. L'entreprise est en réalité celle de cette dernière, ce qui ne veut toutefois pas dire que la filiale ne peut à d'autres fins être l'entité juridique avec qui il faut traiter.

La question dans chaque cas, hormis celui du mandat officiel dont il n'est pas question ici, est donc de savoir si la compagnie mère domine de façon tellement intime

diate domination of the motions of the subordinate company that it can be said that the latter has, in the true sense of the expression, no independent functioning of its own.

In light of the foregoing cases, a corporation may be regarded as the *alter ego* of another corporation when there is such a close relationship between them that what apparently concerns one actually pertains to the activities of the other. Undoubtedly a large number of factors can be identified to determine the existence of such a relationship: in my opinion, however, the one that is most explicit and most likely to cover all aspects of the concept is control.

It is clear, however, in the present case that the Buanderie is not under the “immediate domination” or even under the control of the establishments it serves. As I noted earlier, it is run by a board of directors a majority of whom are representatives of the Regional Council and the Ministère des Affaires sociales. The Buanderie’s client establishments are certainly represented on the board of directors, but they do not have effective control of the board. It also appears that the Regional Council is independent within the meaning of the *A.H.S.S.S.* of the institutions it is responsible for supervising. An indication of this is to be found in s. 18(c) *A.H.S.S.S.*, which provides that the function of the Conseil is *inter alia* “to receive and hear the complaints of persons for whom an establishment . . . has not furnished the . . . services that this Act entitles them to receive. . .”. It necessarily follows that those controlling the Buanderie are independent of the institutions the latter serves. I should note, however, that the aforementioned decisions in which the *alter ego* concept is developed were rendered in the context of the activities of commercial corporations, where the element of control is of overriding importance. In this sense, and to the extent that this factor is different in nature when it concerns the activities of non-profit corporations, those decisions do not directly answer the question that arises in the present case. We thus cannot conclude that the absence of control necessarily implies rejection of

et directe les mouvements de la compagnie subordonnée que celle-ci ne peut à proprement parler être considérée comme fonctionnant indépendamment.

À la lumière des décisions précitées, une corporation peut être considérée comme l’*alter ego* d’une autre lorsqu’on retrouve entre celles-ci une relation si intime que ce qui, en apparence, relève des affaires de l’une appartient, en réalité, aux activités de l’autre. Un nombre important de facteurs peut certes être identifié pour déterminer l’existence d’une telle relation; à mon sens, toutefois, l’élément le plus explicite et le plus susceptible d’englober la réalité du concept est le contrôle.

Or il est clair, en l’espèce, que la Buanderie n’est pas sous la «domination immédiate» ni même sous le contrôle des établissements qu’elle dessert. Comme je l’ai souligné antérieurement, elle est dirigée par un conseil d’administration dont la majorité appartient aux représentants du Conseil régional et à ceux du ministère des Affaires sociales. Les établissements clients de la Buanderie sont certes représentés au sein du conseil d’administration mais ils n’en détiennent pas le contrôle effectif. Quant au Conseil régional, il apparaît également, au sens de la *L.S.S.S.S.*, qu’il est indépendant des institutions qu’il a pour mission de superviser. Une indication de cet état de choses se retrouve à l’al. 18c) *L.S.S.S.S.* qui dispose que le Conseil a pour fonction, entre autres, «de recevoir et entendre les plaintes des personnes auxquelles un établissement [. . .] n’a pas fourni les services [. . .] que la présente loi leur donne droit de recevoir . . . ». Force nous est de constater que ceux qui contrôlent la Buanderie sont indépendants des institutions que celle-ci dessert. Il me faut toutefois souligner que les décisions précitées qui développent la notion de l’*alter ego* ont été rendues dans le contexte des activités de sociétés commerciales, où l’élément du contrôle occupe une place prépondérante. En ce sens, et dans la mesure où ce dernier élément revêt un caractère différent en ce qui concerne les activités des sociétés à but non lucratif, ces décisions ne répondent pas directement au problème qui se pose en l’espèce. On ne peut, dès

the *alter ego* theory for non-profit corporations like the Buanderie.

The fact remains that in the present case the *alter ego* concept does not in itself provide a solution to the appellants' problem. At the most elementary level, however, the *alter ego* concept and the cases discussed above all relate to the appropriateness of giving substance precedence over form and considering two separate corporate entities as one and the same person when this is consistent with the wording and purpose of the statute in question. This is essentially in keeping with one of the principles formulated by this Court for the interpretation of tax legislation in *Corp. Notre-Dame de Bon-Secours, supra*, decided concurrently herewith. It will be pointed out that this principle should not be extended unduly by being applied as soon as it is developed to questions involving the nature of a corporate organization. I would note that in the present case the precise issue is the intrinsic nature of a corporate organization for tax purposes. That being so, the legislation concerned must be interpreted in light of the general principles formulated by this Court.

In this case the search for the legislative intent reveals a fundamental purpose, namely efficiency in the operation of hospital laundries. This purpose is in turn illustrated by two specific manifestations, namely the merger and the pooling of resources, and the introduction of a single, independent administrator a majority of the members of which are appointed by the Regional Council and the Ministère des Affaires sociales. I note that this change in legal structure does not alter the fact that the same hospital activities continued on behalf of the same institutions. In view of this it could be argued forthwith that it would go against common sense for the legislature to have intended to penalize public establishments for their decision to combine into a more efficient and less costly form of organization. That is quite true. The fact remains, however, that the Regional Council and the

lors, conclure que l'absence de contrôle entraîne nécessairement le rejet de la théorie de l'*alter ego* à l'égard des corporations à but non lucratif comme la Buanderie.

a

b

c

d

e

f

Il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce, le concept de l'*alter ego* ne fournit pas, en lui-même, une solution au problème des appelants. Cependant, au niveau le plus élémentaire, la notion d'*alter ego* ainsi que les affaires dont nous avons discuté plus haut traitent toutes de l'opportunité de privilégier le fond sur la forme et de considérer deux entités corporatives distinctes comme une seule et même personne lorsque cela est compatible avec le texte et l'objet de la loi en cause. Ceci rejoint, dans son essence, l'un des principes dégagés par notre Cour en matière d'interprétation des lois fiscales dans l'affaire *Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, précitée, et rendue en même temps que la présente. On me fera remarquer que ce principe ne devrait pas faire l'objet d'une extension indue en s'appliquant, dès son élaboration, à des questions relevant de la nature d'une organisation corporative. Je souligne qu'en l'espèce, il s'agit précisément de rechercher la nature intrinsèque d'une organisation corporative pour des fins fiscales. Ceci étant, les dispositions législatives en cause doivent être interprétées à la lumière des principes généraux que notre Cour a cristallisés.

g

h

i

j

En l'espèce, la recherche de l'intention du législateur permet de dégager un objectif fondamental, à savoir l'efficacité dans l'exploitation des buanderies d'hôpitaux. Cet objectif est à son tour illustré par deux manifestations concrètes, soit la fusion et la mise en commun des ressources, ainsi que l'introduction d'un gestionnaire unique et indépendant dont la majorité des membres est nommée par le Conseil régional et le ministère des Affaires sociales. Je constate que cette modification de l'encadrement légal n'altère pas le fait que les mêmes activités hospitalières sont continuées au bénéfice des mêmes institutions. On pourrait immédiatement soumettre, à la lumière de ces éléments, qu'il serait contraire au bon sens que le législateur ait souhaité pénaliser les établissements publics pour leur décision de se regrouper en une forme d'organisation plus efficace et moins coûteuse. Cela est

Buanderie are independent organizations which are not controlled by the establishments for whose benefit they operate.

With this in mind, should the appellants be treated like the establishments they serve for tax purposes? *Halifax Harbour Commissioners, supra*, is worthy of closer consideration. That case, which at first glance is no different from those submitted by the appellants in support of the *alter ego* theory, was nevertheless the subject of an interesting comment by Brossard J.A. in the Court of Appeal. I reproduce it again for the sake of convenience:

[TRANSLATION] In my opinion, for there to be a similarity between the facts of that case . . . and those of the case at bar, [the Buanderie] would have to be a mere manager and administrator of laundry and linen services provided within each public establishment on behalf of and under the direct authority of the individual administration of each of those establishments, which is not the case. [Emphasis in original.]

The two differentiating points noted by Brossard J.A., namely operation in common by several establishments, all of which enjoy an exemption, rather than under the direct authority of each of them, and operation somewhere other than within each establishment, do not seem to me to be conclusive. We must accordingly look more closely at the corporate nature of the Halifax Harbour Commissioners ("the corporation"). In that case Duff C.J. undertook a very detailed analysis of the rights and powers conferred on the corporation by the statute creating it (S.C. 1927, c. 58). Before examining their substance, however, it is worth noting the purposes for which the corporation was created. These were twofold: first, the responsibility of managing and administering the Port of Halifax; second, regulation of the way in which navigation was carried on within the port. It appears from Duff C.J.'s analysis that the corporation in fact held vast powers of acquisition, alienation, expropriation and regulation in order to carry out the purposes for which it had been created. The broad latitude which it appeared to enjoy *a priori* was nonetheless limited by the obligation which it had to submit each of these activities to the approval of

fort juste. Il n'en demeure pas moins que le Conseil régional et la Buanderie sont des organismes indépendants et non contrôlés par les établissements pour le bénéfice desquels ils agissent.

Doit-on, dans cette perspective, assimiler les appelants aux établissements qu'ils desservent pour fins de taxation? L'arrêt *Halifax Harbour Commissioners*, précité, mérite qu'on s'y arrête. Cette affaire, qui à première vue ne se dégage pas de celles qui ont été soumises par les appelants à l'appui de la théorie de l'*alter ego*, a néanmoins fait l'objet d'un commentaire intéressant du juge Brossard en Cour d'appel. Je le reproduis à nouveau pour des motifs de commodité:

Pour qu'il y ait similitude entre les faits de cet arrêt [. . .] et ceux de l'espèce, il faudrait, dans mon opinion, que [la Buanderie] ne soit qu'un gérant et administrateur de services de buanderie et de lingerie fournis à l'intérieur même de chaque établissement public, pour le compte de et sous l'autorité directe de l'administration individuelle de chacun de ces établissements, ce qui n'est pas le cas. [En italique dans l'original.]

Les deux éléments de différenciation relevés par le juge Brossard, soit l'exploitation en commun par plusieurs établissements, tous bénéficiant d'une exemption, plutôt que sous l'autorité directe de chacun d'entre eux, et l'exploitation ailleurs qu'à l'intérieur de chaque établissement, ne me paraissent pas déterminants. Aussi y a-t-il lieu de se pencher davantage sur la nature corporative des Halifax Harbour Commissioners («la corporation»). Dans cette affaire, en effet, le juge en chef Duff analyse de façon très détaillée les droits et pouvoirs accordés à la corporation par son autorité constituante (S.C. 1927, ch. 58). Avant d'en dégager la substance, il n'est cependant pas inutile de souligner les fins pour lesquelles cette dernière avait été créée. Celles-ci étaient de deux ordres: d'une part, la responsabilité de la gérance et de l'administration du port d'Halifax; d'autre part, la réglementation de l'exercice de la navigation à l'intérieur du port. Il ressort de l'examen du juge en chef Duff que la corporation détenait en fait de vastes pouvoirs d'acquisition, d'aliénation, d'expropriation et de réglementation dans le but de répondre aux fins pour lesquelles elle avait été constituée. La grande latitude dont elle semblait

the Governor General in Council. This Court, *per* Duff C.J., saw this situation as demonstrating the element of control essential for the *alter ego* concept to apply. I would mention again that this aspect is not in itself of any assistance in solving the problem now before this Court.

I note, however, the importance attached to the patrimonial aspect in that decision. The real property on which the corporation was operating was owned exclusively by the Crown. The same was true for any subsequent acquisition of real property, which was to be acquired for and on behalf of His Majesty. Further, again under the Act incorporating it, the corporation could also borrow money without being subject to a requirement that it come from the Government of Canada or another source. The facts nevertheless indicated that the government had assumed some financial responsibility for the corporation by undertaking to supply capital in the subsequent years.

In analysing legislative intent, the courts are entitled to give precedence to substance over form in implementing tax legislation. A common factor, namely the patrimonial aspect, emerges from *Halifax Harbour Commissioners, supra*, and the case at bar.

In this connection, as I noted earlier, the legislation at issue makes it clear that the intent of the legislature was to promote efficiency in the operation of hospital laundries. In its concrete effects this objective took the following form: first, for administrative purposes a sector of hospital activity was allocated by the legislature to an independent third party which incurred no risk in the undertaking; second, from the standpoint of patrimony there was an almost complete identity between the appellants and the establishments for whose benefit they operated.

The evidence revealed that none of the parties concerned make a profit, as the Buanderie's budget was based entirely on the operating costs assumed

jouer à priori était néanmoins freinée par l'obligation qu'elle avait de soumettre chacune de ces activités à l'approbation du Gouverneur général en conseil. Sous la plume du juge en chef Duff, notre Cour a vu en cet état de choses l'élément de contrôle indispensable à l'application du concept de l'*alter ego*. Je le rappelle, cet aspect, à lui seul, n'est d'aucun secours pour la résolution du problème qui se pose en l'espèce devant notre Cour.

Toutefois, je retiens de cette décision l'importance attachée à l'aspect patrimonial. En effet, les biens immeubles sur lesquels la corporation opérait étaient la propriété exclusive de la Couronne. De même en était-il de toute acquisition de biens immeubles subséquente, qui devait se faire pour et au nom de Sa Majesté. Par ailleurs, toujours selon la loi constitutive, la corporation pouvait également emprunter des fonds dont il n'était pas précisé s'ils devaient provenir du Gouvernement du Canada ou d'une autre source. Les faits démontrent néanmoins que le gouvernement a assumé une certaine responsabilité financière à l'endroit de la corporation en s'érigeant comme pourvoyeur de capitaux au cours des années subséquentes.

Dans la recherche de l'intention du législateur, les tribunaux sont autorisés à privilégier le fond sur la forme pour appliquer les lois fiscales. Or il émerge de l'affaire *Halifax Harbour Commissioners*, précitée, et de la présente un élément commun, nommément l'aspect patrimonial.

À cet égard, comme je l'ai souligné, la législation en cause manifeste l'intention du législateur de promouvoir l'efficacité dans les opérations des buanderies d'hôpitaux. Dans ses effets concrets, cet objectif s'illustre comme suit: d'une part, à des fins de gestion, un secteur de l'activité hospitalière a été confié par le législateur à un tiers indépendant qui n'encourt aucun risque dans l'entreprise; d'autre part, d'un point de vue patrimonial, il y a entre les appelants et les établissements pour le bénéfice desquels ils agissent une identité quasi entière.

En effet, la preuve a révélé qu'aucun des intéressés ne fait de profits, le budget de la Buanderie étant uniquement basé sur les coûts d'opération

by the hospital establishments and the reception centres. I also note that ownership of the assets needed to provide laundry services remains, beyond the legal form, with the member establishments; clearly, in the event of a dissolution of the Buanderie and distribution of its assets, those establishments would see any assets covered in whole or in part by a grant from the Ministère des Affaires sociales revert to the Regional Council. In my opinion that does not lead to disregarding the fact that whatever was not provided by the government would become the property of the hospitals and reception centres. Finally, it is the latter, and not the administrator imposed on them, namely the Regional Council, that continue to have full financial responsibility for the operation by assuming *inter alia* all its operating costs.

It seems to me that the Regional Council and the Buanderie form a single "conduit" to the establishments they serve and that this situation is not affected by the fact that administrative functions or the titular ownership of property have been conferred on them. In pursuing its objective the legislature made no essential change to the substance of the patrimony of the establishments as a whole, whether in terms of financial responsibility or ownership of property. Taxation relates solely to patrimony. It may therefore be concluded that, in requiring the creation of a community laundry, the legislature did not intend to affect the exempt status which had always applied to the public establishments before they were merged. No indication is given to the contrary. Such a conclusion would run counter to the legislature's aim of reducing costs. Moreover, as a concluding note, the change of policy of the Ministère des Affaires municipales has never been reflected in the legislation.

VI — Conclusions

In light of the rules of interpretation developed in *Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, *supra*, and set out in the first part of my analysis, I conclude that the *alter ego* concept does not apply directly

assumés par les établissements hospitaliers et les centres d'accueil. Je constate aussi que la propriété des biens nécessaires à la prestation de services de buanderie demeure, au-delà des formes juridiques, celle des établissements membres; certes, dans l'éventualité d'une dissolution de la Buanderie et de distribution de ses actifs, ces mêmes établissements verraient les biens ayant fait l'objet, en tout ou en partie, d'une subvention du ministère des Affaires sociales être dévolus au Conseil régional. Ceci n'exclut pas, à mon sens, que ce qui ne proviendrait pas de l'État serait alors dévolu aux hôpitaux et aux centres d'accueil. Enfin ce sont ces derniers, et non le gestionnaire qui leur a été imposé, nommément, le Conseil régional, qui restent entièrement responsables financièrement de l'exploitation, en assumant, entre autres, tous ses coûts d'opération.

Il m'apparaît que le Conseil régional et la Buanderie forment un «conduit» unique jusqu'aux établissements qu'ils desservent et que cette réalité n'est pas affectée par le fait qu'ils se voient attribuer des activités de gestion ou la propriété en titre des biens. En fait, dans la concrétisation de son objectif, le législateur n'a pas, quant à l'essentiel, apporté de changement de fond au domaine patrimonial de l'ensemble des établissements, tant au niveau de la responsabilité financière que de la propriété des biens. Or la fiscalité touche uniquement au domaine patrimonial. On est donc fondé de croire que le législateur n'avait pas l'intention, en imposant la création d'une buanderie communautaire, d'affecter le statut d'exemption qui avait toujours prévalu à l'endroit des établissements publics lorsque non regroupés. Aucune indication ne nous est fournie à l'effet contraire. Ce serait aller à l'encontre du but de réduction des coûts poursuivi par le législateur. D'ailleurs, et pour clore la question, le changement de politique du ministère des Affaires municipales n'a jamais trouvé son reflet dans la législation.

VI — Conclusions

À la lumière des principes d'interprétation développés dans l'affaire *Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, précitée, et exposés dans la première partie de mon analyse, je conclus qu'en l'espèce le

to the situation of the Regional Council and the Buanderie in the case at bar. Nonetheless, in determining the legislative intent it seems to me that the identity of patrimony between the appellants and their member institutions is such that the former should not be treated differently from the latter for tax purposes. In my view, this is consistent with the specific realities of the links between the institutions in general. Accordingly, I am of the view that the Buanderie can use s. 236(1.1) *A.M.T.* in order to benefit from the exemption from business tax for 1986, 1987 and 1988.

The same conclusion applies to the Regional Council in respect of real estate tax for 1984, 1985, 1986 and 1988 pursuant to s. 204(14) *A.M.T.* The position is not the same, however, for 1987. When the Regional Council sought to amend the conclusions of its action to set aside so as to include 1987 and 1988, it was met by the one-year prescription of s. 172 *A.M.T.* for the 1987 fiscal year. For each year in question, the Regional Council had nevertheless duly filed a complaint with the Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec ("BREF"). In *Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Sainte-Foy*, [1983] 1 S.C.R. 403, at p. 435 *et seq.*, this Court held *per* Beetz J. that the various remedies open to the taxpayer were complementary. It was noted, however, that the BREF remained subject to the superintending and reforming power of the Superior Court and that the response of its members on questions of law did not have the final nature of *res judicata* (at p. 437):

It is . . . why the courts have not required the taxpayer to proceed before the administrative tribunals: they have concluded that in this matter of taxation and exemption a taxpayer retains the right to go directly to a judicial forum like the Superior Court, which has the power to decide the matter with the force of *res judicata*.

What is the position if, instead of deciding the matter on the merits, the Superior Court merely finds that the action brought before it is extin-

concept de l'*alter ego* ne s'applique pas directement à la situation du Conseil régional et de la Buanderie. Néanmoins, en recherchant l'intention du législateur, il m'apparaît que l'identité des patrimoines entre les appelants et leurs établissements membres est telle que les premiers ne devraient pas être considérés différemment des seconds pour des fins fiscales. À mon sens, c'est d'ailleurs là donner effet aux réalités concrètes des liens qui unissent l'ensemble des institutions. En conséquence, je suis d'avis que la Buanderie peut se prévaloir du par. 236(1.1) *L.F.M.* pour bénéficier de l'exemption relative à la taxe d'affaires pour les années 1986, 1987 et 1988.

Quant au Conseil régional, la même conclusion s'applique en regard du par. 204(14) *L.F.M.* pour la taxe foncière, et ce pour les années 1984, 1985, 1986 et 1988. Il ne peut toutefois en être autant pour l'année 1987. En effet, lorsque le Conseil régional a cherché à amender les conclusions de son recours en nullité pour y inclure les années 1987 et 1988, il s'est vu opposer la prescription d'un an de l'art. 172 *L.F.M.* pour l'exercice financier 1987. Pour chaque année en cause, le Conseil régional avait néanmoins dûment déposé une plainte devant le Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec («BREF»). Dans l'affaire *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403, aux pp. 435 et suiv., notre Cour a établi, sous la plume du juge Beetz, que ces différentes voies offertes au contribuable constituaient des recours parallèles. Il a toutefois été rappelé que le BREF demeurerait assujéti au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure et que la réponse de ses membres sur des questions de droit n'avait pas le caractère définitif de la chose jugée (à la p. 437):

C'est pourquoi [. . .] la jurisprudence n'impose pas au contribuable de s'adresser aux instances administratives: elle estime qu'en cette matière de taxation et d'exemption le contribuable conserve le droit de s'adresser d'abord à un forum judiciaire comme la Cour supérieure qui a, lui, le pouvoir de trancher la question avec la force de la chose jugée.

Qu'en est-il si, au lieu de se prononcer sur le fond, la Cour supérieure ne fait que constater la déchéance du recours intenté devant elle? Le

guished? Does the BREF which duly has a complaint before it lose its jurisdiction? Two points must be considered in order to answer these questions.

First, the direct action in nullity brought pursuant to art. 33 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, and authorized by s. 172 *A.M.T.*, derives from an essentially discretionary power (see *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326). The somewhat unusual but entirely valid legal provision which must be taken into account in municipal taxation is the limitation of the exercise of the remedy to one year pursuant to s. 172 *A.M.T.* This must be seen as a desire by the legislature to introduce a measure of certainty and coherence into the application of tax legislation. It would be contrary to this objective for a taxpayer to be able to go back to some other forum and to raise the same questions he had put to the Superior Court, when he himself initially chose to go before that court.

Furthermore, in this regard the purpose of the action in nullity in the Superior Court is to determine the validity of an action or regulation adopted under the law. A taxpayer who chooses to go directly to this forum, which is called superior on account of its inherent superintending and reforming powers, agrees at the outset that if his action is dismissed the matter will be *res judicata* so far as an administrative tribunal like the BREF is concerned. There is no basis here for making a distinction between a decision of the court on the merits of the case and a mere finding that the action before it is prescribed. This superintending and reforming remedy must be exercised in accordance with the rules applicable to it. If it is dismissed because the latter were not observed, the effect is nevertheless to make the disputed action valid and beyond challenge between the parties.

Finally, it is not this Court's function to order reimbursement of the taxes paid by the appellants under the aforementioned entries, since ss. 182, 248 and 249 *A.M.T.* govern how this will be done, pursuant to the judgment of a court setting aside the entries in question. Under s. 182 *A.M.T.*, it is

BREF dûment saisi d'une plainte perd-il alors sa juridiction? Deux aspects doivent être considérés pour répondre à ces questions.

D'une part, l'action directe en nullité prise en vertu de l'art. 33 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, et que permet l'art. 172 *L.F.M.*, dérive d'un pouvoir essentiellement discrétionnaire (voir l'arrêt *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326). L'élément juridique inhabituel, mais non moins valable, dont il faut tenir compte en matière de fiscalité municipale, est la limitation de l'exercice du recours à un an en vertu de l'art. 172 *L.F.M.* Il faut voir dans ce délai une volonté législative d'introduire un élément de certitude et de cohérence dans l'application des lois fiscales. Il serait contraire à cet objectif qu'un contribuable puisse retourner devant un autre forum pour y invoquer les mêmes questions qu'il a présentées devant la Cour supérieure, à laquelle il a lui-même choisi de s'assujettir en premier lieu.

Par ailleurs, en cette matière, le recours en nullité devant la Cour supérieure a pour objet de déterminer la validité d'un acte ou d'un règlement pris en vertu de la loi. Le contribuable qui choisit de recourir directement à ce forum, dit supérieur en vertu de ses pouvoirs inhérents de surveillance et de contrôle, consent dès lors à ce que dans l'éventualité du rejet de son recours, il y ait chose jugée vis-à-vis l'instance administrative qu'est le BREF. Il n'y a pas lieu, à ce titre, de faire une distinction entre une décision de la cour rendue sur le fond de l'affaire et la seule constatation que le recours intenté devant elle est prescrit. Ce recours de surveillance et de contrôle doit être exercé selon les règles qui lui sont propres. S'il est rejeté parce que celles-ci n'ont pas été satisfaites, l'effet n'en est pas moins de rendre l'acte attaqué valable et inattaquable entre les parties.

Enfin, il n'appartient pas à notre Cour d'ordonner le remboursement des taxes payées par les appelants en vertu des inscriptions susmentionnées puisque les art. 182, 248 et 249 *L.F.M.* en règlent les modalités, suite au jugement d'un tribunal constatant la nullité des inscriptions en cause. En

the clerk of the municipal corporation who has the duty of amending the roll to make it comply *inter alia* with a final decision rendered on an action to set aside the roll. That amendment must be made within 30 days of the final judgment. Additionally, under s. 249 *A.M.T.* a refund of taxes is not due as the result of a circumstance contemplated in s. 248 (including an amendment of the roll made pursuant to s. 182) until 30 days after the roll has been amended.

VII — Disposition

The appeal is allowed in part. The judgments of the Superior Court and the Court of Appeal are set aside and the actions are allowed as follows:

For the Regional Council, file No. 500-05-011061-866 (Sup. Ct.) and No. 500-09-001519-891 (C.A.), the Court:

Declares null and void certificates of amendment Nos. 816001 for 1984 and 816002 for 1985 issued by the Communauté urbaine de Montréal;

Declares null and void both for the real estate valuation roll and for the collection roll the taxable entry for 1984, 1985, 1986 and 1988 inclusive referred to in account No. 38774250;

Declares null and void the notice of amendment to the roll for 1984, 1985 and 1986, as well as the invoices for municipal, school and olympic taxes for 1984, 1985, 1986 and 1988 in respect of the immovable referred to in invoice 38774250;

The whole with costs throughout.

For the Buanderie, file No. 500-05-009889-872 (Sup. Ct.) and No. 500-09-001518-893 (C.A.), the Court:

Declares null and void certificates of amendment to the roll of rental values Nos. 033764 for 1986 and 012819 for 1987 issued by the Communauté urbaine de Montréal;

effet, selon l'art. 182 *L.F.M.*, c'est au greffier de la corporation municipale que revient le devoir de modifier le rôle pour le rendre conforme, notamment, à une décision de dernier ressort rendue sur un recours en nullité. Cette modification doit s'effectuer dans les 30 jours du jugement de dernier ressort. Par ailleurs, selon l'art. 249 *L.F.M.*, un remboursement de taxes n'est dû, par suite d'une circonstance visée à l'art. 248 (dont une modification du rôle effectuée en application de l'art. 182) que 30 jours après la modification du rôle.

VII — Dispositif

Le pourvoi est accueilli en partie. Les jugements de la Cour supérieure et de la Cour d'appel sont infirmés et les actions sont accueillies comme suit:

Pour le Conseil régional, dossier n° 500-05-011061-866 (C.S.) et n° 500-09-001519-891 (C.A.), la Cour:

Déclare nuls les certificats de modification numéros 816001 pour l'année 1984 et 816002 pour l'année 1985 délivrés par la Communauté urbaine de Montréal;

Déclare nulle, tant pour le rôle de l'évaluation foncière que pour le rôle de perception, l'inscription imposable pour les années 1984, 1985, 1986 et 1988 inclusivement visée au numéro de compte 38774250;

Déclare nuls l'avis de modification au rôle pour les années 1984, 1985 et 1986, ainsi que les comptes de taxes municipales, scolaires et olympiques pour les années 1984, 1985, 1986 et 1988 concernant l'immeuble visé au compte 38774250;

Le tout avec dépens devant toutes les cours.

Pour la Buanderie, dossier n° 500-05-009889-872 (C.S.) et n° 500-09-001518-893 (C.A.), la Cour:

Déclare nuls les certificats de modification au rôle de la valeur locative numéros 033764 pour l'année 1986 et 012819 pour l'année 1987 délivrés par la Communauté urbaine de Montréal;

Declares null and void for the roll of rental values the taxable entry for 1986, 1987, 1988 referred to in account No. 38725295;

Declares null and void the notices of amendment to the roll for 1986 and 1987 and the water, services and business taxes referred to in account 38725295, as well as the tax invoices sent pursuant thereto;

Declares null and void for the roll of rental values the taxable entry for 1988 referred to in No. 38725295;

The whole with costs throughout.

Appeal allowed in part with costs.

Solicitors for the appellants: Lafleur Brown, Montreal.

Solicitors for the City of Montreal: Jalbert, Séguin, Verdon, Caron, Mahoney, Montreal.

Solicitors for the Communauté urbaine de Montréal: Beaupré, Trudeau, Montreal.

Déclare nulle pour le rôle de la valeur locative l'inscription imposable pour les années 1986, 1987 et 1988 visée au numéro de compte 38725295;

Déclare nuls les avis de modification au rôle pour les années 1986 et 1987 ainsi que les taxes d'eau, de services et d'affaires visées au compte 38725295, de même que les comptes de taxes expédiés en conséquence;

Déclare nulle pour le rôle de la valeur locative l'inscription imposable pour l'année 1988 visée au numéro 38725295;

Le tout avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens.

Procureurs des appelants: Lafleur Brown, Montréal.

Procureurs de la ville de Montréal: Jalbert, Séguin, Verdon, Caron, Mahoney, Montréal.

Procureurs de la Communauté urbaine de Montréal: Beaupré, Trudeau, Montréal.

Partagec Inc. Appellant

v.

Communauté urbaine de Québec and City of Québec Respondents

and

Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec Respondent

INDEXED AS: PARTAGEC INC. v. QUÉBEC (COMMUNAUTÉ URBAINE)

File No.: 23587.

1994: May 25; 1994: September 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Municipal law — Real estate valuation — Tax-exempt immovables — Public establishments — Whether appellant can be assimilated to public establishments it serves and benefit from tax exemption — Interpretation of tax legislation — Alter ego theory — Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, ss. 204(14), 236(1.1).

Taxation — Legislation — Rules for interpreting tax legislation.

This appeal raises questions identical to those considered in the companion case *Buanderie centrale de Montréal Inc. v. Montreal (City)*, [1994] 3 S.C.R. 29. In fact, the Buanderie centrale de Montréal Inc. is the Montreal counterpart of the appellant. The incorporation and operations of these two non-profit corporations are more or less similar. The appellant has carried on its laundry activities since 1967 in an immovable owned by a hospital centre. A marginal segment of the users of this service are organizations that are not public reception centres or hospital centres. Under s. 18.5 of the *Act respecting Health Services and Social Services*, the appellant also acts as the exclusive representative of the establishments it serves for the supply of goods and services in common. In 1986 the appellant leased a warehouse from a private undertaking for its group purchasing activities. Until 1986, the appellant was exempt

Partagec Inc. Appelante

c.

^a **La Communauté urbaine de Québec et la ville de Québec Intimées**

et

^b

Le Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec Intimé

^c RÉPERTORIÉ: PARTAGEC INC. c. QUÉBEC (COMMUNAUTÉ URBAINE)

N° du greffe: 23587.

1994: 25 mai; 1994: 30 septembre.

^d

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^e

Droit municipal — Évaluation foncière — Immeubles exempts de taxes — Établissements publics — L'appelante peut-elle être assimilée aux établissements publics qu'elle dessert et bénéficier d'une exemption fiscale? — Interprétation des lois fiscales — Théorie de l'alter ego — Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 204(14), 236(1.1).

Droit fiscal — Législation — Règles d'interprétation des lois fiscales.

^g

Ce pourvoi soulève des questions identiques à celles étudiées dans l'arrêt connexe *Buanderie centrale de Montréal Inc. c. Montréal (Ville)*, [1994] 3 R.C.S. 29. En fait, la Buanderie centrale de Montréal Inc. est le pendant montréalais de l'appelante. La constitution et le fonctionnement de ces deux corporations sans but lucratif sont, à peu de choses près, semblables. L'appelante exerce ses activités de buanderie depuis 1967 dans un immeuble qui appartient à un centre hospitalier. Une partie marginale des usagers de ce service sont des organismes qui ne sont pas des centres d'accueil publics ou des centres hospitalier. Conformément à l'art. 18.5 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, l'appelante agit aussi comme représentante exclusive des établissements qu'elle dessert pour les approvisionnements en commun de biens ou de services. Pour ses activités d'achats en commun, l'appelante loue en 1986

from real estate and business tax as a public establishment pursuant to ss. 204(14) and 236(1.1) of the *Act respecting Municipal Taxation* ("A.M.T."). Subsequently, the immovable used by the appellant for its laundry activities was entered on the real estate valuation roll and the roll of rental values for 1985, 1986 and 1987. At the same time, the immovable it used for its group purchasing activities was entered on the roll of rental values for 1986 and 1987. The Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec dismissed the appellant's complaint challenging its listing on the rolls and asking to be granted a tax exemption. The Court of Québec set that decision aside, but the Court of Appeal allowed the respondents' appeal and restored the Bureau's decision.

Held: The appeal should be allowed.

The analysis of the issues made in *Buanderie centrale de Montréal Inc.* applies to the present case. In light of the principles governing the interpretation of tax legislation, and having regard to the intent of the legislature as well as the virtual identity of patrimony between the appellant and its member establishments, the former should not be treated differently from the latter for tax purposes. The appellant can therefore take advantage of the tax exemptions provided in ss. 204(14) and 236(1.1) A.M.T. for both of the immovables it uses.

Cases Cited

Followed: *Buanderie centrale de Montréal Inc. v. Montreal (City)*, [1994] 3 S.C.R. 29.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 10 [am. 1981, c. 22, s. 41], 11, 18.5 [ad. *idem*, s. 43].

Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, ss. 204(14) [repl. 1980, c. 34, s. 27(4); repl. 1986, c. 34, s. 12(2)], 236(1.1) [ad. 1982, c. 63, s. 216; am. 1986, c. 34, s. 19], 255 [am. 1979, c. 80, s. 54; repl. 1980, c. 34, s. 44; am. 1982, c. 2, s. 96; am. *idem*, c. 63, s. 219; am. 1983, c. 40, s. 73; am. 1986, c. 34, s. 21].

Regulation respecting the application of the Act respecting health services and social services, R.R.Q. 1981, c. S-5, r. 1, s. 301.

un entrepôt d'une entreprise privée. Jusqu'en 1986, l'appelante est exemptée de la taxe foncière et de la taxe d'affaires à titre d'établissement public en vertu des par. 204(14) et 236(1.1) de la *Loi sur la fiscalité municipale* («L.F.M.»). Par la suite, l'immeuble utilisé par l'appelante pour ses activités de buanderie est inscrit au rôle de l'évaluation foncière et au rôle de la valeur locative pour les années 1985, 1986 et 1987. Parallèlement, l'immeuble qu'elle utilise pour ses activités d'achats en commun est inscrit au rôle de la valeur locative pour les années 1986 et 1987. Le Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec rejette la plainte de l'appelante qui conteste son inscription aux rôles et qui demande qu'on lui reconnaisse une exemption de taxes. La Cour du Québec infirme cette décision, mais la Cour d'appel accueille l'appel des intimées et rétablit la décision du Bureau.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'analyse des questions en litige faite dans l'arrêt *Buanderie centrale de Montréal Inc.* s'applique à la présente affaire. À la lumière des principes d'interprétation des lois fiscales, et compte tenu de l'intention du législateur ainsi que de la quasi-identité des patrimoines entre l'appelante et ses établissements membres, la première ne doit pas être considérée différemment des seconds pour des fins fiscales. L'appelante peut donc se prévaloir des exemptions de taxes prévues aux par. 204(14) et 236(1.1) L.F.M. pour les deux immeubles qu'elle utilise.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *Buanderie centrale de Montréal Inc. c. Montréal (Ville)*, [1994] 3 R.C.S. 29.

Lois et règlements cités

Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 204(14) [repl. 1980, ch. 34, art. 27(4); rempl. 1986, ch. 34, art. 12(2)], 236(1.1) [aj. 1982, ch. 63, art. 216; mod. 1986, ch. 34, art. 19], 255 [mod. 1979, ch. 80, art. 54; rempl. 1980, ch. 34, art. 44; mod. 1982, ch. 2, art. 96; mod. *idem*, ch. 63, art. 219; mod. 1983, ch. 40, art. 73; mod. 1986, ch. 34, art. 21].

Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 10 [mod. 1981, ch. 22, art. 41], 11, 18.5 [aj. *idem*, art. 43].

Règlement d'application de la Loi sur les services de santé et les services sociaux, R.R.Q. 1981, ch. S-5, r. 1, art. 301.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1993), 54 Q.A.C. 223, reversing a judgment of the Court of Québec, J.E. 91-1711, reversing a decision of the Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec. Appeal allowed.

Jacques Tremblay and Pierre Delisle, Q.C., for the appellant.

Daniel Tardif, for the respondents the Communauté urbaine de Québec and the City of Québec.

No one appeared for the respondent the Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J. — The issue in this case is whether the appellant, Partagec Inc. ("Partagec"), can benefit from the tax exemptions provided for in ss. 204(14) and 236(1.1) of the *Act respecting Municipal Taxation*, R.S.Q., c. F-2.1 ("A.M.T."), relating to real estate and business tax respectively. In this Court two main questions were raised: (1) What are the principles that should guide the courts in interpreting tax legislation? (2) In light of these principles, can Partagec be regarded as the *alter ego* of the establishments served by it, or be assimilated to them in any way, so as to come within the scope of ss. 10 and 11 of the *Act respecting Health Services and Social Services*, R.S.Q., c. S-5 ("A.H.S.S.S."), indirectly referred to in ss. 204(14) and 236(1.1) A.M.T.?

I — Facts

This appeal raises questions identical to those which this Court had to consider in *Buanderie centrale de Montréal Inc. v. Montreal (City)*, [1994] 3 S.C.R. 29, decided concurrently herewith. In fact, the Buanderie centrale de Montréal Inc. ("Buanderie") became the Montreal counterpart of Partagec, following the latter's success in the Québec area, the creation of which marked the begin-

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1993), 54 Q.A.C. 223, qui a infirmé un jugement de la Cour du Québec, J.E. 91-1711, qui avait infirmé une décision du Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec. Pourvoi accueilli.

Jacques Tremblay et Pierre Delisle, c.r., pour l'appelante.

Daniel Tardif, pour les intimées la Communauté urbaine de Québec et la ville de Québec.

Personne n'a comparu pour l'intimé le Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — Il s'agit de savoir en l'espèce si l'appelante, Partagec Inc. («Partagec»), peut bénéficier des exemptions fiscales prévues aux par. 204(14) et 236(1.1) de la *Loi sur la fiscalité municipale*, L.R.Q., ch. F-2.1 («L.F.M.»), concernant respectivement la taxe foncière et la taxe d'affaires. Deux questions principales se posent devant notre Cour: (1) Quels sont les principes qui doivent guider les tribunaux dans l'interprétation des lois fiscales? (2) À la lumière de ces principes, Partagec peut-elle être considérée comme l'*alter ego* des établissements qu'elle dessert, ou leur être assimilée de quelque façon, de manière à entrer dans le champ d'application des art. 10 et 11 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-5 («L.S.S.S.S.»), auxquels les par. 204(14) et 236(1.1) L.F.M. renvoient indirectement?

I — Les faits

Ce pourvoi soulève des questions identiques à celles que notre Cour a eu à étudier dans l'arrêt *Buanderie centrale de Montréal Inc. c. Montréal (Ville)*, [1994] 3 R.C.S. 29, rendu en même temps que la présente. En fait, la Buanderie centrale de Montréal Inc. («Buanderie») est devenue le pendant montréalais de Partagec, suite au succès de cette dernière dans la région de Québec et dont

ning of a period of merger of hospital laundry and linen services. Accordingly, I will not go into any detail about the incorporation of Partagec and its subsequent operations, which are more or less similar to what I described in the decision mentioned above.

There are nevertheless three facts which distinguish the case at bar: first, while the Buanderie occupied an immovable owned by the Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain under an emphyteutic lease granted to the latter by the Hôpital Louis-Hippolyte Lafontaine, Partagec here leases an immovable to carry on its activities which remains the direct property of the Hôpital de l'Enfant-Jésus; second, whereas the activities of the Buanderie were limited exclusively to laundry and linen services, Partagec is also recognized under s. 18.5 A.H.S.S.S. as the exclusive representative of the establishments it serves for the supply of goods and services in common. As such it acts as executor of a group purchasing program for these institutions pursuant to s. 301 of the *Regulation respecting the application of the Act respecting health services and social services*, R.R.Q. 1981, c. S-5, r. 1, and carries on these latter activities in a warehouse which it leased from a private undertaking, Services Conseils Martin Inc. Finally, whereas the member establishments of the Buanderie were exclusively public hospital centres or reception centres, Partagec also includes among its users of laundry services organizations having a different status, such as the Canadian Red Cross Society and certain private reception centres. I note, however, that this segment of the clientele is marginal compared to that of the public establishments, in terms of both the number of establishments served and the volume of linen provided for cleaning.

From the start of its operations, which date back to January 1, 1967, up to December 1986, Partagec was exempt from real estate and business tax as a

l'implantation marquait un début dans l'ère du regroupement des services de buanderie et de lingerie d'hôpitaux. Par conséquent, je ne relaterai pas le détail de la constitution de Partagec et de son fonctionnement ultérieur, qui sont, à peu de choses près, semblables à ce dont j'ai fait état dans l'arrêt mentionné plus haut.

Trois distinctions d'ordre factuel sont néanmoins à faire au regard du présent dossier: d'une part, alors que la Buanderie occupait un immeuble appartenant au Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain en vertu d'un bail emphytéotique consenti à ce dernier par l'Hôpital Louis-Hippolyte Lafontaine, Partagec loue ici un immeuble, pour la poursuite de ses activités, qui demeure la propriété directe de l'Hôpital de l'Enfant-Jésus; d'autre part, alors que les activités de la Buanderie se limitaient exclusivement aux services de buanderie et de lingerie, Partagec se voit en outre reconnue par l'art. 18.5 L.S.S.S.S. comme représentante exclusive des établissements qu'elle dessert pour les approvisionnements en commun de biens ou de services. Elle agit, à ce titre, comme exécutrice d'un programme d'achats en commun pour ces établissements en vertu de l'art. 301 du *Règlement d'application de la Loi sur les services de santé et les services sociaux*, R.R.Q. 1981, ch. S-5, r. 1, et exerce ces dernières activités dans un entrepôt qu'elle a loué d'une entreprise privée, les Services Conseils Martin Inc. Enfin, alors que les établissements membres de la Buanderie étaient exclusivement des centres hospitaliers ou des centres d'accueil publics, Partagec compte également parmi ses usagers des services de buanderie des organismes ayant un statut différent, dont la Société canadienne de la Croix-Rouge et certains centres d'accueil privés. Je souligne toutefois que cette portion de la clientèle est marginale en regard de celle qu'occupent les établissements publics et ce, tant du point de vue du nombre des établissements desservis que du volume de lingerie fourni à des fins de nettoyage.

Du début de ses opérations, qui remontent au 1^{er} janvier 1967, jusqu'au mois de décembre 1986, Partagec est exemptée de la taxe foncière et de la

public establishment pursuant to ss. 204(14) and 236(1.1) *A.M.T.* During that period the City of Québec and the Communauté urbaine de Québec received grants from the provincial government proportionate to the taxes they might otherwise have collected from Partagec. This compensation was paid pursuant to s. 255 of the same Act.

On December 19, 1986, however, following a notice received from the Ministère des affaires municipales informant the City of Québec that the grants were being terminated, the Communauté urbaine de Québec altered the real estate and rental rolls and entered on them the immovable occupied by Partagec for its laundry services in respect of the 1985, 1986 and 1987 fiscal years. At the same time certificates of amendment were issued in respect of the warehouse occupied by Partagec for its group purchasing activities: the immovable was then entered on the rental roll for 1986 and 1987, the real estate taxes being paid by the private undertaking which owned it.

Before the Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec ("BREF"), Partagec challenged its listing on the real estate and rental rolls and asked to be granted a tax exemption. On June 29, 1988 the BREF dismissed the appellant's complaints. The appellant then appealed to the Court of Québec. On September 26, 1991 Judge Boulanger (J.E. 91-1711) allowed the appeal, set aside the decision of the BREF, declared the entries on the real estate roll to be illegal and null and void and declared Partagec to be exempt from business tax for the two immovables occupied by it for laundry and common supply services. On March 19, 1993 the Québec Court of Appeal ((1993), 54 Q.A.C. 223) allowed the appeal of the respondents the Communauté urbaine de Québec and the City of Québec and restored the BREF's decision: hence the present appeal.

II — Analysis

The analysis I made of the points at issue in *Buanderie centrale de Montréal Inc. v. Montreal (City)*, decided concurrently herewith, applies to

taxe d'affaires à titre d'établissement public en vertu des par. 204(14) et 236(1.1) *L.F.M.* Au cours de cette période, la ville de Québec et la Communauté urbaine de Québec reçoivent alors du gouvernement provincial des subventions proportionnelles aux taxes qu'elles pourraient autrement percevoir auprès de Partagec. Cette compensation est versée conformément à l'art. 255 de la même loi.

Le 19 décembre 1986, toutefois, à la suite d'un avis reçu du ministère des Affaires municipales informant la ville de Québec de la fin des subventions, la Communauté urbaine de Québec modifie les rôles foncier et locatif et y inscrit l'immeuble occupé par Partagec aux fins des services de buanderie pour les exercices financiers 1985, 1986 et 1987. Parallèlement, des certificats de modification sont délivrés à l'endroit de l'entrepôt occupé par Partagec pour ses activités d'achats en commun; l'immeuble est alors inscrit au rôle locatif pour les années 1986 et 1987, les taxes foncières étant assumées par l'entreprise privée propriétaire.

Devant le Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec («BREF»), Partagec conteste son inscription aux rôles foncier et locatif et demande qu'on lui reconnaisse une exemption de taxes. Le 29 juin 1988, le BREF rejette les plaintes de l'appelante. Cette dernière fait alors appel à la Cour du Québec. Le 26 septembre 1991, le juge Boulanger (J.E. 91-1711) accueille l'appel, infirme la décision rendue par le BREF, déclare illégales et nulles les inscriptions au rôle foncier et déclare Partagec exempte de taxe d'affaires pour les deux immeubles qu'elle occupe aux fins des services de buanderie et d'approvisionnements en commun. Le 19 mars 1993, la Cour d'appel du Québec ((1993), 54 Q.A.C. 223) accueille l'appel des intimées Communauté urbaine de Québec et ville de Québec et rétablit la décision du BREF, d'où le présent pourvoi.

II — Analyse

L'analyse que j'ai faite des questions en litige dans l'arrêt *Buanderie centrale de Montréal Inc. c. Montréal (Ville)*, rendu en même temps que la pré-

the present case and I refer to it. The factual distinctions which I mentioned earlier do not in my view affect Partagec's legal status as regards municipal taxes.

Accordingly, in light of the principles governing the interpretation of tax legislation formulated by this Court, and having regard to the intent of the legislature as well as the virtual identity of patrimony between Partagec and its member establishments, I conclude that the former should not be treated differently from the latter for tax purposes. I am therefore of the view that, for 1985, 1986 and 1987, Partagec can take advantage of ss. 204(14) and 236(1.1) *A.M.T.* and benefit from exemptions regarding real estate and business tax for the immovable used by it to provide laundry services. The same conclusion applies for business tax in 1986 and 1987 in respect of the immovable occupied by Partagec for its common supply activities.

III — Disposition

The appeal is allowed. The judgment of the Court of Appeal is set aside and the judgment of the Court of Québec, reversing the decision of the BREF, is restored, the whole with costs before the BREF and in all courts.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Pothier Bégin, Sainte-Foy.

Solicitors for the respondents the Communauté urbaine de Québec and the City of Québec: Alain, Tardif & Associés, Québec.

sente, s'applique au cas d'espèce et j'y renvoie. Les distinctions d'ordre factuel dont j'ai fait état plus haut n'affectent pas, à mon sens, le statut juridique de Partagec en regard des taxes municipales.

À la lumière, donc, des principes d'interprétation des lois fiscales cristallisés par notre Cour, et compte tenu de l'intention du législateur ainsi que de la quasi-identité des patrimoines entre Partagec et ses établissements membres, je conclus que la première ne doit pas être considérée différemment des seconds pour des fins fiscales. Par conséquent, je suis d'avis que Partagec peut se prévaloir des par. 204(14) et 236(1.1) *L.F.M.* et bénéficier des exemptions relatives à la taxe foncière et à la taxe d'affaires pour l'immeuble qu'elle utilise aux fins de prestation de services de buanderie et ce, pour les années 1985, 1986 et 1987. Quant à l'immeuble occupé par elle pour ses activités d'approvisionnement en commun, la même conclusion s'applique en ce qui a trait à la taxe d'affaires, pour les années 1986 et 1987.

e III — Dispositif

Le pourvoi est accueilli. Le jugement de la Cour d'appel est infirmé et le jugement de la Cour du Québec, infirmant la décision du BREF, est rétabli. Le tout avec dépens devant le BREF et toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Pothier Bégin, Sainte-Foy.

Procureurs des intimées la Communauté urbaine de Québec et la ville de Québec: Alain, Tardif & Associés, Québec.

Henri Daviault Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. DAVIAULT

File No.: 23435.

1994: February 4; 1994: September 30.

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 QUEBEC

Criminal law — Sexual assault — Mens rea — Intoxication — Accused acquitted of sexual assault on account of his extreme intoxication at time of incident — Acquittal overturned on appeal — Whether evidence of extreme intoxication tantamount to state of automatism can negative intent required for general intent offence.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Accused acquitted of sexual assault on account of his extreme intoxication at time of incident — Acquittal overturned on appeal — Whether rule that mental element of general intent offence cannot be negated by drunkenness violates principles of fundamental justice — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Accused acquitted of sexual assault on account of his extreme intoxication at time of incident — Acquittal overturned on appeal — Whether rule that mental element of general intent offence cannot be negated by drunkenness violates presumption of innocence — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d).

The complainant, a 65-year-old woman who is partially paralysed and thus confined to a wheelchair, knew the accused through his wife. At about 6:00 p.m. one evening, at her request, the accused arrived at her home carrying a 40-ounce bottle of brandy. The complainant drank part of a glass of brandy and then fell asleep in her wheelchair. When she awoke during the night to go to the bathroom, the accused appeared, grabbed her

Henri Daviault Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine** Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. DAVIAULT

N^o du greffe: 23435.

^b

1994: 4 février; 1994: 30 septembre.

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

^c

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Agression sexuelle — Mens rea — Intoxication — Accusé acquitté d'agression sexuelle en raison de son état d'intoxication extrême au moment de l'incident — Acquittement infirmé en appel — La preuve d'une intoxication extrême équivalant à un état d'automatisme peut-elle servir à réfuter l'intention requise pour une infraction d'intention générale?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Accusé acquitté d'agression sexuelle en raison de son état d'intoxication extrême au moment de l'incident — Acquittement infirmé en appel — La règle selon laquelle l'élément moral d'une infraction d'intention générale ne peut être réfuté par l'ivresse viole-t-elle les principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Accusé acquitté d'agression sexuelle en raison de son état d'intoxication extrême au moment de l'incident — Acquittement infirmé en appel — La règle selon laquelle l'élément moral d'une infraction d'intention générale ne peut être réfuté par l'ivresse viole-t-elle la présomption d'innocence? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d).

La plaignante, une femme de 65 ans, souffrant de paralysie partielle et se déplaçant en fauteuil roulant, connaissait l'appelant par l'intermédiaire de sa femme. Un soir, vers 18 h, à sa demande, l'accusé est venu chez elle lui livrer une bouteille de 40 onces de brandy. La plaignante a bu moins d'un verre de brandy, puis elle s'est endormie dans son fauteuil roulant. Lorsque, dans la nuit, elle s'est réveillée pour se diriger vers la toilette,

chair, wheeled her into the bedroom, threw her on the bed and sexually assaulted her. He left the apartment at about 4:00 a.m. The complainant subsequently discovered that the bottle of brandy was empty. The trial judge found as a fact that the accused had drunk the rest of the bottle between 6:00 p.m. and 3:00 a.m. The accused was a chronic alcoholic. He testified that he had spent the day at a bar where he had consumed seven or eight bottles of beer. He recalled having a glass of brandy upon his arrival at the complainant's residence but had no recollection of what occurred between then and when he awoke nude in the complainant's bed. He denied sexually assaulting her. The pharmacologist called by the defence as an expert witness testified that an individual with the blood-alcohol ratio he hypothesized the accused would have had after consuming that amount of alcohol might suffer a blackout. In such a state the individual loses contact with reality and the brain is temporarily dissociated from normal functioning. The individual has no awareness of his actions when he is in such a state and will likely have no memory of them the next day. The trial judge found as a fact that the accused had committed the offence as described by the complainant, but acquitted him because he had a reasonable doubt about whether the accused, by virtue of his extreme intoxication, had possessed the minimal intent necessary to commit the offence of sexual assault. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered that a verdict of guilty be entered. It held that the defence of self-induced intoxication resulting in a state equal to or akin to automatism or insanity is not available as a defence to a general intent offence.

Held (Sopinka, Gonthier and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The strict application of the rule established in this Court's decision in *Leary* that the *mens rea* of a general intent offence cannot be negated by drunkenness offends both ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The mental aspect of an offence has long been recognized as an integral part of crime, and to eliminate it would be to deprive an accused of fundamental justice. The mental element in general intent offences may be minimal; in this case it is simply an intention to commit the sexual assault or reck-

l'appelant s'est manifesté et, s'emparant de son fauteuil, l'a poussée dans la chambre, l'a couchée sur le lit et l'a agressée sexuellement. Il a quitté le logement vers 4 heures du matin. La plaignante devait par la suite découvrir que la bouteille de brandy était vide. Le juge du procès a tiré la conclusion de fait que l'appelant avait bu le reste de la bouteille entre 18 h et 3 h. L'appelant souffre d'alcoolisme chronique. Il a déclaré avoir passé la journée à un bar, où il a consommé sept ou huit bouteilles de bière. Il s'est rappelé avoir pris un verre de brandy à son arrivée chez la plaignante, mais ne se souvenait plus de ce qui s'est produit entre ce moment et celui où il s'est réveillé nu dans le lit de la plaignante. Il a nié l'avoir agressée sexuellement. Le pharmacologiste appelé à déposer à titre de témoin expert par la défense a déclaré qu'une personne avec une alcoolémie semblable à celle que, par hypothèse, l'accusé aurait eue selon lui après avoir consommé une telle quantité d'alcool pouvait agir sous le coup d'un «*blackout*». La personne qui se trouve dans cet état perd contact avec la réalité et son cerveau cesse temporairement de fonctionner normalement. Cette personne n'a aucune conscience de ses actes à ce moment et risque de ne pas s'en souvenir le lendemain. Le juge du procès a tenu pour avéré que l'appelant avait commis l'infraction décrite par la plaignante, mais il l'a acquitté parce qu'il avait un doute raisonnable quant à la question de savoir si, en raison de son extrême intoxication, il avait eu l'intention minimale de commettre l'infraction d'agression sexuelle. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par le ministère public et ordonné qu'un verdict de culpabilité soit inscrit. Elle a conclu que l'intoxication volontaire entraînant un état équivalant ou apparenté à l'aliénation mentale ou à l'automatisme ne pouvait être invoquée comme moyen de défense à l'encontre d'une infraction d'intention générale.

Arrêt (les juges Sopinka, Gonthier et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Les juges L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin et Iacobucci: L'application stricte de la règle établie par notre Cour dans l'arrêt *Leary*, selon laquelle la *mens rea* d'un crime d'intention générale ne peut être réfutée par l'ivresse, enfreint à la fois l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'aspect moral d'une infraction est reconnu depuis longtemps comme faisant partie intégrante du crime, et le fait de l'éliminer entraînerait pour l'accusé un déni de justice fondamentale. L'élément moral peut être minimal dans les infractions d'intention générale; en l'espèce, il s'agit tout sim-

lessness as to whether the actions will constitute an assault. The necessary mental element can ordinarily be inferred from the proof that the assault was committed by the accused, but the substituted *mens rea* of an intention to become drunk cannot establish the *mens rea* to commit the assault. Moreover, the presumption of innocence requires that the Crown bear the burden of establishing all elements of a crime, including the mental element of voluntariness. Assuming that voluntary intoxication is reprehensible, it does not follow that its consequences in any given situation are either voluntary or predictable. Further, self-induced intoxication cannot supply the necessary link between the minimal *mens rea* required for the offence and the *actus reus*. To deny that even a very minimal mental element is required for sexual assault offends the *Charter* in a manner that is so drastic and so contrary to the principles of fundamental justice that it cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. The experience of other jurisdictions which have completely abandoned the *Leary* rule, coupled with the fact that under the proposed approach, the defence would be available only in the rarest of cases, demonstrate that there is no urgent policy or pressing objective which need to be addressed. Studies on the relationship between intoxication and crime do not establish any rational link. Finally, as the *Leary* rule applies to all crimes of general intent, it cannot be said to be well tailored to address a particular objective and it would not meet either the proportionality or the minimum impairment requirements.

The flexible approach suggested by Wilson J. in *Bernard*, whereby evidence of intoxication could properly go before a jury in general intent offences if it demonstrated such extreme intoxication that there was an absence of awareness which was akin to a state of insanity or automatism, should be adopted. Given the minimal nature of the mental element required for crimes of general intent, even those who are significantly drunk will usually be able to form the requisite *mens rea* and will be found to have acted voluntarily. Extreme intoxication akin to automatism or insanity should, like insanity, be established by the accused on a balance of probabilities. It will only be on rare occasions that evidence of such an extreme state of intoxication can be advanced. While such a burden constitutes a violation of the accused's rights under s. 11(d) of the *Charter*, it can be justified under s. 1. It is only the accused who can give evidence as to the amount of alcohol con-

plement de l'intention de commettre l'agression sexuelle ou de l'indifférence quant à savoir si les actions peuvent constituer une agression. L'élément moral nécessaire peut habituellement être déduit de la preuve que l'agression a été commise par l'accusé, mais la *mens rea* substituée de l'intention de s'enivrer ne peut établir la *mens rea* de commettre l'agression. En outre, la présomption d'innocence impose au ministère public la charge d'établir tous les éléments du crime, dont l'élément moral du caractère volontaire. En supposant que l'intoxication volontaire soit répréhensible, cela ne signifie pas nécessairement que ses conséquences dans une situation particulière soient volontaires ou prévisibles. De plus, l'intoxication volontaire ne peut assurer le lien nécessaire entre la *mens rea* minimale requise pour l'infraction et l'*actus reus*. Le fait de nier qu'un élément moral même très minime est requis pour l'infraction d'agression sexuelle enfreint la *Charte* d'une manière tellement draconienne et tellement contraire aux principes de justice fondamentale qu'il ne peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'expérience d'autres ressorts qui ont complètement abandonné la règle de l'arrêt *Leary*, de même que le fait qu'en vertu de la position proposée, ce moyen de défense ne pourrait être invoqué que dans de rarissimes cas, montrent qu'il n'existe aucune politique urgente ni aucun objectif impérieux dont il faut tenir compte. Des études sur la relation entre l'intoxication et le crime n'établissent aucun lien rationnel. Enfin, comme la règle de l'arrêt *Leary* s'applique à tous les crimes d'intention générale, il est impossible de prétendre qu'elle est bien adaptée à la poursuite d'un objectif particulier, ce qui fait qu'elle ne répondrait ni au critère de la proportionnalité ni à celui de l'atteinte minimale.

L'attitude souple préconisée par le juge Wilson dans *Bernard*, en vertu de laquelle on pourrait permettre que la preuve de l'intoxication soit soumise au jury pour les infractions d'intention générale s'il s'agit d'une preuve d'intoxication si extrême qu'elle entraîne une absence de conscience voisine de l'aliénation ou de l'automatisme, devrait être suivie. Étant donné la nature minimale de l'élément moral requis pour les crimes d'intention générale, même les personnes dont l'état d'ébriété est avancé peuvent habituellement former la *mens rea* requise et être jugées avoir agi volontairement. L'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme ou à l'aliénation mentale doit, comme l'aliénation mentale, être établie par l'accusé selon la prépondérance des probabilités. La preuve d'un tel état d'extrême intoxication ne peut être faite qu'en de rares occasions. Même si une telle charge constitue une violation des droits de l'accusé en vertu de l'al. 11(d) de la *Charte*, elle peut être

sumed and its effect upon him. Expert evidence would be required to confirm that the accused was probably in a state akin to automatism or insanity as a result of his drinking.

Should it be thought that the mental element involved relates to the *actus reus* rather than the *mens rea*, the result must be the same. The *actus reus* requires that the prohibited criminal act be performed voluntarily as a willed act. A person in a state of automatism cannot perform a voluntary willed act, and someone in an extreme state of intoxication akin to automatism must also be deprived of that ability. It would equally infringe s. 7 of the *Charter* if an accused who was not acting voluntarily could be convicted of a criminal offence. Here again the voluntary act of becoming intoxicated cannot be substituted for the voluntary action involved in sexual assault. To convict in the face of such a fundamental denial of natural justice could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

Per Lamer C.J.: Cory J.'s position on the law was agreed with, and the carving out of an exception to the rule laid down in *Leary* was supported.

Per La Forest J.: Dickson C.J.'s view in *Bernard and Quin* which strongly challenged the rule in *Leary* having been rejected by a majority of the Court, Wilson J.'s approach in that case as developed in Cory J.'s reasons was preferred.

Per Sopinka, Gonthier and Major JJ. (dissenting): This Court's decision in *Leary* still stands for the proposition that evidence of intoxication can provide a defence for offences of specific intent but not for offences of general intent. Since sexual assault is a crime of general intent, intoxication is no defence. This rule is supported by sound policy considerations. One of the main purposes of the criminal law is to protect the public. Society is entitled to punish those who of their own free will render themselves so intoxicated as to pose a threat to other members of the community. The fact that an accused has voluntarily consumed intoxicating amounts of drugs or alcohol cannot excuse the commission of a criminal offence unless it gives rise to a

justifiée en vertu de l'article premier. Seul l'accusé est en mesure de témoigner quant à la quantité d'alcool qu'il a consommée et aux effets que cela lui a causés. Il faudrait recourir au témoignage d'experts pour confirmer que l'accusé se trouvait probablement dans un état voisin de l'automatisme ou de l'aliénation mentale par suite de son ivresse.

Que l'on croie que l'élément moral en cause se rapporte à l'*actus reus* plutôt qu'à la *mens rea*, le résultat doit être le même. Pour ce qui est de l'*actus reus*, l'acte criminel prohibé doit avoir été accompli volontairement comme un acte voulu. Une personne dans un état d'automatisme ne peut pas accomplir un acte voulu et volontaire, et une personne dans un état d'intoxication extrême voisin de l'automatisme est également privée de cette capacité. Il y aurait également violation de l'art. 7 de la *Charte* si un accusé qui n'agit pas volontairement pouvait être déclaré coupable d'une infraction criminelle. Dans un tel cas, l'acte volontaire de s'intoxiquer ne peut non plus se substituer à l'acte volontaire en cause dans une agression sexuelle. Condamner quelqu'un devant un tel déni de justice naturelle ne pourrait être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le juge en chef Lamer: La position de droit énoncée par le juge Cory est acceptée et la solution de formuler une exception à la règle établie dans l'arrêt *Leary* est appuyée.

Le juge La Forest: Le point de vue du juge en chef Dickson dans les arrêts *Bernard* et *Quin*, qui contestait vigoureusement la règle établie dans l'arrêt *Leary*, ayant été rejeté par les juges de la majorité, la préférence est donnée à la démarche préconisée par le juge Wilson dans cet arrêt, telle que développée dans les motifs du juge Cory.

Les juges Sopinka, Gonthier et Major (dissidents): La décision de notre Cour dans l'arrêt *Leary* établit toujours que la preuve d'intoxication ne peut constituer un moyen de défense qu'à l'égard des infractions d'intention spécifique, et non à l'égard des infractions d'intention générale. Puisque l'agression sexuelle est une infraction d'intention générale, l'intoxication ne peut servir de moyen de défense. Cette règle s'appuie sur de solides considérations d'ordre public. L'un des principaux objets visés par le droit criminel est la protection du public. La société a le droit de punir ceux qui, de leur plein gré, s'intoxiquent à un point tel qu'ils constituent une menace pour les autres membres de leur collectivité. Le fait qu'un accusé a volontairement consommé des

mental disorder within the terms of s. 16 of the *Criminal Code*.

Since the *Leary* rule does not relieve the Crown of the responsibility of proving the existence of a *mens rea* or any of the other elements of the offence of sexual assault which are required by the principles of fundamental justice, it does not violate s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. While this is one of the rare cases in which the accused was sufficiently intoxicated to raise a reasonable doubt as to whether he intended to commit the offence of sexual assault, none of the relevant principles of fundamental justice require that the intent to perform the *actus reus* of an offence of general intent be an element of the offence. The requirements of the principles of fundamental justice are satisfied by proof that the accused became voluntarily intoxicated. The general rule that the mental fault element of a crime must extend to the *actus reus*, including consequences forming part thereof, is subject to exceptions. The principles of fundamental justice can exceptionally be satisfied provided the definition of the offence requires that a blameworthy mental element be proved and that the level of blameworthiness not be disproportionate to the seriousness of the offence. These requirements are satisfied in this case. Individuals who render themselves incapable of knowing what they are doing through the voluntary consumption of alcohol or drugs possess a sufficiently blameworthy state of mind that their imprisonment does not offend the principle of fundamental justice which prohibits imprisonment of the innocent. Those found guilty of committing sexual assault are rightfully submitted to a significant degree of moral opprobrium, and that opprobrium is not misplaced in the case of the intoxicated offender. While as a general rule an act must be the voluntary act of an accused in order for the *actus reus* to exist, the rules of fundamental justice are satisfied by a showing that the drunken state was attained through the accused's own blameworthy conduct. Finally, although distinguishing between offences of specific and general intent may lead to some illogical results, the underlying policy of the *Leary* rule is sound. Rather than jettisoning the rule, the Court should clarify the distinction by clearly identifying and defining the mental element of offences. It can then be determined whether applying the criteria for the identification of offences of specific and general intent in a particular case serves the public interest in punishing the offender

stupéfiants ou de l'alcool au point de s'intoxiquer ne peut excuser la perpétration d'une infraction criminelle, à moins qu'il ne provoque des troubles mentaux au sens de l'art. 16 du *Code criminel*.

^a Puisque la règle de l'arrêt *Leary* ne dégage pas le ministère public de l'obligation de prouver l'existence d'une *mens rea* ou tout autre élément de l'infraction d'agression sexuelle qui est exigé par les principes de justice fondamentale, elle n'enfreint ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*. Même si la présente espèce constitue l'un des rares cas où l'accusé était assez intoxiqué pour que soit soulevé un doute raisonnable quant à l'existence de l'intention de commettre l'infraction d'agression sexuelle, aucun des principes de justice fondamentale pertinents n'exige que l'intention de commettre l'*actus reus* d'une infraction d'intention générale soit un élément de l'infraction. La preuve établissant que l'accusé s'est intoxiqué volontairement satisfait aux exigences des principes de justice fondamentale. La règle générale selon laquelle l'élément de faute morale d'un crime doit s'étendre à l'*actus reus*, y compris aux conséquences qui en font partie, peut faire l'objet d'exceptions. On peut exceptionnellement satisfaire aux principes de justice fondamentale lorsque la définition de l'infraction exige que l'on prouve un état d'esprit blâmable et que le degré du caractère répréhensible ne soit pas disproportionné à la gravité de l'infraction. Ces exigences sont respectées en l'espèce. Les personnes qui s'empêchent de savoir ce qu'elles font en consommant volontairement de l'alcool ou des stupéfiants ont un état d'esprit suffisamment blâmable pour que leur emprisonnement n'enfreigne pas le principe de justice fondamentale qui interdit l'emprisonnement de l'innocent. Ceux qui sont reconnus coupables d'agression sexuelle sont à bon droit couverts d'un important degré d'opprobre moral, et cet opprobre n'est pas déplacé dans le cas du criminel intoxiqué. Bien que, en règle générale, il faille un acte volontaire d'un accusé pour qu'existe l'*actus reus*, il suffit, pour que soient respectées les règles de justice fondamentale, de montrer que l'état d'ivresse a été déclenché par la conduite blâmable de l'accusé. Enfin, même si le fait d'établir une distinction entre les infractions d'intention spécifique et les infractions d'intention générale peut donner lieu à certains résultats illogiques, la considération d'ordre public qui sous-tend la règle de l'arrêt *Leary* est fondée. Plutôt que d'abandonner la règle, la Cour devrait clarifier la distinction en identifiant et en définissant clairement l'élément moral des infractions. Il sera alors possible de déterminer si l'application des critères permettant d'identifier les infractions d'intention spécifique et les infractions d'intention générale à un cas donné sert la cause de l'intérêt

notwithstanding the absence of the *mens rea* associated with the offence.

public en punissant le contrevenant malgré l'absence de la *mens rea* requise par l'infraction.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; **not followed:** *R. v. O'Connor* (1980), 4 A. Crim. R. 348; *R. v. Kamipeli*, [1975] 2 N.Z.L.R. 610; *S. v. Chretien*, [1981] S.A. 1097; **referred to:** *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871; *Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. Quin*, [1988] 2 S.C.R. 825; *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1977] A.C. 443; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *Revelle v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 576; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303.

By Lamer C.J.

Referred to: *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29.

By La Forest J.

Referred to: *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Quin*, [1988] 2 S.C.R. 825; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29.

By Sopinka J. (dissenting)

Leary v. The Queen, [1978] 1 S.C.R. 29; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Charest* (1990), 57 C.C.C. (3d) 312; *R. v. Ciciola*, J.E. 90-629; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871; *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479; *Attorney-General for Northern Ireland v. Gallagher*, [1963] A.C. 349; *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1977] A.C. 443; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v.*

a Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; **arrêts non suivis:** *R. c. O'Connor* (1980), 4 A. Crim. R. 348; *R. c. Kamipeli*, [1975] 2 N.Z.L.R. 610; *S. c. Chretien*, [1981] S.A. 1097; **arrêts mentionnés:** *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513; *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871; *Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. Quin*, [1988] 2 R.C.S. 825; *Director of Public Prosecutions c. Majewski*, [1977] A.C. 443; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *Revelle c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 576; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29.

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Quin*, [1988] 2 R.C.S. 825; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29.

h Citée par le juge Sopinka (dissident)

Leary c. La Reine, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Charest* (1990), 57 C.C.C. (3d) 312; *R. c. Ciciola*, J.E. 90-629; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871; *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479; *Attorney-General for Northern Ireland c. Gallagher*, [1963] A.C. 349; *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *Director of Public Prosecutions c. Majewski*, [1977] A.C. 443; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Martineau*,

Martineau, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Doherty* (1887), 16 Cox C.C. 306; *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168; *People v. Hood*, 462 P.2d 370 (1969); *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359; *R. v. Murray* (1986), 31 C.C.C. (3d) 323; *R. v. Revelle* (1979), 48 C.C.C. (2d) 267, aff'd [1981] 1 S.C.R. 576; *R. v. Hartridge*, [1967] 1 C.C.C. 346; *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, aff'g (1977), 37 C.C.C. (2d) 461; *R. v. Malcolm* (1989), 50 C.C.C. (3d) 172; *R. v. Mailloux* (1985), 25 C.C.C. (3d) 171, aff'd [1988] 2 S.C.R. 1029; *R. v. Hilton* (1977), 34 C.C.C. (2d) 206; *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 16, 686(1)(b)(iii), 691(2)(a).

Authors Cited

American Jurisprudence, vol. 21, 2nd ed., "Criminal Law". Rochester: Lawyers Co-operative, 1981.
 Beaumont, S. J. "Drunkenness and Criminal Responsibility — Recent English Experience" (1976), 54 *Can. Bar Rev.* 777.
 Berner, S. H. *Intoxication and Criminal Responsibility*. Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1975.
 Canada. Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs. *Interim Report*. Ottawa: Queen's Printer, 1970.
 Canada. Law Reform Commission. *Recodifying Criminal Law*, vol. 1. Report 30. Ottawa: The Commission, 1986.
 Cavender, S. J. "The Lords Against *Majewski* and the Law" (1989), 21 *Bracton L.J.* 9.
 Colvin, Eric. "A Theory of the Intoxication Defence" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 750.
 Covington, Stephanie S. "Alcohol and Family Violence". In *Alcohol, Drugs and Tobacco: An International Perspective — Past, Present and Future*. Proceedings of the 34th International Congress on Alcoholism and Drug Dependence, vol. 1, 15. Calgary: Alberta Alcohol and Drug Abuse Commission, 1985.

[1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Doherty* (1887), 16 Cox C.C. 306; *R. c. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168; *People c. Hood*, 462 P.2d 370 (1969); *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359; *R. c. Murray* (1986), 31 C.C.C. (3d) 323; *R. c. Revelle* (1979), 48 C.C.C. (2d) 267, conf. par [1981] 1 R.C.S. 576; *R. c. Hartridge*, [1967] 1 C.C.C. 346; *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, conf. (1977), 37 C.C.C. (2d) 461; *R. c. Malcolm* (1989), 50 C.C.C. (3d) 172; *R. c. Mailloux* (1985), 25 C.C.C. (3d) 171, conf. par [1988] 2 R.C.S. 1029; *R. c. Hilton* (1977), 34 C.C.C. (2d) 206; *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16, 686(1)(b)(iii), 691(2)(a).

Doctrine citée

American Jurisprudence, vol. 21, 2nd ed., «Criminal Law». Rochester: Lawyers Co-operative, 1981.
 Beaumont, S. J. «Drunkenness and Criminal Responsibility — Recent English Experience» (1976), 54 *R. du B. can.* 777.
 Berner, S. H. *Intoxication and Criminal Responsibility*. Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1975.
 Canada. Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales, *Rapport provisoire*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1970.
 Canada. Commission de réforme du droit. *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, vol. 1. Rapport 30. Ottawa: La Commission, 1986.
 Cavender, S. J. «The Lords Against *Majewski* and the Law» (1989), 21 *Bracton L.J.* 9.
 Colvin, Eric. «A Theory of the Intoxication Defence» (1981), 59 *R. du B. can.* 750.
 Covington, Stephanie S. «Alcohol and Family Violence». Dans *L'alcool, les drogues et le tabac: perspectives internationales — le passé, le présent et l'avenir*. Compte-rendu du 34^e Congrès international sur l'alcoolisme et les toxicomanies, vol. 1, 15. Calgary: Commission albertaine contre l'alcool et les toxicomanies, 1985.

- Dashwood, Alan. "Logic and the Lords in Majewski", [1977] *Crim. L.R.* 532, 591.
- Farrier, David. "Intoxication: Legal Logic or Common Sense?" (1976), 39 *Modern L. Rev.* 578.
- Gardner, Simon. "The Importance of *Majewski*" (1994), a 14 *Oxford J. Legal Stud.* 279.
- Goode, Matthew. "Some Thoughts on the present state of the 'Defence' of Intoxication" (1984), 8 *Crim. L.J.* 104.
- Great Britain. Law Commission. *Intoxication and Criminal Liability*. Consultation Paper No. 127. London: HMSO, 1993. b
- Healy, Patrick. Case Comment on *R. v. Penno* (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 143.
- Healy, Patrick. "R. v. *Bernard*: Difficulties with Voluntary Intoxication" (1990), 35 *McGill L.J.* 610. c
- McCord, David. "The English and American History of Voluntary Intoxication to Negate *Mens Rea*" (1990), 11 *J. Legal Hist.* 372.
- Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985. d
- Mitchell, Chester N. "The Intoxicated Offender — Refuting the Legal and Medical Myths" (1988), 11 *Int. J. L. & Psychiatry* 77.
- Orchard, Gerald F. "Criminal Responsibility and Intoxication — The Australian Rejection of *Majewski*", [1980] *N.Z.L.J.* 532. e
- Orchard, Gerald F. "Surviving without *Majewski* — A View from Down Under", [1993] *Crim. L.R.* 426.
- Quigley, Tim. "A Shorn Beard" (1987), 10:3 *Dalhousie L.J.* 167. f
- Quigley, Tim. "Reform of the Intoxication Defence" (1987), 33 *McGill L.J.* 1.
- Quigley, Tim. "Specific and General Nonsense?" (1987), 11 *Dalhousie L.J.* 75. g
- Quigley, Tim, and Allan Manson. "*Bernard* on Intoxication: Principle, Policy and Points In Between — Two Comments" (1989), 67 *C.R.* (3d) 168, 173.
- Saskatchewan. Alcohol and Drug Abuse Commission. *Legal Offences in Saskatchewan: The Alcohol and Drug Connection*. Research Report, February 1989. h
- Schabas, Paul B. "Intoxication and Culpability: Towards an Offence of Criminal Intoxication" (1984), 42 *U.T. Fac. L. Rev.* 147.
- "Self-induced Intoxication and Criminal Responsibility" (1985), 58 *Aust. L.J.* 70. i
- Singh, R. U. "History of the Defence of Drunkenness in English Criminal Law" (1933), 49 *L.Q. Rev.* 528.
- Smith, George. "Footnote to O'Connor's Case" (1981), 5 *Crim. L.J.* 270. j
- Smith, J. C., and Brian Hogan. *Criminal Law*, 7th ed. London: Butterworths, 1992.
- Dashwood, Alan. «Logic and the Lords in *Majewski*», [1977] *Crim. L.R.* 532, 591.
- Farrier, David. «Intoxication: Legal Logic or Common Sense?» (1976), 39 *Modern L. Rev.* 578.
- Gardner, Simon. «The Importance of *Majewski*» (1994), 14 *Oxford J. Legal Stud.* 279.
- Goode, Matthew. «Some Thoughts on the present state of the «Defence» of Intoxication» (1984), 8 *Crim. L.J.* 104.
- Great Britain. Law Commission. *Intoxication and Criminal Liability*. Consultation Paper No. 127. London: HMSO, 1993.
- Healy, Patrick. Case Comment on *R. v. Penno* (1992), 71 *R. du B. can.* 143.
- Healy, Patrick. «R. v. *Bernard*: Difficulties with Voluntary Intoxication» (1990), 35 *R.D. McGill* 610.
- McCord, David. «The English and American History of Voluntary Intoxication to Negate *Mens Rea*» (1990), 11 *J. Legal Hist.* 372.
- Mewett, Alan W., and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Mitchell, Chester N. «The Intoxicated Offender — Refuting the Legal and Medical Myths» (1988), 11 *Int. J. L. & Psychiatry* 77.
- Orchard, Gerald F. «Criminal Responsibility and Intoxication — The Australian Rejection of *Majewski*», [1980] *N.Z.L.J.* 532.
- Orchard, Gerald F. «Surviving without *Majewski* — A View from Down Under», [1993] *Crim. L.R.* 426.
- Quigley, Tim. «A Shorn Beard» (1987), 10:3 *Dalhousie L.J.* 167.
- Quigley, Tim. «Reform of the Intoxication Defence» (1987), 33 *R.D. McGill* 1.
- Quigley, Tim. «Specific and General Nonsense?» (1987), 11 *Dalhousie L.J.* 75.
- Quigley, Tim, and Allan Manson. «*Bernard* on Intoxication: Principle, Policy and Points In Between — Two Comments» (1989), 67 *C.R.* (3d) 168, 173.
- Saskatchewan. Alcohol and Drug Abuse Commission. *Legal Offences in Saskatchewan: The Alcohol and Drug Connection*. Research Report, February 1989.
- Schabas, Paul B. «Intoxication and Culpability: Towards an Offence of Criminal Intoxication» (1984), 42 *U.T. Fac. L. Rev.* 147.
- «Self-induced Intoxication and Criminal Responsibility» (1985), 58 *Aust. L.J.* 70.
- Singh, R. U. «History of the Defence of Drunkenness in English Criminal Law» (1933), 49 *L.Q. Rev.* 528.
- Smith, George. «Footnote to O'Connor's Case» (1981), 5 *Crim. L.J.* 270.
- Smith, J. C., and Brian Hogan. *Criminal Law*, 7th ed. London: Butterworths, 1992.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Carswell: Toronto, 1987.

Thornton, Mark T. "Making Sense of Majewski" (1981), 23 *Crim. L.Q.* 464.

United Kingdom. Home Office. Department of Health and Social Security. *Report of the Committee on Mentally Abnormal Offenders*. Cmnd. 6244. London: HMSO 1975.

Virgo, Graham. "The Law Commission Consultation Paper on Intoxication and Criminal Liability — (1) Reconciling Principle and Policy", [1993] *Crim. L.R.* 415.

Wolff, Lee, and Bryan Reingold. "Drug Use and Crime" (1994), 14:6 *Juristat* 1.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1993] R.J.Q. 692, 80 C.C.C. (3d) 175, 19 C.R. (4th) 291, 54 Q.A.C. 27, setting aside the accused's acquittal by Grenier Q.C.J., [1991] R.J.Q. 1794, on a charge of sexual assault. Appeal allowed, Sopinka, Gonthier and Major J.J. dissenting.

Giuseppe Battista, for the appellant.

Claude Provost, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. — I have read the reasons of my colleagues, Justice Sopinka and Justice Cory. My views of the matter were enunciated through my concurrence in the reasons of Dickson C.J. in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833. While I now prefer characterizing the mental element involved as relating more to the *actus reus* than the *mens rea*, so that the defence clearly be available in strict liability offences, my views have not changed. I agree with my colleague Cory J.'s position on the law and, given my position in *Bernard*, which goes much further, I would of course support carving out, as he does, an exception to the rule laid down in *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29. I would accordingly allow the appeal and direct a new trial.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Carswell: Toronto, 1987.

Thornton, Mark T. «Making Sense of Majewski» (1981), 23 *Crim. L.Q.* 464.

United Kingdom. Home Office. Department of Health and Social Security. *Report of the Committee on Mentally Abnormal Offenders*. Cmnd. 6244. London: HMSO 1975.

Virgo, Graham. «The Law Commission Consultation Paper on Intoxication and Criminal Liability — (1) Reconciling Principle and Policy», [1993] *Crim. L.R.* 415.

Wolff, Lee, et Bryan Reingold. «Consommation de drogues et criminalité» (1994), 14:6 *Juristat* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 692, 80 C.C.C. (3d) 175, 19 C.R. (4th) 291, 54 Q.A.C. 27, qui a infirmé l'acquiescement de l'accusé par le juge Grenier, de la Cour du Québec, [1991] R.J.Q. 1794, d'une accusation d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli, les juges Sopinka, Gonthier et Major sont dissidents.

Giuseppe Battista, pour l'appellant.

Claude Provost, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai lu les motifs de mes collègues les juges Sopinka et Cory. J'ai exprimé mon opinion sur la question en appuyant les motifs du juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833. Bien que je préfère maintenant qualifier l'élément moral en cause comme se rapportant davantage à l'*actus reus* qu'à la *mens rea*, de façon qu'il soit nettement possible d'invoquer ce moyen de défense pour les cas d'infractions de responsabilité stricte, mon opinion n'a pas changé. Je souscris à la position de droit énoncée par mon collègue le juge Cory et, compte tenu de la position que j'ai adoptée dans l'arrêt *Bernard*, qui va beaucoup plus loin, il va sans dire que je suis d'accord pour que soit formulée, comme il le fait, une exception à la règle établie dans l'arrêt *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. — In *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, as well as in *R. v. Quin*, [1988] 2 S.C.R. 825, I, along with the Chief Justice, shared the view of then Chief Justice Dickson which strongly challenged the rule in *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29. While the majority of the Court differed as to the specific interpretation of *Leary*, what is clear is that they rejected the view espoused by Dickson C.J. I am, therefore, left to choose between the approach set forth in McIntyre J.'s reasons in that case, developed here by Justice Sopinka, and those of Justice Wilson, developed here by Justice Cory. Of the two, I prefer the latter and accordingly (though I would be inclined to attribute the mental element he describes as going to the *actus reus*) I concur in the reasons of Cory J. and would dispose of this appeal in the manner proposed by him.

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

CORY J. —

Issue

Can a state of drunkenness which is so extreme that an accused is in a condition that closely resembles automatism or a disease of the mind as defined in s. 16 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, constitute a basis for defending a crime which requires not a specific but only a general intent? That is the troubling question that is raised on this appeal.

The facts of this case and the judgments below are set out in the reasons of Justice Sopinka. Although I agree with my colleague on a number of issues, I cannot agree with his conclusion that it is consistent with the principles of fundamental justice and the presumption of innocence for the courts to eliminate the mental element in crimes of general intent. Nor do I agree that self-induced intoxication is a sufficiently blameworthy state of

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — Dans *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, ainsi que dans *R. c. Quin*, [1988] 2 R.C.S. 825, j'ai, de concert avec le juge Lamer (maintenant Juge en chef), exprimé mon accord avec le juge en chef Dickson, qui contestait vigoureusement la règle établie dans l'arrêt *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29. Bien que les juges de la majorité aient différé d'opinion quant à l'interprétation précise de l'arrêt *Leary*, il est évident qu'ils ont rejeté le point de vue du juge en chef Dickson. Je dois donc choisir entre la démarche préconisée par le juge McIntyre dans cet arrêt, développée ici par le juge Sopinka, et celle du juge Wilson, développée ici par le juge Cory. Je préfère cette dernière et (bien qu'enclin à penser que l'élément moral qu'il décrit a un effet sur l'*actus reus*) je souscris par conséquent aux motifs du juge Cory et trancherais le pourvoi de la manière qu'il propose.

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

LE JUGE CORY —

La question en litige

Un état d'ivresse si extrême que l'accusé se trouve dans une condition ressemblant beaucoup à un automatisme ou à une maladie mentale au sens de l'art. 16 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, peut-il constituer le fondement d'un moyen de défense à l'égard d'un crime qui exige non une intention spécifique, mais uniquement une intention générale? C'est là la question troublante qui est soulevée dans le présent pourvoi.

Les faits de l'espèce de même que les décisions des juridictions inférieures sont exposés dans les motifs du juge Sopinka. Même si je suis d'accord avec mon collègue sur certains points, je ne puis souscrire à sa conclusion que les tribunaux peuvent éliminer l'élément moral des crimes d'intention générale tout en respectant les principes de justice fondamentale et la présomption d'innocence. Je ne puis non plus souscrire à sa conclusion que l'in-

mind to justify culpability, and to substitute it for the mental element that is an essential requirement of those crimes. In my opinion, the principles embodied in our *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and more specifically in ss. 7 and 11(d),^a mandate a limited exception to, or some flexibility in, the application of the *Leary* rule. This would permit evidence of extreme intoxication akin to automatism or insanity to be considered in determining whether the accused possessed the minimal mental element required for crimes of general intent.

Analysis

As this case involves the reconsideration of a common law principle in light of more recent developments in the principles of criminal law and particularly the enactment of the *Charter*, it may be useful to begin with a brief review of the historical development of the relevant criminal law concepts. As well, it will be helpful to outline the various options adopted and suggested with respect to intoxication as a factor in determining whether an accused possessed the mental element required by the crime.^d

The Physical and Mental Aspects of Criminal Acts

Originally a crime was considered to be the commission of a physical act which was specifically prohibited by law. It was the act itself which was the sole element of the crime. If it was established that the act was committed by the accused then a finding of guilt would ensue. However, as early as the twelfth century, in large part through the influence of the canon law, it was established that there must also be a mental element combined with the prohibited act to constitute a crime. That is to say that the accused must have meant or intended to commit the prohibited act. The physical act and the mental element which together constitute a crime came to be known as the *actus reus* denoting the act, and the *mens rea* for the mental

toxication volontaire constitue un état d'esprit suffisamment blâmable pour justifier une déclaration de culpabilité et pour la substituer à l'élément moral qui est un élément essentiel de ces crimes. À mon avis, les principes inscrits dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, et plus précisément à l'art. 7 et à l'al. 11d), exigent qu'on apporte une exception limitée, ou une certaine flexibilité, à l'application de la règle de l'arrêt *Leary*. Cela permettrait de tenir compte d'une preuve d'intoxication extrême voisine de l'automatisme ou de l'aliénation mentale lorsqu'il s'agit de déterminer si l'accusé avait l'élément moral minimal requis par les crimes d'intention générale.^c

Analyse

Puisque la présente espèce implique le réexamen d'un principe de common law à la lumière de l'évolution récente des principes de droit criminel, et en particulier de l'adoption de la *Charte*, on pourrait utilement commencer par un survol de l'évolution historique des notions de droit criminel pertinentes, puis esquisser les diverses options qui ont été adoptées et proposées à l'égard de l'intoxication comme facteur à prendre en considération pour déterminer si l'accusé avait l'élément moral requis par le crime.^e

Les aspects matériel et moral des infractions criminelles

À l'origine, on considérait le crime comme la perpétration d'un acte matériel expressément prohibé par la loi. C'est l'acte en lui-même qui était le seul élément constitutif du crime. Dès lors qu'on établissait que l'accusé avait commis l'acte, ce dernier était déclaré coupable. Dès le XII^e siècle toutefois, et ce, en grande partie sous l'influence du droit canon, on a reconnu qu'il devait aussi y avoir un élément moral en plus de l'acte prohibé pour qu'il y ait crime. Cela signifie que l'accusé devait avoir eu la volonté ou l'intention de commettre l'acte prohibé. L'acte matériel et l'élément moral qui, pris ensemble, constituent un crime furent désignés sous les appellations *actus reus* pour l'acte et *mens rea* pour l'élément moral. À l'instar

element. Like so many maxims they are imprecise and in many instances misleading.

For my purposes it is sufficient to say that for a great many years it has been understood that, unless the legislator provides otherwise, a crime must consist of the following elements. First, a physical element which consists of committing a prohibited act, creating a prohibited state of affairs, or omitting to do that which is required by the law. Second, the conduct in question must be willed; this is usually referred to as voluntariness. Some writers classify this element as part of the *actus reus*, others prefer to associate it with *mens rea*; however, all seem to agree that it is required. (See, generally, J. C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law* (7th ed. 1992), at pp. 37 ff.) If persons other than lawyers were asked what constituted willed or voluntary conduct they would respond that such an act or conduct must involve a mental element. It is the mental element, that is the act of will, which makes the act or conduct willed or voluntary. In *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, at p. 17, McLachlin J. had this to say concerning the *actus reus*:

The term *mens rea*, properly understood, does not encompass all of the mental elements of a crime. The *actus reus* has its own mental element; the act must be the voluntary act of the accused for the *actus reus* to exist. *Mens rea*, on the other hand, refers to the guilty mind, the wrongful intention, of the accused. Its function in criminal law is to prevent the conviction of the morally innocent — those who do not understand or intend the consequences of their acts. Typically, *mens rea* is concerned with the consequences of the prohibited *actus reus*.

Similarly, in *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871, at p. 896, La Forest J. quoted the following passage from the dissenting reasons of Dickson J. (as he then was) in *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, at p. 522:

Although the word “automatism” made its way but lately to the legal stage, it is basic principle that absence of volition in respect of the act involved is always a defence to a crime. A defence that the act is involuntary

de bon nombre de maximes, ces appellations sont imprécises et, dans bon nombre de cas, elles peuvent porter à confusion.

Pour les fins des présents motifs, qu’il me suffise de dire que pendant bon nombre d’années, on a conclu qu’à moins que le législateur ne dispose autrement, un crime devait comporter les éléments suivants. En premier lieu, un élément matériel qui consiste à perpétrer l’acte interdit, à créer une situation prohibée ou à omettre de faire ce que la loi prescrit. En second lieu, le comportement en cause doit être voulu; c’est ce qu’on appelle habituellement l’aspect volontaire. Certains auteurs classent cet élément au sein de l’*actus reus*, tandis que d’autres préfèrent le ranger du côté de la *mens rea*; tous semblent toutefois reconnaître qu’il s’agit d’un élément nécessaire. (Voir en général J. C. Smith et B. Hogan, *Criminal Law* (7^e éd. 1992), aux pp. 37 et suiv.) Si l’on demandait à des personnes autres que des avocats ce qui constitue une conduite voulue ou volontaire, elles répondraient qu’il doit s’agir d’un acte ou d’une conduite comportant un élément moral. C’est l’élément moral, c’est-à-dire la volonté, qui fait que l’acte ou la conduite est voulu ou volontaire. Dans l’arrêt *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, à la p. 17, le juge McLachlin dit ce qui suit concernant l’*actus reus*:

Le terme *mens rea*, interprété correctement, n’inclut pas tous les éléments moraux d’un crime. L’*actus reus* comporte son propre élément moral; pour qu’il y ait *actus reus*, l’acte de l’accusé doit être volontaire. Par ailleurs, la *mens rea* renvoie à l’intention coupable, illégale, de l’accusé. En droit criminel, son rôle consiste à éviter que la personne moralement innocente — qui ne comprend ni ne souhaite les conséquences de ses actes — soit déclarée coupable. Habituellement, la *mens rea* porte sur les conséquences de l’*actus reus* prohibé.

De même, dans l’arrêt *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871, le juge La Forest cite, à la p. 896 le passage suivant des motifs de dissidence du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, à la p. 522:

Malgré l’introduction tardive du terme «automatisme» dans le domaine juridique, il demeure un principe fondamental que l’absence de volonté à l’égard de l’acte visé constitue toujours un moyen de défense à un acte

entitles the accused to a complete and unqualified acquittal. That the defence of automatism exists as a middle ground between criminal responsibility and legal insanity is beyond question. Although spoken as a defence, in the sense that it is raised by the accused, the Crown always bears the burden of proving a voluntary act.

The definition of *actus reus* is thus established. Yet I should add that, as will be seen later, the mental aspect involved in willed or voluntary conduct may overlap to some extent in both the concept of *mens rea* and *actus reus*. Finally, then there must be a contemporaneous mental element comprising an intention to carry out the prohibited physical act or omission to act; that is to say a particular state of mind such as the intent to cause, or some foresight of, the results of the act or the state of affairs.

With this concept of a crime established it soon came to be accepted that in certain situations a person who committed a prohibited physical act still could not be found guilty. A number of examples come to mind. For instance, if a person in a state of automatism as a result of a blow on the head committed a prohibited act that he was not consciously aware of committing, he could not be found guilty since the mental element involved in committing a willed voluntary act and the mental element of intending to commit the act were absent. Thus neither the requisite *actus reus* or *mens rea* for the offence was present. The result would be the same in the case of a person who had an unexpected reaction to medication which rendered him totally unaware of his actions. Similarly, if an accused, during an epileptic seizure, with no knowledge of what he was doing, shot and killed a victim, he could not be found guilty of murder since both the ability to act voluntarily and the mental element of the intention to kill were absent. In all these instances the accused simply could not have formed the requisite intention to commit the prohibited act. Further, it was long ago recognized

criminel. Alléguer en défense que l'acte est involontaire donne à l'accusé le droit d'être complètement et inconditionnellement acquitté. Il ne fait aucun doute que la défense fondée sur l'automatisme constitue un moyen terme entre la responsabilité criminelle et l'aliénation mentale au sens de la loi. Bien qu'il s'agisse d'une défense, en ce sens que c'est l'accusé qui la soulève, le ministère public a toujours le fardeau de prouver le caractère volontaire d'un acte.

La définition de l'*actus reus* est ainsi établie. Pourtant, j'ajouterais que, comme nous le verrons plus loin, l'aspect moral que comporte une conduite voulue ou volontaire peut empiéter dans une certaine mesure tant sur le concept de la *mens rea* que sur celui de l'*actus reus*. Enfin, il doit alors y avoir un élément moral concomitant qui consiste en l'intention de procéder à l'acte matériel prohibé ou d'omettre d'agir, à savoir un état d'esprit particulier comme l'intention de susciter les effets de l'acte ou de la situation, ou la prévision de ces effets.

Une fois établi ce concept du crime, on devait bientôt accepter que dans certaines situations, une personne peut fort bien avoir commis un acte matériel prohibé sans pour autant être reconnue coupable. Divers exemples nous viennent à l'esprit. Ainsi, la personne qui, tombée dans un état d'automatisme par suite d'un coup à la tête, a commis un acte prohibé alors qu'elle n'en avait pas conscience, ne pourrait pas être reconnue coupable en raison de l'absence de l'élément moral compris dans la perpétration d'un acte voulu et volontaire et de l'élément moral de l'intention de commettre l'acte. Ni l'*actus reus* ni la *mens rea* requis pour l'infraction n'étaient donc présents. Il en serait de même pour la personne qui, par suite de l'absorption d'un médicament, subit une réaction inattendue qui lui a fait perdre toute conscience de ses gestes. Ou encore pour l'accusé qui, durant une crise d'épilepsie, sans conscience de ce qu'il faisait, a tiré un coup mortel sur une victime, et qui ne pourrait être reconnu coupable de meurtre puisqu'il lui manquait et la capacité d'agir volontairement et l'élément moral de l'intention de tuer. Dans tous ces cas, l'accusé ne pouvait tout simple-

that a person suffering from a mental illness coming within the scope of what is now s. 16 of the *Criminal Code* could not be found guilty. That result may have arisen either from the recognition of the inability of a mentally ill accused to form the requisite intention, or from the realization that the nature and quality of the prohibited act was not appreciated by the accused.

A review of the history of the defence of intoxication shows that, originally, intoxication was never a defence to any crime. However, with the evolution of criminal law, this rule came to be progressively relaxed and the defence of intoxication was admitted for crimes of specific intent. Although one of the justifications for this was the courts' preoccupation with the harshness of criminal liability and criminal sanctions, clearly this development was also influenced by the development of the requirements for mental elements in crimes. The defence of intoxication was based on the recognition and belief that alcohol affected mental processes and the formulation of intention (see, for example, D. McCord, "The English and American History of Voluntary Intoxication to Negate *Mens Rea*" (1990), 11 *J. Legal Hist.* 372, at p. 378). I would agree with the authors who feel that the progressive expansion of the intoxication defence has paralleled the progressive expansion of theories of the mental elements of crimes. (See, for example, T. Quigley, "A Shorn Beard" (1987), 10:3 *Dalhousie L.J.* 167.) In my view, the need for this historical expansion is justified and emphasized by the increased concern for the protection of fundamental rights enshrined in the *Charter*.

It can thus be seen that with the development of principles recognizing constituent elements of crimes, particularly the need for a mental element, there came the realization that persons who lack the requisite mental element for a crime should not be found guilty of committing that crime. For centuries it has been recognized that both the physical and the mental elements are an integral part of a

ment pas avoir formé l'intention nécessaire de commettre l'acte prohibé. En outre, on reconnaît depuis longtemps que la personne qui souffre de maladie mentale au sens de ce qui est devenu l'art. 16 du *Code criminel* ne peut être déclarée coupable. Ce résultat pourrait s'expliquer par la reconnaissance soit qu'un malade mental est incapable de former l'intention requise, soit que l'accusé n'a pas saisi la nature et la qualité de l'acte prohibé.

Un examen de l'historique de la défense d'intoxication montre qu'à l'origine, l'intoxication ne pouvait jamais être invoquée comme moyen de défense à quelque crime que ce soit. Toutefois, avec l'évolution du droit criminel, cette règle devait progressivement s'assouplir, de sorte que la défense d'intoxication a été admise pour les crimes d'intention spécifique. Même si l'une des justifications invoquées était le souci des tribunaux quant à la sévérité de la responsabilité criminelle et des sanctions criminelles, cette évolution était aussi clairement influencée par l'élaboration des exigences relatives aux éléments moraux des crimes. La défense d'intoxication était fondée sur la constatation et la conviction que l'alcool affectait les processus mentaux et la formation de l'intention (voir, par exemple, D. McCord, «The English and American History of Voluntary Intoxication to Negate *Mens Rea*» (1990), 11 *J. Legal Hist.* 372, à la p. 378). Je partage l'avis des auteurs qui estiment que l'expansion graduelle de la défense d'intoxication s'est effectuée parallèlement à l'évolution des théories de l'élément moral des crimes. (Voir, par exemple, T. Quigley, «A Shorn Beard» (1987), 10:3 *Dalhousie L.J.* 167.) À mon avis, la nécessité de cette évolution historique est justifiée et accentuée par le souci croissant d'assurer la protection des droits fondamentaux inscrits dans la *Charte*.

On peut donc voir qu'au fil de l'évolution des principes reconnaissant les éléments constitutifs des crimes, en particulier la nécessité d'un élément moral, on en est venu à admettre que les personnes qui n'ont pas l'élément moral requis pour un crime ne devraient pas être déclarées coupables d'avoir commis ce crime. On reconnaît depuis des siècles que les éléments matériel et moral font partie inté-

criminal act. It has long been a fundamental concept of our criminal law.

This appeal is concerned with situations of intoxication that are so extreme that they are akin to automatism. Such a state would render an accused incapable of either performing a willed act or of forming the minimal intent required for a general intent offence. I will approach the issue primarily on the basis that the extreme intoxication renders an accused incapable of forming the requisite minimum intent. I have taken the reasons of Sopinka J. to have dealt with the issue on the basis of *mens rea*.

Categorization of Crimes as Requiring Either a Specific Intent or a General Intent

The distinction between crimes of specific and general intent has been acknowledged and approved by this Court on numerous occasions. (See *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871, at p. 877 (Fauteux J.); and subsequent cases such as *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; and *R. v. Quin*, [1988] 2 S.C.R. 825.) On this issue, I am in general agreement with Sopinka J.'s presentation. The categorization of crimes as being either specific or general intent offences and the consequences that flow from that categorization are now well established in this Court. However, as he observes, we are not dealing here with ordinary cases of intoxication but with the limited situation of very extreme intoxication and the need, under the *Charter*, to create an exception in situations where intoxication is such that the mental element is negated. Sopinka J. sees no need for such an exception. This is where I must disagree with my colleague.

It may now be convenient to review the approach that courts have taken with regard to drunkenness as a factor in considering the mental element in crimes of general intent.

grante de l'acte criminel. Il s'agit d'un concept fondamental de notre droit criminel établi de longue date.

Le présent pourvoi concerne les cas d'intoxication si extrêmes qu'ils s'apparentent à l'automatisme, état qui rend l'accusé incapable d'accomplir un acte voulu ou de former l'intention minimale requise pour qu'il y ait infraction d'intention générale. J'examinerai la question surtout en partant du principe que l'intoxication extrême rend un accusé incapable de former l'intention minimale requise. À mon avis, le juge Sopinka traite de cette question dans ses motifs en se fondant sur la *mens rea*.

Catégorisation des crimes selon qu'ils nécessitent une intention spécifique ou une intention générale

La distinction entre les crimes d'intention spécifique et les crimes d'intention générale a été reconnue et approuvée par notre Cour à maintes reprises. (Voir *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871, à la p. 877 (le juge Fauteux), et les arrêts subséquents *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, et *R. c. Quin*, [1988] 2 R.C.S. 825.) Sur cette question, je suis généralement d'accord avec la présentation faite par le juge Sopinka. La catégorisation des crimes comme étant des infractions soit d'intention spécifique soit d'intention générale et les conséquences qui en découlent sont maintenant bien établies par notre Cour. Toutefois, comme il le fait remarquer, il ne s'agit pas en l'espèce de cas d'intoxication ordinaires, mais bien de la situation limitée d'une intoxication extrême et de la nécessité, en vertu de la *Charte*, de créer une exception dans des situations où l'intoxication est telle que l'élément moral est réduit à néant. Le juge Sopinka ne voit pas la nécessité d'une telle exception. C'est sur ce point que je suis en désaccord avec mon collègue.

Il serait bon d'examiner maintenant le point de vue adopté par les tribunaux à l'égard de l'ivresse comme facteur à considérer dans l'examen de l'élément moral des crimes d'intention générale.

Drunkenness as a Factor in the Consideration of Criminal Liability

This issue has been the subject of many judicial decisions in Commonwealth countries. It is useful here to contrast the two opposite positions which have emerged in the absence of *Charter* considerations. The first position is illustrated by the decision of this Court in *Leary, supra*, and also corresponds to the English position. The second position is that which prevails in Australia and New Zealand. It is best illustrated by the *O'Connor* decision, (1980), 4 A. Crim. R. 348.

Leary v. The Queen

Leary was charged with rape. In the course of his instructions, the trial judge advised the jury that "drunkenness is no defence to a charge of this sort". This position was taken on the grounds that rape was a crime of general intent and that in such a crime, the mental element could not be negated by drunkenness. The majority in this Court confirmed that rape was indeed a crime of general intent and that the *mens rea* could not be affected by drunkenness. They relied upon *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1977] A.C. 443. There, the House of Lords held that, unless the offence was one which required proof of a specific intent, it was no defence to a criminal charge that, by reason of self-induced intoxication, the accused did not intend to do the act which constituted the offence. A charge to the jury to that effect was approved.

The minority (Dickson J., with Laskin C.J. and Spence J. concurring) would have required that the jury be satisfied that the accused knew the victim was not consenting or was reckless as to whether she was or not. On that issue it was said that drunkenness was an element that the jury could properly take into account in resolving the question. It was their position that drunkenness should be left to the jury, along with all the other relevant

L'ivresse comme facteur dans l'évaluation de la responsabilité criminelle

Cette question a fait l'objet de bon nombre de décisions dans les pays du Commonwealth. Il est utile de comparer ici les deux positions opposées qui ont été adoptées hors du cadre de la *Charte*. La première position est illustrée par l'arrêt de notre Cour *Leary*, précité; elle correspond à la position retenue en Angleterre. La seconde est celle qui s'est imposée en Australie et en Nouvelle-Zélande. La meilleure illustration en est donnée par l'arrêt *O'Connor* (1980), 4 A. Crim. R. 348.

Leary c. La Reine

Leary a été accusé de viol. Dans ses directives au jury, le juge du procès a déclaré que [TRADUCTION] «la défense d'ivresse ne peut être invoquée dans ce genre d'accusation». Le juge a adopté cette position pour le motif que le viol est un crime d'intention générale et que dans le cas d'un tel crime, l'élément moral ne peut être réfuté par l'ivresse. Notre Cour à la majorité a confirmé que le viol était effectivement un crime d'intention générale et que la *mens rea* ne pouvait être modifiée par l'ivresse. Les juges de notre Cour se sont fondés sur l'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Majewski*, [1977] 7 A.C. 443. Dans cet arrêt, la Chambre des lords a statué qu'à moins qu'il s'agisse d'une infraction qui exige la preuve d'une intention spécifique, l'accusé ne pouvait invoquer en défense à une accusation criminelle qu'il n'avait pas, en raison d'une intoxication volontaire, l'intention d'accomplir l'acte qui constituait l'infraction. Les directives données au jury en ce sens ont été approuvées.

Les juges minoritaires (le juge Dickson, avec l'appui du juge en chef Laskin et du juge Spence) auraient exigé que le jury soit convaincu que l'accusé savait que la victime n'était pas consentante ou qu'il lui était indifférent qu'elle consente ou non. À cet égard, ils ont dit que l'ivresse était un élément dont le jury pouvait à bon droit tenir compte pour trancher la question. Ils ont estimé que la question de l'ivresse devrait être soumise à l'appréciation du jury, avec tous les autres éléments de preuve, pour lui permettre de déterminer

evidence, in deciding whether the accused knew the victim was not consenting.

si l'accusé savait que la victime n'était pas consentante.

The supporters of the *Leary* decision are of the view that self-induced intoxication should not be used as a means of avoiding criminal liability for offences requiring only a general intent. They contend that society simply cannot afford to take a different position since intoxication would always be the basis for a defence despite the fact that the accused had consumed alcohol with the knowledge of its possible aggravating effects. Supporters of the *Leary* decision argue that to permit such a defence would "open the floodgates" for the presentation of frivolous and unmeritorious defences.

^a Les tenants de l'arrêt *Leary* estiment que l'intoxication volontaire ne devrait pas servir de moyen pour échapper à la responsabilité criminelle à l'égard des infractions qui n'exigent qu'une intention générale. Ils font valoir que la société ne peut tout simplement pas se permettre d'adopter une autre position puisque, autrement, l'intoxication constituerait toujours le fondement d'une défense même si l'accusé a consommé de l'alcool en connaissant le risque de ses effets aggravants. Les tenants de l'arrêt *Leary* font valoir la crainte qu'en permettant un tel moyen de défense, on «ouvre les vannes» à la présentation de moyens de ^b ^c ^d défense frivoles et sans fondement.

Those who oppose the decision contend that it punishes an accused for being drunk by illogically imputing to him liability for a crime committed when he was drunk. Further, it is said that the effect of that decision is to deny an accused person the ability to negate his very awareness of committing the prohibited physical acts. That is to say the accused might, as a result of his drinking, be in a state similar to automatism and thus completely unaware of his actions, yet he would be unable to put this forward as a factor for the jury to consider because his condition arose from his drinking. In such cases, the accused's intention to drink is substituted for the intention to commit the prohibited act. This result is said to be fundamentally unfair. Further, it is argued that the floodgates argument should not have been accepted because juries would not acquit unless there was clear evidence that the drunkenness was of such a severity that they had a reasonable doubt as to whether the accused was even aware that he had committed the prohibited act. (See, for example, Mewett and Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), at pp. 214-15.)

Les adversaires de cette décision prétendent qu'elle punit l'accusé pour son ivresse en lui imputant de façon illogique la responsabilité pour un crime commis alors qu'il était ivre. Ils font aussi valoir que cette décision a pour effet de priver l'accusé de la possibilité de nier avoir eu conscience de commettre les actes matériels prohibés. En d'autres termes, il se pourrait fort bien que, par suite de son ivresse, l'accusé ait été dans un état voisin de l'automatisme et qu'il ait donc été complètement inconscient de ses actes, mais qu'il ne puisse porter ces faits à l'attention des jurés comme facteur à prendre en considération dans leur décision parce que son état résultait de son ivresse. En pareil cas, l'intention de boire de l'accusé se substitue à l'intention de commettre l'acte prohibé. Ce résultat serait fondamentalement injuste. On fait en outre valoir que l'argument portant sur l'ouverture des vannes n'aurait pas dû être retenu parce que les jurys ne prononcent pas d'acquiescement à moins d'avoir devant eux une preuve établissant clairement que l'ivresse était d'une telle gravité qu'ils ont un doute raisonnable pour ce qui est de savoir si l'accusé avait conscience d'avoir commis l'acte prohibé. (Voir, par exemple, Mewett et Manning, *Criminal Law* (2^e éd. 1985), aux pp. 214 et 215.)

The *O'Connor* Case — A Position Taken Contrary to *Leary*

O'Connor, supra, is a decision of the High Court of Australia. *O'Connor* was seen removing a map holder and a knife from a car. A police officer saw him, identified himself and asked *O'Connor* why he had taken the articles. *O'Connor* ran away with the officer in pursuit. When he was arrested, *O'Connor* stabbed the officer with the knife. He was charged with theft of the map holder and knife and wounding with intent to inflict grievous bodily harm. *O'Connor* testified that he had consumed alcohol and car sickness tablets before these events and stated that he had no memory either of taking anything from the car or of his subsequent arrest. Medical evidence was given that the combined effect of the tablets and alcohol could have produced such a state of intoxication that *O'Connor* would have been incapable of reasoning or forming an intent to steal or wound. The trial judge directed the jury, in accordance with *Majewski, supra*, that evidence of self-induced intoxication, although relevant in determining whether the accused had acted with intent to steal or to inflict grievous bodily harm, was not relevant with respect to the included alternative offence of unlawful and malicious wounding. *O'Connor* was acquitted on the charges of theft and wounding with intent and convicted of the included offence of unlawful wounding.

O'Connor appealed the conviction to a court of criminal appeal which declined to follow *Majewski, supra*, and quashed the conviction. The Attorney General for Victoria then appealed to the High Court.

There, the majority upheld the decision of the Court of Appeal. They concluded that for all offences requiring proof of a mental element, evidence of intoxication, whether self-induced or not, was relevant and admissible in determining whether the requisite mental element was present.

L'arrêt *O'Connor* — Position contraire à celle de l'arrêt *Leary*

L'arrêt *O'Connor*, précité, est une décision de la Haute Cour de l'Australie. *O'Connor* a été vu en train de retirer un support de carte et un couteau d'une automobile. Un policier l'a vu faire, s'est identifié et lui a demandé pourquoi il avait pris ces articles. *O'Connor* s'est enfui avec l'agent à ses trousses. Au moment de son arrestation, *O'Connor* a blessé l'agent avec le couteau. Il a été accusé du vol du support de carte et du couteau et de voies de fait dans l'intention d'infliger des lésions corporelles graves. *O'Connor* a déclaré avoir consommé de l'alcool et des comprimés contre le mal des transports avant que ces événements ne se produisent et ne pas se rappeler avoir pris quoi que ce soit dans l'automobile ni avoir été arrêté. Une expertise médicale produite en preuve a révélé que l'effet combiné des comprimés et de l'alcool pouvait avoir créé un état d'intoxication tel qu'*O'Connor* ait pu être incapable de raisonner ou de former l'intention de voler ou de blesser. Le juge du procès a dit au jury, conformément à l'arrêt *Majewski*, précité, que la preuve d'intoxication volontaire, bien que pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si l'accusé a agi avec l'intention de voler ou d'infliger des lésions corporelles graves, n'était pas pertinente en ce qui a trait à l'infraction incluse d'infliction illégale ou malicieuse de lésions corporelles. *O'Connor* a été acquitté des chefs d'accusation de vol et de voies de fait avec l'intention d'infliger des lésions corporelles, mais déclaré coupable de l'infraction incluse d'infliction illégale de lésions corporelles.

O'Connor a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant une cour d'appel en matière criminelle, qui a refusé de suivre l'arrêt *Majewski*, précité, et infirmé la déclaration de culpabilité. Le procureur général de Victoria a interjeté appel de cette décision devant la Haute Cour.

Les juges majoritaires de cette cour ont confirmé la décision de la Cour d'appel. Ils ont conclu que pour toutes les infractions qui exigent la preuve d'un élément moral, la preuve de l'intoxication, volontaire ou non, était pertinente et admissible comme facteur permettant de déterminer la

The majority went on to observe that evidence of intoxication which merely tends to establish loss of inhibition or weakening of the capacity for self-control would not provide a basis for denying that the mental element of an offence was present. However, where there was evidence that the accused was unconscious or that his mind was a blank through drunkenness at the time of the offence, this should be left to the jury in resolving the question as to whether there had been a voluntary act on the part of the accused.

Earlier, the Court of Appeal of New Zealand in *R. v. Kamipeli*, [1975] 2 N.Z.L.R. 610, came to a similar conclusion. Thus, the courts of Australia and New Zealand have come to a conclusion that is diametrically opposed to that reached in *Majewski* and *Leary*. This also appears to be the case in South Africa. See *S. v. Chretien*, [1981] S.A. 1097 (A).

Following the decision of this Court in *Leary*, important changes have occurred in the evolution of criminal law principles. Many of these changes were prompted by the enactment of the *Charter*. It must now be seen whether, as a result of the passage of the *Charter* or the reasoning in subsequent cases of this Court, some modification of the rule established by *Leary* is required.

Passage of the Charter and Subsequent Cases of this Court

The passage of the *Charter* makes it necessary to consider whether the decision in *Leary* contravenes s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. Those sections provide:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

présence ou l'absence de l'élément moral requis. Ils ont précisé que la preuve d'intoxication qui se limite à établir la levée de l'inhibition ou l'affaiblissement de la maîtrise de soi ne constituerait pas un fondement suffisant pour prouver l'absence de l'élément moral d'une infraction. En revanche, lorsque la preuve établit clairement que l'accusé était inconscient ou que son esprit était en état de dysfonction par suite de l'ivresse au moment de l'infraction, ce fait devrait être soumis à l'appréciation du jury chargé de déterminer s'il s'agissait d'un acte volontaire de la part de l'accusé.

La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande était déjà arrivée à la même conclusion dans l'arrêt *R. c. Kamipeli*, [1975] 2 N.Z.L.R. 610. Ainsi, les tribunaux de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande sont arrivés à une conclusion diamétralement opposée à celle des arrêts *Majewski* et *Leary*. Il semble que ce soit aussi le cas en Afrique du Sud. Voir l'arrêt *S. c. Chretien*, [1981] S.A. 1097 (A).

À la suite de la décision de notre Cour dans l'affaire *Leary*, d'importants changements se sont produits dans l'évolution des principes de droit criminel. Bon nombre de ces changements ont été déclenchés par l'adoption de la *Charte*. Il faut maintenant se demander si, par suite de l'adoption de la *Charte* ou des motifs prononcés dans des arrêts ultérieurs de notre Cour, il y a lieu d'apporter quelque modification à la règle de l'arrêt *Leary*.

L'adoption de la Charte et les arrêts subséquents de notre Cour

L'adoption de la *Charte* nous oblige à déterminer si la décision prise dans l'arrêt *Leary* enfreint l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte*. Ces dispositions portent:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit:

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

There have been some statements by this Court which indicate that one aspect of the decision in *Leary* does infringe these provisions of the *Charter*. The first occurred in *R. v. Bernard, supra*. Bernard was charged with sexual assault causing bodily harm. He was tried by judge and jury and found guilty. Bernard admitted forcing the complainant to have sexual intercourse with him but stated that his drunkenness caused him to attack her. The issue was whether self-induced intoxication should be considered by the jury along with all the other relevant evidence in determining whether the prosecution had proved beyond a reasonable doubt the *mens rea* required by the offence. Bernard's appeal was dismissed by a majority of the Court. They all agreed that, as the defence of intoxication had not been made out on the evidence, s. 613(1)(b)(iii) (now s. 686(1)(b)(iii)) of the *Criminal Code* could be applied. Four sets of reasons were given.

McIntyre J. writing for himself and Beetz J. held that this was a general intent offence and that the intent involved related solely to the commission of an assault of a sexual nature. It was his position that a specific intent offence involves the performance of the prohibited *actus reus* coupled with an intent or purpose going beyond the mere performance of the act in question. He noted that the distinction was neither artificial nor irrational. He pointed out that drunkenness is not a true defence; however, it may be of significance and applicable in a specific intent offence when the accused is so intoxicated that he lacks the capacity to form the specific intent required to commit the crime. Nonetheless, drunkenness could not be a relevant factor in offences requiring only a general intent. McIntyre J. observed that in those offences the *mens rea* can, as a rule, be inferred from the *actus reus* itself,

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;

Certaines déclarations de notre Cour indiquent qu'un aspect de la décision *Leary* enfreint ces dispositions de la *Charte*. La première se trouve dans l'arrêt *R. c. Bernard*, précité. Bernard a été inculpé d'agression sexuelle causant des lésions corporelles. Il a subi un procès devant juge et jury et a été déclaré coupable. Bernard a admis avoir forcé la plaignante à avoir des relations sexuelles avec lui, mais a prétendu que son ivresse l'avait porté à s'attaquer à elle. Il s'agissait de déterminer si l'intoxication volontaire pouvait être soumise à l'appréciation du jury avec tous les autres éléments de preuve pertinents permettant de déterminer si le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable la *mens rea* requise par l'infraction. Le pourvoi de Bernard a été rejeté par notre Cour à la majorité. Selon tous les juges majoritaires, comme la preuve n'avait pas établi la défense d'intoxication, le sous-al. 613(1)(b)(iii) (maintenant le sous-al. 686(1)(b)(iii)) du *Code criminel* pouvait s'appliquer. Quatre séries de motifs furent prononcés.

Dans ses motifs, auxquels a souscrit le juge Beetz, le juge McIntyre a conclu qu'il s'agissait d'une infraction d'intention générale et que l'intention en jeu portait uniquement sur la perpétration d'une agression de nature sexuelle. À son avis, une infraction d'intention spécifique implique l'accomplissement de l'*actus reus* prohibé en même temps qu'une intention ou un dessein se prolongeant au-delà du simple accomplissement de l'acte en cause. Il a noté que la distinction n'était ni artificielle, ni illogique. Il a souligné que l'ivresse n'est pas un vrai moyen de défense; en revanche, elle peut avoir une certaine importance et s'appliquer à l'égard d'une infraction d'intention spécifique lorsque l'accusé est intoxiqué à un point tel qu'il n'a pas la capacité de former l'intention spécifique requise pour que le crime soit commis. Toutefois, l'ivresse ne peut être un facteur pertinent à l'égard des infractions qui n'exigent qu'une intention générale. Le juge McIntyre a fait observer que, dans ces infractions, la *mens rea* peut, en règle générale, être déduite de l'*actus reus* lui-

since a person is presumed to have intended the natural and probable consequences of his actions.

Further, where the accused was so intoxicated as to raise a doubt as to the voluntary nature of his conduct, the necessary blameworthy mental state could be established by proving that he consumed alcohol voluntarily. Thus persons accused of general intent crimes could not put forward voluntary drunkenness as the basis for a defence. McIntyre J. found that such a conclusion did not violate either s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*, and was consistent with the principle that the morally innocent should not be convicted. Accused persons who voluntarily consume drugs or alcohol, thus depriving themselves of self-control leading to the commission of the crime, were not morally innocent and were criminally blameworthy. The ratio of McIntyre J.'s reasons is set out in Sopinka J.'s reasons.

Wilson J. (L'Heureux-Dubé J. concurring), agreed with the conclusion reached by McIntyre and Beetz JJ. However, she advocated a modification of the rule set out in *Leary*. Her reasoning proceeds in this way. Sexual assault causing bodily harm is an offence of general intent which requires only a minimal intent to apply force. Ordinarily the Crown can establish the requisite mental state by means of the inferences to be drawn from the actions of the accused. Wilson J. found that the *Leary* rule was perfectly consistent with an onus resting upon the Crown to prove the minimal intent which should accompany the doing of the prohibited act in general intent offences, but she would have applied it in a more flexible form. In her view, evidence of intoxication could properly go before a jury in general intent offences if it demonstrated such extreme intoxication that there was an absence of awareness which was akin to a state of insanity or automatism. Only in such cases would she find that the evidence was capable of raising a reasonable doubt as to the existence of the minimal intent required for a general intent

même, puisque chacun est présumé vouloir les conséquences naturelles et probables de ses actes.

En outre, lorsque l'accusé est intoxiqué au point de soulever un doute quant à la nature volontaire de sa conduite, on peut établir l'état d'esprit blâmable nécessaire en prouvant qu'il a consommé volontairement de l'alcool. C'est ainsi que les personnes accusées de crimes d'intention générale ne peuvent invoquer l'ivresse volontaire comme fondement d'une défense. Le juge McIntyre a estimé qu'une telle conclusion n'enfreignait ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte* et qu'elle était compatible avec le principe selon lequel les personnes moralement innocentes ne devraient pas être déclarées coupables. Les accusés qui consomment volontairement des stupéfiants ou de l'alcool, perdant ainsi la maîtrise d'eux-mêmes et se laissant engager dans la perpétration d'actes criminels, ne sont pas des personnes moralement innocentes mais plutôt des personnes criminellement blâmables. Les motifs du juge Sopinka reprennent l'essentiel des motifs du juge McIntyre.

Dans ses motifs (auxquels a souscrit le juge L'Heureux-Dubé), le juge Wilson est d'accord avec la conclusion des juges McIntyre et Beetz. Elle suggère toutefois une modification de la règle de l'arrêt *Leary*. Voici le fil de son raisonnement. L'agression sexuelle causant des lésions corporelles est une infraction d'intention générale qui n'exige que l'intention minimale d'utiliser la force. Ordinairement, le ministère public pourra prouver l'état mental requis en le déduisant des actes de l'accusé. Le juge Wilson a conclu que la règle de l'arrêt *Leary* est tout à fait compatible avec la charge imposée au ministère public de prouver l'intention minimale qui doit accompagner l'accomplissement de l'acte prohibé dans les infractions d'intention générale, mais elle l'aurait appliqué dans une forme plus souple. À son avis, on pourrait permettre que la preuve de l'intoxication soit soumise au jury pour les infractions d'intention générale s'il s'agit d'une preuve d'intoxication si extrême qu'elle entraîne une absence de conscience voisine de l'aliénation ou de l'automatisme. C'est seulement dans ce cas que, selon elle,

offence. Wilson J. put forward her position in this way at p. 887:

I believe that the *Leary* rule is perfectly consistent with an onus resting on the Crown to prove the minimal intent which should accompany the doing of the prohibited act in general intent offences. I view it as preferable to preserve the *Leary* rule in its more flexible form as Pigeon J. applied it, i.e., so as to allow evidence of intoxication to go to the trier of fact in general intent offences only if it is evidence of extreme intoxication involving an absence of awareness akin to a state of insanity or automatism. Only in such a case is the evidence capable of raising a reasonable doubt as to the existence of the minimal intent required for the offence. I would not overrule *Leary*, as the Chief Justice would, and allow evidence of intoxication to go to the trier of fact in every case regardless of its possible relevance to the issue of the existence of the minimal intent required for the offence. [Emphasis added.]

She also noted that she had some real concerns about the validity of the use of self-induced intoxication as a substituted form of *mens rea* under the *Charter*. More specifically, she thought it would be unlikely that proof of the substituted element would lead inexorably to a conclusion that the minimum intent existed at the time of the commission of the criminal act.

Dickson C.J. (Lamer J. concurring) disagreed with the conclusion reached by the majority. Dickson C.J. found that the *Leary* rule constituted a violation of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, and that it could not be justified under s. 1. Section 7 was violated because the rule did not recognize “the fundamental principles of voluntariness and fault” (p. 852). Section 11(d) was violated “by presuming an essential element required by s. 7 upon the proof of the fact of intoxication” (p. 853). He determined that evidence of self-induced intoxication should be considered by a jury along with all the other relevant evidence in determining whether the *mens rea* required to constitute the offence had

la preuve peut soulever un doute raisonnable quant à l’existence de l’intention minimale requise par l’infraction d’intention générale. Le juge Wilson exprime sa position de cette façon à la p. 887:

^a Je crois donc que la règle énoncée dans l’arrêt *Leary* est tout à fait compatible avec la charge imposée au ministère public de prouver l’intention minimale qui doit accompagner l’exécution de l’acte prohibé dans les infractions d’intention générale. Je considère qu’il est préférable de préserver la règle énoncée dans l’arrêt *Leary* dans la forme plus souple appliquée par le juge Pigeon, c.-à-d. de permettre que la preuve de l’intoxication soit soumise au juge des faits pour les infractions d’intention générale seulement s’il s’agit d’une preuve d’intoxication extrême entraînant l’absence de conscience voisine de l’aliénation ou de l’automatisme. C’est seulement dans ce cas que la preuve peut soulever un doute raisonnable sur l’existence de l’intention minimale requise par l’infraction. Je ne suis pas d’avis de renverser l’arrêt *Leary*, comme le ferait le Juge en chef, et de permettre que la preuve de l’intoxication soit soumise au juge des faits dans tous les cas, indépendamment de sa pertinence possible à l’égard de la question de l’existence de l’intention minimale requise pour l’infraction. [Je souligne.]

^f Elle a aussi noté qu’elle avait des doutes sérieux au sujet de la validité, dans le cadre de la *Charte*, du recours à l’intoxication volontaire comme forme substituée de la *mens rea*. De façon plus précise, elle pensait qu’il est improbable que la preuve de l’élément substitué entraîne inexorablement la conclusion que l’intention minimale existait au moment de la perpétration de l’acte criminel.

^h Le juge en chef Dickson (avec l’appui du juge Lamer) a exprimé son désaccord d’avec la conclusion de la majorité. Il a conclu que la règle de l’arrêt *Leary* enfreignait l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* et qu’elle ne pouvait être justifiée en vertu de l’article premier. Il y a eu violation de l’art. 7 parce que la règle ne reconnaît pas les «principes fondamentaux de l’intention et de la faute» (p. 852). Il y a eu violation de l’al. 11d) parce qu’elle «présu[m]e dès lors qu’on apporte une preuve d’intoxication, l’existence d’un élément essentiel requis par l’art. 7» (p. 853). Selon lui, la preuve d’intoxication volontaire devrait être soumise à l’appréciation du jury avec tous les autres éléments

been proved beyond a reasonable doubt. In his opinion, intoxication is relevant to determine whether the mental element required by the crime has been established. He observed that the customary requirement of proof of *mens rea* in general intent offences would not open the floodgates since intoxication to the extent that it simply lowers inhibitions or removes self-restraint or induces unusual self-confidence or aggressiveness does not relate to or affect the *mens rea* requirement needed to establish intentional or reckless conduct. Similarly, he noted that it would not avail an accused to simply get drunk in order to gain courage to commit a crime.

La Forest J. agreed with Dickson C.J.'s analysis of the law. He stressed that the requirement of *mens rea* in a truly criminal offence is so fundamental that it cannot, since the enactment of the *Charter*, be removed on the basis of a judicially developed policy. He observed that, although established common law rules should not lightly be assumed to violate the *Charter*, nonetheless when such a rule is found to violate a *Charter* right, that violation must be justified in the same way as would be a legislative enactment. Here, no adequate justification was presented for completely removing the *mens rea* aspect of general intent offences. However, he was of the view that s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* could be properly applied as there had been no substantial wrong or miscarriage of justice occasioned by the strict application of the *Leary* rule to the facts of the case. He thus agreed with the result reached by the majority.

Thus, it can be seen that only two judges were of the view that evidence of intoxication could not, under any circumstances, be placed before a jury for its consideration. La Forest J.'s words stressing the importance of the establishment of *mens rea* in criminal offences supply strong support for adopt-

de preuve permettant de déterminer si l'on a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de la *mens rea* requise par l'infraction. À son avis, l'intoxication est un élément pertinent pour déterminer si l'élément moral requis par le crime a été établi. Il a fait observer que l'exigence habituelle de la preuve de la *mens rea* dans les infractions d'intention générale n'aurait pas pour effet d'ouvrir les vannes puisque, dans la mesure où l'intoxication ne fait que diminuer les inhibitions, supprimer la retenue ou susciter une confiance en soi ou une agressivité inhabituelles, elle n'a aucun rapport avec l'exigence de la *mens rea* requise pour établir l'existence d'une conduite intentionnelle ou indifférente ni aucun effet sur cette exigence. De même, selon lui, un accusé ne pourrait invoquer l'intoxication s'il s'était enivré afin de se donner le courage de commettre un crime.

Le juge La Forest a exprimé son accord avec l'analyse juridique du juge en chef Dickson. Il a précisé que, dans le cas d'une infraction vraiment criminelle, l'exigence de la *mens rea* est tellement fondamentale qu'on ne peut, depuis l'avènement de la *Charte*, la supprimer sur la base d'une politique élaborée par les tribunaux. Il a fait observer que, même si l'on ne doit pas présumer à la légère que des règles de common law établies enfreignent la *Charte*, lorsqu'on conclut qu'une telle règle enfreint un droit garanti par la *Charte*, cette violation doit être justifiée de la même façon que dans le cas d'une disposition législative. On n'a établi en l'espèce aucune justification adéquate pour abolir complètement l'aspect *mens rea* des infractions d'intention générale. Il a estimé par ailleurs que le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* pouvait s'appliquer puisqu'il n'y avait pas eu de tort important ni d'erreur judiciaire grave occasionné par l'application stricte de la règle de l'arrêt *Leary* aux faits de l'espèce. Il a donc souscrit à la conclusion rendue par la majorité.

Il appert donc que deux juges seulement étaient d'avis que la preuve de l'intoxication ne pouvait en aucun cas être soumise à l'appréciation du jury. Les motifs par lesquels le juge La Forest souligne l'importance d'établir la *mens rea* dans les infractions criminelles apportent un appui solide à

ing the position put forward by Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. that the *Leary* rule should be modified to permit evidence of severe intoxication, resulting in the accused being in a state akin to insanity or automatism, to be adduced.

The same position was put forward by Wilson J., again concurred in by L'Heureux-Dubé J., in *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865. In my view, this position has much to commend it and should be adopted.

The Alternative Options

What options are available with regard to the admissibility and significance of evidence of drunkenness as it may pertain to the mental element in general intent offences? One choice would be to continue to apply the *Leary* rule. Yet, as I will attempt to demonstrate in the next section, the rule violates the *Charter* and cannot be justified. Thus this choice is unacceptable.

Another route would be to follow the *O'Connor* decision. Evidence relating to drunkenness would then go to the jury along with all other relevant evidence in determining whether the mental element requirement had been met. It is this path that is enthusiastically recommended by the majority of writers in the field. Yet it cannot be followed. It is now well established by this Court that there are two categories of offences. Those requiring a specific intent and others which call for nothing more than a general intent. To follow *O'Connor* would mean that all evidence of intoxication of any degree would always go to the jury in general intent offences. This, in my view, is unnecessary. Further, in *Bernard*, *supra*, the majority of this Court rejected this approach.

A third alternative, which I find compelling, is that proposed by Wilson J. in *Bernard*. I will examine the justifications for adopting this position in more detail shortly, but before doing that it

l'adoption de la position préconisée par les juges Wilson et L'Heureux-Dubé, savoir de modifier la règle de l'arrêt *Leary* de façon à permettre qu'on fasse la preuve d'une intoxication grave ayant entraîné chez l'accusé un état voisin de l'aliénation mentale ou de l'automatisme.

La même position a été mise de l'avant dans les motifs du juge Wilson, auxquels a encore une fois souscrit le juge L'Heureux-Dubé, dans l'arrêt *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865. À mon avis, cette position a beaucoup de mérite et elle devrait être adoptée.

Les autres options

Quelles sont les options possibles quant à l'admissibilité et à l'importance de la preuve d'ivresse dans l'établissement de l'élément moral des infractions d'intention générale? On pourrait dans un premier temps continuer à appliquer la règle de l'arrêt *Leary*. Toutefois, comme je tenterai de le démontrer dans la prochaine partie, cette règle enfreint la *Charte* et ne peut être justifiée. Ce choix est donc inacceptable.

On pourrait aussi suivre la décision *O'Connor*. La preuve relative à l'ivresse serait alors soumise à l'appréciation du jury, avec tous les autres éléments de preuve pertinents pour déterminer si l'exigence de l'élément moral a été respectée. C'est la voie que recommandent vivement la majorité des auteurs en la matière. Mais on ne peut s'y engager. Il est maintenant bien établi par notre Cour qu'il existe deux catégories d'infractions. Celles qui nécessitent une intention spécifique et les autres qui ne demandent rien de plus qu'une intention générale. Suivre l'arrêt *O'Connor* signifierait que toute preuve d'intoxication de quelque degré que ce soit serait toujours soumise à l'appréciation du jury dans les infractions d'intention générale. J'estime que cela n'est pas nécessaire. En outre, dans l'arrêt *Bernard*, précité, notre Cour à la majorité a rejeté ce point de vue.

La troisième possibilité, laquelle s'impose selon moi, est celle que propose le juge Wilson dans l'arrêt *Bernard*. J'examinerai en détail un peu plus loin les motifs justifiant l'adoption de cette posi-

may be helpful to review the nature of the *Charter* violations occasioned by a rigid application of the *Leary* rule.

How the Leary Rule Violates Sections 7 and 11(d) of the Charter

What then is the rule of law established by the decision in *Leary*? The conclusion of the majority in that case establishes that, even in a situation where the level of intoxication reached by the accused is sufficient to raise a reasonable doubt as to his capacity to form the minimal mental element required for a general intent offence for which he is being tried, he still cannot be acquitted. In such a situation, self-induced intoxication is substituted for the mental element of the crime. The result of the decision in *Leary*, applied to this case, is that the intentional act of the accused to voluntarily become intoxicated is substituted for the intention to commit the sexual assault or for the recklessness of the accused with regard to the assault. This is a true substitution of *mens rea*. First, it would be rare that the events transpiring from the consumption of alcohol through to the commission of the crime could be seen as one continuous series of events or as a single transaction. Secondly, the requisite mental element or *mens rea* cannot necessarily be inferred from the physical act or *actus reus* when the very voluntariness or consciousness of that act may be put in question by the extreme intoxication of the accused.

It has not been established that there is such a connection between the consumption of alcohol and the crime of assault that it can be said that drinking leads inevitably to the assault. Experience may suggest that alcohol makes it easier for violence to occur by diminishing the sense of what is acceptable behaviour. However, studies indicate that it is not in itself a cause of violence. See *Interim Report of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs* (1970), c. 3.; "The *Le Dain Interim Report*", referred to by S. H. Berner, in *Intoxication and Criminal Responsibility* (Law Reform Commission of Canada, 1975); Law Commission, Great Britain, *Intoxication and Crim-*

tion mais, auparavant, il me semble utile d'examiner la nature des violations de la *Charte* occasionnées par une application stricte de la règle de l'arrêt *Leary*.

La façon dont la règle de l'arrêt Leary enfreint l'art. 7 et l'al. 11d) de la Charte

Quelle est donc la règle de droit qui a été établie dans l'arrêt *Leary*? La conclusion de la majorité dans cette affaire établit que, même dans une situation où le niveau d'intoxication subi par l'accusé est suffisant pour soulever un doute raisonnable quant à sa capacité de former l'élément moral minimal requis par l'infraction d'intention générale pour laquelle il est poursuivi, celui-ci ne peut être acquitté. Dans une telle situation, l'intoxication volontaire est substituée à l'élément moral du crime. L'application à la présente espèce de la décision prise dans l'arrêt *Leary* a pour résultat de substituer l'acte volontaire de l'accusé de s'intoxiquer à son intention de commettre l'agression sexuelle ou à son indifférence à l'égard de l'agression. Il s'agit d'une véritable substitution de la *mens rea*. Or, en premier lieu, il arrive rarement qu'on puisse considérer les événements qui se produisent entre la consommation d'alcool et la perpétration du crime comme une série ininterrompue d'événements ou une seule opération. En second lieu, l'élément moral requis, ou *mens rea*, ne peut pas nécessairement être déduit de l'acte matériel, ou *actus reus*, lorsque l'aspect volontaire ou conscient de cet acte peut être mis en doute en raison de l'intoxication extrême de l'accusé.

On n'a pas établi qu'il existe entre la consommation d'alcool et la perpétration du crime un lien tel qu'on puisse dire que l'ivresse conduit inévitablement à l'agression. L'expérience peut laisser croire que l'alcool ouvre la voie à la violence en diminuant la perception de ce qui constitue un comportement acceptable. Toutefois, des études indiquent que ce n'est pas en soi une cause de violence. Voir le *Rapport provisoire de la Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales* (1970), ch. 3; «*Rapport provisoire Le Dain*», mentionné par S. H. Berner dans *Intoxication and Criminal Responsibility* (Commission de réforme du droit du Canada, 1975); Law Commis-

inal Liability, Consultation Paper No. 127 (1993), at pp. 4 and 67; see also the references and additional information given in notes 14, 15, 16 and 18 at p. 4.; C. N. Mitchell, "The Intoxicated Offender — Refuting the Legal and Medical Myths" (1988), 11 *Int. J. L. & Psychiatry* 77, at p. 89; S. S. Covington, "Alcohol and Family Violence", Paper presented at the 34th International Congress on Alcoholism and Drug Dependence, at p. 24; L. Wolff and B. Reingold, "Drug Use and Crime" (1994), 14:6 *Juristat* 1, at pp. 5 to 8 and 13; and Saskatchewan Alcohol and Drug Abuse Commission, *Legal Offences in Saskatchewan: The Alcohol and Drug Connection* (Research Report, February 1989). For example, in the SADAC Research Report of 1989, the following appears at p. 8:

While it is widely recognized that alcohol and drug abuse are associated with criminality, neither the extent of this association nor its nature has been clearly identified (Brain, 1986; Collins, 1988; Evans, 1986; MacLatchie, 1987; Pemanen, 1976).

... But more research is required in order to establish with confidence the nature or extent to which such offences are drug related. However, research conducted elsewhere would suggest that, at most, 10% of violent offences in Saskatchewan are drug related (Johnson, 1986).

Alcohol abuse, although it frequently accompanies violent behaviour, is not, in and of itself, a cause of violence. The standards advocated by Powers and Kotash (1982) to determine whether causal status should be accorded to alcohol abuse are adopted here. For Powers and Kotash, a factor must be both a *necessary* and a *sufficient* condition for a particular event to occur in order for it to qualify as a 'cause'. Consider the phenomenon of partner abuse (an all too prevalent form of assault) in this light.

In the words of Powers and Kotash:

Alcohol and drugs are not causally related to partner abuse in terms of being necessary or sufficient condi-

sion, Grande-Bretagne, *Intoxication and Criminal Liability*, Consultation Paper No. 127 (1993), aux pp. 4 et 67, et aussi les références et autres renseignements fournis aux renvois 14, 15, 16 et 18 à la p. 4.; C. N. Mitchell, «The Intoxicated Offender — Refuting the Legal and Medical Myths» (1988), 11 *Int. J. L. & Psychiatry* 77, à la p. 89; S. S. Covington, «Alcohol and Family Violence», document présenté lors du 34^e Congrès international sur l'alcoolisme et les toxicomanies, à la p. 24; L. Wolff et B. Reingold, «Consommation de drogues et criminalité» (1994), 14:6 *Juristat* 1, aux pp. 5 à 8 et 13; et Saskatchewan Alcohol and Drug Abuse Commission, *Legal Offences in Saskatchewan: The Alcohol and Drug Connection* (rapport de recherche, février 1989). Voici par exemple un extrait tiré de la p. 8 du rapport de recherche de 1989 de la SADAC:

[TRADUCTION] Même s'il est généralement reconnu que la consommation abusive d'alcool et d'autres drogues a un lien avec la criminalité, ni l'étendue ni la nature de ce lien n'ont encore été clairement identifiées (Brain, 1986; Collins, 1988; Evans, 1986; MacLatchie, 1987; Pemanen, 1976).

... Mais il faut procéder à d'autres recherches pour établir avec certitude la nature ou l'étendue de la relation entre ces infractions et la consommation de drogues. Toutefois, la recherche effectuée ailleurs semble indiquer qu'au plus 10 % des crimes violents en Saskatchewan ont un lien avec la consommation de drogues. (Johnson, 1986).

Même si elle accompagne fréquemment un comportement violent, la consommation abusive d'alcool n'est pas en soi une cause de violence. Les normes préconisées par Powers et Kotash (1982) pour déterminer s'il y a lieu d'attribuer un caractère causal à la consommation abusive d'alcool sont adoptées ici. Pour Powers et Kotash, un facteur doit être une condition à la fois *nécessaire* et *suffisante* de la production d'un événement particulier pour pouvoir être qualifié de «cause». Examinons le phénomène de la violence à l'endroit du conjoint (une forme d'agression beaucoup trop répandue) dans ce contexte.

Pour reprendre les propos de Powers et Kotash:

L'alcool et les drogues n'ont pas de lien de causalité avec la violence à l'endroit du conjoint, car ils ne sont

tions for the violence. Substance abuse is not a necessary condition, in that a great proportion of the violence occurs in the absence of alcohol or drugs. Substance abuse is not a sufficient condition, for alcohol and drugs are often used without violent occurrence (1982:42).

Alcohol abuse can best be viewed as a 'facilitator' of violence. That is to say that in our culture, alcohol abuse makes it easier for violence to occur, either by blurring the boundaries between what is and what is not acceptable behaviour, or by removing conscious recognition of rules governing acceptable behavior altogether (Scott, 1988; Collins, 1988).

In addition, in some instances alcohol or drug abuse may serve as a conscious accompanier of violent behavior in that some offenders use alcohol or drug abuse to excuse a violent act (e.g., some instances of wife battering) (Coid, 1986; Powers and Kotash, 1982). [Comment: I would note that the effects referred to in the last two paragraphs have always been held to be insufficient to deny the existence of the requisite mental element.]

There is no simple causal relationship between alcohol or drug abuse and violent behavior (Brain, 1986). Patterns of violent behavior are shaped by a host of physiological, psychological, situational and socio-cultural factors. Among the various socio-cultural factors which shape patterns of substance abuse and violence, especially important are gender, age, socio-economic status and ethnicity (Coid, 1986). [Emphasis in original.]

In my view, the strict application of the *Leary* rule offends both ss. 7 and 11(d) of the *Charter* for a number of reasons. The mental aspect of an offence, or *mens rea*, has long been recognized as an integral part of crime. The concept is fundamental to our criminal law. That element may be minimal in general intent offences; nonetheless, it exists. In this case, the requisite mental element is simply an intention to commit the sexual assault or recklessness as to whether the actions will constitute an assault. The necessary mental element can ordinarily be inferred from the proof that the assault was committed by the accused. However,

pas des conditions nécessaires ou suffisantes de la violence. L'abus d'intoxicants n'est pas une condition nécessaire puisqu'une grande proportion des actes de violence se produit en l'absence d'alcool ou de drogues. L'abus d'intoxicants n'est pas une condition suffisante, puisque l'alcool et les drogues sont souvent utilisés sans qu'il n'y ait de violence (1982:42).

La consommation abusive d'alcool peut mieux être décrite comme un «agent de facilitation» de la violence. C'est-à-dire que dans notre culture, la consommation abusive d'alcool facilite l'apparition de la violence, soit en brouillant les limites entre ce qui constitue ou non un comportement acceptable, soit en éliminant complètement la reconnaissance consciente des règles régissant le comportement acceptable (Scott, 1988; Collins, 1988).

En outre, dans certaines situations, la consommation abusive d'alcool ou de drogues peut servir d'accompagnateur conscient d'un comportement violent en ce que certains contrevenants utilisent la consommation abusive d'alcool ou de drogues pour excuser un acte violent (par ex. certains cas de violence conjugale) (Coid, 1986; Powers et Kotash, 1982). [Commentaire: Je voudrais noter que les effets mentionnés dans les deux derniers paragraphes ont toujours été considérés comme insuffisants pour réfuter l'existence de l'élément moral requis.]

Il n'existe aucune relation causale simple entre la consommation abusive d'alcool ou de drogues et le comportement violent (Brain, 1986). Les modèles de comportement violent sont façonnés par toute une série de facteurs physiologiques, psychologiques, situationnels et socio-culturels. Parmi les divers facteurs socio-culturels qui façonnent les modèles de consommation abusive d'intoxicants et de violence, il y a tout spécialement le sexe, l'âge, le statut socio-économique et l'origine ethnique (Coid, 1986). [En italique dans l'original.]

À mon avis, l'application stricte de la règle de l'arrêt *Leary* enfreint à la fois l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* pour nombre de raisons. L'aspect moral d'une infraction, ou *mens rea*, est reconnu depuis longtemps comme faisant partie intégrante du crime. Il s'agit là d'un concept fondamental de notre droit criminel. Cet élément peut être minimal dans les infractions d'intention générale, mais il n'en existe pas moins. En l'espèce, l'élément moral requis est tout simplement l'intention de commettre l'agression sexuelle ou l'indifférence quant à savoir si les actions peuvent constituer une agression. L'élément moral nécessaire peut habi-

the substituted *mens rea* of an intention to become drunk cannot establish the *mens rea* to commit the assault.

R. v. Whyte, [1988] 2 S.C.R. 3, dealt with the substitution of proof of one element for proof of an essential element of an offence and emphasized the strict limitations that must be imposed on such substitutions. The position is put in this way, at pp. 18-19:

In the passage from *Vaillancourt* quoted earlier, Lamer J. recognized that in some cases substituting proof of one element for proof of an essential element will not infringe the presumption of innocence if, upon proof of the substituted element, it would be unreasonable for the trier of fact not to be satisfied beyond a reasonable doubt of the existence of the essential element. This is another way of saying that a statutory presumption infringes the presumption of innocence if it requires the trier of fact to convict in spite of a reasonable doubt. Only if the existence of the substituted fact leads inexorably to the conclusion that the essential element exists, with no other reasonable possibilities, will the statutory presumption be constitutionally valid. [Emphasis added.]

The substituted *mens rea* set out in *Leary* does not meet this test. The consumption of alcohol simply cannot lead inexorably to the conclusion that the accused possessed the requisite mental element to commit a sexual assault, or any other crime. Rather, the substituted *mens rea* rule has the effect of eliminating the minimal mental element required for sexual assault. Furthermore, *mens rea* for a crime is so well recognized that to eliminate that mental element, an integral part of the crime, would be to deprive an accused of fundamental justice. See *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

In that same case it was found that s. 11(d) would be infringed in those situations where an accused could be convicted despite the existence of reasonable doubt pertaining to one of the essential elements of the offence; see *Vaillancourt*, *supra*, at pp. 654-56. That would be the result if

tuellement être déduit de la preuve que l'agression a été commise par l'accusé. Par contre, la *mens rea* substituée de l'intention de s'enivrer ne peut établir la *mens rea* de commettre l'agression.

L'arrêt *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, portait sur la substitution de la preuve d'un élément à la preuve d'un élément essentiel d'une infraction et soulignait les limites strictes qui doivent être imposées à de telles substitutions. La position de notre Cour est exposée en ces termes, aux pp. 18 et 19:

Dans le passage de l'arrêt *Vaillancourt* cité précédemment, le juge Lamer reconnaît que, dans certains cas, substituer la preuve d'un élément à la preuve d'un élément essentiel ne portera pas atteinte à la présomption d'innocence si, après qu'on a prouvé l'existence de l'élément substitué, il était déraisonnable que le juge des faits ne soit pas convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de l'élément essentiel. Il s'agit d'une autre façon de dire que la présomption légale porte atteinte à la présomption d'innocence si elle oblige le juge des faits à prononcer une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable. La présomption légale ne sera constitutionnelle que si l'existence du fait substitué entraîne inexorablement la conclusion que l'élément essentiel existe, sans aucune autre possibilité raisonnable. [Je souligne.]

La *mens rea* substituée définie dans l'arrêt *Leary* ne satisfait pas à ce critère. La consommation d'alcool ne peut tout simplement pas entraîner inexorablement la conclusion que l'accusé possédait l'élément moral requis pour commettre l'agression sexuelle, ou tout autre crime. La règle portant substitution de la *mens rea* a plutôt pour effet d'éliminer l'élément moral minimal requis pour l'agression sexuelle. En outre, la *mens rea* d'un crime est si bien reconnue que le fait d'éliminer cet élément moral, qui fait partie intégrante du crime, entraînerait pour l'accusé un déni de justice fondamentale. Voir *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

Dans cette même affaire, notre Cour a conclu qu'il y aurait violation de l'al. 11d) dans les cas où l'accusé serait déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à l'un des éléments essentiels de l'infraction; voir *Vaillancourt*, précité, aux pp. 654 à 656. C'est là le résultat qui se

the *Leary* rule was to be strictly applied. For example, an accused in an extreme state of intoxication akin to automatism or mental illness would have to be found guilty although there was reasonable doubt as to the voluntary nature of the act committed by the accused. This would clearly infringe both ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In my view, the mental element of voluntariness is a fundamental aspect of the crime which cannot be taken away by a judicially developed policy. It simply cannot be automatically inferred that there would be an objective foresight that the consequences of voluntary intoxication would lead to the commission of the offence. It follows that it cannot be said that a reasonable person, let alone an accused who might be a young person inexperienced with alcohol, would expect that such intoxication would lead to either a state akin to automatism, or to the commission of a sexual assault. Nor is it likely that someone can really intend to get so intoxicated that they would reach a state of insanity or automatism.

Sopinka J. refers to the common law rules of automatism in order to support his position that voluntariness is not a requirement of fundamental justice. With respect I cannot agree. The decision of this Court in *Revelle v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 576, predates the *Charter*. The rule that self-induced automatism cannot be a defence has never been subjected to a *Charter* analysis. In my view, automatism raises the same concerns as those presented in this case. Thus, to state that the rule in *Leary*, which precludes the accused from negating the mental element of voluntariness on the basis of an extreme state of intoxication, does not violate the *Charter* because the same principle has been developed in the context of the defence of automatism begs the very question which is now before this Court. The presumption of innocence requires that the Crown bear the burden of establishing all elements of a crime. These elements include the mental element of voluntariness. That

produirait si la règle de l'arrêt *Leary* était appliquée de façon stricte. Ainsi, un accusé dans un état d'extrême intoxication voisin de l'automatisme ou de l'aliénation mentale devrait être reconnu coupable même s'il existe un doute raisonnable quant à la nature volontaire de l'acte qu'il a commis. Cela enfreindrait clairement à la fois l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. À mon avis, l'élément moral du caractère volontaire est un aspect fondamental du crime qui ne peut être retiré par une politique élaborée par les tribunaux. On ne peut tout simplement pas déduire automatiquement qu'il y aurait une prévisibilité objective que les conséquences de l'intoxication volontaire entraînent la perpétration de l'infraction. Il s'ensuit qu'on ne peut affirmer qu'une personne raisonnable, et encore moins un accusé qui pourrait être un jeune sans expérience de l'alcool, s'attendrait à ce qu'une telle intoxication conduise soit à un état voisin de l'automatisme, soit à la perpétration d'une agression sexuelle. Il est en outre peu probable qu'on veuille s'intoxiquer au point de sombrer dans un état de démence ou d'automatisme.

Le juge Sopinka invoque les règles de la common law en matière d'automatisme à l'appui de sa position portant que le caractère volontaire n'est pas une exigence de justice fondamentale. En toute déférence, je ne puis accepter cette position. L'arrêt de notre Cour *Revelle c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 576, a été rendu avant l'adoption de la *Charte*. La règle selon laquelle l'automatisme créé volontairement ne peut constituer un moyen de défense n'a jamais été soumise à une analyse fondée sur la *Charte*. À mon avis, l'automatisme soulève les mêmes questions que celles qui nous occupent en l'espèce. Par conséquent, c'est présumer résolue la question même dont est saisie notre Cour que d'affirmer que la règle de l'arrêt *Leary*, qui empêche l'accusé de réfuter l'élément moral du caractère volontaire en raison d'un état d'intoxication extrême, n'enfreint pas la *Charte* parce que le même principe a été élaboré dans le cadre de la défense fondée sur l'automatisme. La présomption d'innocence impose au ministère public la charge d'établir tous les éléments du crime, dont l'élément moral du caractère volontaire. Cet élé-

element cannot be eliminated without violating s. 11(d) and s. 7 of the *Charter*.

It was argued by the respondent that the “blame-worthy” nature of voluntary intoxication is such that it should be determined that there can be no violation of the *Charter* if the *Leary* approach is adopted. I cannot accept that contention. Voluntary intoxication is not yet a crime. Further, it is difficult to conclude that such behaviour should always constitute a fault to which criminal sanctions should apply. However, assuming that voluntary intoxication is reprehensible, it does not follow that its consequences in any given situation are either voluntary or predictable. Studies demonstrate that the consumption of alcohol is not the cause of the crime. A person intending to drink cannot be said to be intending to commit a sexual assault.

Further, self-induced intoxication cannot supply the necessary link between the minimal mental element or *mens rea* required for the offence and the *actus reus*. This must follow from reasoning in *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, and *R. v. Théroux*, *supra*. Here, the question is not whether there is some symmetry between the physical act and the mental element but whether the necessary link exists between the minimal mental element and the prohibited act; that is to say that the mental element is one of intention with respect to the *actus reus* of the crime charged. As well, as Sopinka J. observes, the minimum *mens rea* for an offence should reflect the particular nature of the crime. See *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3. I doubt that self-induced intoxication can, in all circumstances, meet this requirement for all crimes of general intent.

In summary, I am of the view that to deny that even a very minimal mental element is required for sexual assault offends the *Charter* in a manner that is so drastic and so contrary to the principles of fundamental justice that it cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. The experience of other jurisdictions which have completely abandoned the

ment ne peut être éliminé sans qu’il y ait violation de l’al. 11d) et de l’art. 7 de la *Charte*.

L’intimée a fait valoir qu’en raison de la nature «blâmable» de l’intoxication volontaire, force serait de conclure qu’il ne peut y avoir de violation de la *Charte* dans l’hypothèse de l’adoption de la position avancée dans l’arrêt *Leary*. Je ne puis souscrire à cette prétention. L’intoxication volontaire n’est pas encore un crime. En outre, il est difficile de conclure qu’un tel comportement doit toujours constituer une faute visée par l’application de sanctions criminelles. Toutefois, en supposant que l’intoxication volontaire soit répréhensible, cela ne signifie pas nécessairement que ses conséquences dans une situation particulière soient volontaires ou prévisibles. Des études montrent que la consommation d’alcool n’est pas la cause du crime. On ne peut prêter à la personne qui décide de boire l’intention de commettre une agression sexuelle.

De plus, l’intoxication volontaire ne peut assurer le lien nécessaire entre l’élément moral minimal, ou *mens rea*, requis pour l’infraction, et l’*actus reus*. C’est ce qui ressort nécessairement du raisonnement adopté dans les arrêts *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, et *R. c. Théroux*, précité. En l’espèce, la question n’est pas de savoir s’il y a une certaine symétrie entre l’acte matériel et l’élément moral, mais plutôt si le lien nécessaire entre l’élément moral minimal et l’acte prohibé existe; en d’autres termes, l’élément moral est un élément d’intention à l’égard de l’*actus reus* du crime reproché. En outre, comme le dit le juge Sopinka, la *mens rea* minimale d’une infraction devrait refléter la nature particulière du crime. Voir l’arrêt *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3. Je doute que l’intoxication volontaire puisse, dans tous les cas, remplir cette exigence pour toutes les infractions d’intention générale.

En résumé, à mon avis, le fait de nier qu’un élément moral même très minime est requis pour l’infraction d’agression sexuelle enfonce la *Charte* d’une manière tellement draconienne et tellement contraire aux principes de justice fondamentale qu’il ne peut être justifié en vertu de l’article premier de la *Charte*. L’expérience d’autres ressorts

Leary rule, coupled with the fact that under the proposed approach, the defence would be available only in the rarest of cases, demonstrate that there is no urgent policy or pressing objective which need to be addressed. Studies on the relationship between intoxication and crime do not establish any rational link. Finally, as the *Leary* rule applies to all crimes of general intent, it cannot be said to be well tailored to address a particular objective and it would not meet either the proportionality or the minimum impairment requirements.

What then should be the fate of the *Leary* rule?

Approach That Should Be Taken When a Common Law Principle Is Found To Infringe the Provisions of the Charter

In *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, Lamer C.J. (concurring in by Sopinka J. and myself) wrote on this issue. At page 978 he stated:

Before turning to s. 1, however, I wish to point out that because this appeal involves a *Charter* challenge to a common law, judge-made rule, the *Charter* analysis involves somewhat different considerations than would apply to a challenge to a legislative provision. For example, having found that the existing common law rule limits an accused's rights under s. 7 of the *Charter*, it may not be strictly necessary to go on to consider the application of s. 1. Having come to the conclusion that the common law rule enunciated by the Ontario Court of Appeal limits an accused's right to liberty in a manner which does not accord with the principles of fundamental justice, it could, in my view, be appropriate to consider at this stage whether an alternative common law rule could be fashioned which would not be contrary to the principles of fundamental justice.

If a new common law rule could be enunciated which would not interfere with an accused person's right to have control over the conduct of his or her defence, I can see no conceptual problem with the Court's simply enunciating such a rule to take the place of the old rule, without considering whether the old rule could nonethe-

qui ont complètement abandonné la règle de l'arrêt *Leary*, de même que le fait qu'en vertu de la position proposée, ce moyen de défense ne pourrait être invoqué que dans de rarissimes cas, montrent qu'il n'existe aucune politique urgente ni aucun objectif impérieux dont il faut tenir compte. Des études sur la relation entre l'intoxication et le crime n'établissent aucun lien rationnel. Enfin, comme la règle de l'arrêt *Leary* s'applique à tous les crimes d'intention générale, il est impossible de prétendre qu'elle est bien adaptée à la poursuite d'un objectif particulier, ce qui fait qu'elle ne répondrait ni au critère de la proportionnalité ni à celui de l'atteinte minimale.

Quel sort faut-il alors réserver à la règle de l'arrêt *Leary*?

Attitude à adopter à l'égard d'un principe de common law qui enfreint les dispositions de la Charte

Dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, le juge en chef Lamer (aux motifs duquel le juge Sopinka et moi-même avons souscrit) a examiné cette question. À la page 978, il a dit:

Avant de passer à l'article premier, j'aimerais toutefois souligner que, puisque le présent pourvoi comporte une contestation fondée sur la *Charte* d'une règle de common law, formulée par les tribunaux, l'analyse de la *Charte* fait intervenir des considérations différentes de celles qui s'appliquent à la contestation d'une disposition législative. Par exemple, la cour ayant conclu que la règle de common law actuelle restreint les droits que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'accusé, il n'est peut-être pas strictement nécessaire d'examiner la pertinence de l'application de l'article premier. Après avoir conclu que la règle de common law énoncée par la Cour d'appel de l'Ontario restreint le droit à la liberté de l'accusé d'une façon non conforme aux principes de justice fondamentale, j'estime qu'il conviendrait peut-être de déterminer, à ce stade-ci, s'il est possible de formuler une autre règle de common law qui ne serait pas contraire aux principes de justice fondamentale.

S'il est possible d'énoncer une nouvelle règle de common law qui ne contrevienne pas au droit de l'accusé de contrôler la conduite de sa défense, je n'ai aucune difficulté à imaginer que la Cour puisse simplement la formuler, en remplacement de l'ancienne, sans chercher à savoir si l'ancienne règle pourrait néanmoins être main-

less be upheld under s. 1 of the *Charter*. Given that the common law rule was fashioned by judges and not by Parliament or a legislature, judicial deference to elected bodies is not an issue. If it is possible to reformulate a common law rule so that it will not conflict with the principles of fundamental justice, such a reformulation should be undertaken.

This then is the approach that should be adopted when a common law principle is found to infringe the *Charter*. This, again, militates in favour of the adoption of a flexible application of the *Leary* rule, as was suggested by Wilson J.

Justifications for the Adoption of the Flexible Approach Suggested by Wilson J.

As I have said, the position adopted by Wilson J. in *Bernard* has much to commend it and should be adopted. Indeed, the original case which is the basis for much of our jurisprudence pertaining to intoxication seems to confirm this position. In *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479, Lord Birkenhead set out the three propositions which have been so frequently referred to in cases involving intoxication and criminal behaviour, at pp. 500-502:

1. That insanity, whether produced by drunkenness or otherwise, is a defence to the crime charged. The distinction between the defence of insanity in the true sense caused by excessive drinking, and the defence of drunkenness which produces a condition such that the drunken man's mind becomes incapable of forming a specific intention, has been preserved throughout the cases. The insane person cannot be convicted of a crime: . . . but, upon a verdict of insanity, is ordered to be detained during His Majesty's pleasure. The law takes no note of the cause of the insanity. If actual insanity in fact supervenes, as the result of alcoholic excess, it furnishes as complete an answer to a criminal charge as insanity induced by any other cause. . . .

2. That evidence of drunkenness which renders the accused incapable of forming the specific intent essential to constitute the crime should be taken into consid-

tenue en vertu de l'article premier de la *Charte*. Vu que la règle de common law a été créée par des juges et non par le législateur, l'égard que les tribunaux doivent avoir envers les organismes élus n'est pas en cause. S'il est possible de reformuler une règle de common law de façon qu'elle ne s'oppose pas aux principes de justice fondamentale, il faudrait le faire.

Voilà l'attitude à adopter lorsqu'un principe de common law enfreint la *Charte*. Encore une fois, cela milite en faveur d'une application souple de la règle de l'arrêt *Leary*, ainsi que le suggérait le juge Wilson.

Justifications en faveur de l'adoption de l'attitude souple préconisée par le juge Wilson

Comme je l'ai dit, la position adoptée par le juge Wilson dans l'arrêt *Bernard* a beaucoup de mérite et devrait être suivie. En fait, la décision originale qui sert de fondement à une grande partie de notre jurisprudence en matière d'intoxication semble confirmer cette position. Dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479, lord Birkenhead a énoncé trois propositions qui sont souvent mentionnées dans les affaires d'intoxication et de comportement criminel, aux pp. 500 à 502:

[TRADUCTION] 1. L'aliénation mentale, qu'elle soit causée par l'ivresse ou autrement, constitue une défense contre une accusation criminelle. La jurisprudence maintient la différence entre le moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale au sens propre, causée par un excès d'alcool, et le moyen de défense fondé sur l'ivresse rendant la personne incapable de former une intention spécifique. Un aliéné mental ne peut être déclaré coupable d'un crime: [. . .] cependant, en cas de verdict déclarant l'aliénation mentale, l'accusé est mis sous garde pour une période indéterminée à la discrétion de Sa Majesté. La loi ne tient pas compte de la cause de l'aliénation mentale. Si elle résulte d'une consommation excessive d'alcool, elle constitue une défense complète contre une accusation criminelle, au même titre que l'aliénation mentale attribuable à une autre cause. . . .

2. La preuve de l'ivresse susceptible de rendre l'accusé incapable de former l'intention spécifique qui constitue un élément essentiel du crime doit être exami-

eration with the other facts proved in order to determine whether or not he had this intent.

3. That evidence of drunkenness falling short of a proved incapacity in the accused to form the intent necessary to constitute the crime, and merely establishing that his mind was affected by drink so that he more readily gave way to some violent passion, does not rebut the presumption that a man intends the natural consequences of his acts. [Emphasis added.]

It does not appear to me that the decision was meant to create a complete bar to the defence of intoxication in the context of crimes of general intent. This appears from the subsequent statements of Lord Birkenhead found at pp. 504-5, and 507:

I do not think that the proposition of law deduced from these earlier cases is an exceptional rule applicable only to cases in which it is necessary to prove a specific intent in order to constitute the graver crime — e.g., wounding with intent to do grievous bodily harm or with intent to kill. It is true that in such cases the specific intent must be proved to constitute the particular crime, but this is, on ultimate analysis, only in accordance with the ordinary law applicable to crime, for, speaking generally (and apart from certain special offences), a person cannot be convicted of a crime unless the mens was rea. Drunkenness, rendering a person incapable of the intent, would be an answer, as it is for example in a charge of attempted suicide . . .

My Lords, drunkenness in this case could be no defence unless it could be established that Beard at the time of committing the rape was so drunk that he was incapable of forming the intent to commit it, which was not in fact, and manifestly, having regard to the evidence, could not be contended. For in the present case the death resulted from two acts or from a succession of acts, the rape and the act of violence causing suffocation. These acts cannot be regarded separately and independently of each other. The capacity of the mind of the prisoner to form the felonious intent which murder involves is in other words to be explored in relation to the ravishment; and not in relation merely to the violent acts which gave effect to the ravishment.

née, avec le reste de la preuve, pour déterminer s'il a eu ou non cette intention.

3. Si la preuve de l'ivresse ne suffit pas à établir l'incapacité de former l'intention nécessaire pour constituer le crime, mais révèle simplement que l'accusé avait l'esprit assez troublé par l'alcool pour se laisser aller plus facilement à un violent accès de passion, la présomption selon laquelle toute personne est censée vouloir les conséquences naturelles de ses actes n'est pas repoussée. [Je souligne.]

Selon moi, on n'a pas voulu, par cette décision, écarter complètement la défense d'intoxication dans le contexte des crimes d'intention générale. C'est ce qui ressort de la suite des motifs de lord Birkenhead, aux pp. 504, 505 et 507:

[TRADUCTION] Je ne crois pas que le principe de droit déduit de cette jurisprudence plus ancienne constitue une exception qui s'applique uniquement aux cas où il faut prouver une intention spécifique pour qu'il y ait perpétration de l'infraction plus grave, p. ex. blesser avec l'intention d'infliger des lésions corporelles graves ou de tuer. Certes, l'intention spécifique doit être démontrée dans ces cas-là pour établir la perpétration du crime en question, mais, en dernière analyse, cela n'est que conforme aux règles de droit ordinaires applicables aux actes criminels car, d'une manière générale (et mis à part certaines infractions spéciales), nul ne peut être déclaré coupable d'un crime à moins d'avoir eu la *mens rea*. L'ivresse rendant une personne incapable de former l'intention serait un moyen de défense, comme elle l'est par exemple dans le cas d'une accusation de tentative de suicide. . .

L'ivresse ne peut constituer un moyen de défense, en l'espèce, à moins que la preuve ne démontre qu'au moment de commettre le viol, Beard était ivre au point d'être incapable de former l'intention de perpétrer l'acte; la défense n'a pas prétendu que c'était le cas et, compte tenu de la preuve, elle ne pouvait le faire. Car, en l'espèce, la mort a résulté de deux actes ou d'une succession d'actes, c.-à-d. le viol et la violence qui a causé la suffocation. Ces actes ne peuvent pas être considérés séparément ni indépendamment l'un de l'autre. La capacité intellectuelle de l'accusé de former l'intention criminelle qu'implique le meurtre doit, en d'autres termes, être analysée par rapport au viol, et non simplement par rapport aux actes de violence qui ont eu lieu avec le viol.

In the present case I doubt, without reaching a conclusion, whether there was any sufficient evidence to go to the jury that the prisoner was, in the only relevant sense, drunk at all. There was certainly no evidence that he was too drunk to form the intent of committing raped. [Emphasis added.]

Thus, from the outset it appears to have been contemplated that evidence that the accused was too drunk to form the mental element required for a general intent offence could be presented and considered.

Further support for the modification of the *Leary* rule in favour of the more flexible rule suggested by Wilson J. comes from the fact that the decision in *Majewski, supra*, which was relied upon by the majority in *Leary*, has been the subject of severe criticism in the United Kingdom. The following extract from the Law Commission's *Intoxication and Criminal Liability, supra*, at p. 34 is an example:

The present law is therefore objectionable on three levels. It is very complicated and difficult to explain, to the extent that it is difficult to think that it operates in practice other than by its detailed rules being substantially ignored; it purports to apply a clear social policy, of ensuring that intoxicated people who commit criminal acts do not escape criminal sanctions, but only does so in an erratic and unprincipled way; and if taken seriously it creates many difficulties of practical application. It is therefore understandable that in other jurisdictions, and under the rational scrutiny of law reformers, other solutions have been sought to the problem of protecting society from those who commit criminal acts when in a state of intoxication.

Perhaps the result in these cases arose from the understandable desire to ensure that accused persons should not escape criminal responsibility by the consumption of alcohol. A few writers have sought, rather unconvincingly in my view, to uphold these decisions on this basis. See M. T. Thornton, "Making Sense of *Majewski*" (1981), 23 *Crim. L.Q.* 464; E. Colvin, "A Theory of the Intoxication Defence" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 750; A. Dashwood, "Logic and the Lords in *Majewski*",

En l'espèce, je doute, sans pour autant me prononcer sur ce point, qu'il y ait eu suffisamment de preuve à soumettre au jury pour établir que le prisonnier était vraiment ivre, dans le seul sens qui soit pertinent. Il n'y avait certainement aucune preuve établissant qu'il était trop ivre pour former l'intention de commettre le viol. [Je souligne.]

Par conséquent, d'entrée de jeu, on semble avoir envisagé la possibilité que la preuve susceptible d'établir que l'accusé était trop ivre pour pouvoir former l'élément moral requis pour une infraction d'intention générale soit présentée et examinée.

L'opportunité de modifier la règle de l'arrêt *Leary* et d'adopter la règle plus souple proposée par le juge Wilson est en outre confirmée par le fait que l'arrêt *Majewski*, précité, sur lequel s'est fondée la majorité dans l'arrêt *Leary*, a fait l'objet de critiques sévères au Royaume-Uni. L'extrait suivant du document de la Law Commission, intitulé *Intoxication and Criminal Liability, op. cit.*, à la p. 34, en donne un exemple:

[TRADUCTION] Le droit actuel en cette matière est donc critiquable à trois niveaux. Il est très compliqué et difficile à expliquer, dans la mesure où il est difficile de penser qu'il puisse fonctionner en pratique autrement que par l'abandon substantiel de ses règles détaillées; il vise à appliquer une politique sociale claire, à faire en sorte que les personnes intoxiquées qui commettent des actes criminels n'échappent pas aux sanctions criminelles, mais il ne le fait que de façon erratique et décousue; s'il est pris au sérieux, il crée de nombreuses difficultés d'application pratique. Il est donc compréhensible que dans d'autres ressorts et dans le cadre de l'examen rationnel des réformateurs du droit, on soit à la recherche d'autres solutions au problème d'assurer la protection de la société contre ceux qui commettent des actes criminels lorsqu'ils sont en état d'intoxication.

Le résultat de ces décisions découle peut-être du désir compréhensible de faire en sorte que les accusés n'échappent pas à la responsabilité criminelle en consommant de l'alcool. Quelques auteurs ont tenté, de façon peu convaincante selon moi, de justifier ces décisions sur cette base. Voir M. T. Thornton, «*Making Sense of Majewski*» (1981), 23 *Crim. L.Q.* 464; E. Colvin, «*A Theory of the Intoxication Defence*» (1981), 59 *R. du B. can.* 750; A. Dashwood, «*Logic and the Lords in*

[1977] *Crim. L.R.* 532, 591; and S. Gardner, "The Importance of *Majewski*" (1994), 14 *Oxford J. Legal Stud.* 279.

Far more writers have supported the approach advocated by Dickson J. in *Leary*, and adopted in *O'Connor*. In my view, the most vehement and cogent criticism of both *Majewski* and *Leary* is that they substitute proof of drunkenness for proof of the requisite mental element. The authors deplore the division of crimes into those requiring a specific intent and those which mandate no more than a general intent. They are also critical of the resulting presumption of recklessness, and of the loss of a requirement of a true *mens rea* for the offence. They would prefer an approach that would permit evidence of drunkenness to go to the jury together with all the other relevant evidence in determining whether the requisite *mens rea* had been established. Criticisms of the *Leary* and *Majewski* decisions can be found, for example, in the following: D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2nd ed. 1987), at pp. 363-83; J. C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law, supra*, at pp. 218-32; A. W. Mewett and M. Manning, *Criminal Law, supra*, at pp. 76, 101 and 21 ff.; M. Goode, "Some Thoughts on the present state of the 'Defence' of Intoxication" (1984), 8 *Crim. L.J.* 104; G. F. Orchard, "Criminal Responsibility and Intoxication — The Australian Rejection of *Majewski*", [1980] *N.Z.L.J.* 532; Judge G. Smith, "Footnote to *O'Connor's Case*" (1981), 5 *Crim. L.J.* 270, at pp. 276 ff.; T. Quigley, "Specific and General Nonsense?" (1987), 11 *Dalhousie L.J.* 75, at pp. 119-20; G. Orchard, "Surviving without *Majewski* — A View from Down Under", [1993] *Crim. L.R.* 426, at pp. 429-30; S. J. Cavender, "The Lords Against *Majewski* and the Law" (1989), 21 *Bracton L.J.* 9; P. B. Schabas, "Intoxication and Culpability: Towards an Offence of Criminal Intoxication" (1984), 42 *U.T. Fac. L. Rev.* 147, at pp. 151-54; G. Virgo, "The Law Commission Consultation Paper on Intoxication and Criminal Liability — (1) Reconciling Principle and Policy", [1993] *Crim. L.R.* 415, at pp. 418-20; S. J. Beaumont, "Drunkenness and Criminal Responsibility — Recent English Experience" (1976), 54 *Can. Bar Rev.* 777, at pp. 782-83; T. Quigley, "Reform of the Intoxication

Majewski», [1977] *Crim. L.R.* 532, 591; et S. Gardner, «The Importance of *Majewski*» (1994), 14 *Oxford J. Legal Stud.* 279.

^a Beaucoup plus d'auteurs appuient le point de vue mis de l'avant par le juge Dickson dans l'arrêt *Leary* et adopté dans l'arrêt *O'Connor*. À mon avis, la critique la plus véhémement et la plus convaincante des arrêts *Majewski* et *Leary* est qu'ils substituent la preuve d'ivresse à la preuve de l'élément moral requis. Les auteurs déplorent la distinction entre les crimes qui exigent une intention spécifique et ceux qui ne demandent rien de plus qu'une intention générale. Ils trouvent aussi à redire à la présomption d'indifférence qui en résulte, de même qu'à la disparition de l'exigence d'une véritable *mens rea* de l'infraction. Ils préféreraient une approche qui permette de soumettre à l'appréciation du jury la preuve de l'ivresse avec tous les autres éléments de preuve pertinents aux fins de déterminer si la *mens rea* requise a été établie. On trouve des critiques des arrêts *Leary* et *Majewski*, par exemple, dans les documents suivants: D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2^e éd. 1987), aux pp. 363 à 383; J. C. Smith et B. Hogan, *Criminal Law, op. cit.*, aux pp. 218 à 232; A. W. Mewett et M. Manning, *Criminal Law, op. cit.*, aux pp. 76, 101 et 21 et suiv.; M. Goode, «Some Thoughts on the present state of the «Defence» of Intoxication» (1984), 8 *Crim. L.J.* 104; G. F. Orchard, «Criminal Responsibility and Intoxication — The Australian Rejection of *Majewski*», [1980] *N.Z.L.J.* 532; Juge G. Smith, «Footnote to *O'Connor's Case*» (1981), 5 *Crim. L.J.* 270, aux pp. 276 et suiv.; T. Quigley, «Specific and General Nonsense?» (1987), 11 *Dalhousie L.J.* 75, aux pp. 119 et 120; G. Orchard, «Surviving without *Majewski* — A View from Down Under», [1993] *Crim. L.R.* 426, aux pp. 429 et 430; S. J. Cavender, «The Lords Against *Majewski* and the Law» (1989), 21 *Bracton L.J.* 9; P. B. Schabas, «Intoxication and Culpability: Towards an Offence of Criminal Intoxication» (1984), 42 *U.T. Fac. L. Rev.* 147, aux pp. 151 à 154; G. Virgo, «The Law Commission Consultation Paper on Intoxication and Criminal Liability — (1) Reconciling Principle and Policy», [1993] *Crim. L.R.* 415, aux pp. 418 à 420; S. J. Beaumont, «Drunkenness

Defence" (1987), 33 *McGill L.J.* 1, at pp. 5-9; and "Self-induced Intoxication and Criminal Responsibility" (1984), 58 *Aust. L.J.* 70. Some of these authors also frame their conclusions in terms of the rule in *Leary* constituting a violation of the *Charter*. See, generally, P. Healy, Case Comment on *R. v. Penno* (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 143; T. Quigley and A. Manson, "Bernard on Intoxication: Principle, Policy and Points In Between — Two Comments" (1989), 67 C.R. (3d) 168, 173; and P. Healy, "R. v. Bernard: Difficulties with Voluntary Intoxication" (1990), 35 *McGill L.J.* 610, at pp. 625 ff. For a specific discussion about the presumption of recklessness, see T. Quigley, "Specific and General Nonsense?", *supra*, at pp. 100-103; S. J. Cavender, "The Lords Against *Majewski* and the Law", *supra*, at pp. 13 ff.; D. Farrier, "Intoxication: Legal Logic or Common Sense?" (1976), 39 *Modern L. Rev.* 578, at pp. 580-81; and A. Dashwood, "Logic and the Lords in *Majewski*", *supra*, at pp. 539-41.

I find further support for adopting the approach suggested by Wilson J. in studies pertaining to the effect of the *O'Connor* and *Kamipeli* decisions which have been undertaken in Australia and New Zealand. (Reference to these studies can be found in the English Law Commission's *Intoxication and Criminal Liability*, *supra*, at pp. 60-63.) One of these studies was conducted in New South Wales, by means of a survey of approximately 510 trials (see Judge G. Smith, "Footnote to *O'Connor's Case*", *supra*). The author, Judge George Smith, concluded, at p. 277, that:

Those figures disclose that a "defence" of intoxication which could not have been relied upon pre-*O'Connor* was raised in eleven cases or 2.16 per cent of the total. Acquittals followed in three cases or 0.59 per cent of the total, but only in one case or 0.2 per cent of the total could it be said with any certainty that the issue of

and Criminal Responsibility — Recent English Experience" (1976), 54 *R. du B. can.* 777, aux pp. 782 et 783; T. Quigley, «Reform of the Intoxication Defence» (1987), 33 *R.D. McGill* 1, aux pp. 5 à 9, et «Self-induced Intoxication and Criminal Responsibility» (1984), 58 *Aust. L.J.* 70. Certains de ces auteurs font aussi valoir dans leurs conclusions que la règle de l'arrêt *Leary* constitue une violation de la *Charte*. Voir en général P. Healy, Case Comment on *R. v. Penno* (1992), 71 *R. du B. can.* 143; T. Quigley et A. Manson, «Bernard on Intoxication: Principle, Policy and Points In Between — Two Comments» (1989), 67 C.R. (3d) 168, 173, et P. Healy, «R. v. Bernard: Difficulties with Voluntary Intoxication» (1990), 35 *R.D. McGill* 610, aux pp. 625 et suiv. Pour un examen portant expressément sur la présomption d'indifférence, voir T. Quigley, «Specific and General Nonsense?», *loc. cit.*, aux pp. 100 à 103; S. J. Cavender, «The Lords Against *Majewski* and the Law», *loc. cit.*, aux pp. 13 et suiv.; D. Farrier, «Intoxication: Legal Logic or Common Sense?» (1976), 39 *Modern L. Rev.* 578, aux pp. 580 et 581, et A. Dashwood, «Logic and the Lords in *Majewski*», *loc. cit.*, aux pp. 539 à 541.

L'opportunité d'adopter le point de vue suggéré par le juge Wilson est en outre confirmée par les études portant sur l'effet des décisions *O'Connor* et *Kamipeli* entreprises en Australie et en Nouvelle-Zélande. (Les références à ces études figurent dans *Intoxication and Criminal Liability* de la Law Commission de l'Angleterre, *op. cit.*, aux pp. 60 à 63.) L'une de ces études a été effectuée en Nouvelle-Galles du Sud, où l'on a procédé à un examen d'environ 510 procès (voir juge G. Smith, «Footnote to *O'Connor's Case*», *loc. cit.*). L'auteur, le juge George Smith, a conclu, à la p. 277:

[TRADUCTION] Ces chiffres révèlent qu'une «défense» d'intoxication qui n'aurait pas été admissible avant l'arrêt *O'Connor* a été invoquée dans onze affaires, soit 2,16 pour 100 du nombre total. Il y a eu acquittement dans trois affaires, soit 0,59 pour 100 du total, mais ce n'est que dans une affaire seulement, soit 0,2 pour 100

intoxication was the factor which brought about the acquittal.

It seems to me that no one with any experience of the criminal courts should be greatly surprised at this result for the simple practical reason that any "defence" of drunkenness poses enormous difficulties in the conduct of a case. To name but one, if the accused has sufficient recollection to describe relevant events, juries will be reluctant to believe that he acted involuntarily or without intent whereas, if he claims to have no recollection, he will be unable to make any effective denial of facts alleged by the Crown.

Certainly my inquiries would indicate that the decision in *O'Connor's* case, far from opening any flood-gates has at most permitted an occasional drip to escape from the tap.

That study clearly indicates that the *O'Connor* decision has not had an effect of any significance on trials or on the numbers of acquittals arising from evidence of severe intoxication.

There are some who argue that Wilson J.'s suggestion favours the extremely drunk while ignoring those who are less inebriated. (See, for example, T. Quigley, in "*Bernard on Intoxication: Principle, Policy and Points In Between — Two Comments*", *supra*, at pp. 171-73.) I cannot agree with that contention. It must be remembered that those who are a "little" drunk can readily form the requisite mental element to commit the offence. The alcohol-induced relaxation of both inhibitions and socially acceptable behaviour has never been accepted as a factor or excuse in determining whether the accused possessed the requisite *mens rea*. Given the minimal nature of the mental element required for crimes of general intent, even those who are significantly drunk will usually be able to form the requisite *mens rea* and will be found to have acted voluntarily. In reality it is only those who can demonstrate that they were in such an extreme degree of intoxication that they were in a state akin to automatism or insanity that might

du total, que l'on peut affirmer avec quelque certitude que la question de l'intoxication a été le facteur qui a entraîné l'acquittement.

Il me semble que ce résultat ne devrait pas surprendre ceux qui ont une certaine expérience des cours criminelles pour la bonne et simple raison qu'en pratique, toute «défense» d'ivresse pose d'énormes difficultés pour la conduite du procès. Entre autres difficultés, si l'accusé a suffisamment de mémoire pour décrire des événements pertinents, le jury hésitera à croire qu'il a agi involontairement ou sans intention, tandis qu'au contraire, s'il prétend ne se souvenir de rien, il ne sera pas capable de réfuter de façon efficace les faits allégués par le ministère public.

Certes, mes enquêtes tendent à indiquer que l'arrêt *O'Connor*, loin d'ouvrir les vannes, a permis tout au plus qu'une goutte occasionnelle s'échappe du robinet.

Cette étude indique clairement que l'arrêt *O'Connor* n'a pas eu d'incidence significative sur les procès ou sur le nombre d'acquittements obtenus en raison d'une preuve d'intoxication grave.

D'aucuns font valoir que la suggestion du juge Wilson avantage les personnes dans un état d'ébriété très avancé tout en négligeant celles dont l'ivresse est moins sérieuse. (Voir, par exemple, T. Quigley, dans «*Bernard on Intoxication: Principle, Policy and Points In Between — Two Comments*», *loc. cit.*, aux pp. 171 à 173.) Je ne suis pas d'accord avec cette prétention. Il faut se rappeler que les personnes qui sont «légèrement» ivres peuvent aisément former l'élément moral requis pour commettre l'infraction. Le relâchement des inhibitions et du comportement socialement acceptable qui est déclenché par la consommation d'alcool n'a jamais été reconnu comme facteur ou excuse lorsqu'il s'agit de déterminer si l'accusé avait la *mens rea* requise. Étant donné la nature minimale de l'élément moral requis pour les crimes d'intention générale, même les personnes dont l'état d'ébriété est avancé peuvent habituellement former la *mens rea* requise et être jugées avoir agi volontairement. En réalité, il n'y a que les personnes capables de

expect to raise a reasonable doubt as to their ability to form the minimal mental element required for a general intent offence. Neither an insane person nor one in a state of automatism is capable of forming the minimum intent required for a general intent offence. Similarly, as the words themselves imply, "drunkenness akin to insanity or automatism" describes a person so severely intoxicated that he is incapable of forming even the minimal intent required of a general intent offence. The phrase refers to a person so drunk that he is an automaton. As such he may be capable of voluntary acts such as moving his arms and legs but is quite incapable of forming the most basic or simple intent required to perform the act prohibited by a general intent offence. I believe that Wilson J.'s modification of the *Leary* rule is a judge-fashioned remedy that can be adopted to remedy a judge-made law which, by eliminating the mental element of a crime, offends the *Charter*.

It is obvious that it will only be on rare occasions that evidence of such an extreme state of intoxication can be advanced and perhaps only on still rarer occasions is it likely to be successful. Nonetheless, the adoption of this alternative would avoid infringement of the *Charter*.

I would add that it is always open to Parliament to fashion a remedy which would make it a crime to commit a prohibited act while drunk.

The appellant in this case is an elderly alcoholic. It is difficult if not impossible to present him in a sympathetic light. Yet any rule on intoxication must apply to all accused, including the young and inexperienced drinker. The strict rule in *Leary* is not a minor or technical infringement but a substantial breach of the *Charter* eliminating the mental elements of crimes of general intent in situations where the accused is in an extreme state of

démontrer qu'elles étaient intoxiquées à un point tel qu'elles se trouvaient dans un état voisin de l'automatisme ou de l'aliénation mentale qui pourraient soulever un doute raisonnable quant à leur capacité de former l'élément moral minimal requis pour une infraction d'intention générale. Ni une personne aliénée ni une personne en état d'automatisme ne peut former l'intention minimale requise pour une infraction d'intention générale. De même, comme l'implique l'expression comme telle, «ivresse voisine de l'aliénation mentale ou de l'automatisme» décrit une personne intoxiquée au point d'être incapable de former même l'intention minimale requise pour une infraction d'intention générale. L'expression se rapporte à une personne tellement ivre qu'elle devient un automate. Elle peut faire des gestes volontaires comme bouger les bras et les jambes, mais elle est tout à fait incapable de former même l'intention la plus banale ou la plus simple requise pour accomplir l'acte interdit par une infraction d'intention générale. Je crois que la modification de la règle de l'arrêt *Leary* proposée par le juge Wilson est une solution jurisprudentielle qui peut être adoptée pour remédier à un principe jurisprudentiel qui, en éliminant l'élément moral d'un crime, enfreint la *Charte*.

Il est évident que la preuve d'un tel état d'extrême intoxication ne peut être faite qu'en de rares occasions, et qu'elle n'est susceptible de réussir qu'encore plus rarement. Il n'en demeure pas moins que l'adoption de cette solution de rechange aurait pour effet d'éviter une violation de la *Charte*.

J'ajouterais que le législateur a toujours la possibilité d'adopter une disposition législative qui criminaliserait la perpétration d'un acte prohibé lorsque l'auteur est en état d'ébriété.

En l'espèce, l'appelant est un alcoolique assez âgé. Il est difficile, voire impossible, de le présenter sous un jour sympathique. Et pourtant, toute règle visant l'intoxication doit s'appliquer à tous les inculpés, y compris au jeune buveur inexpérimenté. La règle stricte de l'arrêt *Leary* ne constitue pas une violation mineure ou formelle, mais bien une violation de fond de la *Charte* qui élimine l'élément moral des crimes d'intention générale

intoxication. I would think that this judge-made rule should be applied flexibly, as suggested by Wilson J., so as to comply with the *Charter*. Such an approach would mean that except in those rare situations where the degree of intoxication is so severe it is akin to automatism, drunkenness will not be a defence to crimes of general intent.

It should not be forgotten that if the flexible "Wilson" approach is taken, the defence will only be put forward in those rare circumstances of extreme intoxication. Since that state must be shown to be akin to automatism or insanity, I would suggest that the accused should be called upon to establish it on the balance of probabilities. This Court has recognized, in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, that although it constituted a violation of the accused's rights under s. 11(d) of the *Charter*, such a burden could be justified under s. 1. In this case, I feel that the burden can be justified. Drunkenness of the extreme degree required in order for it to become relevant will only occur on rare occasions. It is only the accused who can give evidence as to the amount of alcohol consumed and its effect upon him. Expert evidence would be required to confirm that the accused was probably in a state akin to automatism or insanity as a result of his drinking. Justice Grenier in his reasons ([1991] R.J.Q. 1794) properly emphasized the need for expert testimony. He stated (at p. 1797):

[TRANSLATION] The deposition of the expert Louis Léonard is of particular importance in this matter. The testimony of an accused to the effect that he was not aware of what he was doing is unlikely, in most cases, to constitute on its own a sufficient basis to permit the court to conclude that he was unaware owing to an excessive consumption of alcohol. Scientific evidence is almost essential to support a defence of automatism attributable to an advanced degree of intoxication.

Extreme intoxication akin to automatism or insanity should, like insanity, be established by the accused on a balance of probabilities. This I take to

dans des situations où l'accusé est dans un état d'intoxication extrême. Je serais porté à penser que cette règle jurisprudentielle devrait être appliquée avec souplesse, comme le propose le juge Wilson, de façon à respecter la *Charte*. Cela signifierait que, sauf dans les rares cas où le degré d'intoxication est si grave qu'il s'apparente à l'automatisme, l'ivresse ne pourra être invoquée comme moyen de défense pour les crimes d'intention générale.

Il ne faut pas oublier qu'advenant l'adoption de la règle souple proposée par le juge Wilson, ce moyen de défense ne sera invoqué que dans les rares cas d'intoxication extrême. Puisqu'il lui faut établir que cet état s'apparente à celui de l'automatisme ou de l'aliénation mentale, j'estime que l'accusé devrait être tenu d'en faire la preuve selon la prépondérance des probabilités. Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, notre Cour a reconnu qu'une telle charge, même si elle constituait une violation des droits de l'accusé en vertu de l'al. 11d) de la *Charte*, pouvait être justifiée en vertu de l'article premier. En l'espèce, j'estime que cette charge peut être justifiée. L'ivresse au degré extrême nécessaire pour constituer un facteur pertinent ne se produira qu'en de rares occasions. Seul l'accusé est en mesure de témoigner quant à la quantité d'alcool qu'il a consommée et aux effets que cela lui a causés. Il faudra recourir au témoignage d'experts pour confirmer que l'accusé se trouvait probablement dans un état voisin de l'automatisme ou de l'aliénation mentale par suite de son ivresse. Dans ses motifs, le juge Grenier ([1991] R.J.Q. 1794) a souligné à bon droit la nécessité de recourir au témoignage d'un expert. Il a dit (à la p. 1797):

La déposition de l'expert Louis Léonard revêt une importance particulière dans ce dossier. Le seul témoignage d'un accusé à l'effet qu'il n'était pas conscient de ce qu'il faisait risque, dans la plupart des cas, de ne pas constituer un fondement suffisant pour permettre au tribunal de conclure qu'il était inconscient en raison d'une absorption excessive d'alcool. Une preuve scientifique est quasi essentielle pour étayer une défense d'automatisme attribuable à un degré avancé d'intoxication.

L'intoxication extrême s'apparentant à l'automatisme ou à l'aliénation mentale doit, comme l'aliénation mentale, être établie par l'accusé selon

be the position put forward by Lamer C.J. in *R. v. Penno*, *supra*. At pages 877-78, the following appears:

For these reasons, I am of the view that the offence of having care or control of a motor vehicle while one's ability to drive is impaired is a general intent offence. It follows, as was decided by a majority of this Court in *Bernard*, that no defence of intoxication can negate the *mens rea* of this offence, although the question is still open as to whether intoxication giving rise to a state of insanity or automatism could achieve such a result.

The trial judge found that the appellant was very intoxicated. However, the appellant did not prove, on a balance of probabilities, that his intoxication was so great as to constitute insanity or automatism, nor was a state of insanity or automatism found by any of the judges in the courts below. On the facts of this case, I see no need to address the issue concerning the relevance of intoxication to negate the *mens rea* where such intoxication verges on insanity or automatism. [Emphasis added.]

Thus it is appropriate to place an evidentiary and legal burden on the accused to establish, on a balance of probabilities, that he was in a state of extreme intoxication that was akin to automatism or insanity at the time he committed the offence.

Result If the Mental Element Relates Solely to the Actus Reus Which Requires That the Prohibited Act Be Performed Voluntarily

Should it be thought that the mental element involved relates to the *actus reus* rather than the *mens rea* then the result must be the same. The *actus reus* requires that the prohibited criminal act be performed voluntarily as a willed act. A person in a state of automatism cannot perform a voluntary willed act since the automatism has deprived the person of the ability to carry out such an act. It follows that someone in an extreme state of intoxication akin to automatism must also be deprived of that ability. Thus a fundamental aspect of the *actus*

la prépondérance des probabilités. Il s'agit là, à mon avis, de la position qu'a adoptée le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Penno*, précité. L'extrait suivant est tiré des pp. 877 et 878:

Pour ces motifs, je suis d'avis que l'infraction consistant à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que la capacité de conduire est affaiblie est une infraction d'intention générale. Il en découle, comme notre Cour l'a statué à la majorité dans l'arrêt *Bernard*, que le moyen de défense fondé sur l'intoxication ne peut écarter la *mens rea* de cette infraction, bien qu'il ne soit pas encore déterminé si l'intoxication qui entraînerait un état d'aliénation mentale ou d'automatisme pourrait avoir ce résultat.

Le juge du procès a conclu que l'appelant était dans un état d'intoxication très avancé. Cependant, l'appelant n'a pas fait la preuve, selon la prépondérance des probabilités, que son degré d'intoxication était élevé au point de constituer un état d'aliénation mentale ou d'automatisme et aucun des juges des tribunaux d'instance inférieure n'a conclu à l'existence d'un état d'aliénation mentale ou d'automatisme. Vu les faits de l'espèce, je ne vois pas la nécessité d'aborder la question de savoir si l'intoxication peut réfuter la *mens rea* quand elle approche de l'aliénation mentale ou de l'automatisme. [Je souligne.]

Il y a donc lieu d'imposer à l'accusé la charge de présentation et la charge ultime d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il était dans un état d'intoxication extrême voisin de l'automatisme ou de l'aliénation mentale au moment où il a commis l'infraction.

Résultat du fait de rapporter l'élément moral uniquement à l'actus reus, qui exige que l'acte prohibé soit accompli volontairement

Que l'on croie que l'élément moral en cause se rapporte à l'*actus reus* plutôt qu'à la *mens rea*, le résultat doit être le même. Pour ce qui est de l'*actus reus*, l'acte criminel prohibé doit avoir été accompli volontairement comme un acte voulu. Une personne dans un état d'automatisme ne peut pas accomplir un acte voulu et volontaire puisque l'automatisme l'a privée de la capacité d'accomplir un tel acte. Il s'ensuit qu'une personne dans un état d'intoxication extrême voisin de l'automatisme est également privée de cette capacité. Par conséquent,

reus of the criminal act is absent. It would equally infringe s. 7 of the *Charter* if an accused who was not acting voluntarily could be convicted of a criminal offence. Here again the voluntary act of becoming intoxicated cannot be substituted for the voluntary action involved in sexual assault. To do so would violate the principle set out in *Vaillancourt*, *supra*. Once again to convict in the face of such a fundamental denial of natural justice could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

Summary of Proposed Remedy

In my view, the *Charter* could be complied with, in crimes requiring only a general intent, if the accused were permitted to establish that, at the time of the offence, he was in a state of extreme intoxication akin to automatism or insanity. Just as in a situation where it is sought to establish a state of insanity, the accused must bear the burden of establishing, on the balance of probabilities, that he was in that extreme state of intoxication. This will undoubtedly require the testimony of an expert. Obviously, it will be a rare situation where an accused is able to establish such an extreme degree of intoxication. Yet, permitting such a procedure would mean that a defence would remain open that, due to the extreme degree of intoxication, the minimal mental element required by a general intent offence had not been established. To permit this rare and limited defence in general intent offences is required so that the common law principles of intoxication can comply with the *Charter*.

In light of the experience in Australia or New Zealand, it cannot be said that to permit such a defence would open the floodgates to allow every accused who had a drink before committing the prohibited act to raise the defence of drunkenness. As observed earlier, studies made in Australia and New Zealand indicate that there has not been any

un aspect fondamental de l'*actus reus* de l'acte criminel est absent. Il y aurait également violation de l'art. 7 de la *Charte* si un accusé qui n'agit pas volontairement pouvait être déclaré coupable d'une infraction criminelle. Dans un tel cas, l'acte volontaire de s'intoxiquer ne peut se substituer à l'acte volontaire en cause dans une agression sexuelle. Sinon, il y aurait violation du principe énoncé dans l'arrêt *Vaillancourt*, précité. Je le répète, condamner quelqu'un devant un tel déni de justice naturelle ne pourrait être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Sommaire de la solution proposée

À mon avis, les dispositions de la *Charte* pourraient être respectées si, lorsqu'il s'agit d'infractions qui n'exigent qu'une intention générale, l'on permettait à l'accusé d'établir qu'il était, au moment de l'infraction, dans un état d'intoxication extrême voisin de l'automatisme ou de l'aliénation mentale. À l'instar des cas où l'on demande à établir l'état d'aliénation mentale, l'accusé doit s'acquitter du fardeau d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il était dans un état d'intoxication extrême. Il faudra indubitablement avoir recours au témoignage d'un expert. Il est évident que l'accusé ne pourra établir un tel degré d'intoxication extrême que dans de rares cas. Toutefois, le fait de permettre une telle procédure signifie qu'il sera toujours possible d'invoquer en défense qu'en raison d'un degré d'intoxication extrême, l'élément moral minimal requis par une infraction d'intention générale n'a pas été établi. Il est nécessaire de permettre ce moyen de défense rare et limité à l'égard des infractions d'intention générale pour que les principes de common law en matière d'intoxication puissent respecter les dispositions de la *Charte*.

Eu égard à l'expérience vécue en Australie ou en Nouvelle-Zélande, on ne peut prétendre que l'admission d'un tel moyen de défense aurait pour effet d'ouvrir les vannes et de permettre à chaque accusé qui a bu avant de commettre l'acte prohibé de soulever le moyen de défense de l'ivresse. Comme je l'ai déjà noté, des études effectuées en Australie et en Nouvelle-Zélande montrent qu'il n'y a pas eu d'augmentation significative du nom-

significant increase in the number of acquittals following the *O'Connor* and *Kamipeli* decisions.

Disposition

In the result, I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and direct a new trial.

The reasons of Sopinka, Gonthier and Major JJ. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting) — This appeal raises a single question of law: can evidence of extreme intoxication tantamount to a state of automatism negative the intent required for sexual assault, an offence which has been classified as an offence of general intent? The appellant challenges the correctness of this Court's decision in *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, which held that voluntary intoxication can never negate the *mens rea* for an offence of general intent.

Facts

The facts which give rise to this appeal are not in dispute. The complainant is a 65-year old woman who is partially paralysed and thus confined to a wheelchair. She knew the appellant through his wife, who was the complainant's dressmaker and ran errands for her. The complainant testified that at approximately 6:00 p.m. on May 30, 1989, at her request, the appellant arrived at her home carrying a 40-ounce bottle of brandy. The complainant drank part of a glass of brandy and then fell asleep in her wheelchair. When she awoke during the night to go to the bathroom, the appellant appeared, grabbed her chair, wheeled her into the bedroom, threw her on the bed and sexually assaulted her. The appellant left the apartment at about 4:00 a.m. The complainant subsequently discovered that the bottle of brandy was empty. The trial judge found as a fact that the appellant had drunk the rest of the bottle between 6:00 p.m. and 3:00 a.m.

The appellant was a chronic alcoholic. He testified that he had spent the day at a bar where he had

bre d'acquittements dans la foulée des arrêts *O'Connor* et *Kamipeli*.

Dispositif

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'ordonnance de la Cour d'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Sopinka, Gonthier et Major rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident) — Le présent pourvoi soulève une seule question de droit: la preuve d'une intoxication extrême équivalant à un état d'automatisme peut-elle servir à réfuter l'intention requise par l'infraction d'agression sexuelle, qui a été classée au rang des infractions d'intention générale? L'appelant conteste la justesse de la décision de notre Cour dans l'arrêt *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, qui a établi que l'intoxication volontaire ne peut jamais faire échec à la *mens rea* d'une infraction d'intention générale.

Les faits

Les faits qui donnent lieu au présent pourvoi ne sont pas contestés. La plaignante est une femme de 65 ans qui, souffrant de paralysie partielle, doit se déplacer en fauteuil roulant. Elle connaissait l'appelant par l'intermédiaire de sa femme, qui était sa couturière et faisait des courses pour elle. La plaignante a déclaré que vers 18 h le 30 mai 1989, à sa demande, l'appelant était venu chez elle lui livrer une bouteille de 40 onces de brandy. La plaignante a bu moins d'un verre de brandy, puis elle s'est endormie dans son fauteuil roulant. Lorsque, dans la nuit, elle s'est réveillée pour se diriger vers la toilette, l'appelant s'est manifesté et, s'emparant de son fauteuil, l'a poussée dans la chambre, l'a couchée sur le lit et l'a agressée sexuellement. L'appelant a quitté le logement vers 4 heures du matin. La plaignante devait par la suite découvrir que la bouteille de brandy était vide. Le juge du procès a tiré la conclusion de fait que l'appelant avait bu le reste de la bouteille entre 18 h et 3 h.

L'appelant souffre d'alcoolisme chronique. Il a déclaré avoir passé la journée à un bar, où il a con-

consumed seven or eight bottles of beer. He recalled having a glass of brandy upon his arrival at the complainant's residence but had no recollection of what occurred between then and when he awoke nude in the complainant's bed. He denied sexually assaulting her.

The defence called a pharmacologist, Louis Léonard, to testify as an expert witness. Mr. Léonard testified that the appellant's alcoholic history made him less susceptible to the effects of alcohol. He hypothesized that, if the appellant had consumed seven or eight beers during the day and then 35 ounces of brandy on the evening in question, his blood-alcohol content would have been between 400 and 600 milligrams per 100 millilitres of blood. That blood-alcohol ratio would cause death or a coma in an ordinary person. Mr. Léonard testified that an individual with this level of alcohol in his blood might suffer an episode of "l'amnésie-automatisme", also known as a "blackout". In such a state the individual loses contact with reality and the brain is temporarily dissociated from normal functioning. The individual has no awareness of his actions when he is in such a state and will likely have no memory of them the next day.

Mr. Léonard further testified that it is difficult to distinguish between a person in a blackout and someone who is simply acting under the influence of alcohol. He stated that if a person acting under the influence of alcohol behaves in a manner which requires higher cognitive functions or reflection, it is unlikely that the person is in a blackout. On the other hand, if the person departs from his normal behaviour to act in a gratuitous or violent manner, it is more likely that he is in a blackout.

The appellant was charged with one count of sexual assault. The trial judge found as a fact that the appellant had committed the offence as described by the complainant. However, he acquitted the appellant because he had a reasonable doubt about whether the appellant, by virtue of his extreme intoxication, had possessed the minimal intent necessary to commit the offence of sexual assault: [1991] R.J.Q. 1794. The Quebec Court of

sommé sept ou huit bouteilles de bière. Il s'est rappelé avoir pris un verre de brandy à son arrivée chez la plaignante, mais ne se souvenait plus de ce qui s'est produit entre ce moment et celui où il s'est réveillé nu dans le lit de la plaignante. Il a nié l'avoir agressée sexuellement.

La défense a appelé Louis Léonard, pharmacologue, à déposer à titre de témoin expert. Monsieur Léonard a déclaré que les antécédents d'alcoolisme de l'appelant le rendaient moins sensible aux effets de l'alcool. Dans l'hypothèse où l'appelant aurait consommé sept ou huit bières au cours de la journée, puis 35 onces de brandy le soir en cause, il a estimé que son alcoolémie aurait dû se situer entre 400 et 600 milligrammes par 100 millilitres de sang. Un tel taux pourrait entraîner la mort ou le coma chez une personne normale. Monsieur Léonard a déclaré qu'une personne ayant une telle quantité d'alcool dans le sang pouvait agir sous le coup de «l'amnésie-automatisme», aussi connue sous le nom de «*blackout*». La personne qui se trouve dans cet état perd contact avec la réalité et son cerveau cesse temporairement de fonctionner normalement. Cette personne n'a aucune conscience de ses actes à ce moment et risque de ne pas s'en souvenir le lendemain.

Monsieur Léonard a en outre déclaré qu'il est difficile de déterminer si une personne est sous l'effet d'un *blackout* ou si elle agit tout simplement sous l'effet de l'alcool. Selon lui, si une personne agissant sous l'effet de l'alcool se comporte d'une façon qui fait appel à ses facultés cognitives ou réflexives, il est très peu probable qu'elle soit en état de *blackout*. Par contre, si la personne cesse de se comporter comme elle le fait normalement pour agir de façon gratuite ou violente, il est plus probable qu'elle soit victime d'un *blackout*.

L'appelant a été accusé sous le seul chef d'agression sexuelle. Le juge du procès a tenu pour avéré que l'appelant avait commis l'infraction décrite par la plaignante. Il a toutefois acquitté l'appelant parce qu'il avait un doute raisonnable quant à la question de savoir si, en raison de son extrême intoxication, il avait eu l'intention minimale de commettre l'infraction d'agression sexuelle: [1991] R.J.Q. 1794. La Cour d'appel du

Appeal overturned this ruling: [1993] R.J.Q. 692, 80 C.C.C. (3d) 175, 19 C.R. (4th) 291, 54 Q.A.C. 27. The appellant now appeals to this Court as of right, pursuant to s. 691(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

Judgments Below

Court of Québec (Grenier Q.C.J.)

After reviewing the facts, the trial judge concluded that he was left with a reasonable doubt as to whether the appellant was suffering from a blackout when he assaulted the complainant. He noted the importance of the expert evidence of Mr. Léonard, stating, [TRANSLATION] “[s]cientific evidence is almost essential to support a defence of automatism attributable to an advanced degree of intoxication” (p. 1797). The trial judge also noted that he would have convicted the appellant if he had been convinced that the appellant was conscious of what he was doing when he committed the assault.

With respect to the applicable legal principles, the trial judge began by noting that, according to the traditional rule, self-induced intoxication may only be admitted to negate the *mens rea* of offences of specific intent. It may not be admitted to negate the *mens rea* of offences of general intent, including the offence of sexual assault. He then went on to consider the judgments of this Court in *Leary v. The Queen*, *supra*, and *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833. After canvassing the various approaches to intoxication set out in these two cases, he held that the view of the majority of the Court was represented in the reasons of Wilson J. (L’Heureux-Dubé J. concurring) in *Bernard*. Thus, he adopted Wilson J.’s view that evidence of extreme intoxication to the point of insanity or automatism may be admitted to negate the *mens rea* of an offence of general intent.

The trial judge recognized that serious problems of public protection arise under the approach con-

Québec a infirmé cette décision: [1993] R.J.Q. 692, 80 C.C.C. (3d) 175, 19 C.R. (4th) 291, 54 Q.A.C. 27. L’appelant se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour, en vertu de l’al. 691(2)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Les juridictions inférieures

La Cour du Québec (le juge Grenier)

Après avoir examiné les faits, le juge du procès a conclu qu’il entretenait un doute raisonnable quant à la question de savoir si l’appelant souffrait d’un *blackout* au moment où il a agressé la plaignante. Il a souligné l’importance du témoignage d’expert de M. Léonard, en disant qu’«[u]ne preuve scientifique est quasi essentielle pour étayer une défense d’automatisme attribuable à un degré avancé d’intoxication» (p. 1797). Le juge du procès a aussi noté qu’il aurait déclaré l’appelant coupable s’il avait été convaincu que celui-ci était conscient de ce qu’il faisait lorsqu’il a commis l’agression.

En ce qui a trait aux principes de droit applicables, le juge du procès a commencé par souligner qu’en vertu de la règle traditionnelle, la preuve d’intoxication volontaire ne peut être admise que pour réfuter la *mens rea* des infractions d’intention spécifique. Elle ne peut être admise pour faire échec à la *mens rea* des infractions d’intention générale, dont l’infraction d’agression sexuelle. Il a ensuite examiné les arrêts de notre Cour *Leary c. La Reine*, précité, et *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833. Après avoir analysé les diverses façons de concevoir la preuve d’intoxication exposées dans ces deux arrêts, il a conclu que le point de vue de la majorité de notre Cour était représenté dans les motifs du juge Wilson (auxquels a souscrit le juge L’Heureux-Dubé) dans l’arrêt *Bernard*. Il a donc adopté le point de vue du juge Wilson portant que la preuve d’intoxication extrême voisine de l’aliénation ou de l’automatisme peut être admise pour réfuter la *mens rea* d’une infraction d’intention générale.

Le juge du procès a reconnu que le point de vue avancé par le juge Wilson pose de sérieux pro-

done by Wilson J., since it prohibits the state from exercising any means of control over an individual who commits a crime while in a state of extreme self-induced intoxication. However, the trial judge identified three responses to this concern. First, he noted that it is for the legislature, and not for the courts, to create a new offence. Secondly, he noted that even under the traditional approach, self-induced intoxication may lead to an absolute acquittal in the case of offences of specific intent such as theft for which there is no lesser and included offence of general intent. Finally, he indicated that in weighing the requirements of public protection against the requirement that the prosecution prove the existence of *mens rea* beyond a reasonable doubt, he preferred to give priority to the latter.

In the trial judge's view, the evidence did not establish that the appellant was intoxicated to the point of insanity. He also held that the evidence did not support the conclusion that the appellant only suffered a loss of memory after rather than during the incident. He reiterated his conclusion that the accused had raised a reasonable doubt as to whether he had been intoxicated to the point of automatism within the meaning of Wilson J.'s judgment in *Bernard*. Accordingly, the trial judge concluded that he had a reasonable doubt as to the existence of the minimal intent required for the offence of sexual assault. He therefore acquitted the appellant.

Quebec Court of Appeal

Brossard J.A.

Brossard J.A. began by reviewing the four opinions rendered by members of this Court in *Bernard*. He noted that the Quebec Court of Appeal in *R. v. Charest* (1990), 57 C.C.C. (3d) 312 and in *R. v. Ciciola*, C.A. Montréal, No. 500-10-000048-874, March 1, 1990, J.E. 90-629, had reasoned that a majority of the judges in *Bernard* agreed with Wilson J.'s statement that intoxication akin to insanity or automatism could negate the *mens rea* for an offence of general intent. However, he went on to point out that these two decisions were rendered prior to the Supreme Court of Canada's deci-

blèmes de protection publique, puisqu'il interdit à l'État l'exercice de quelque forme de contrôle envers un individu qui commet un crime en état d'intoxication volontaire extrême. Il a toutefois apporté trois réponses à cette question. Il a d'abord précisé que c'est au législateur et non aux tribunaux qu'il appartient de créer une nouvelle infraction. Il a ensuite noté que même selon le point de vue traditionnel, l'intoxication volontaire peut mener à un acquittement pur et simple lorsqu'une infraction d'intention spécifique comme le vol ne comporte pas d'infraction moindre et incluse d'intention générale. Il a enfin indiqué qu'en cas de conflit entre les exigences de la protection publique et la nécessité pour la poursuite de prouver la *mens rea* hors de tout doute raisonnable, il préférerait donner priorité au second élément.

De l'avis du juge du procès, la preuve n'a pas établi que l'intoxication de l'appelant avait atteint le niveau de l'aliénation mentale. En outre, rien dans la preuve ne lui permettait de conclure que l'appelant avait subi une perte de mémoire uniquement après l'incident et non pendant celui-ci. Il a réitéré sa conclusion que l'accusé avait soulevé un doute raisonnable quant à la question de savoir si son intoxication était voisine de l'automatisme au sens où l'entendait le juge Wilson dans l'arrêt *Bernard*, précité. Le juge du procès a donc conclu qu'il avait un doute raisonnable sur l'existence de l'intention minimale requise pour l'infraction d'agression sexuelle. Il a donc acquitté l'appelant.

La Cour d'appel du Québec

Le juge Brossard

Le juge Brossard a d'abord passé en revue les quatre opinions exprimées par les membres de notre Cour dans l'arrêt *Bernard*. Il a noté que la Cour d'appel du Québec, dans les arrêts *R. c. Charest* (1990), 57 C.C.C. (3d) 312 et *R. c. Ciciola*, C.A. Montréal, n° 500-10-000048-874, 1^{er} mars 1990, J.E. 90-629, avait estimé qu'une majorité des juges dans l'arrêt *Bernard* a souscrit à l'opinion du juge Wilson qu'une intoxication voisine de l'aliénation ou de l'automatisme pouvait écarter la *mens rea* d'une infraction d'intention générale. Il a toutefois souligné que ces deux arrêts ont été pro-

sion in *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865, where Lamer C.J. indicated that in his view, the question of whether intoxication akin to insanity or automatism could negate the *mens rea* of a general intent offence was still open.

Accordingly, Brossard J.A. held that the principles laid down in *Leary* and *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871, were still binding upon him and thus the defence of self-induced intoxication resulting in a state equal to or akin to automatism or insanity, with the exception of *delirium tremens*, is not available as a defence to a general intent offence.

Thus, Brossard J.A. allowed the appeal, ordering that a verdict of guilty be entered and that the record be returned to the trial judge for sentencing.

LeBel J.A. (concurring)

LeBel J.A. also concluded that the traditional position excluding a defence of self-induced intoxication for offences of general intent was not modified by this Court's decision in *Bernard*. Accordingly, like Brossard J.A. he held that he was bound to apply the traditional rule.

Point in Issue

The sole point in issue is:

Does evidence of extreme self-induced intoxication, tantamount to a state of automatism, constitute a defence to the offence of sexual assault?

This is the issue as formulated by the parties although I recognize that there is disagreement as to whether intoxication is properly characterized as a "defence". Whether it is or not is not of any sig-

noncés antérieurement à l'arrêt de la Cour suprême du Canada *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865, dans lequel le juge en chef Lamer a indiqué qu'à son avis la question de savoir si une intoxication voisine de l'aliénation mentale ou de l'automatisme pouvait écarter la *mens rea* d'une infraction d'intention générale n'avait pas encore été tranchée.

Par conséquent, le juge Brossard a conclu qu'il était toujours lié par les principes établis dans les arrêts *Leary* et *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871, et que l'intoxication volontaire entraînant un état équivalant ou apparenté à l'aliénation mentale ou à l'automatisme, exception faite du *delirium tremens*, ne pouvait être invoquée comme moyen de défense à l'encontre d'une infraction d'intention générale.

Le juge Brossard a donc accueilli l'appel et ordonné qu'un verdict de culpabilité soit inscrit et que le dossier soit retourné au juge de première instance pour qu'il détermine la peine.

Le juge LeBel (motifs concordants)

Le juge LeBel a aussi conclu que la position traditionnelle portant exclusion de la défense d'intoxication volontaire pour les infractions d'intention générale n'était pas modifiée par l'arrêt *Bernard* de notre Cour. À l'instar du juge Brossard, il a donc conclu qu'il lui était tenu d'appliquer la règle traditionnelle.

La question en litige

La seule question en litige est la suivante:

Une intoxication volontaire extrême, dont les effets sont assimilables à un état d'automatisme peut-elle constituer une défense à une infraction d'agression sexuelle?

Il s'agit là de la question en litige telle qu'elle a été formulée par les parties, encore que je reconnaisse qu'il y a désaccord pour ce qui est de savoir si l'intoxication peut, à proprement parler, être qualifiée de «défense». Cette dernière question n'a pas d'incidence dans le cadre du présent pourvoi.

nificance in this appeal. When referred to herein as a defence, it is subject to this comment.

Analysis

Sexual assault is a crime of general intent. In *Leary v. The Queen, supra*, a majority of this Court held that drunkenness is not a defence to a crime of general intent. While some of the judges of this Court have sought to overrule *Leary*, it has not happened. Accordingly, I agree with the Court of Appeal's decision that the trial judge was bound by the decision in *Leary*. Furthermore, I reject the appellant's submission that *Leary* ought to be overruled. In the remainder of these reasons I propose to trace the development of the law governing the defence of intoxication and identify the policy considerations which support the rule espoused in *Leary*. Then I will respond to the various criticisms of the *Leary* rule and in particular whether it contravenes either s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Finally, I will explain why, in my view, the alternatives which have been put forward are unsatisfactory.

A. *History of the Leary Rule*

The history of the defence of intoxication was outlined by Lord Birkenhead in the British case of *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479, at pp. 494-95:

Under the law of England as it prevailed until early in the nineteenth century voluntary drunkenness was never an excuse for criminal misconduct; and indeed the classic authorities broadly assert that voluntary drunkenness must be considered rather an aggravation than a defence. This view was in terms based upon the principle that a man who by his own voluntary act debauches and destroys his will power shall be no better situated in regard to criminal acts than a sober man . . .

Judicial decisions extending over a period of nearly one hundred years make it plain that the rigidity of this rule was gradually relaxed in the nineteenth century,

Le recours à l'expression «défense» ou «moyen de défense» dans les présents motifs se fait donc sous réserve de ce commentaire.

^a Analyse

L'agression sexuelle est une infraction d'intention générale. Dans l'arrêt *Leary c. La Reine*, précité, notre Cour à la majorité a conclu que l'ivresse ne constitue pas un moyen de défense opposable à une infraction d'intention générale. Même si certains des juges de notre Cour ont tenté de renverser l'arrêt *Leary*, cela ne s'est pas produit. Par conséquent, j'estime, à l'instar de la Cour d'appel, que le juge du procès était lié par cet arrêt. Je rejette en outre la prétention de l'appelant selon laquelle il y aurait lieu de renverser l'arrêt *Leary*. Dans les motifs qui suivent, j'entends retracer l'évolution du droit régissant la défense d'intoxication et relever les considérations d'ordre public sur lesquelles s'appuie la règle de l'arrêt *Leary*. Je répondrai ensuite aux diverses critiques portées contre cette règle, en particulier à celle qui prétend qu'elle enfreint l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. J'expliquerai enfin pourquoi, selon moi, les solutions de rechange qui ont été proposées sont insatisfaisantes.

^f A. *Historique de la règle de l'arrêt Leary*

L'historique de la défense d'intoxication a été esquissé par lord Birkenhead dans l'affaire britannique *Director of Public Prosecutions c. Beard*, [1920] A.C. 479, aux pp. 494 et 495:

[TRADUCTION] En vertu du droit en vigueur en Angleterre jusqu'au début du XIX^e siècle, l'ivresse volontaire n'a jamais constitué un moyen de défense contre la perpétration d'un crime; les auteurs classiques prétendaient même généralement que l'ivresse volontaire doit être considérée plus comme une circonstance aggravante que comme un moyen de défense. Cette façon de voir était fondée sur le principe selon lequel la personne qui volontairement détourne et détruit sa volonté ne se trouve pas dans une meilleure situation en ce qui a trait aux actes criminels que la personne qui n'a pas bu . . .

Les décisions judiciaires rendues au cours d'une période de près d'un siècle montrent clairement que la rigidité de cette règle a graduellement été assouplie au

though this mitigation cannot for a long time be affiliated upon a single or very intelligible principle.

See further R. U. Singh, "History of the Defence of Drunkenness in English Criminal Law" (1933), 49 *L.Q. Rev.* 528, and D. McCord, "The English and American History of Voluntary Intoxication to Negate *Mens Rea*" (1990), 11 *J. Legal Hist.* 372.

The intoxication "defence" as it now exists in Anglo-Canadian law is based upon three propositions set out by Lord Birkenhead in *Beard, supra*, at pp. 500-502:

1. That insanity, whether produced by drunkenness or otherwise, is a defence to the crime charged. The distinction between the defence of insanity in the true sense caused by excessive drinking, and the defence of drunkenness which produces a condition such that the drunken man's mind becomes incapable of forming a specific intention, has been preserved throughout the cases

2. That evidence of drunkenness which renders the accused incapable of forming the specific intent essential to constitute the crime should be taken into consideration with the other facts proved in order to determine whether or not he had this intent.

3. That evidence of drunkenness falling short of a proved incapacity in the accused to form the intent necessary to constitute the crime, and merely establishing that his mind was affected by drink so that he more readily gave way to some violent passion, does not rebut the presumption that a man intends the natural consequences of his acts.

Lord Birkenhead's reference to the "specific intent essential to constitute the crime" led subsequent courts to distinguish between offences of "specific" and "general" intent, and to admit the defence of intoxication only for specific intent offences. This interpretation of Lord Birkenhead's dictum was adopted by this Court in *R. v. George, supra*. A similar approach was taken in the United Kingdom in *Attorney-General for Northern Ireland v. Gallagher*, [1963] A.C. 349 (H.L.); *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963]

cours du XIX^e siècle, même si cet assouplissement n'a pu, pendant longtemps, être associé à un principe unique ou très intelligible.

a Voir en outre R. U. Singh, «History of the Defence of Drunkenness in English Criminal Law» (1933), 49 *L.Q. Rev.* 528, et D. McCord, «The English and American History of Voluntary Intoxication to Negate *Mens Rea*» (1990), 11 *J. Legal Hist.* 372.

b La «défense» d'intoxication telle qu'elle existe maintenant en droit anglo-canadien est fondée sur trois propositions mises de l'avant par lord Birkenhead dans l'arrêt *Beard*, précité, aux pp. 500 à 502:

c [TRADUCTION] 1. L'aliénation mentale, qu'elle soit causée par l'ivresse ou autrement, constitue une défense contre une accusation criminelle. La jurisprudence maintient la différence entre le moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale au sens propre, causée par un excès d'alcool, et le moyen de défense fondé sur l'ivresse rendant la personne incapable de former une intention spécifique

d 2. La preuve de l'ivresse susceptible de rendre l'accusé incapable de former l'intention spécifique qui constitue un élément essentiel du crime doit être examinée, avec le reste de la preuve, pour déterminer s'il a eu ou non cette intention.

e 3. Si la preuve de l'ivresse ne suffit pas à établir l'incapacité de former l'intention nécessaire pour constituer le crime, mais révèle simplement que l'accusé avait l'esprit assez troublé par l'alcool pour se laisser aller plus facilement à un violent accès de passion, la présomption selon laquelle toute personne est censée vouloir les conséquences naturelles de ses actes n'est pas repoussée.

f h La mention par lord Birkenhead de «l'intention spécifique qui constitue un élément essentiel du crime» a conduit les tribunaux à établir une distinction entre les infractions d'intention «spécifique» et les infractions d'intention «générale» et à admettre la défense fondée sur l'intoxication uniquement à l'égard des infractions d'intention spécifique. Cette interprétation de l'opinion incidente de lord Birkenhead a été adoptée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. George*, précité. Un point de vue semblable a été adopté au Royaume-Uni dans

A.C. 386 (H.L.); and *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1977] A.C. 443. The law of most American jurisdictions is also similar: *American Jurisprudence*, vol. 21 (2nd ed. 1981), "Criminal Law", § 155.

In Canada the unavailability of the defence of intoxication in prosecutions for rape was established in *Leary*. There, after an exhaustive review of the authorities, Pigeon J. concluded, at p. 57:

In my view, rape is a crime involving only a general intention as distinguished from a specific intention and is therefore a crime in which the defence of drunkenness can have no application.

In *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, at pp. 301-2, after referring to the decisions in *Leary* and *Swietlinski v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 956, McIntyre J., writing for the Court, held that like rape and indecent assault, sexual assault is an offence of general intent. Subsequently, in *R. v. Bernard*, *supra*, McIntyre J. (Beetz J. concurring) rejected the argument that the *Leary* rule relieves the Crown of its obligation to prove the *mens rea* of a general intent offence, stating, at pp. 878-79:

The fact that an accused may not rely on voluntary intoxication in such offences does not have that effect because of the nature of the offence and the mental elements which must be shown. The requisite state of mind may be proved in two ways. Firstly, there is the general proposition that triers of fact may infer *mens rea* from the *actus reus* itself: a person is presumed to have intended the natural and probable consequences of his actions. For example, in an offence involving the mere application of force, the minimal intent to apply that force will suffice to constitute the necessary *mens rea* and can be reasonably inferred from the act itself and the other evidence. Secondly, in cases where the accused was so intoxicated as to raise doubt as to the voluntary nature of his conduct, the Crown may meet its evidentiary obligation respecting the necessary blame-

Attorney-General for Northern Ireland c. Gallagher, [1963] A.C. 349 (H.L.); *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.); et *Director of Public Prosecutions c. Majewski*, [1977] A.C. 443. La règle est aussi semblable dans la plupart des États américains: *American Jurisprudence*, vol. 21 (2^e éd. 1981), «Criminal Law», § 155.

^b Au Canada, l'impossibilité d'invoquer l'intoxication comme moyen de défense dans des poursuites pour viol a été établie dans l'arrêt *Leary*, précité. Dans cette décision, après un examen exhaustif de la jurisprudence, le juge Pigeon a conclu, à la p. 57:

^d À mon avis, le viol est un crime qui ne requiert qu'une intention générale, par opposition à une intention spécifique, et c'est en conséquence un crime pour lequel la défense d'ivresse n'est pas recevable.

Dans l'arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, aux pp. 301 et 302, après avoir cité les arrêts *Leary* et *Swietlinski c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 956, le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la Cour, a conclu qu'à l'instar du viol et de l'attentat à la pudeur, l'agression sexuelle est une infraction exigeant une intention générale. Par la suite, dans l'arrêt *R. c. Bernard*, précité, le juge McIntyre (avec l'appui du juge Beetz) a rejeté l'argument selon lequel la règle de l'arrêt *Leary* dégage le ministère public de son obligation de prouver la *mens rea* lorsqu'il s'agit d'une infraction d'intention générale, en disant, aux pp. 878 et 879:

^h Le fait qu'un accusé ne peut invoquer l'intoxication volontaire dans le cas de ces infractions n'a pas cet effet vu la nature de l'infraction et les éléments moraux devant être démontrés. L'existence de l'état d'esprit requis peut se prouver de deux manières. Il y a d'abord la proposition générale selon laquelle les juges des faits peuvent déduire la *mens rea* de l'*actus reus* lui-même: une personne est présumée avoir voulu les conséquences naturelles et probables de ses actes. Par exemple, dans une infraction comportant le simple recours à la force, l'intention minimale d'exercer cette force suffira pour constituer la *mens rea* nécessaire et cette intention peut raisonnablement [se] déduire de l'acte lui-même et des autres éléments de preuve. Deuxièmement, dans les cas où l'accusé était intoxiqué au point de faire naître des doutes quant au caractère volontaire de sa conduite, le

worthy mental state of the accused by proving the fact of voluntary self-induced intoxication by drugs or alcohol. This was the approach suggested in *Majewski*. In most cases involving intoxication in general intent offences, the trier of fact will be able to apply the first proposition, namely, that the intent is inferable from the *actus reus* itself. As Fauteux J. observed in *R. v. George, supra*, at p. 879, it is almost metaphysically inconceivable for a person to be so drunk as to be incapable of forming the minimal intent to apply force. Hence, only in cases of the most extreme self-intoxication does the trier of fact need to use the second proposition, that is, that evidence of self-induced intoxication is evidence of the guilty mind, the blameworthy mental state.

The result of this two-fold approach is that for these crimes accused persons cannot hold up voluntary drunkenness as a defence. They cannot be heard to say: "I was so drunk that I did not know what I was doing". If they managed to get themselves so drunk that they did not know what they were doing, the reckless behaviour in attaining that level of intoxication affords the necessary evidence of the culpable mental condition. Hence, it is logically impossible for an accused person to throw up his voluntary drunkenness as a defence to a charge of general intent. Proof of his voluntary drunkenness can be proof of his guilty mind. [Emphasis in original.]

McIntyre J. also rejected the argument that accused persons who commit crimes after voluntarily consuming drugs or alcohol are morally innocent.

In her separate concurring reasons Wilson J. (L'Heureux-Dubé J. concurring) agreed with McIntyre J.'s conclusion that the evidence of intoxication in the case simply was not capable of raising a reasonable doubt as to the existence of the minimal intent required to commit the offence. In *obiter dicta* Wilson J. expressed some doubt as to whether the *Leary* rule should be applied in cases where there was evidence of extreme intoxication involving an absence of awareness akin to a state of insanity or automatism. However, she left

ministère public peut s'acquitter de son obligation de prouver que l'accusé avait l'état mental coupable nécessaire en prouvant l'intoxication volontaire que l'accusé a provoquée lui-même par la consommation de stupéfiants ou d'alcool. C'est là la démarche proposée dans l'arrêt *Majewski*. Dans la plupart des cas d'intoxication lors de la perpétration d'infractions d'intention générale, le juge des faits pourra appliquer la première proposition, savoir que l'intention peut être déduite de l'*actus reus* lui-même. Comme le fait observer le juge Fauteux dans l'arrêt *R. v. George*, précité, à la p. 879, il est presque métaphysiquement inconcevable qu'une personne soit ivre au point d'être incapable de former l'intention minimale d'avoir recours à la force. Il s'ensuit que ce n'est que dans le cas de la plus extrême intoxication volontaire que le juge des faits doit recourir à la seconde proposition, c'est-à-dire celle suivant laquelle la preuve d'intoxication volontaire démontre l'existence d'un esprit coupable, d'un état mental condamnable.

Il résulte de ce processus à deux étapes que, pour ces crimes, un accusé ne saurait soulever l'ivresse volontaire comme moyen de défense. Il ne saurait alléguer: «J'étais tellement ivre que je ne savais pas ce que je faisais.» S'il a pu s'enivrer au point d'être inconscient de ses actes, l'insouciance dont il a témoigné en se mettant dans cet état constitue la preuve nécessaire pour établir l'état mental coupable. Par conséquent, il est, du point de vue de la logique, impossible qu'une personne accusée d'une infraction d'intention générale invoque son ivresse volontaire comme moyen de défense. La preuve de son ivresse volontaire peut constituer une preuve de son esprit coupable. [Souligné dans l'original.]

Le juge McIntyre a aussi rejeté l'argument selon lequel les accusés qui commettent des crimes après s'être volontairement intoxiqués par la consommation de stupéfiants ou d'alcool sont moralement innocents.

Dans ses motifs distincts, le juge Wilson (avec l'appui du juge L'Heureux-Dubé) a souscrit à la conclusion du juge McIntyre que la preuve de l'intoxication dans cette affaire ne permettait simplement pas de soulever un doute raisonnable quant à l'existence de l'intention minimale requise pour commettre l'infraction. Dans une opinion incidente, le juge Wilson a exprimé un certain doute quant à la question de savoir si la règle de l'arrêt *Leary* devrait s'appliquer dans les cas où la preuve établit l'existence d'une intoxication extrême

this question open as it was not necessary to decide it in order to dispose of the appeal.

Dickson C.J. (Lamer J. concurring) dissented, holding that, among other things, the *Leary* rule violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. He was of the view that evidence of self-induced intoxication should be considered by the trier of fact along with other relevant evidence in determining whether the prosecution has proved beyond a reasonable doubt the *mens rea* required to constitute the offence. La Forest J. expressed his general agreement with the law as stated by Dickson C.J. thus indicating that he too doubted whether the *Leary* rule was consistent with the *Charter*. However, these comments were also *obiter dicta* since La Forest J. agreed with McIntyre and Wilson JJ. that the appeal ought to be dismissed on the ground that there was no evidence that the accused was sufficiently intoxicated to raise a reasonable doubt as to whether he possessed the *mens rea* for the offence of sexual assault. Thus, although decisions written or concurred in by a majority of the judges in *R. v. Bernard* expressed doubts about the wisdom of the decision in *Leary*, that decision was not overruled.

The availability of the intoxication defence was also considered in *R. v. Penno, supra*, in the context of the offence of having care or control of a motor vehicle while impaired. Only the judgment of Wilson J. (L'Heureux-Dubé J. concurring) called into question the correctness of the *Leary* rule.

As a result, the decision in *Leary* still stands for the proposition that evidence of intoxication can only provide a defence for offences of specific intent but not for offences of general intent. Since sexual assault is a crime of general intent, intoxication is no defence to a charge of sexual assault.

entraînant une absence de conscience voisine de l'aliénation mentale ou de l'automatisme. Elle a toutefois préféré laisser cette question en suspens puisqu'il n'était pas nécessaire de la trancher pour statuer sur le pourvoi.

Dans ses motifs de dissidence (auxquels a souscrit le juge Lamer), le juge en chef Dickson a estimé notamment que la règle de l'arrêt *Leary* enfreignait l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Selon lui, la preuve d'intoxication volontaire devrait être examinée par le juge des faits avec tous les autres éléments de preuve afin de déterminer si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence de la *mens rea* requise pour l'infraction. Le juge La Forest a exprimé son accord général avec la façon dont le juge en chef Dickson avait énoncé le droit, indiquant ainsi qu'il doutait lui aussi de la conformité à la *Charte* de la règle de l'arrêt *Leary*. Ces commentaires étaient toutefois des opinions incidentes, puisque le juge La Forest a convenu avec les juges McIntyre et Wilson que le pourvoi devrait être rejeté parce qu'il n'y avait pas de preuve établissant que l'accusé avait été suffisamment intoxiqué pour soulever un doute raisonnable quant à la question de savoir s'il avait la *mens rea* requise pour l'infraction d'agression sexuelle. Par conséquent, même si les juges majoritaires dans l'arrêt *R. c. Bernard*, précité, ont, dans leurs motifs ou dans les motifs auxquels ils ont souscrit, exprimé des doutes quant à la sagesse de l'arrêt *Leary*, celui-ci n'a pas été renversé.

La possibilité d'invoquer l'intoxication comme moyen de défense a aussi été examinée dans l'arrêt *R. c. Penno*, précité, dans le contexte de l'infraction consistant à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que sa capacité de conduire est affaiblie. Seuls les motifs du juge Wilson (auxquels a souscrit le juge L'Heureux-Dubé) ont remis en question la justesse de la règle de l'arrêt *Leary*.

Par conséquent, l'arrêt *Leary* établit toujours que la preuve d'intoxication ne peut constituer un moyen de défense qu'à l'égard des infractions d'intention spécifique, et non à l'égard des infractions d'intention générale. Puisque l'agression sexuelle est une infraction d'intention générale,

This rule is supported by sound policy considerations. One of the main purposes of the criminal law is to protect the public. This purpose would be frustrated if, as Lawton L.J. put it in the Court of Appeal in *Majewski*, *supra*, at p. 456, “the more drunk a man became, provided he stopped short of making himself insane, the better chance he had of an acquittal”. Society is entitled to punish those who of their own free will render themselves so intoxicated as to pose a threat to other members of the community. The fact that an accused has voluntarily consumed intoxicating amounts of drugs or alcohol cannot excuse the commission of a criminal offence unless it gives rise to a mental disorder within the terms of s. 16. Section 16 is not invoked in this case and therefore the circumstances in which alcohol or its effects may engage the provisions of that section are not in issue here.

B. Criticisms of the *Leary* Rule

The *Leary* rule has been roundly criticized in the academic literature as well as in the dissenting judgments of Dickson C.J. in *Leary* itself and in *R. v. Bernard*. The main grounds upon which the *Leary* rule has been attacked are as follows:

1. The *Leary* rule violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter* since it permits an accused to be convicted despite the existence of a reasonable doubt as to whether he has the *mens rea* of the offence charged.
2. The distinction between offences of specific and general intent is illogical.
3. The *Leary* rule is inconsistent with the defence of honest but mistaken belief in consent.

I will respond to each of these criticisms in turn.

l'intoxication ne peut servir de moyen de défense à une accusation en la matière. Cette règle s'appuie sur de solides considérations d'ordre public. L'un des principaux objets visés par le droit criminel est la protection du public. Cet objet serait contrecarré si, comme l'a dit le lord juge Lawton de la Cour d'appel dans l'arrêt *Majewski*, précité, à la p. 456, [TRADUCTION] «plus un homme s'enivre, sans aller jusqu'à l'aliénation mentale, plus il a de chances d'être acquitté». La société a le droit de punir ceux qui, de leur plein gré, s'intoxiquent à un point tel qu'ils constituent une menace pour les autres membres de leur collectivité. Le fait qu'un accusé a volontairement consommé des stupéfiants ou de l'alcool au point de s'intoxiquer ne peut excuser la perpétration d'une infraction criminelle, à moins qu'il ne provoque des troubles mentaux au sens de l'art. 16 du *Code*. Comme cet article n'a pas été invoqué en l'espèce, la Cour n'a pas à se prononcer sur les circonstances dans lesquelles l'alcool ou ses effets peuvent en entraîner l'application.

B. Critiques de la règle de l'arrêt *Leary*

La règle de l'arrêt *Leary* a été très critiquée dans la doctrine de même que dans les motifs de dissidence du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Leary* lui-même et dans l'arrêt *R. c. Bernard*. Les principaux motifs invoqués à l'encontre de cette règle sont les suivants:

1. La règle de l'arrêt *Leary* enfreint l'art. 7 et l'al. 11(d) de la *Charte* puisqu'elle permet la condamnation d'un accusé malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à la question de savoir s'il a la *mens rea* de l'infraction dont il est accusé.
2. La distinction entre les infractions d'intention spécifique et les infractions d'intention générale est illogique.
3. La règle de l'arrêt *Leary* est incompatible avec le moyen de défense fondé sur une croyance sincère mais erronée au consentement.

Je répondrai à chacune de ces critiques à tour de rôle.

1. The Leary Rule Violates Sections 7 and 11(d) of the Charter

The appellant's main objection to the *Leary* rule is that it allows an individual to be convicted even where the Crown has failed to prove beyond a reasonable doubt the requisite *mens rea* for the offence. This in the appellant's submission constitutes a violation of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. This objection is based upon the assumption that a particular *mens rea*, namely the intent to perform the *actus reus*, is a constitutionally required element of the offence of sexual assault. This assumption is not warranted. In my view the *Leary* rule does not relieve the Crown of the responsibility of proving the existence of a *mens rea* or any of the other elements of the offence of sexual assault which are required by the principles of fundamental justice.

As McIntyre J. pointed out in *R. v. Bernard*, only in rare cases will accused persons be able to establish that they were so intoxicated that they were unable to form the minimal intent required to commit the offence of sexual assault. Thus, in the vast majority of cases there can be no question of the *Leary* rule violating ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. However, according to the findings of the trial judge, the present case is one of the rare cases in which the accused was sufficiently intoxicated to raise a reasonable doubt as to whether he intended to commit the offence of sexual assault. Application of the *Leary* rule in circumstances such as those of the case at bar obviously permits the accused to be convicted despite the existence of a reasonable doubt as to whether he intended to perform the *actus reus* of the offence of sexual assault. In my view this does not violate either s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. None of the relevant principles of fundamental justice require that the intent to perform the *actus reus* of an offence of general intent be an element of the offence. In my opinion the requirements of the principles of fun-

1. La règle de l'arrêt Leary enfreint l'art. 7 et l'al. 11d) de la Charte

La principale objection que formule l'appelant à l'égard de la règle de l'arrêt *Leary* est qu'elle permet la condamnation d'une personne même si le ministère public n'a pas réussi à prouver hors de tout doute raisonnable la *mens rea* requise pour l'infraction. Voilà ce qui, de l'avis de l'appelant, constitue une violation de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*. Cette objection est fondée sur l'hypothèse selon laquelle une *mens rea* particulière, à savoir l'intention d'accomplir l'*actus reus*, est un élément de l'infraction d'agression sexuelle exigé par la Constitution. Cette hypothèse n'est pas justifiée. À mon avis, la règle de l'arrêt *Leary* ne dégage pas le ministère public de l'obligation de prouver l'existence d'une *mens rea* ou tout autre élément de l'infraction d'agression sexuelle qui est exigé par les principes de justice fondamentale.

Comme l'a souligné le juge McIntyre dans l'arrêt *R. c. Bernard*, ce n'est que dans de rares cas que des personnes accusées seront en mesure d'établir qu'elles étaient intoxiquées au point de ne pouvoir former l'intention minimale requise pour commettre l'infraction d'agression sexuelle. Par conséquent, dans la grande majorité des cas, on ne peut prétendre que la règle de l'arrêt *Leary* enfreint l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Toutefois, selon les conclusions du juge du procès, la présente espèce constitue l'un des rares cas où l'accusé était assez intoxiqué pour que soit soulevé un doute raisonnable quant à l'existence de l'intention de commettre l'infraction d'agression sexuelle. L'application de la règle de l'arrêt *Leary* à des circonstances comme celles de la présente espèce permet manifestement la condamnation de l'accusé malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à son intention de commettre l'*actus reus* de l'infraction d'agression sexuelle. À mon avis, cela n'enfreint ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*. Aucun des principes de justice fondamentale pertinents n'exige que l'intention de commettre l'*actus reus* d'une infraction d'intention générale soit un élément de l'infraction. À mon avis, la preuve établissant que l'accusé s'est intoxiqué volontairement

damental justice are satisfied by proof that the accused became voluntarily intoxicated.

The premise upon which the alleged breach of fundamental justice is based is that symmetry between the *actus reus*, or some aspect of it, and the *mens rea* is constitutionally required. This, it is said, is a principle of fundamental justice which is of universal application. This issue has been recently thrashed out in relation to whether consequences forming part of the *actus reus* must be foreseen on an objective or subjective basis or some variation thereof. In *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, this Court divided on this issue with respect to the crime of unlawful act manslaughter. In the view of the Chief Justice, concurred in by three other members of the Court, including myself, the mental element required was foreseeability of death on a modified objective standard. The majority opinion, however, adopted an objective standard of foreseeability but limited to bodily harm. McLachlin J., speaking for herself and three other members of the Court, enunciated the following principles relating to the alleged requirement of symmetry between the *actus reus* and the *mens rea*, at pp. 53-54:

The second assumption inherent in the argument based on symmetry between *mens rea* and each consequence of the offence is that this is not only a general rule of criminal law, but a principle of fundamental justice — a basic constitutional requirement. I agree that as a general rule the *mens rea* of an offence relates to the consequences prohibited by the offence. As I stated in *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, at p. 17, “[t]ypically, *mens rea* is concerned with the consequences of the prohibited *actus reus*.” Yet our criminal law contains important exceptions to this ideal of perfect symmetry. The presence of these exceptions suggests that the rule of symmetry is just that — a rule — to which there are exceptions. If this is so, then the rule cannot be elevated to the status of a principle of fundamental justice which must, by definition, have universal application.

satisfait aux exigences des principes de justice fondamentale.

La prémisse sur laquelle est fondée l’allégation de violation de la justice fondamentale est qu’en vertu de la Constitution, il doit exister une correspondance entre l’*actus reus*, ou quelque aspect de celui-ci, et la *mens rea*. D’après cette théorie, il s’agirait d’un principe de justice fondamentale d’application universelle. Ce point a récemment été dénigré en ce qui concerne la question de savoir si les conséquences qui font partie de l’*actus reus* doivent être prévisibles de façon objective ou subjective, ou selon une variante de ces possibilités. Dans l’arrêt *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, notre Cour était partagée sur cette question au sujet du crime d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal. Selon les motifs du Juge en chef, auxquels deux autres juges et moi-même avons souscrit, l’élément moral requis était la prévisibilité de la mort selon une norme objective modifiée. La majorité a toutefois adopté une norme objective de prévisibilité, limitée cependant aux lésions corporelles. Le juge McLachlin, qui s’est exprimée en son nom et au nom de trois autres membres de notre Cour, a formulé les principes suivants sur la question de la prétendue nécessité de correspondance entre l’*actus reus* et la *mens rea*, aux pp. 53 et 54:

L’argument fondé sur la correspondance entre la *mens rea* et chacune des conséquences de l’infraction suppose en second lieu qu’il s’agit non pas simplement d’une règle générale de droit criminel, mais d’un principe de justice fondamentale — d’une exigence constitutionnelle de base. Je conviens qu’en règle générale la *mens rea* d’une infraction se rapporte aux conséquences interdites de sa perpétration. Comme je le dis dans l’arrêt *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, à la p. 17: «[h]abituellement, la *mens rea* porte sur les conséquences de l’*actus reus* prohibé.» Il reste cependant que notre droit criminel renferme d’importantes exceptions à cet idéal de correspondance parfaite, exceptions qui, de par leur existence, indiquent que la règle de la correspondance n’est rien de plus ni de moins que cela — une règle — qui comporte certaines exceptions. S’il en est ainsi, on ne saurait élever cette règle au rang d’un principe de justice fondamentale qui, par définition, doit s’appliquer universellement.

It is important to distinguish between criminal law theory, which seeks the ideal of absolute symmetry between *actus reus* and *mens rea*, and the constitutional requirements of the *Charter*. As the Chief Justice has stated several times, "the Constitution does not always guarantee the 'ideal'" (*R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 142; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at p. 186; *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103, released concurrently, at p. 114).

I know of no authority for the proposition that the *mens rea* of an offence must always attach to the precise consequence which is prohibited as a matter of constitutional necessity. The relevant constitutional principles have been cast more broadly. No person can be sent to prison without *mens rea*, or a guilty mind, and the seriousness of the offence must not be disproportionate to the degree of moral fault. Provided an element of mental fault or moral culpability is present, and provided that it is proportionate to the seriousness and consequences of the offence charged, the principles of fundamental justice are satisfied. [Emphasis added.]

McLachlin J. continued at p. 55 as follows:

Thus when considering the constitutionality of the requirement of foreseeability of bodily harm, the question is not whether the general rule of symmetry between *mens rea* and the consequences prohibited by the offence is met, but rather whether the fundamental principle of justice is satisfied that the gravity and blameworthiness of an offence must be commensurate with the moral fault engaged by that offence. Fundamental justice does not require absolute symmetry between moral fault and the prohibited consequences.

La Forest J., who agreed with McLachlin J. that the common law definition of unlawful act manslaughter did not violate the *Charter*, stated at p. 38:

In *DeSousa*, the Court relied on earlier authorities relating to unlawful act manslaughter, the relevant charge in the present case, and for my part I cannot distinguish between the *mens rea* requirement in the two offences. That an unlawful act may result in death or

Il importe de faire une distinction entre la théorie du droit criminel, qui recherche l'idéal d'une correspondance absolue entre l'*actus reus* et la *mens rea*, et les exigences constitutionnelles que pose la *Charte*. Ainsi que l'a dit à plusieurs reprises le Juge en chef, «la Constitution ne garantit pas toujours la situation «idéale»» (*R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 142; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, à la p. 186; *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, rendu simultanément, à la p. 114).

À ma connaissance, rien n'appuie la proposition selon laquelle la *mens rea* d'une infraction doit toujours, par nécessité constitutionnelle, se rattacher à la conséquence précise prohibée. Les principes constitutionnels applicables sont de portée plus générale. Nul ne peut se voir infliger une peine d'emprisonnement en l'absence de *mens rea* ou d'une intention coupable, et il ne doit pas y avoir de disproportion entre la gravité de l'infraction et le degré de faute morale. Pourvu qu'il existe un élément de faute morale ou de culpabilité morale et à condition que cette faute ou culpabilité soit proportionnelle à la gravité et aux conséquences de l'infraction en question, les principes de justice fondamentale auront été respectés. [Je souligne.]

Et le juge McLachlin de poursuivre, à la p. 55:

Donc, en se penchant sur la constitutionnalité de l'exigence de la prévisibilité de lésions corporelles, on doit se demander non pas si la règle générale de la correspondance entre la *mens rea* et les conséquences prohibées de l'infraction a été respectée, mais bien s'il y a conformité avec le principe de justice fondamentale selon lequel la gravité et le caractère blâmable d'une infraction doivent correspondre à la faute morale liée à cette infraction. La justice fondamentale n'exige pas la symétrie absolue de la faute morale et des conséquences prohibées.

Le juge La Forest, qui a reconnu avec le juge McLachlin que la définition en common law de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal ne violait pas la *Charte*, a dit, à la p. 38:

Dans l'arrêt *DeSousa*, la Cour s'est fondée sur des arrêts antérieurs portant sur l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, l'accusation en cause en l'espèce, et, pour ma part, je ne peux établir de distinction entre l'exigence de *mens rea* relativement aux deux infractions. Qu'un acte illégal puisse entraîner la mort ou simplement des lésions corporelles est pure-

simply bodily harm is purely fortuitous. McLachlin J.'s reasoning on this point is persuasive.

The majority of the Court has, therefore, authoritatively determined that the general rule that the mental fault element of a crime must extend to the *actus reus*, including consequences forming part thereof, is subject to exceptions. It does not have universal application as a principle of fundamental justice. The principles of fundamental justice can exceptionally be satisfied provided the definition of the offence requires that a blameworthy mental element be proved and that the level of blameworthiness not be disproportionate to the seriousness of the offence. In my opinion, for the reasons that follow, these requirements are satisfied in this case and, given the history of the *Leary* rule and its underlying social utility, an exception should be made to accommodate it.

The first requirement of the principles of fundamental justice is that a blameworthy or culpable state of mind be an essential element of every criminal offence that is punishable by imprisonment. This principle reflects the fact that our criminal justice system refuses to condone the punishment of the morally innocent. As both McIntyre and Wilson JJ. pointed out in *R. v. Bernard*, individuals who render themselves incapable of knowing what they are doing through the voluntary consumption of alcohol or drugs can hardly be said to fall within the category of the morally innocent. Such individuals possess a sufficiently blameworthy state of mind that their imprisonment does not offend the principle of fundamental justice which prohibits imprisonment of the innocent. As Lord Simon of Glaisdale put it in *Majewski*, *supra*, at p. 478:

Mens rea is therefore on ultimate analysis the state of mind stigmatised as wrongful by the criminal law which, when compounded with the relevant prohibited conduct, constitutes a particular offence. There is no juristic reason why mental incapacity (short of *M'Naghten* insanity), brought about by self-induced intoxication, to realise what one is doing or its probable consequences should not be such a state of mind

ment fortuit. Le raisonnement du juge McLachlin à cet égard est convaincant.

Notre Cour à la majorité a donc déterminé de manière péremptoire que la règle générale selon laquelle l'élément de faute morale d'un crime doit s'étendre à l'*actus reus*, y compris aux conséquences qui en font partie, peut faire l'objet d'exceptions. Cette règle n'a pas une application universelle à titre de principe de justice fondamentale. On peut exceptionnellement satisfaire aux principes de justice fondamentale lorsque la définition de l'infraction exige que l'on prouve un état d'esprit blâmable et que le degré du caractère répréhensible ne soit pas disproportionné à la gravité de l'infraction. À mon avis, pour les motifs qui suivent, ces exigences sont respectées en l'espèce et, étant donné l'historique de la règle de l'arrêt *Leary* et de son rôle social sous-jacent, il y a lieu de faire une exception afin d'en tenir compte.

La première exigence des principes de justice fondamentale est qu'un état d'esprit blâmable ou coupable doit être un élément essentiel de toute infraction criminelle qui rend son auteur passible d'emprisonnement. Ce principe reflète le fait que notre système de justice criminelle refuse de tolérer la punition des personnes moralement innocentes. Comme l'ont tous deux souligné les juges McIntyre et Wilson dans l'arrêt *R. c. Bernard*, les personnes qui s'empêchent de savoir ce qu'elles font en consommant volontairement de l'alcool ou des stupéfiants peuvent difficilement être rangées dans la catégorie des personnes moralement innocentes. Ces personnes ont un état d'esprit suffisamment blâmable pour que leur emprisonnement n'enfreigne pas le principe de justice fondamentale qui interdit l'emprisonnement de l'innocent. Comme l'a dit lord Simon de Glaisdale dans l'arrêt *Majewski*, précité, à la p. 478:

[TRADUCTION] La *mens rea* est donc en dernière analyse l'état d'esprit que le droit criminel considère comme répréhensible et qu'il stigmatise en conséquence. Cet état d'esprit, lorsqu'il vient s'ajouter à la conduite prohibée en question, constitue une infraction particulière. Il n'existe aucune raison juridique pour laquelle l'incapacité mentale (lorsqu'elle n'équivaut pas à l'aliénation au sens de l'arrêt *M'Naghten*), résultant de l'intoxication

stigmatised as wrongful by the criminal law; and there is every practical reason why it should be.

The *Charter* calls for a similar response. Central to its values are the integrity and dignity of the human person. These serve to define the principles of fundamental justice. They encompass as an essential attribute and are predicated upon the moral responsibility of every person of sound mind for his or her acts. The requirement of *mens rea* is an application of this principle. To allow generally an accused who is not afflicted by a disease of the mind to plead absence of *mens rea* where he has voluntarily caused himself to be incapable of *mens rea* would be to undermine, indeed negate, that very principle of moral responsibility which the requirement of *mens rea* is intended to give effect to.

The second requirement of the principles of fundamental justice is that punishment must be proportionate to the moral blameworthiness of the offender. This was held to be a principle of fundamental justice in *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633, and *R. v. Creighton*, *supra*. There are a few crimes in respect of which a special level of *mens rea* is constitutionally required by reason of the stigma attaching to a conviction and by reason of the severity of the penalty imposed by law. Accordingly, murder and attempted murder require a *mens rea* based on a subjective standard. No exception from the principle of fundamental justice should be made with respect to these offences and, as specific intent offences, drunkenness is a defence.

By contrast, sexual assault does not fall into the category of offences for which either the stigma or the available penalties demand as a constitutional requirement subjective intent to commit the *actus reus*. Sexual assault is a heinous crime of violence.

volontaire, de se rendre compte de ses actes ou de leurs conséquences probables ne devrait pas constituer précisément ce genre d'état d'esprit que le droit criminel considère comme répréhensible et qu'il stigmatise en conséquence; de fait, sur le plan pratique, il y a de très bonnes raisons de la ranger dans cette catégorie.

La *Charte* appelle une réponse semblable. Elle compte parmi ses valeurs primordiales l'intégrité et la dignité de la personne, qui servent à définir les principes de justice fondamentale. Ces valeurs englobent comme attribut essentiel la responsabilité morale de toute personne saine d'esprit à l'égard de ses actes et sont fondées sur cette responsabilité. L'exigence de la *mens rea* est une application de ce principe. Permettre de façon générale à un accusé qui ne souffre pas d'une maladie mentale de plaider l'absence de *mens rea* alors qu'il s'est volontairement mis dans un état tel qu'il ne peut avoir d'intention coupable minerait, voire réfuterait, le principe même de la responsabilité morale que l'exigence de la *mens rea* vise à appliquer.

La deuxième exigence des principes de justice fondamentale est que la punition doit être proportionnelle au caractère moralement blâmable de l'auteur de l'infraction. Cela a été établi comme principe de justice fondamentale dans les arrêts *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, et *R. c. Creighton*, précité. Il existe certaines infractions pour lesquelles un degré spécial de *mens rea* est une exigence constitutionnelle en raison des stigmates rattachés à une condamnation et en raison de la gravité de la peine infligée par la loi. Ainsi, le meurtre et la tentative de meurtre exigent une *mens rea* fondée sur une norme subjective. Aucune exception ne devrait être apportée au principe de justice fondamentale à l'égard de ces infractions, mais, à titre d'infractions d'intention spécifique, on peut leur opposer l'ivresse comme moyen de défense.

Par contre, l'agression sexuelle ne fait pas partie des infractions pour lesquelles soit les stigmates qui s'y rattachent soit les peines qu'elles entraînent exigent du point de vue constitutionnel l'intention subjective pour qu'il y ait *actus reus*. L'agression

Those found guilty of committing the offence are rightfully submitted to a significant degree of moral opprobrium. That opprobrium is not misplaced in the case of the intoxicated offender. Such individuals deserve to be stigmatized. Their moral blameworthiness is similar to that of anyone else who commits the offence of sexual assault and the effects of their conduct upon both their victims and society as a whole are the same as in any other case of sexual assault. Furthermore, the sentence for sexual assault is not fixed. To the extent that it bears upon his or her level of moral blameworthiness, an offender's degree of intoxication at the time of the offence may be considered during sentencing. Taking all of these factors into account, I cannot see how the stigma and punishment associated with the offence of sexual assault are disproportionate to the moral blameworthiness of a person like the appellant who commits the offence after voluntarily becoming so intoxicated as to be incapable of knowing what he was doing. The fact that the *Leary* rule permits an individual to be convicted despite the absence of symmetry between the *actus reus* and the mental element of blameworthiness does not violate a principle of fundamental justice.

It is further contended that the *Leary* rule violates the presumption of innocence because it permits an individual to be convicted despite the existence of a reasonable doubt as to whether or not that individual performed the *actus reus* of his or her own volition. This argument is premised upon the assumption that voluntariness is a constitutionally required element of the *actus reus* of an offence of universal application. Again, I do not think that this assumption is warranted.

It is true that as a general rule, an act must be the voluntary act of an accused in order for the *actus reus* to exist. See *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871, at p. 896, *per* La Forest J., and *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, at p. 17, *per* McLach-

sexuelle est un crime de violence haineux. Ceux qui sont reconnus coupables d'avoir commis cette infraction sont à bon droit couverts d'un important degré d'opprobre moral. Cet opprobre n'est pas déplacé dans le cas du criminel intoxiqué. Ces personnes méritent d'être stigmatisées. Leur culpabilité morale s'apparente à celle de quiconque se rend coupable de l'infraction d'agression sexuelle, et les effets de leur conduite sur leurs victimes comme sur la société dans son ensemble sont les mêmes que ceux qui découlent de tout autre cas d'agression sexuelle. En outre, la peine pour l'infraction d'agression sexuelle n'est pas fixe. Dans la mesure où il a un effet sur le niveau de sa culpabilité morale, le degré d'intoxication de l'auteur au moment du crime peut être pris en considération lors de la détermination de la peine. Compte tenu de tous ces facteurs, je ne vois pas comment les stigmates et la punition liés à l'infraction d'agression sexuelle sont disproportionnés par rapport à la culpabilité morale d'une personne comme l'appellant qui a commis l'infraction après s'être volontairement intoxiqué au point d'être incapable de savoir ce qu'il faisait. Le fait que la règle de l'arrêt *Leary* permette de condamner une personne malgré l'absence de correspondance entre l'*actus reus* et l'élément moral d'esprit blâmable n'enfreint pas un principe de justice fondamentale.

On a en outre fait valoir que la règle de l'arrêt *Leary* viole la présomption d'innocence car elle permet la condamnation d'une personne malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à la question de savoir si celle-ci a perpétré l'*actus reus* de son plein gré. Cet argument est fondé sur l'hypothèse selon laquelle le caractère volontaire est, en vertu d'une exigence constitutionnelle, un élément requis de l'*actus reus* d'une infraction qui s'applique universellement. Encore une fois, je ne crois pas que cette hypothèse soit justifiée.

Il est vrai que, en règle générale, il faut un acte volontaire d'un accusé pour qu'existe l'*actus reus*. Voir les motifs du juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871, à la p. 896, et ceux du juge McLachlin dans l'arrêt *R. c. Théroux*, [1993]

lin J. This, as in the case of *mens rea*, is a general rule of the criminal law, but when elevated to a principle of fundamental justice it too, exceptionally, is not absolute. One well-recognized exception is made relating to the defence of non-insane automatism. As I explain below, automatism does not apply to excuse an offence if the accused's state is brought on by his or her own fault. The condition of automatism deprives the accused of volition to commit the offence but the general rule gives way to the policy that, in the circumstances, the perpetrator who by his or her own fault brings about the condition should not escape punishment. An accused person who voluntarily drinks alcohol or ingests a drug to the extent that he or she becomes an automaton is in the same position. The rules of fundamental justice are satisfied by a showing that the drunken state was attained through the accused's own blameworthy conduct.

2. The Distinction Between Offences of Specific and General Intent is Irrational

Another criticism of the current rules governing the availability of the intoxication defence is that the distinction between offences of specific and general intent is illogical. Critics of the rule contend that there is no principled basis for distinguishing between offences of general and specific intent and thus there is no logical reason why intoxication should be a defence to offences of specific intent but not to offences of general intent.

The appellant does not, however, take issue with the proposition that in general the distinction between offences of specific and general intent is a valid one. His submission is that when drunkenness reaches the stage of automatism, the distinction should no longer apply. This essentially was the tentative view of Wilson J. as expressed in her

2 R.C.S. 5, à la p. 17. À l'instar de la *mens rea*, il s'agit d'une règle générale du droit criminel, mais lorsqu'elle est élevée au rang de principe de justice fondamentale, elle non plus, par exception, n'est pas absolue. Une exception bien reconnue a trait à la défense d'automatisme sans aliénation mentale. Comme je l'explique plus loin, l'automatisme ne sert pas à excuser une infraction si l'état de l'accusé découle de sa propre faute. L'état d'automatisme prive l'accusé de la volonté de commettre l'infraction, mais la règle générale cède à la considération d'ordre public en vertu de laquelle, dans les circonstances, l'auteur du crime qui, par sa propre faute, est à l'origine de son état ne devrait pas échapper à la punition. L'accusé qui, volontairement, boit de l'alcool ou consomme des stupéfiants au point de tomber dans un état d'automatisme se trouve dans la même situation. Pour que soient respectées les règles de justice fondamentale, il suffit de montrer que l'état d'ivresse a été déclenché par la conduite blâmable de l'accusé.

2. La distinction entre les infractions d'intention spécifique et les infractions d'intention générale est illogique

Une autre critique formulée à l'encontre des règles actuelles régissant la possibilité d'invoquer l'intoxication comme moyen de défense veut que la distinction entre les infractions d'intention spécifique et les infractions d'intention générale soit illogique. Les critiques de la règle prétendent qu'il n'existe aucun fondement de principe pour établir une distinction entre les infractions d'intention générale et les infractions d'intention spécifique et, partant, aucune raison logique pour que l'intoxication soit un moyen de défense opposable à des infractions d'intention spécifique mais non à des infractions d'intention générale.

L'appelant n'attaque cependant pas le principe de la validité générale de la distinction entre les infractions d'intention spécifique et les infractions d'intention générale. Il prétend seulement que lorsque l'ivresse atteint le stade de l'automatisme, cette distinction ne devrait plus s'appliquer. Cela rejoint essentiellement l'état de la réflexion qu'ex-

obiter statement in *R. v. Bernard* to which I referred above.

Notwithstanding the position of the appellant, I propose to briefly address the criticism of the rule that it is illogical. In my view, the concept has strong policy underpinnings which, despite the fact that its definition and application may have produced some illogical results, have permitted it to survive for over 150 years in England and to be adopted in Canada and most states of the United States.

The original concept that in some cases intoxication can negate *mens rea* was developed by Stephen J. in the nineteenth century in *R. v. Doherty* (1887), 16 Cox C.C. 306. Subsequently, in *R. v. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168, Stephen J. explained the notion of *mens rea* by stating that the full definition of every offence contains, expressly or by implication, the requisite mental element. The task initially of defining the mental element is for the legislature but since frequently the statutory definition contains no explanation of this element it falls to the courts to do so. This definition, once arrived at, will reveal the purpose of the offence, that is, what is the social policy sought to be attained by criminalizing the particular conduct. The nature of the mental element and its relative importance serve as strong indicators as to whether drunkenness should be allowed to negate the mental element. If the policy sought to be advanced by the definition of the crime is not furthered by punishing those who lack the required mental state by reason of drunkenness, then it should be allowed to be introduced as a defence.

Although Stephen J. did not specifically label the distinction between offences in which drunkenness was admitted as a defence and those in which it was not, in *Director of Public Prosecutions v. Beard, supra*, these terms were formalized and have been used ever since not only in England but in other jurisdictions.

posait le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Bernard*, dans l'opinion incidente à laquelle j'ai déjà fait référence.

En dépit de la position de l'appelant, j'entends examiner brièvement la critique selon laquelle la règle serait illogique. À mon avis, ce concept repose sur de solides considérations d'ordre public qui, malgré les résultats illogiques que sa définition et son application ont à l'occasion entraînés, lui ont permis de survivre pendant plus de 150 ans en Angleterre et d'être adopté au Canada et dans la plupart des États américains.

Le concept original selon lequel l'intoxication peut, dans certains cas, réduire à néant la *mens rea* a été élaboré par le juge Stephen au XIX^e siècle, dans *R. c. Doherty* (1887), 16 Cox C.C. 306. Par la suite, dans *R. c. Tolson* (1889), 23 Q.B.D. 168, le juge Stephen a expliqué le concept de *mens rea* en disant que la définition intégrale de chaque infraction comprend, expressément ou implicitement, l'élément moral requis. C'est au législateur qu'appartient la tâche de définir pour la première fois l'élément moral mais, comme il arrive souvent que la définition d'origine législative ne donne aucune explication à ce sujet, les tribunaux sont souvent obligés d'y suppléer. Dès qu'elle est établie, cette définition révèle l'objet de l'infraction, c'est-à-dire la politique sociale que le législateur cherche à appliquer en criminalisant la conduite particulière visée. La nature et l'importance relative de l'élément moral servent d'indices privilégiés pour déterminer si l'intoxication devrait pouvoir réduire l'élément moral à néant. Si la punition des auteurs privés de l'état d'esprit requis par suite de leur ivresse ne favorise pas la considération d'ordre public qui sous-tend la définition de l'infraction, l'intoxication devrait être admissible comme moyen de défense.

Même si le juge Stephen n'a pas expressément défini la distinction entre les infractions susceptibles d'être réduites à néant par un moyen de défense fondé sur l'ivresse et celles qui ne l'étaient pas, l'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Beard*, précité, l'a fait en des termes qui ont été repris depuis, non seulement en Angleterre, mais aussi dans d'autres ressorts.

By reason of the fact that the mental element for various crimes varies from crime to crime and must frequently be implied from the nature of the offence and the wording of the statute, classification of specific and general intent offences has occurred on a case-by-case basis. This approach is bound to result in some illogical results which are exacerbated by applying the terms "specific" and "general" without regard to their policy underpinnings. In my opinion the terms "specific" and "general" in themselves do not fully spell out the policy that lies behind their use and should not be applied as if they were rigid statutory standards. Regard must be had for the policy behind them as outlined above.

The principles that emerge from the cases which serve as guidelines in classifying offences as specific or general intent offences are as follows. General intent offences as a rule are those which require the minimal intent to do the act which constitutes the *actus reus*. Proof of intent is usually inferred from the commission of the act on the basis of the principle that a person intends the natural consequences of his or her act. Without attempting to exhaust the policy reasons for excluding the defence of drunkenness from this category of offences, I would observe that it is seldom, even in cases of extreme drunkenness, that a person will lack this minimal degree of consciousness. Moreover, these are generally offences that persons who are drunk are apt to commit and it would defeat the policy behind them to make drunkenness a defence.

Specific intent offences are as a rule those that require a mental element beyond that of general intent offences and include "those generally more serious offences where the *mens rea* must involve not only the intentional performance of the *actus reus* but, as well, the formation of further ulterior motives and purposes" (*per McIntyre J. in R. v.*

Comme l'élément moral varie d'une infraction à l'autre et qu'il doit souvent être déduit de la nature de l'infraction et du libellé de la disposition législative, la classification des infractions d'intention générale et d'intention spécifique s'est élaborée au cas par cas. Cette démarche entraîne inévitablement certains résultats illogiques, d'autant plus lorsque les qualificatifs «spécifique» et «générale» sont appliqués sans égard aux considérations d'ordre public qui les sous-tendent. À mon avis, les qualificatifs «spécifique» et «générale» n'expriment pas en soi la considération d'ordre public qui sous-tend leur emploi, et ils ne devraient pas être appliqués comme s'ils constituaient des normes strictes d'origine législative. Il faut plutôt tenir compte de la considération d'ordre public qui les fonde, comme je l'ai déjà montré.

Les principes suivants découlent des arrêts qui établissent les lignes directrices de la classification des infractions d'intention générale ou d'intention spécifique. En règle générale, les infractions d'intention générale exigent l'intention minimale d'accomplir l'acte qui constitue l'*actus reus*. La preuve de l'intention est habituellement déduite de la perpétration de l'acte suivant le principe qui veut qu'une personne soit présumée vouloir les conséquences naturelles de ses actes. Sans chercher à décrire de façon exhaustive les motifs d'ordre public qui militent en faveur de l'exclusion de la défense d'ivresse pour cette catégorie d'infractions, je voudrais faire remarquer qu'il est rare, même lorsqu'il s'agit de cas d'ivresse extrême, qu'une personne soit dépourvue de ce degré minimal de conscience. En outre, il s'agit généralement d'infractions que des personnes en état d'ébriété sont susceptibles de commettre, de sorte que ce serait contredire la considération d'ordre public qui les sous-tend que d'admettre l'ivresse comme moyen de défense.

En règle générale, les infractions d'intention spécifique exigent un élément moral plus élevé que celui des infractions d'intention générale, et comprennent les «infractions généralement plus graves pour lesquelles la *mens rea* doit comprendre non seulement l'accomplissement intentionnel de l'*actus reus*, mais aussi l'existence d'autres motifs et

Bernard, supra, at p. 880). These are often referred to as "ulterior intent" offences. See *Majewski, supra*. Professor Colvin, in "A Theory of the Intoxication Defence" (1981), 59 *Can. Bar Rev.* 750, correctly points out that it is the further intent in addition to the basic intent that is the hallmark of ulterior intent offences. The policy behind this classification is in part the importance of the mental element over and above the minimal intent required for general intent offences. This distinction demands that the accused not be convicted if the added important mental state is negated by the drunken condition of the accused. Failure to prove the added element will often result in conviction of a lesser offence for which the added element is not required. One example is the offence of assault to resist or prevent arrest which is a specific intent offence. Absent the intent to resist arrest, the accused would be convicted of assault *simpliciter*, a general intent offence.

In addition to the ulterior intent offences there are certain offences which by reason of their serious nature and the importance of the mental element are classed as specific intent offences notwithstanding that they do not fit the criteria usually associated with ulterior intent offences. The outstanding example is murder. This is the most serious of criminal offences which carries a fixed penalty. By reason of the importance of the required mental element and the fixed penalty, this offence is classified as a specific intent offence. The defence of drunkenness is allowed so as to reduce the crime to manslaughter tempering the harshness of the law which precludes drunkenness as a consideration as to sentence. The classification of murder as a specific intent offence illustrates the proper application of policy in a case in which the application of the normal criteria might lead to a different result.

desseins» (le juge McIntyre dans l'arrêt *R. c. Bernard*, précité, aux pp. 880 et 881). On les décrit souvent comme des infractions d'«intention cachée». Voir *Majewski*, précité. Dans son article intitulé «A Theory of the Intoxication Defense» (1981), 59 *R. du B. can.* 750, le professeur Colvin souligne avec raison que c'est l'intention supplémentaire, en plus de l'intention de base, qui est la marque des infractions d'intention cachée. Cette classification repose en partie sur l'importance de l'élément moral par rapport à l'intention minimale requise pour les infractions d'intention générale. En vertu de cette distinction, l'accusé ne sera pas reconnu coupable si l'important élément moral supplémentaire est réduit à néant par son état d'ivresse. Dans les cas où la preuve de l'élément supplémentaire ne peut être établie, il y a souvent condamnation pour une infraction moindre qui n'exige pas l'élément supplémentaire. Citons à titre d'exemple l'infraction de voies de fait dans l'intention de résister à une arrestation ou de l'empêcher, qui est une infraction d'intention spécifique. À défaut de l'intention de résister à une arrestation, l'accusé pourrait être déclaré coupable de voies de fait simples, soit une infraction d'intention générale.

Outre les infractions d'intention cachée, il est certaines infractions qui, en raison de leur gravité et de l'importance de leur élément moral, sont mises au nombre des infractions d'intention spécifique même si elles ne correspondent pas aux critères généralement reconnus des infractions d'intention cachée. L'exemple le plus significatif est le meurtre. Il s'agit là de la plus grave des infractions criminelles, qui commande une peine fixe. En raison de l'importance de l'élément moral requis et de la peine fixe, cette infraction est placée au rang des infractions d'intention spécifique. La défense d'ivresse est admissible pour réduire l'infraction à celle d'homicide involontaire coupable, ce qui permet de tempérer la rigueur de la loi qui exclut l'ivresse comme facteur de détermination de la peine. La classification du meurtre au rang des infractions d'intention spécifique illustre la juste application des considérations d'ordre public dans un cas où l'application des critères habituels pourrait entraîner un résultat différent.

I accept that the application of the terms “specific” and “general” may lead to some illogical results. This is not surprising in light of the circumstances outlined above. Moreover, even the clearest unifying principle will in its application not produce perfect harmony. I am, however, convinced that the underlying policy of the *Leary* rule is sound. I am of the opinion that the criticism of the rule on the grounds of illogicality has been overdone. Applying criteria similar to the above, Professor Colvin has been able to explain “the broad pattern of the decisions emanating from the courts”. See Colvin, *supra*, at p. 768.

With respect to the fact that some illogicality exists, I would refer to the statement of Lord Salmon in *Majewski*, *supra*, at pp. 483-84:

... I accept that there is a degree of illogicality in the rule that intoxication may excuse or expunge one type of intention and not another. This illogicality is, however, acceptable to me because the benevolent part of the rule removes undue harshness without imperilling safety and the stricter part of the rule works without imperilling justice. It would be just as ridiculous to remove the benevolent part of the rule (which no one suggests) as it would be to adopt the alternative of removing the stricter part of the rule for the sake of preserving absolute logic. Absolute logic in human affairs is an uncertain guide and a very dangerous master.

McIntyre J. expressed a similar view in *R. v. Bernard* stating, at p. 878, that “any logical weakness in this position is justified on the basis of sound social policy”.

Rather than jettison a rule that has stood for over 150 years, I would prefer to clarify the distinction in terms of its underlying roots. This requires that the mental element of offences be clearly identified and defined. This will assist in establishing the importance of the mental element as well as the purpose to be served in criminalizing the conduct. In applying the criteria for the identification of offences of specific and general intent, it can then

Je reconnais que les qualificatifs «spécifique» et «générale» peuvent à l’occasion donner lieu à certains résultats illogiques. Cela n’est pas étonnant compte tenu des circonstances décrites précédemment. En outre, même le principe unificateur le plus clair peut, une fois appliqué, ne pas produire une harmonie parfaite. Je demeure toutefois convaincu que la considération d’ordre public qui sous-tend la règle de l’arrêt *Leary* est fondée. J’estime que la critique selon laquelle cette règle serait illogique est exagérée. Après avoir appliqué des critères semblables à ceux que j’ai exposés, le professeur Colvin a réussi à expliquer [TRADUCTION] «les tendances générales des décisions judiciaires». Voir Colvin, *loc. cit.*, à la p. 768.

En ce qui a trait à l’existence d’un certain illogisme, je reprendrai les propos de lord Salmon dans l’arrêt *Majewski*, précité, aux pp. 483 et 484:

[TRADUCTION] ... je conviens de l’existence d’un certain illogisme dans la règle selon laquelle l’intoxication peut excuser ou effacer un type d’intention, mais non un autre. J’accepte cependant cet illogisme, parce que la règle, dans son aspect indulgent, évite toute sévérité excessive sans pour autant nuire à la sécurité tandis que, dans son aspect rigoureux, elle s’applique de manière à ne pas nuire à la justice. Il serait tout aussi ridicule de supprimer l’aspect indulgent de la règle (ce que personne ne propose d’ailleurs) que d’adopter l’autre possibilité qui consiste à lui enlever son aspect rigoureux dans l’intérêt d’une logique absolue. Dans les affaires humaines, la logique absolue est un guide peu sûr et un maître très dangereux.

Le juge McIntyre a exprimé un point de vue semblable dans l’arrêt *R. c. Bernard*, en disant, à la p. 878, que «toute faiblesse que peut comporter ce point de vue sur le plan de la logique est justifiée par des raisons qui relèvent d’une saine politique sociale».

Plutôt que d’abandonner une règle qui subsiste depuis plus de 150 ans, je préfère clarifier la distinction à partir de ses racines sous-jacentes. Il faut pour cela identifier et définir clairement l’élément moral des infractions. Cela devrait nous aider à établir l’importance de l’élément moral de même que le but visé par la criminalisation de la conduite. À partir des critères permettant d’identifier les infractions d’intention spécifique et les infrac-

be determined whether their application in a particular case serves the public interest in punishing the offender notwithstanding the absence of the *mens rea* associated with the offence.

This approach is particularly apt when application of the normal criteria relating to general and specific intent offences does not lead to a clear conclusion. A case in the Supreme Court of California, *People v. Hood*, 462 P.2d 370 (1969), provides a good illustration. The defendant was convicted of the offences of assault with a deadly weapon upon a peace officer and assault with intent to murder a police officer. On appeal Traynor C.J. considered whether evidence of the appellant's intoxication should be considered with respect to the offence of assault with a deadly weapon upon a peace officer or the included offences of simple assault or assault with a deadly weapon. Applying the criteria relating to specific and general intent he found that the offences could be placed in either class. It was therefore necessary to rely "on other considerations" (p. 378). After considering the nature of the offence, the mental requirement and the effect of alcohol on human behaviour he concluded as follows, at p. 379:

It would therefore be anomalous to allow evidence of intoxication to relieve a man of responsibility for the crimes of assault with a deadly weapon or simple assault, which are so frequently committed in just such a manner.

Applying the relevant criteria in this way, I see no reason to disagree with the traditional classification of sexual assault as an offence of general intent. Accordingly, the Court of Appeal was right in holding that the *Leary* rule applies and drunkenness cannot be relied on to negative the requisite intent.

tions d'intention générale, il est possible de déterminer si leur application à un cas donné sert la cause de l'intérêt public en punissant le contrevenant malgré l'absence de la *mens rea* requise par l'infraction.

Cette façon de voir est particulièrement utile lorsque l'application des critères normaux de distinction entre les infractions d'intention générale et les infractions d'intention spécifique ne permet pas de tirer une conclusion claire. Une décision de la Cour suprême de la Californie, *People c. Hood*, 462 P.2d 370 (1969), illustre bien cette situation. Le défendeur avait été reconnu coupable des infractions de voies de fait avec une arme meurtrière à l'endroit d'un agent de la paix et de voies de fait dans l'intention d'assassiner un policier. En appel, le juge en chef Traynor s'est demandé si la preuve de l'intoxication de l'appelant devrait être prise en considération à l'égard de l'infraction de voies de fait avec une arme meurtrière à l'endroit d'un agent de la paix ou des infractions incluses de voies de fait simples ou de voies de fait avec une arme meurtrière. En appliquant les critères relatifs à l'intention spécifique et générale, il a conclu que les infractions pouvaient être placées dans l'une ou l'autre catégorie. Il a donc dû se fonder [TRADUCTION] «sur d'autres considérations» (p. 378). Après avoir examiné la nature de l'infraction, l'élément moral requis et l'effet de l'alcool sur le comportement humain, il a conclu, à la p. 379:

[TRADUCTION] Il serait par conséquent anormal de permettre qu'une preuve d'intoxication dégage une personne de sa responsabilité pour des infractions de voies de fait avec une arme meurtrière ou de voies de fait simples, qui sont si souvent commises dans cet état.

En appliquant ainsi les critères pertinents, je ne vois aucune raison de rejeter la classification traditionnelle de l'agression sexuelle comme infraction d'intention générale. Par conséquent, c'est à bon droit que la Cour d'appel a conclu que la règle de l'arrêt *Leary* s'applique et que l'ivresse ne peut être invoquée comme moyen de défense pour réfuter l'intention requise.

3. Leary is Inconsistent With the Defence of Honest But Mistaken Belief in Consent

3. L'arrêt Leary est incompatible avec la défense de croyance sincère mais erronée au consentement

a

In *R. v. Bernard*, Dickson C.J. contended that the decision in *Leary* is inconsistent with the decisions in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; and *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918, which established that an honest but mistaken belief in consent will negate the *mens rea* required for rape, indecent assault or sexual assault (a proposition affirmed in this Court's recent decision in *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595). Whether or not self-induced intoxication may be considered a factor capable of inducing an honest but mistaken belief in consent is not presently before the Court and therefore I do not wish to express an opinion on this issue. However, I note that it is possible to reconcile the policy underlying the decision in *Leary* with the decisions in *Pappajohn* etc. This is illustrated by *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359 (Ont. C.A.), in which Martin J.A. held that as a result of *Leary* an accused cannot rely on self-induced intoxication as the basis for his belief that the complainant consented, but this does not preclude an accused from relying upon other grounds for such a belief. The test is whether the accused would have made the same mistake if he had been sober. See also *R. v. Murray* (1986), 31 C.C.C. (3d) 323 (N.S.S.C.A.D.). Whether the drunkenness can be relied on to advance a defence of honest belief may involve policy considerations other than those that I have canvassed in this case and I prefer to leave that matter for another day. A conclusion in the affirmative would not necessarily be inconsistent with the application of *Leary* to offences of general intent.

Dans l'arrêt *R. c. Bernard*, précité, le Juge en chef Dickson a fait valoir que l'arrêt *Leary* est incompatible avec les arrêts *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; et *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, qui ont établi qu'une croyance sincère mais erronée au consentement réduira à néant la *mens rea* requise pour les infractions de viol, d'attentat à la pudeur ou d'agression sexuelle (proposition confirmée par l'arrêt récent de notre Cour *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595). En l'espèce, notre Cour n'a pas à déterminer si l'intoxication volontaire peut être considérée comme un facteur susceptible de donner lieu à une croyance sincère mais erronée au consentement, de sorte que je n'entends pas exprimer d'opinion à cet égard. Je note toutefois qu'il est possible de concilier la considération d'ordre public qui sous-tend l'arrêt *Leary* et les décisions des arrêts *Pappajohn* et autres. Ce point de vue est illustré dans l'arrêt *R. c. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359 (C.A. Ont.), où le juge Martin a conclu que, par suite de l'arrêt *Leary*, l'accusé ne peut invoquer son intoxication volontaire comme fondement de sa croyance que la plaignante consentait, mais que cela ne l'empêche pas de se fonder sur d'autres motifs pour établir cette croyance. Le critère consiste à se demander si l'accusé aurait fait la même erreur s'il n'avait pas bu. Voir aussi *R. c. Murray* (1986), 31 C.C.C. (3d) 323 (C.A.N.-É. Div. app.). L'admissibilité de l'ivresse comme fondement de la défense d'une croyance sincère mais erronée au consentement peut impliquer des considérations d'ordre public autres que celles que j'ai exposées en l'espèce, de sorte que je préfère réserver cette question pour une autre occasion. Une conclusion par l'affirmative ne serait pas nécessairement incompatible avec l'application de la règle de l'arrêt *Leary* à des infractions d'intention générale.

C. *Alternatives to the Leary Rule*

A number of alternatives to the *Leary* rule were put forward. First, it was suggested that an extreme case of intoxication could be treated as akin to automatism. Second, it was suggested that it be treated as insanity. Finally, it was suggested that a third category be developed which would be a state equivalent to automatism but without the fault exception. This would be required to be proved on a balance of probabilities and perhaps would require the accused to continue in custody as in the case of insanity. In my view the alternatives are equally unsatisfactory.

In *R. v. Revelle* (1979), 48 C.C.C. (2d) 267 (Ont. C.A.), aff'd [1981] 1 S.C.R. 576, Martin J.A. stated at p. 272:

It is well established that if automatism is produced solely by drunkenness only the defence of drunkenness, which is limited to crimes of specific intent, need be left to the jury.

See also *R. v. Hartridge*, [1967] 1 C.C.C. 346 (Sask. C.A.); *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513, at p. 552, per Dickson J. (dissenting), and *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, *supra*.

This proposition is only one manifestation of the more general rule that the defence of automatism is not available to a person whose automatous state is caused by his or her own fault or negligence. This rule recognizes that an individual who through his own fault or negligence renders himself intoxicated and subsequently commits a criminal offence is not entitled to the acquittal which would follow if the defence of automatism were made out. Such an individual is far from blameless. I see no reason to reject the authorities cited above and make the defence of automatism available to such an individual.

A second alternative to the *Leary* rule which has been suggested was that extreme cases of intoxication might be treated as insanity. I should note that

C. *Solutions de rechange à la règle de l'arrêt Leary*

Un certain nombre d'autres solutions ont été proposées pour remplacer la règle de l'arrêt *Leary*. On a d'abord suggéré de traiter les cas d'extrême intoxication comme des cas d'automatisme. On a aussi suggéré de les traiter comme des cas d'aliénation. On a enfin proposé la création d'une troisième catégorie qui serait un état équivalant à l'automatisme, mais sans l'exception relative à la faute. La preuve se ferait selon la prépondérance des probabilités et obligerait peut-être l'accusé à demeurer en détention comme dans les cas d'aliénation mentale. À mon avis, toutes ces pistes sont aussi insatisfaisantes les unes que les autres.

Dans l'arrêt *R. c. Revelle* (1979), 48 C.C.C. (2d) 267 (C.A. Ont.), conf. par [1981] 1 R.C.S. 576, le juge Martin a dit, à la p. 272:

[TRADUCTION] Il est bien établi que si l'automatisme découle uniquement de l'ivresse, seul la défense d'ivresse, qui se limite aux infractions d'intention spécifique, peut être soumise à l'appréciation du jury.

Voir aussi *R. c. Hartridge*, [1967] 1 C.C.C. 346 (C.A. Sask.); *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513, à la p. 552, le juge Dickson (dissident), et *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, précité.

Ce principe n'est qu'une des manifestations de la règle plus générale portant que la défense d'automatisme ne peut être invoquée par la personne dont l'état d'automatisme a été causé par sa propre faute ou négligence. Cette règle reconnaît que la personne qui, par sa propre faute ou négligence, s'intoxique volontairement puis commet une infraction criminelle n'a pas droit à l'acquiescement que déclencherait normalement la défense d'automatisme si elle était établie. Cette personne est loin d'être sans reproche. Je ne vois aucune raison de rejeter la jurisprudence susmentionnée et de permettre à une telle personne d'invoquer la défense d'automatisme.

Une deuxième solution de rechange à la règle de l'arrêt *Leary* serait de traiter les cas d'extrême intoxication comme s'il s'agissait d'aliénation

both at trial and on appeal counsel for the appellant conceded that there was no evidence to suggest that the appellant was insane. In my view this point was properly conceded because as the law currently stands the evidence did not support the conclusion that the appellant was insane.

In order to support the defence of insanity an accused must show that he was suffering from a disease of the mind. Consumption of alcohol or drugs may give rise to conditions such as *delerium tremens* and certain other psychoses which qualify as diseases of the mind. This is made clear by Lord Birkenhead's first proposition in *Beard, supra*, as well as by the decisions in cases such as *R. v. Malcolm* (1989), 50 C.C.C. (3d) 172 (Man. C.A.); *R. v. Mailloux* (1985), 25 C.C.C. (3d) 171 (Ont. C.A.), aff'd [1988] 2 S.C.R. 1029, and *R. v. Hilton* (1977), 34 C.C.C. (2d) 206 (Ont. C.A.). However, as a general rule the term "disease of the mind" does not include self-induced states caused by alcohol or drugs: *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149, at p. 1159, per Dickson J. (as he then was).

This aspect of Dickson J.'s reasons in *Cooper* was *obiter dicta* but I do not doubt its correctness. Since that decision was rendered this Court has acknowledged that the question of whether a condition should be treated as a disease of the mind has a substantial policy component. In *Rabey v. The Queen, supra*, the majority endorsed the reasons of Martin J.A. in the Court of Appeal, reported at (1977), 37 C.C.C. (2d) 461. At pages 472-73 of those reasons Martin J.A. stated:

Although the term "disease of the mind" is not capable of precise definition, certain propositions may, I think, be asserted with respect to it. "Disease of the mind" is a legal term, not a medical term of art; although a legal concept, it contains a substantial medical component as well as a legal or policy component.

The legal or policy component relates to (a) the scope of the exemption from criminal responsibility to be

mentale. Il me faut rappeler qu'au procès comme en appel, l'avocat de l'appellant a concédé qu'il n'y avait aucune preuve qui permette d'établir que l'appellant souffrait d'aliénation mentale. À mon avis, cette concession était fondée puisque, selon l'état actuel du droit, la preuve ne permettait pas de conclure que l'appellant souffrait d'aliénation mentale.

Pour appuyer la défense d'aliénation mentale, l'accusé doit prouver qu'il souffrait d'une maladie mentale. La consommation d'alcool ou de stupéfiants peut conduire à un état comme le *delirium tremens* et à certaines autres psychoses qui constituent des maladies mentales. C'est ce qui est établi clairement par la première proposition formulée par lord Birkenhead dans l'arrêt *Beard*, précité, de même que dans des arrêts comme *R. c. Malcolm* (1989), 50 C.C.C. (3d) 172 (C.A. Man.); *R. c. Mailloux* (1985), 25 C.C.C. (3d) 171 (C.A. Ont.), conf. par [1988] 2 R.C.S. 1029, et *R. c. Hilton* (1977), 34 C.C.C. (2d) 206 (C.A. Ont.). Toutefois, en règle générale, l'expression «maladie mentale» ne comprend pas les états d'intoxication volontaire causés par l'alcool ou les stupéfiants: *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149, à la p. 1159, le juge Dickson (plus tard Juge en chef).

L'opinion qu'a formulée à cet égard le juge Dickson dans l'arrêt *Cooper* était incidente, mais je ne doute pas de sa justesse. Depuis cet arrêt, notre Cour a reconnu que la question de savoir si un état devrait être traité comme une maladie mentale comporte un important élément d'ordre public. Dans l'arrêt *Rabey c. La Reine*, précité, la majorité a souscrit aux motifs du juge Martin dans l'arrêt de la Cour d'appel (1977), 37 C.C.C. (2d) 461. Aux pages 472 et 473 de ces motifs, le juge Martin dit:

[TRADUCTION] Bien qu'il soit impossible de définir avec précision le terme «maladie mentale», je crois qu'on peut faire valoir certaines propositions à cet égard. «Maladie mentale» est une expression juridique, non une expression du vocabulaire médical; bien que ce soit une notion juridique, elle renferme un élément médical important ainsi qu'un élément juridique ou d'ordre public.

L'élément juridique ou d'ordre public se rapporte a) à la mesure dans laquelle le trouble mental permet

afforded by mental disorder or disturbance, and (b) the protection of the public by the control and treatment of persons who have caused serious harms while in a mentally disordered or disturbed state. The medical component of the term, generally, is medical opinion as to how the mental condition in question is viewed or characterized medically. Since the medical component of the term reflects or should reflect the state of medical knowledge at a given time, the concept of "disease of the mind" is capable of evolving with increased medical knowledge with respect to mental disorder or disturbance.

This passage was quoted with approval by La Forest J. in *R. v. Parks*, *supra*, at pp. 898-99. Also pertinent are Dickson J.'s comments from *Cooper*, *supra*, at p. 1159. There, in discussing the definition of disease of the mind, Dickson J. said:

Underlying all of this discussion is the concept of responsibility and the notion that an accused is not legally responsible for acts resulting from mental disease or mental defect.

Policy considerations support Dickson J.'s dictum that self-induced states caused by alcohol or drugs normally should not be considered diseases of the mind. Individuals who through their own fault or negligence place themselves in an automatic state by consuming alcohol or drugs deserve to be held legally responsible for their actions. Unlike those whose conditions are not self-induced, such individuals have the opportunity to avoid entering an automatic state. Such individuals deserve to be punished for their crimes rather than dealt with under the provisions of the *Criminal Code* designed for individuals who are found not to be criminally responsible on account of a mental disorder. Those latter provisions embody concerns about protection of the public and treatment of the offender but, unlike the offence-creating provisions of the *Criminal Code*, are not concerned with deterrence, punishment or retribution. For these reasons I do not consider that there is any reason to overrule *Cooper* and hold that extreme

d'échapper à la responsabilité criminelle, et b) à la protection du public par la surveillance et le traitement des personnes qui ont causé des préjudices graves pendant qu'elles étaient dans un état de trouble mental. L'élément médical de l'expression consiste généralement en un avis médical sur la façon dont est considéré ou classifié l'état mental en question sur le plan médical. Comme l'élément médical de l'expression reflète ou devrait refléter l'état des connaissances médicales à une époque donnée, la notion de «maladie mentale» peut évoluer avec l'accroissement des connaissances médicales en ce qui concerne le trouble mental.

Le juge La Forest a cité et approuvé ce passage dans l'arrêt *R. c. Parks*, précité, aux pp. 898 et 899. Sont également pertinents les commentaires du juge Dickson dans l'arrêt *Cooper*, précité, à la p. 1159, où il dit, dans son examen de la définition de maladie mentale:

Le concept de la responsabilité et la notion qu'un accusé n'est pas légalement responsable des actes résultant d'un trouble mental ou d'une affection mentale sont sous-jacents à la présente analyse.

Des considérations d'ordre public appuient l'opinion du juge Dickson selon laquelle les états d'intoxication volontaire par la consommation d'alcool ou de stupéfiants ne devraient pas normalement être considérés comme des maladies mentales. Les personnes qui, par leur propre faute ou négligence, se mettent dans un état d'automatisme en consommant de l'alcool ou des stupéfiants méritent de répondre légalement de leurs actions. Contrairement à ceux qui n'ont aucune responsabilité pour l'état dans lequel ils se trouvent, ces personnes ont la possibilité d'éviter de se mettre dans un état d'automatisme. Elles méritent d'être punies pour leurs crimes plutôt que d'être admises à invoquer des dispositions du *Code criminel* conçues pour les personnes jugées non responsables d'actes criminels en raison d'un trouble mental. Ces dispositions législatives reflètent des préoccupations en matière de protection du public et de traitement à donner au contrevenant mais, contrairement aux dispositions du *Code criminel* qui créent des infractions, elles ne portent pas sur la dissuasion, la punition ou la réparation. Pour ces motifs, j'estime qu'il n'existe aucune raison de renverser l'arrêt *Cooper* et de conclure que l'extrême intoxica-

intoxication should be treated as a disease of the mind.

The final alternative to the *Leary* rule is to create a new defence of automatism caused by voluntary intoxication which would have to be proved by the defence on the balance of probabilities. The argument in favour of this approach is presumably that individuals who can raise this defence are entitled to an acquittal because they will have shown that they lacked the requisite *mens rea*. It should be clear from the foregoing that I do not favour this course of action. Permitting an accused to raise such a defence would ignore the fact that those who commit criminal offences after voluntarily becoming intoxicated are not blameless. In my view such individuals possess a culpable state of mind which deserves to be considered a form of *mens rea*. It is not inconsistent with the principles of fundamental justice to punish such individuals for the crimes which they commit.

Conclusion

For all of these reasons, in my opinion the best course is for the Court to reaffirm the traditional rule that voluntary intoxication does not constitute a defence to an offence of general intent, subject to the comments I have made with respect to improvements in the definition and application of the distinction between offences of specific and general intent. If a different approach is considered desirable because the *Leary* approach does not comport with social policy, Parliament is free to intervene. I note that this observation was made by McIntyre J. in *R. v. Bernard* but Parliament has not intervened. It has been suggested that Parliament should create a new offence of dangerous intoxication. Such a recommendation was made by the Butler Committee in England and by the Law Reform Commission in Canada. (See Butler Committee Report on Mentally Abnormal Offenders (1975) (Cmnd. 6244, paras. 18.51-18.59) and Law Reform Commission of Canada, *Recodifying Criminal Law*, Report 30, vol. 1 (1986), at pp. 27-28.) Such legislation could be coupled with

tion devrait être traitée comme une maladie mentale.

La dernière solution de rechange proposée à la règle de l'arrêt *Leary* serait de créer un nouveau moyen de défense fondé sur l'automatisme causé par l'intoxication volontaire, lequel devrait être prouvé par le défendeur selon la prépondérance des probabilités. L'argument en faveur de cette démarche serait que les personnes qui peuvent établir ce moyen de défense devraient être acquittées parce qu'elles ont montré qu'elles n'avaient pas la *mens rea* requise. Il devrait ressortir clairement de ce qui précède que je ne suis pas en faveur de cette façon de procéder. Permettre à l'accusé de soulever un tel moyen de défense serait faire abstraction du fait que ceux qui commettent des infractions criminelles après s'être volontairement intoxiqués ne sont pas sans reproche. À mon avis, ces personnes ont un état d'esprit coupable qui mérite d'être considéré comme une forme de *mens rea*. Le fait de punir ces personnes pour les crimes qu'elles commettent n'est pas incompatible avec les principes de justice fondamentale.

Conclusion

Pour tous ces motifs, notre Cour devrait, à mon avis, réaffirmer la règle traditionnelle selon laquelle l'intoxication volontaire ne constitue pas un moyen de défense opposable à une infraction d'intention générale, sous réserve des commentaires que j'ai exprimés au sujet des améliorations à apporter à la définition et à l'application de la distinction entre les infractions d'intention spécifique et les infractions d'intention générale. Si un point de vue différent devenait souhaitable parce que la démarche de l'arrêt *Leary* n'est pas en harmonie avec la politique sociale, le législateur a toute liberté pour intervenir. Je souligne que cette observation a déjà été faite par le juge McIntyre dans l'arrêt *R. c. Bernard*, mais que le législateur n'a pas cru bon d'intervenir. On a suggéré que le législateur devrait créer une nouvelle infraction d'intoxication dangereuse. Le Comité Butler, en Angleterre, et la Commission de réforme du droit du Canada ont présenté des recommandations semblables. (Voir le Butler Committee Report on Mentally Abnormal Offenders (1975) (Cmnd. 6244,

amendments to the *Criminal Code* to extend the defence of drunkenness to some or all offences to which it does not apply. Such changes, however, are for Parliament and not for this Court to make.

In *Majewski*, Lord Elwyn-Jones L.C. summed up the situation in words with which I fully agree. He stated, at p. 475:

It may well be that Parliament will at some future time consider, as I think it should, the recommendation in the Butler Committee Report on Mentally Abnormal Offenders (Cmnd. 6244, 1975) that a new offence of "dangerous intoxication" should be created. But in the meantime it would be irresponsible to abandon the common law rule, as "mercifully relaxed," which the courts have followed for a century and a half.

Disposition

The trial judge stated that but for his opinion that the appellant's extreme state of drunkenness constituted a defence, he would have convicted the appellant. I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in law in this regard. The Court of Appeal was right, therefore, to substitute a conviction. I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, SOPINKA, GONTHIER and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Shadley, Melançon & Boro, Montréal.

Solicitor for the respondent: Claude Provost, Montréal.

aux par. 18.51 à 18.59), de même que le document de la Commission de réforme du droit du Canada intitulé *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, Rapport 30, vol. 1 (1986), à la p. 30.) Ces dispositions législatives pourraient être adoptées en même temps qu'une modification du *Code criminel* visant à étendre la défense d'ivresse à une partie ou à la totalité des infractions auxquelles elle ne s'applique pas. C'est toutefois au législateur qu'il appartient d'apporter de telles modifications, et non aux tribunaux.

Dans l'arrêt *Majewski*, le lord chancelier Elwyn-Jones a résumé la situation en ces termes, auxquels je souscris entièrement. Il a dit, à la p. 475:

[TRADUCTION] Il se peut bien qu'un jour le législateur examine, comme à mon avis il le devrait, la recommandation concernant la création d'une infraction d'«intoxication dangereuse», que formule le comité Butler dans son Report on Mentally Abnormal Offenders (Cmnd. 6244, 1975). Mais, entre-temps, je crois qu'il serait irresponsable d'abandonner la règle de common law, «fort heureusement assouplie», que les tribunaux suivent depuis un siècle et demi.

Dispositif

Le juge du procès a déclaré que, n'eût été sa conviction que l'état d'ivresse extrême de l'appelant constituait un moyen de défense, il aurait reconnu l'appelant coupable. Je conclus comme la Cour d'appel que le juge du procès a commis une erreur de droit sur ce point. La Cour d'appel était donc fondée de substituer une déclaration de culpabilité. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges SOPINKA, GONTHIER et MAJOR sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Shadley, Melançon & Boro, Montréal.

Procureur de l'intimée: Claude Provost, Montréal.

Helen Marie Kent *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KENT

File No.: 23664.

1994: May 30; 1994: September 30.

Present: La Forest, Sopinka, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Keeping gambling devices — Whether trial judge erred in law by requiring Crown to prove that devices were actually used for purpose of gambling — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 202(1)(b).

Criminal law — Appeals — Crown appeal — Question of law — Whether trial judge erred in law by requiring Crown to prove that devices were actually used for purpose of gambling — Whether Court of Appeal erred in setting aside acquittal and ordering new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

After three unlicensed video machines were seized from her convenience store, the accused was charged with knowingly allowing devices for gambling to be kept in a place under her control, contrary to s. 202(1)(b) of the *Criminal Code*. There was no evidence that the machines had actually been used for gambling. At the trial the Crown's expert witness testified that it was clear that "credits" accumulated by a successful player could be traded in for cash. He conceded, however, that the "knock-off" switches which permitted the machine operator to erase accumulated credits when they were cashed in were not fully functional on two of the machines, and that he was unable to determine whether the third was functional. He also conceded that it may have been possible to use the machines for amusement only. The trial judge noted that the Crown had not adduced any evidence of an actual reward or pay-out. He stated that the features identified by the expert witness were not conclusive, and expressed uncertainty about whether the machines were kept by the accused "for the purpose of gambling". He accord-

Helen Marie Kent *Appelante*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. KENT

N^o du greffe: 23664.

1994: 30 mai; 1994: 30 septembre.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Garde de dispositifs de jeu — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit en exigeant du ministère public qu'il fasse la preuve que les dispositifs servaient réellement au jeu? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 202(1)(b).

Droit criminel — Appels — Appel du ministère public — Question de droit — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit en exigeant du ministère public qu'il fasse la preuve que les dispositifs servaient réellement au jeu? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant l'acquiescement et en ordonnant la tenue d'un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 676(1)(a).

Après la saisie à l'intérieur de son dépanneur de trois machines vidéos, pour lesquelles aucune licence n'avait été délivrée, l'accusée a été inculpée d'avoir, en contre-venant de l'al. 202(1)(b) du *Code criminel*, sciemment permis que soient gardés des dispositifs de jeu dans un endroit sous son contrôle. On n'a présenté aucune preuve que les machines avaient réellement été utilisées pour le jeu. Au procès, le témoin expert du ministère public a affirmé qu'il était évident que les «crédits» accumulés par un joueur gagnant pouvaient être échangés contre de l'argent. Cependant, il a reconnu que les boutons «de remise à zéro», qui permettaient à l'opérateur d'effacer les crédits accumulés qui avaient été encaissés, ne fonctionnaient pas bien sur deux des machines et qu'il n'était pas en mesure de déterminer si le bouton en question fonctionnait bien sur la troisième. Il a aussi reconnu que les machines auraient pu servir à des fins d'amusement seulement. Le juge de première instance a fait remarquer que le ministère public n'avait pas fait la preuve de l'existence d'une récompense ou d'un paiement véritable. Il a précisé que les caractéris-

ingly acquitted the accused. The Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial. It ruled that the trial judge had erred in his interpretation of s. 202(1)(b) of the *Code* by requiring the Crown to prove that the machines in question were actually being used "for the purpose of gambling".

Held: The appeal should be allowed and the accused's acquittal restored.

The trial judge clearly harboured a doubt about whether the machines found in the accused's possession were "machine[s] or device[s] for gambling" within the meaning of s. 202(1)(b). This doubt went to the sufficiency of the evidence, and in particular to the question of whether the machines offered a chance of reward. His subsequent statements about the purpose and use of the machines were simply part of his more general observation that it would have been easier for him to draw the inference that the machines were gambling devices had there been evidence of actual gambling. The Crown need not establish the purpose for which the machines were kept, but the trial judge did not at any point rule that the Crown was required to prove that the machines were in fact used for the purpose of gambling as a matter of law. In an appeal from an acquittal, an appellate court's jurisdiction is limited by s. 676(1)(a) of the *Code* to questions of law alone. The question of whether the proper inference has been drawn by a trial judge from the facts established in evidence is a question of fact, as is evidentiary sufficiency. The trial judge's refusal to draw the inference that the machines were in fact gambling devices was within his exclusive jurisdiction. Since there was no error of law with which the Court of Appeal could interfere in this case, it erred in setting aside the accused's acquittal.

Cases Cited

Disapproved: *R. v. Smith* (1985), 26 C.C.C. (3d) 53; *R. v. Volante* (1993), 14 O.R. (3d) 682; **referred to:** *R. v. Laniel Canada Inc.* (1991), 63 C.C.C. (3d) 574, leave to appeal refused, [1991] 3 S.C.R. ix; *R. v. Kerim*, [1963] S.C.R. 124; *R. v. Karavasilis* (1980), 54 C.C.C. (2d) 530; *R. v. Gardiner* (1971), 2 C.C.C. (2d) 463; *R. v. Greenberg* (1942), 78 C.C.C. 145; *R. v. Wilkes* (1930), 55 C.C.C. 1; *Roberts v. The King*, [1931] S.C.R. 417;

tiques mentionnées par le témoin expert n'étaient pas concluantes et a exprimé une incertitude quant à savoir si l'accusée gardait les machines [TRADUCTION] «pour le jeu». Il l'a en conséquence acquittée. La Cour d'appel a annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Elle a statué que le juge de première instance avait commis une erreur dans son interprétation de l'al. 202(1)(b) du *Code* en exigeant du ministère public qu'il prouve que les machines en question étaient réellement utilisées «pour le jeu».

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et l'acquittement de l'accusée est rétabli.

Le juge de première instance entretenait clairement un doute quant à savoir si les machines trouvées en la possession de l'accusée étaient des «machine[s] ou [des] dispositif[s] de jeu» au sens de l'al. 202(1)(b). Ce doute touchait au caractère suffisant de la preuve, notamment pour ce qui est de savoir si les machines offraient une chance de récompense. Les propos du juge sur la destination et l'usage des machines faisaient tout simplement partie de son observation plus générale qu'il aurait été plus facile pour lui d'inférer que les machines étaient des dispositifs de jeu s'il y avait eu une preuve qu'elles servaient réellement au jeu. Le ministère public n'a pas à établir ce pourquoi les machines étaient gardées; cependant, le juge de première instance n'a à aucun moment conclu que le ministère public était tenu en droit de prouver que les machines étaient en fait utilisées pour le jeu. En appel d'un acquittement, l'al. 676(1)(a) du *Code* limite la compétence d'une cour d'appel aux questions de droit seulement. C'est une question de fait que de déterminer si un juge de première instance a tiré l'inférence qui convient à partir des faits établis en preuve, et le caractère suffisant de la preuve est aussi une question de fait. Le refus du juge de première instance d'inférer que les machines étaient en fait des dispositifs de jeu relevait de sa compétence exclusive. Puisqu'il n'existait aucune question de droit sur laquelle pouvait intervenir la Cour d'appel, celle-ci a commis une erreur en annulant l'acquittement de l'accusée.

Jurisprudence

Arrêts critiqués: *R. c. Smith* (1985), 26 C.C.C. (3d) 53; *R. c. Volante* (1993), 14 O.R. (3d) 682; **arrêts mentionnés:** *R. c. Laniel Canada Inc.* (1991), 63 C.C.C. (3d) 574, autorisation de pourvoi refusée, [1991] 3 R.C.S. ix; *R. c. Kerim*, [1963] R.C.S. 124; *R. c. Karavasilis* (1980), 54 C.C.C. (2d) 530; *R. c. Gardiner* (1971), 2 C.C.C. (2d) 463; *R. c. Greenberg* (1942), 78 C.C.C. 145; *R. c. Wilkes* (1930), 55 C.C.C. 1; *Roberts c. The*

Lampard v. The Queen, [1969] S.C.R. 373; *R. v. Warner*, [1961] S.C.R. 144.

King, [1931] R.C.S. 417; *Lampard c. The Queen*, [1969] R.C.S. 373; *R. c. Warner*, [1961] R.C.S. 144.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 197(1), 202(1)(b), 676(1)(a).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 197(1), 202(1)(b), 676(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1993), 122 N.S.R. (2d) 348, 338 A.P.R. 348, allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused on a charge of keeping gambling devices and ordering a new trial. Appeal allowed and acquittal restored.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1993), 122 N.S.R. (2d) 348, 338 A.P.R. 348, qui a accueilli l'appel du ministre public contre l'acquiescement de l'accusée relativement à un chef d'accusation d'avoir gardé des dispositifs de jeu et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli et acquiescement rétabli.

Ralph W. Ripley, for the appellant.

Ralph W. Ripley, pour l'appelante.

John C. Pearson, for the respondent.

John C. Pearson, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

MAJOR J. — The appellant was acquitted by a judge sitting alone of keeping gambling devices contrary to s. 202(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The Nova Scotia Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial.

LE JUGE MAJOR — Lors d'un procès devant un juge seul, l'appelante a été acquittée d'avoir gardé des dispositifs de jeu en contravention de l'al. 202(1)(b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a annulé l'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

The issue in this appeal as of right is whether the Court of Appeal properly exercised its jurisdiction to hear an appeal on "a question of law alone" in setting aside the judgment of acquittal: *Criminal Code*, s. 676(1)(a). In particular, it must be determined whether the trial judge erred in law by requiring the Crown to prove that the devices found in the appellant's possession were actually used for the purpose of gambling.

Dans le cadre du présent pourvoi de plein droit, il s'agit de déterminer si la Cour d'appel a exercé correctement sa compétence en matière d'appel sur «une question de droit seulement» lorsqu'elle a annulé le verdict d'acquiescement: al. 676(1)(a) du *Code criminel*. Il s'agit tout particulièrement de savoir si le juge de première instance a commis une erreur de droit en exigeant du ministre public qu'il prouve que les dispositifs trouvés en la possession de l'appelante étaient réellement utilisés pour le jeu.

I. Facts

i I. Les faits

On May 7, 1992, three "Lucky Eight Line" video machines were seized from the appellant's convenience store in River Hebert, Nova Scotia. These machines were not licensed through the Atlantic Lottery Commission. The police also

Le 7 mai 1992, trois machines vidéos «Lucky Eight Line» ont été saisies à l'intérieur du dépanneur de l'appelante à River Hebert, en Nouvelle-Écosse. L'Atlantic Lottery Commission n'avait pas délivré de licences pour ces machines. La police a

seized a chocolate bar box containing 28 rolls of quarters, five twenty dollar bills and one fifty dollar bill. The seizures were made pursuant to a valid search warrant.

The appellant was charged under s. 202(1)(b) of the *Criminal Code* with knowingly allowing to be kept in a place under her control, devices for gambling.

At her trial before Cole Prov. Ct. J. of the Provincial Court of Nova Scotia, the Crown's expert witness testified that various features of the machines indicated that they were gambling devices. He testified that it was clear from these features that "credits" accumulated by a successful player could be traded in for cash. As such, he concluded that the three essential attributes of a gambling machine — consideration, chance and reward — existed on the facts. However, the expert conceded that the "knock-off" switches — i.e., the switches which permitted the machine operator to erase accumulated credits when they were cashed in — were not fully functional on two of the machines. He was unable to determine whether the "knock-off" switch on the third machine was functional. He also conceded that it may have been possible to use the machines for amusement only. There was no evidence that the machines had actually been used for gambling.

II. The Courts Below

Nova Scotia Provincial Court

In an oral judgment, Cole Prov. Ct. J. noted that the Crown had not adduced any evidence of an actual reward or pay-out. He found that the machines had no independent feature to indicate that a successful player would receive a reward. He stated that the features identified by the expert witness were not conclusive, and expressed the view that "until somebody sees the stakes, it's pretty hard to know for sure, for moral certainty, which they're being used for". He therefore expressed uncertainty about whether the machines

a aussi saisi une boîte de tablettes de chocolat dans laquelle il y avait 28 rouleaux de vingt-cinq sous, cinq billets de vingt dollars et un billet de cinquante dollars. Les saisies ont été effectuées conformément à un mandat de perquisition valide.

b L'appelante a été accusée, en vertu de l'al. 202(1)(b) du *Code criminel*, d'avoir sciemment permis que soient gardés des dispositifs de jeu dans un endroit sous son contrôle.

c Lors du procès devant le juge Cole de la Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse, le témoin expert du ministère public a affirmé que les machines pouvaient, compte tenu de leurs diverses caractéristiques, être qualifiées de dispositifs de jeu. À son avis, il ressortait de ces caractéristiques que les «crédits» accumulés par un joueur gagnant pouvaient être échangés contre de l'argent. Il a conclu que les faits établissaient l'existence des trois attributs essentiels d'une machine de jeu: une contrepartie, le hasard et une récompense. Cependant, l'expert a reconnu que les boutons «de remise à zéro» — qui permettaient à l'opérateur d'effacer les crédits accumulés qui avaient été encaissés — ne fonctionnaient pas bien sur deux des machines. Il n'était pas en mesure de déterminer si le bouton en question fonctionnait bien sur la troisième. Il a aussi reconnu que les machines auraient pu servir à des fins d'amusement seulement. On n'a présenté aucune preuve que les machines avaient réellement été utilisées pour le jeu.

II. Les tribunaux d'instance inférieure

La Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse

h Dans un jugement rendu à l'audience, le juge Cole a fait remarquer que le ministère public n'avait pas fait la preuve de l'existence d'une récompense ou d'un paiement véritable. Il a conclu que les machines n'avaient pas de mécanisme indépendant pour indiquer qu'un joueur gagnant recevait une récompense. Il a précisé que les caractéristiques mentionnées par le témoin expert n'étaient pas concluantes et a affirmé que [TRANSDUCTION] «jusqu'à ce qu'une personne ait vu les enjeux, il est assez difficile de savoir exactement,

were kept by the appellant “for the purpose of gambling”. Cole Prov. Ct. J. therefore acquitted the appellant.

Nova Scotia Court of Appeal (1993), 122 N.S.R. (2d) 348 (Jones, Hallett and Pugsley JJ.A.)

Hallett J.A. ruled that the trial judge had erred in his interpretation of s. 202(1)(b) of the *Criminal Code* by requiring the Crown to prove that the machines in question were actually being used “for the purpose of gambling”. He stated that in the absence of evidence of how the machines were being used, the offence would be made out if the Crown proved beyond a reasonable doubt that the appellant “kept in the store devices designed to be gambling devices knowing the devices were gambling devices” (p. 350): *R. v. Laniel Canada Inc.* (1991), 63 C.C.C. (3d) 574 (Que. C.A.), leave to appeal refused, [1991] 3 S.C.R. ix. Hallett J.A. ordered a new trial on the question of whether the “Lucky Eight Line” machines were gambling devices. He wrote (at p. 351):

Before the Court of Appeal may exercise its jurisdiction under s. 686(4)(b)(ii) and enter a conviction rather than order a new trial, it must be shown that all the findings necessary to support a verdict of guilty must have been made either explicitly or implicitly or not be in issue: *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345. . . . There is no explicit or implicit finding by the trial judge that the Crown had proved beyond a reasonable doubt that the machines were gambling devices and that the respondent knew this fact. Accordingly the appeal ought to be allowed and a new trial ordered.

III. Issue

The only issue in this appeal is whether the Court of Appeal properly exercised its jurisdiction to entertain an appeal on “a question of law alone”, when it overturned the appellant’s acquittal:

je parle de certitude morale, à quoi elles servent». Le juge Cole a en conséquence exprimé une incertitude quant à savoir si l’appelante gardait les machines [TRADUCTION] «pour le jeu» et il l’a acquittée.

La Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse (1993), 122 N.S.R. (2d) 348 (les juges Jones, Hallett et Pugsley)

Le juge Hallett a statué que le juge de première instance avait commis une erreur dans son interprétation de l’al. 202(1)(b) du *Code criminel* en exigeant du ministère public qu’il prouve que les machines en question étaient réellement utilisées [TRADUCTION] «pour le jeu». À son avis, en l’absence de preuve quant à la façon dont les machines étaient utilisées, la perpétration de l’infraction serait établie si le ministère public prouvait hors de tout doute raisonnable que l’appelante [TRADUCTION] «gardait dans le magasin des dispositifs destinés au jeu, sachant qu’il s’agissait de dispositifs de jeu» (p. 350): *R. c. Laniel Canada Inc.* (1991), 63 C.C.C. (3d) 574 (C.A. Qué.), autorisation de pourvoi refusée, [1991] 3 R.C.S. ix. Le juge Hallett a ordonné la tenue d’un nouveau procès relativement à la question de savoir si les machines «Lucky Eight Line» étaient des dispositifs de jeu. Il a dit (à la p. 351):

[TRADUCTION] Avant que la Cour d’appel ne puisse exercer sa compétence en vertu du sous-al. 686(4)(b)(ii) et inscrire un verdict de culpabilité au lieu d’ordonner la tenue d’un nouveau procès, il doit être établi que toutes les conclusions susceptibles d’appuyer un verdict de culpabilité ont été tirées explicitement ou implicitement ou qu’il n’existe pas de désaccord à ce sujet: *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345 [. . .] Le juge de première instance n’a pas conclu explicitement ou implicitement que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable que les machines étaient des dispositifs de jeu et que l’intimée le savait. En conséquence, je suis d’avis d’accueillir l’appel et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

III. La question en litige

La seule question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si la Cour d’appel a exercé correctement sa compétence en matière d’appel sur «une question de droit seulement», lorsqu’elle a annulé

Criminal Code, s. 676(1)(a). Did the trial judge err in law by requiring the Crown to establish that the machines were actually used for the purpose of gambling?

IV. Analysis

Section 202(1)(b) of the *Criminal Code* makes it an indictable offence to keep a machine or device for gambling in a place under one's control. The section reads:

202. (1) Every one commits an offence who

. . . .

(b) imports, makes, buys, sells, rents, leases, hires or keeps, exhibits, employs or knowingly allows to be kept, exhibited or employed in any place under his control any device or apparatus for the purpose of recording or registering bets or selling a pool, or any machine or device for gambling or betting; [Emphasis added.]

In order to obtain a conviction for the "keeping" offence in s. 202(1)(b), the Crown was required to prove (1) that the appellant kept devices in a place under her control (*actus reus*); (2) that these devices were gambling devices (*actus reus*); and (3) that the appellant knew that the devices were gambling devices and knowingly kept them (*mens rea*).

The Crown was not required to show that the machines were actually used for the purpose of gambling. The prohibition in s. 202(1)(b) is against the keeping of gambling machines ("machine or device for gambling or betting" or "*une machine ou un dispositif de jeu ou de pari*"), regardless of how they are used: *R. v. Laniel Canada Inc.*, *supra*. The prohibition is analogous to a prohibition against possession: see s. 197(1) of the *Criminal Code*; *R. v. Kerim*, [1963] S.C.R. 124; *R. v. Karavasilis* (1980), 54 C.C.C. (2d) 530 (Ont. C.A.).

To the extent that the cases of *R. v. Smith* (1985), 26 C.C.C. (3d) 53 (N.B.C.A.), and *R. v.*

l'acquiescement de l'appelante: al. 676(1)a du *Code criminel*. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit en exigeant du ministère public qu'il prouve que les machines étaient réellement utilisées pour le jeu?

IV. Analyse

En vertu de l'al. 202(1)b du *Code criminel*, commet un acte criminel quiconque garde, dans quelque endroit sous son contrôle, une machine ou un dispositif de jeu:

202. (1) Commets une infraction quiconque, selon le cas:

. . . .

b) importe, fait, achète, vend, loue, prend à bail ou garde, expose, emploie ou sciemment permet que soit gardé, exposé ou employé, dans quelque endroit sous son contrôle, un dispositif ou appareil destiné à inscrire ou à enregistrer des paris ou la vente d'une mise collective, ou une machine ou un dispositif de jeu ou de pari; [Je souligne.]

Pour obtenir une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction de «garder» au sens de l'al. 202(1)b, le ministère public devait établir (1) que l'appelante gardait des dispositifs dans un endroit sous son contrôle (*actus reus*); (2) que ces dispositifs étaient des dispositifs de jeu (*actus reus*); et (3) que l'appelante savait que les dispositifs étaient des dispositifs de jeu et qu'elle les gardait sciemment (*mens rea*).

Le ministère public n'avait pas à établir que les machines étaient réellement utilisées pour le jeu. L'alinéa 202(1)b interdit que soient gardées des machines de jeu («une machine ou un dispositif de jeu ou de pari» ou «*machine or device for gambling or betting*»), quelle que soit la manière dont elles sont utilisées: *R. c. Laniel Canada Inc.*, précité. L'interdiction est semblable à une interdiction de possession: voir le par. 197(1) du *Code criminel*; *R. c. Kerim*, [1963] R.C.S. 124, et *R. c. Karavasilis* (1980), 54 C.C.C. (2d) 530 (C.A. Ont.).

Si les arrêts *R. c. Smith* (1985), 26 C.C.C. (3d) 53 (C.A.N.-B.), et *R. c. Volante* (1993), 14 O.R.

Volante (1993), 14 O.R. (3d) 682 (Ont. C.A.), application for leave discontinued, [1993] 4 S.C.R. vii, stand for the proposition that the Crown must establish the purpose for which the machines are kept, they can no longer be considered good law. ^a

(3d) 682 (C.A. Ont.), avis de désistement produit, [1993] 4 R.C.S. vii, signifient que le ministère public doit établir à quoi sont destinées les machines, on ne peut plus les considérer comme bien fondés en droit.

To say that the Crown was not required to establish that gambling actually occurred in order to make out the offence in s. 202(1)(b) is not to say that evidence of the use to which the machines were put was irrelevant. Evidence that the machines were actually used for gambling was relevant and probative on the issue of whether the machines in question were in fact gambling devices. As the court held in *R. v. Laniel Canada Inc.*, *supra*, [TRANSLATION] “[t]he issue of the purpose for which the machine is to be used arises in respect of the *actus reus*, that is whether the machine is truly designed for gambling” (p. 575). The case law demonstrates that courts will often look to the actual use of a device in order to determine whether it is a “machine or device for gambling” within the meaning of s. 202(1)(b) as an evidentiary matter. In *R. v. Gardiner* (1971), 2 C.C.C. (2d) 463 (Alta. S.C.A.D.), the court held that nine decks of cards, standing alone, were equivocal, and that it was necessary to take into account “the surrounding circumstances” in order to convict an accused for the offence of keeping devices for gambling. In *R. v. Greenberg* (1942), 78 C.C.C. 145 (Ont. C.A.), the court ruled that it could not infer that machines which could be used either for gambling or for amusement were gambling devices, in the absence of evidence of their use or intended use. ^b

En disant que le ministère public n’avait pas à démontrer que les machines servaient réellement au jeu pour établir l’infraction prévue à l’al. 202(1)(b), on n’affirme pas pour autant que la preuve de l’usage des machines n’était pas pertinente. Cette preuve était pertinente et probante quant à savoir si les machines en cause étaient en fait des dispositifs de jeu. Comme la cour l’a affirmé dans l’arrêt *R. c. Laniel Canada Inc.*, précité, «[l]a question de la destination de l’appareil se pose au niveau de l’*actus reus*, à savoir si l’appareil est véritablement destiné au jeu» (p. 575). On constate dans la jurisprudence que les tribunaux examineront souvent quel est l’usage réel d’un dispositif pour déterminer s’il s’agit d’une «machine ou [d’]un dispositif de jeu» au sens de l’al. 202(1)(b). Dans la décision *R. c. Gardiner* (1971), 2 C.C.C. (2d) 463 (C.S. Alb., sect. app.), la cour a statué que neuf jeux de cartes en soi prêtaient à équivoque, et qu’il fallait tenir compte des [TRADUCTION] «circonstances» pour déclarer un accusé coupable de l’infraction de garder des dispositifs de jeu. Dans l’arrêt *R. c. Greenberg* (1942), 78 C.C.C. 145 (C.A. Ont.), en l’absence de preuve de l’usage ou de l’usage prévu de machines susceptibles d’être utilisées à des fins de jeu ou d’amusement, la cour a conclu qu’elle ne pouvait inférer que ces machines étaient des dispositifs de jeu. ^c

In his judgment, the trial judge made reference to the purpose and use for which the machines were kept. These references would seem to support the Crown’s position that the trial judge read an extra element of “purpose” into the offence. However, at other times in the judgment, the trial judge spoke of his uncertainty about whether the machines were inherently “machine[s] or device[s] for gambling” within the meaning of the *Code*. The confusion between these two concepts — i.e., ^d

Dans sa décision, le juge de première instance a fait mention de la destination et de l’usage des machines gardées. Ces mentions semblent appuyer la position du ministère public que le juge de première instance a introduit dans l’infraction un élément supplémentaire de «destination». Cependant, ailleurs, dans sa décision, le juge précise qu’il n’est pas certain si les machines étaient en soi «[des] machine[s] ou [des] dispositif[s] de jeu» au sens du *Code*. Le passage qui suit fait clairement ressortir ^e

between the inherent nature of the machines and the purpose for which they are kept — is manifest in the following passage:

... it is still a distinct possibility that I am in no position to rule out that the machine or machines could have been used for what they state on the front, or could be used for amusement only. For me to conclude beyond a reasonable doubt that the purpose and only purpose for which these machines were kept were for the purpose of gambling, I feel that the evidence would have to be stronger.

Certainly the evidence that was sighted [*sic*] to me or presented to [*sic*] leans in that direction — that they are gambling devices, particularly the accounting feature and the lack of skill required to use them. But the accounting feature could still be used in order to split the take on the machine without the machines being a gambling device, but simply something for amusement. [Emphasis added.]

The ambiguities contained in the trial judgment can be resolved if the judgment is read in the whole context of the record at trial. As in the cases of *Gardiner, supra*, and *Greenberg, supra*, it is clear that the trial judge's concern throughout the trial was not with an external "purpose" requirement but rather with whether the machines were "machine[s] or device[s] for gambling" within the meaning of the *Code*. "Gambling" or "gaming" must involve a chance of gain and a risk of loss: *R. v. Wilkes* (1930), 55 C.C.C. 1 (Ont. C.A.), and *Roberts v. The King*, [1931] S.C.R. 417. The expert evidence rested on the premise that credits obtained would be cashed in. However, this evidence about the features of the machine did not convince the trial judge that there was a chance of reward or gain. The expert conceded that the reward feature was not clear from an examination of the machine:

THE COURT: So as you stand and look at these machines in a vacuum, how do you know that the store owner's going to honour the credits?

A. As you look at the machine, there's no way of telling.

la confusion entre ces deux concepts (le caractère inhérent des machines gardées et leur destination):

[TRADUCTION] ... il est bien possible que je ne puisse écarter que les machines auraient pu être utilisées à la fin mentionnée sur les machines elles-mêmes ou qu'elles pourraient être utilisées à des fins d'amusement seulement. Pour me permettre de conclure hors de tout doute raisonnable que le jeu constituait la destination et la seule des machines gardées, les éléments de preuve devraient, à mon avis, être plus solides.

Certes, les éléments de preuve que l'on m'a cités ou présentés tendent à laisser penser qu'il s'agirait de dispositifs de jeu, notamment le mécanisme de calcul et le peu d'aptitudes requises pour s'en servir. Cependant, le mécanisme de calcul pourrait aussi servir à diviser les profits accumulés par la machine, sans que celle-ci ne soit pour autant un dispositif de jeu, mais tout simplement une machine d'amusement. [Je souligne.]

On peut résoudre les ambiguïtés contenues dans la décision du juge de première instance en la lisant dans le contexte de l'ensemble du dossier du procès. Comme dans les décisions *Gardiner* et *Greenberg*, précitées, il est clair que, tout au long du procès, le juge de première instance n'était pas préoccupé par une exigence externe de «destination» des machines, mais qu'il voulait plutôt déterminer si les machines étaient des «machine[s] ou [des] dispositif[s] de jeu» au sens du *Code*. Pour qu'il y ait «jeu», il doit y avoir une chance de gain et un risque de perte: *R. c. Wilkes* (1930), 55 C.C.C. 1 (C.A. Ont.), et *Roberts c. The King*, [1931] R.C.S. 417. La preuve d'expert reposait sur la prémisse que les crédits obtenus seraient encaissés. Cependant, les éléments de preuve quant aux caractéristiques de la machine n'ont pas réussi à convaincre le juge de première instance qu'il y avait une chance de récompense ou de gain. L'expert a reconnu que l'examen de la machine n'indiquait pas clairement qu'il était possible d'obtenir une récompense:

[TRADUCTION] **LA COUR:** Simplement en regardant ces machines, comment savez-vous que le propriétaire du magasin va honorer les crédits?

R. Quand vous regardez la machine, vous ne pouvez pas la savoir.

THE COURT: So if the store owner doesn't honour the credits, where's the problem in somebody pumping money into that thing?

A. It becomes, the problem becomes the design of the machines itself. It's designed to . . .

THE COURT: No, in terms of gambling. Where's the gambling? If, if somebody can pump money into the machine, get a bunch of credits, and there's no guarantee, nobody knows whether or not anybody's going to pay them any money or not for their credits.

A. Well, as I said earlier, what I maintain is that the credits have a value.

THE COURT: Uh-hmm.

A. Because they, at a winning number of credits . . .

THE COURT: But you don't know that from looking at the machine?

A. Not from looking at the machine, you have to pretty well play it. [Emphasis added.]

This passage makes it clear that the trial judge harboured a doubt about whether the machines found in the appellant's possession were "machine[s] or device[s] for gambling" within the meaning of s. 202(1)(b). This doubt went to the sufficiency of the evidence, and in particular to the question of whether the machine offered a chance of reward. His subsequent statements about the purpose and use of the machines were simply part of his more general observation that it would have been easier for him to draw the inference that the machines were gambling devices had there been evidence of actual gambling. In this regard, the trial judge stated:

As I said during argument, it might be a cumbersome, but it would still be a well recognized and simple matter, in order to prove a case of possessing gambling machines, to tender evidence that that's what they were used for, because then the inference would easily be drawn that that's what they were. The inference cannot so easily and conclusively be drawn when all you have is the machine itself and its features, and one of those features is not the ability, on its own, to pay the reward which is being alleged.

LA COUR: Alors, si le propriétaire du magasin n'honore pas les crédits, y a-t-il un problème à ce qu'une personne continue de mettre de l'argent dans cette machine?

R. Le problème devient la conception même de la machine. Elle est conçue pour . . .

LA COUR: Non, sur le plan du jeu. Où est le jeu? Si une personne peut mettre de l'argent dans la machine, obtenir des crédits, et s'il n'y a pas de garantie, une personne ne sait pas si quelqu'un va la payer ou non pour les crédits.

R. Bien, comme je l'ai dit auparavant, ce que je prétends c'est que les crédits ont une valeur.

LA COUR: Uh-hmmm.

R. Parce que les personnes, lorsqu'elles obtiennent un nombre gagnant de crédits . . .

LA COUR: Mais, vous ne pouvez le savoir en regardant la machine?

R. Non, pas en regardant la machine, il faut pratiquement jouer avec. [Je souligne.]

Ce passage établit clairement que le juge de première instance entretenait un doute quant à savoir si les machines trouvées en la possession de l'appelante étaient des «machine[s] ou [des] dispositif[s] de jeu» au sens de l'al. 202(1)b). Ce doute touchait au caractère suffisant de la preuve, notamment pour ce qui est de savoir si la machine offrait une chance de récompense. Les propos du juge qui suivent sur la destination et l'usage des machines faisaient tout simplement partie de son observation plus générale qu'il aurait été plus facile pour lui d'inférer que les machines étaient des dispositifs de jeu s'il y avait eu une preuve qu'elles servaient réellement au jeu. À cet égard, le juge de première instance a affirmé:

[TRADUCTION] Comme je l'ai dit au cours des débats, il pourrait s'agir d'un moyen fastidieux, mais néanmoins bien reconnu et simple, de faire la preuve de possession de machines de jeu, en démontrant qu'elles étaient utilisées à cette fin, parce qu'il serait alors facile d'inférer que c'était bien ce qu'elles étaient. Cette inférence ne peut être tirée aussi facilement et de façon aussi concluante à partir du seul examen de la machine même et de ses caractéristiques, dont l'une est qu'elle ne permet pas de verser d'elle-même une récompense comme on le prétend.

The trial judge did not at any point rule that the Crown was required to prove that the machines were in fact used for the purpose of gambling as a matter of law. Indeed, the trial judge rejected defence counsel's suggestion that he should follow the case of *R. v. Smith, supra*, where it was held that the Crown had to prove "purpose" in order to obtain a conviction under s. 202(1)(b). His response to counsel's reliance on *Smith* was as follows:

THE COURT: With all due respect to the New Brunswick Court of Appeal [in *Smith*], I think they're taking some liberties with the plain language of the statute, but in any event.

There was evidence from which the trial judge might have drawn the inference that the machines were "machine[s] or device[s] for gambling or betting". In particular, the expert evidence about the features of the machines supported such an inference. However, the expert's evidence had its weaknesses — for example, the expert conceded that the knock-off switches on two of the machines were not fully functional, and that he was unable to ascertain whether the third functioned. In the end, the expert evidence failed to convince the trial judge that the machines offered a "chance of reward". He concluded that the evidence about the nature of the machines was equivocal, and that the machines might simply be amusement devices. After noting that evidence of actual gambling might permit him to draw the inference that the machines were gambling devices, the trial judge observed:

The Court shouldn't have to speculate and infer to the degree . . . that it is necessary here. And I don't think the opinion of any expert, from experience with such machines, can take the place of a reasonable interpretation of what the Court sees looking at it objectively. Again I say there may be many instances where machines having all these features are gambling machines and are used for that, but one can also conceive, with a little more difficulty, that they could be

Le juge de première instance n'a à aucun moment conclu que le ministère public était tenu en droit de prouver que les machines étaient en fait utilisées pour le jeu. En fait, le juge de première instance a rejeté l'argument de l'avocat de la défense qu'il devrait suivre l'arrêt *R. c. Smith*, précité, dans lequel le tribunal a conclu que le ministère public devait prouver la «destination» de la machine pour obtenir une déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 202(1)b). Voici comment le juge de première instance a répondu à cet argument:

[TRADUCTION] **LA COUR:** En toute déférence pour la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick [dans l'arrêt *Smith*], je crois qu'elle a pris certaines libertés relativement aux termes clairs de la loi, mais peu importe.

Il existait des éléments de preuve à partir desquels le juge de première instance aurait pu inférer que les machines étaient des «machine[s] ou [des] dispositif[s] de jeu ou de pari». Mentionnons tout particulièrement le témoignage de l'expert relativement aux caractéristiques des machines. Cependant, ce témoignage comportait des points faibles; par exemple, l'expert a reconnu que les boutons de remise à zéro sur deux des machines ne fonctionnaient pas bien, et qu'il n'était pas en mesure de déterminer si ce bouton fonctionnait sur la troisième. En fin de compte, le témoignage d'expert n'a pas réussi à convaincre le juge de première instance que les machines offraient [TRADUCTION] «une chance de récompense». Le juge a conclu que la preuve quant à la nature des machines était équivoque et que les machines pouvaient bien être tout simplement des dispositifs d'amusement. Après avoir fait remarquer qu'une preuve d'usage pour le jeu pourrait lui permettre d'inférer que les machines étaient des dispositifs de jeu, le juge de première instance s'exprime ainsi:

[TRADUCTION] La Cour ne devrait pas avoir à pousser ses spéculations et ses inférences aussi loin [. . .] qu'elle aurait à le faire en l'espèce. Je ne crois pas que l'opinion de quelque expert, tirée de son expérience de ces machines, puisse remplacer une interprétation raisonnable de ce que constate objectivement la cour. Je répète qu'il peut y avoir de nombreux cas où des machines possédant toutes ces caractéristiques sont des machines de jeu et sont utilisées à cette fin, mais on peut aussi

used for amusement only. And there's nothing to show for certainty here which is which.

There was, I should touch on it, considerable evidence given by way of expert evidence dealing with gaming versus amusement devices. The criteria established for doing that are not, in my opinion, legal criteria, but criteria set up by investigators and persons who have some experience with the machines. Those criteria may satisfy investigators in their area of expertise that what they're dealing with is, in most cases, a gambling device, but that does not mean it must satisfy the Court, because when one looks at it, one still comes to the conclusion, or this one does, that the machine is capable of two things.

The trial judge's refusal to draw the inference that the "Lucky Eight Line" machines were in fact gaming devices was within his exclusive jurisdiction. In an appeal from an acquittal, an appellate court has no jurisdiction to consider the reasonableness of a trial judge's verdict. Its jurisdiction is limited by s. 676(1)(a) of the *Criminal Code* to questions of law alone:

676. (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone; . . .

The question of whether the proper inference has been drawn by a trial judge from the facts established in evidence is a question of fact: *Lampard v. The Queen*, [1969] S.C.R. 373. Evidentiary sufficiency is also a question of fact: *R. v. Warner*, [1961] S.C.R. 144. As such, there was no error of law with which the Court of Appeal could interfere in this case. It therefore erred in setting aside the appellant's acquittal.

I would allow the appeal and restore the acquittal.

concevoir, avec un peu plus de difficulté, qu'elles pourraient servir à des fins d'amusement seulement. En l'espèce, rien n'indique avec certitude de quel type de machine il s'agit.

^a Je me dois de commenter la preuve importante présentée sous forme de témoignages d'expert en vue d'expliquer les différences qui existent entre les dispositifs de jeu et les dispositifs d'amusement. À mon avis, les critères établis ne sont pas des critères juridiques, mais des critères formulés par des enquêteurs et des personnes qui en ont une certaine expérience. Ces critères peuvent convaincre des enquêteurs, dans leur domaine d'expertise respectif, qu'ils se trouvent en présence, dans la plupart des cas, de dispositifs de jeu; cependant, cela ne signifie pas que ces critères doivent satisfaire la Cour puisque, si l'on examine la situation, on arrive encore à la conclusion (ou c'est ce qui se passe en l'espèce) que la machine peut servir à deux fins.

^d Le refus du juge de première instance d'inférer que les machines «Lucky Eight Line» étaient en fait des dispositifs de jeu relevait de sa compétence exclusive. En appel d'un acquittement, une cour d'appel n'a pas compétence pour examiner le caractère raisonnable du verdict du juge de première instance. L'alinéa 676(1)a) du *Code criminel* limite la compétence d'une cour d'appel aux questions de droit seulement:

^f 676. (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel:

^g a) contre un jugement ou verdict d'acquittal d'un tribunal de première instance à l'égard de procédures sur acte d'accusation pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement;

^h C'est une question de fait que de déterminer si un juge de première instance a tiré l'inférence qui convient à partir des faits établis en preuve: *Lampard c. The Queen*, [1969] R.C.S. 373. Le caractère suffisant de la preuve est aussi une question de fait: *R. c. Warner*, [1961] R.C.S. 144. Il n'existait donc aucune question de droit sur laquelle pouvait intervenir la Cour d'appel. Elle a en conséquence commis une erreur en annulant l'acquittal de l'appelante.

^j Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittal.

Appeal allowed and acquittal restored.

Solicitors for the appellant: Ripley, MacCuish, Sydney.

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

Pourvoi accueilli et acquittement rétabli.

Procureurs de l'appelante: Ripley, MacCuish, Sydney.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Josh Randall Borden *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. BORDEN

File No.: 23747.

1994: June 16; 1994: September 30.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Right to be informed of reason for arrest and to be informed of right to counsel — Arrest made for sexual assault — Identity of assailant in earlier sexual assault unknown — Detainee advised of right to counsel on arrest before making statement with respect to second assault and before giving written statement — Police requesting hair and blood samples primarily for comparative DNA testing in order to determine identity of first assailant — Detainee not told of investigation into first assault or informed of his right to counsel in that regard — Whether or not unreasonable search and seizure contrary to s. 8 of the Charter — Whether or not s. 10 right to be informed of reason for detention and of right to counsel violated with respect to investigation of first assault — Whether or not evidence of analysis results would bring administration of justice into disrepute and therefore should be excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(a), (b), 24(2).

Criminal law — Investigations — Arrest made for sexual assault — Identity of assailant in earlier sexual assault unknown — Detainee advised of right to counsel on arrest, before making statement with respect to second assault and before giving written statement — Police requesting hair and blood samples primarily for

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Josh Randall Borden** *Intimé*

et

^b **Le procureur général du Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. BORDEN

^c N° du greffe: 23747.

1994: 16 juin; 1994: 30 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Droit d'être informé des motifs de l'arrestation et du droit à l'assistance d'un avocat — Arrestation pour agression sexuelle — Identité de l'auteur d'une agression sexuelle antérieure inconnue — Détenu informé de son droit à l'assistance d'un avocat au moment de son arrestation avant de faire une déclaration orale au sujet de la seconde agression et une déclaration écrite — Policiers demandant des échantillons de sang et de cheveux dans le but premier d'en comparer le profil génétique (ADN) afin de déterminer l'identité du premier agresseur — Détenu non informé de l'enquête sur la première agression ou de son droit à l'assistance d'un avocat à cet égard — Y a-t-il eu fouille, perquisition ou saisie abusive au sens de l'art. 8 de la Charte? — Le droit d'être informé des motifs de la détention et le droit à l'assistance d'un avocat garantis par l'art. 10 ont-ils été violés en ce qui concerne l'enquête sur la première agression? — La preuve des résultats de l'analyse est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et devrait-elle donc être écartée en vertu de l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10a), b), 24(2).

Droit criminel — Enquêtes — Arrestation pour agression sexuelle — Identité de l'auteur d'une agression sexuelle antérieure inconnue — Détenu informé de son droit à l'assistance d'un avocat au moment de son arrestation avant de faire une déclaration orale au sujet de la seconde agression et une déclaration écrite —

comparative DNA testing in order to determine identity of first assailant — Detainee not told of investigation into first assault or informed of his right to counsel in that regard — Whether or not unreasonable search and seizure contrary to s. 8 of the Charter — Whether or not s. 10 right to be informed of reason for detention and of right to counsel violated with respect to investigation of first assault — Whether or not evidence of analysis results would bring administration of justice into disrepute and therefore should be excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(a), (b), 24(2).

Two sexual assaults occurred within a few months of each other: one where the assailant (unidentified but suspected to be the accused) left a semen stain on a comforter and the other where the appellant was identified as the assailant from a police line up. Two hairs were seized during the second investigation.

The accused, after being arrested for the second sexual assault, twice declined to contact a lawyer when advised by the police of his right to do so. He was again advised late the next morning of his right to counsel, of his right to silence and of his being a suspect in the second assault. The accused made an oral exculpatory statement and agreed to commit it to writing. After again receiving the standard warning and in spite of his counsel's advice to give only his name, the accused agreed to reduce his earlier oral statement to writing. Later in the afternoon, the accused complied with a police request to provide, first samples of scalp and pubic hair, and then a blood sample. The police hoped to establish that the accused was the assailant in the first assault by comparing the results of DNA typing of the blood and semen samples. The written consent drafted by the police deliberately used the plural when it stated that the sample was "for the purposes relating to their investigations". The accused was given no indication, other than the use of the plural "investigations" that the blood was also being sought for possible use in the investigation of the first assault.

Policiers demandant des échantillons de sang et de cheveux dans le but premier d'en comparer le profil génétique (ADN) afin de déterminer l'identité du premier agresseur — Détenu non informé de l'enquête sur la première agression ou de son droit à l'assistance d'un avocat à cet égard — Y a-t-il eu fouille, perquisition ou saisie abusive au sens de l'art. 8 de la Charte? — Le droit d'être informé des motifs de la détention et le droit à l'assistance d'un avocat garantis par l'art. 10 ont-ils été violés en ce qui concerne l'enquête sur la première agression? — La preuve des résultats de l'analyse est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et devrait-elle donc être écartée en vertu de l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10a), b), 24(2).

Deux agressions sexuelles ont été commises à quelques mois d'intervalle: dans un cas, l'agresseur (non identifié mais les soupçons se sont portés sur l'accusé) a laissé une tache de sperme sur un édredon et, dans l'autre, l'appelant a été identifié comme l'agresseur grâce à une séance d'identification. Deux cheveux ont été saisis lors de la deuxième enquête.

Après avoir été mis en état d'arrestation pour la seconde agression sexuelle, l'accusé a refusé à deux reprises de communiquer avec un avocat lorsque les policiers l'ont informé de son droit de le faire. À la fin de la matinée le lendemain, il a de nouveau été informé de son droit à l'assistance d'un avocat, de son droit de garder le silence et du fait qu'il était soupçonné d'avoir commis la seconde agression sexuelle. L'accusé a fait une déclaration disculpatoire orale et il a accepté de la faire par écrit. Après avoir reçu encore une fois la mise en garde habituelle et même si son avocat lui avait conseillé de ne donner que son nom, l'accusé a consenti à mettre par écrit sa déclaration orale antérieure. Plus tard au cours de l'après-midi, l'accusé a accepté, à la demande des policiers, de fournir tout d'abord des échantillons de cheveux et de poils pubiens et, ensuite, un échantillon de son sang. Les policiers espéraient pouvoir établir la culpabilité de l'accusé relativement à la première agression en comparant les résultats de l'identification de l'ADN dans les échantillons de sang et de sperme. Dans la formule de consentement qu'ils ont rédigée, les policiers ont volontairement utilisé le pluriel en précisant que l'échantillon était prélevé [TRADUCTION] «aux fins de ses enquêtes [du service de police]». À part l'emploi du mot «enquêtes» au pluriel, rien n'indiquait à l'accusé que l'échantillon de sang devait aussi éventuellement servir dans l'enquête sur la première agression.

The accused was charged with sexual assault in the first assault. The trial judge, notwithstanding a finding of a "technical" infringement of the s. 8 *Charter* right to be secure from unreasonable search and seizure admitted the evidence of the DNA testing under s. 24(2) as it would not bring the administration of justice into disrepute. He declined to find an infringement of s. 10(a) (the right to be promptly informed of reasons for arrest or detention), and s. 10(b) (the right to retain and instruct counsel without delay on arrest or detention). The Nova Scotia Court of Appeal allowed the appeal and set aside the conviction.

At issue here was: (1) whether the accused established an infringement of his *Charter* rights under ss. 8, 10(a) and (b), and, (2) if so, whether the evidence obtained as a result of the infringement should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major JJ.: The relevant time for assessing whether there was a seizure here was when the sample was first taken. The accused had an expectation of privacy with respect to his bodily integrity and the informational content of his blood. The proper test for determining whether a person has consented to the taking of an item by the state is not that of mere voluntariness, which is akin to the standard applied when the admissibility of a confession is in issue, but rather whether the person has sufficient information to truly relinquish the right to be secure from unreasonable seizure. As a general rule a lawful search of the person does not have to be suspended pending exercise of the detainee's right to counsel but an exception exists where the search requires the detainee's consent. A consent to the taking of blood can be limited to a taking for certain purposes only. A link therefore exists between the scope of a valid consent and the scope of the accused's knowledge in relation to the consequences of that consent.

The degree of awareness on the part of the accused of the consequences of waiving of the right to be secure from unreasonable seizure depends on the particular facts. While the accused need not have a detailed comprehension of every possible outcome of giving consent,

Une accusation d'agression sexuelle a été portée contre l'accusé relativement au premier incident. Bien qu'il ait conclu qu'il y avait eu violation «technique» du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*, le juge du procès s'est fondé sur le par. 24(2) pour admettre en preuve les résultats de l'identification de l'ADN du fait qu'ils n'étaient pas susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice. Il a refusé de conclure qu'il y avait eu violation des al. 10(a) (droit d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de l'arrestation ou de la détention) et 10(b) (droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat en cas d'arrestation ou de détention). La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a accueilli l'appel et annulé la déclaration de culpabilité.

Il s'agit en l'espèce de savoir si l'accusé a démontré qu'il y a eu violation des droits qui lui sont garantis par l'art. 8 et les al. 10(a) et (b) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si l'élément de preuve obtenu par suite de cette violation devrait être écarté conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major: C'est en fonction du moment où l'échantillon a été prélevé que l'on doit déterminer s'il y a eu saisie en ce qui concernait son intégrité physique et les renseignements que contenait son sang. Le critère approprié pour déterminer si une personne a consenti à ce que l'État prenne quelque chose est non pas celui du simple caractère volontaire, lequel est analogue à la norme appliquée lorsqu'il est question de l'admissibilité d'un aveu, mais plutôt de savoir si la personne possède suffisamment de renseignements pour pouvoir renoncer réellement au droit à la protection contre les saisies abusives. En règle générale, il n'est pas nécessaire de suspendre la fouille légale d'une personne pendant que celle-ci exerce son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, mais il y a exception lorsque la fouille exige le consentement de la personne détenue. Une personne peut consentir à un prélèvement de son sang à certaines fins précises seulement. Il existe donc un lien entre l'étendue d'un consentement valide et l'étendue de la connaissance qu'a l'accusé des conséquences de ce consentement.

Le degré de conscience qu'un accusé doit avoir des conséquences d'une renonciation au droit à la protection contre les saisies abusives dépend des faits particuliers de chaque cas. Bien qu'il ne soit pas nécessaire que l'accusé ait une compréhension approfondie de chacune des

he or she should understand that the police are also planning to use the product of the seizure in a different investigation from the one for which the accused is detained. Here, the form used did not make clear the scope of the consent sought. The use of the plural "investigations" in the consent form did not necessarily import the sense of investigations in relation to multiple offences. The police, at a minimum, had to make it clear to the accused that they were treating his consent as a blanket consent to the use of the sample in relation to other offences in which he might be a suspect.

In the absence of prior judicial authorization, a search or seizure will be unreasonable unless it is authorized by law, unless the law itself is reasonable and unless the manner in which the search was carried out is reasonable. The seizure in this case was not lawful. There is no statutory authorization available for the seizure of a blood sample in relation to the offence of sexual assault. Since the information necessary to a valid consent was inadequate, the taking of accused's blood in relation to the first assault was an unlawful seizure. The taking of the blood in relation to the second assault, however, was consensual.

Once matters reached a point where the officers were investigating two offences, the accused was detained in relation to both of them, and had the right to be informed of this dual investigative intention. The accused's *Charter* right to be informed of the reasons for his detention (s. 10(a)) was therefore violated. The rights in s. 10(a) and (b) of the *Charter* are linked. The police must inform a person of the reasons for his or her detention so that person may make an informed choice whether to exercise the right to counsel, and if so, to obtain sound advice based on an understanding of the extent of his or her jeopardy. Here, the accused was given no indication that the police were investigating any offence other than the one for which he had been arrested. When the nature of the police investigations expanded, the accused should have been re-informed of his right to counsel.

In reviewing the application of s. 24(2) of the *Charter* by a provincial appellate court, this Court should not review the findings of the courts below and substitute its own opinion absent any error as to the applicable legal principles that should guide the s. 24(2) determination. The admissibility of the impugned evidence was scruti-

répercussions possibles de son consentement, il devrait comprendre que les policiers comptent également utiliser le produit de la saisie dans une enquête portant sur une infraction différente de celle pour laquelle il est détenu. En l'espèce, la formule utilisée n'indiquait pas clairement l'étendue du consentement demandé. L'emploi du mot «enquêtes» au pluriel dans la formule de consentement ne signifiait pas forcément qu'il s'agissait d'enquêtes sur diverses infractions. Les policiers devaient à tout le moins dire clairement à l'accusé qu'ils considéraient son consentement comme un consentement général à l'utilisation de l'échantillon relativement à d'autres infractions dont il pourrait être soupçonné.

En l'absence d'une autorisation judiciaire préalable, une fouille, perquisition ou saisie sera abusive sauf si elle est permise par la loi, si la loi est elle-même raisonnable et si la façon dont la fouille ou la perquisition a été effectuée est raisonnable. En l'espèce, la saisie n'était pas légale. Aucune disposition législative n'autorise la saisie d'un échantillon de sang dans le cas d'une agression sexuelle. Comme les renseignements n'étaient pas suffisants pour qu'il y ait consentement valide, le prélèvement du sang de l'accusé relativement à la première agression constituait une saisie illégale. Toutefois, le prélèvement était consensuel dans le cas de la seconde agression.

Une fois atteint le stade où les policiers enquêtaient sur les deux infractions, l'accusé était détenu relativement à ces deux infractions et il avait le droit d'être informé de cette double intention en matière d'enquête. Le droit que l'accusé avait, en vertu de l'al. 10a) de la *Charte*, d'être informé des motifs de sa détention a donc été violé. Les droits garantis par les al. 10a) et b) de la *Charte* sont liés. Les policiers doivent informer une personne des motifs de sa détention afin d'assurer que celle-ci puisse faire un choix éclairé d'exercer ou non son droit à l'assistance d'un avocat et, dans l'affirmative, qu'elle obtienne des conseils judiciaires en fonction de sa compréhension de l'ampleur du risque qu'elle court. En l'espèce, on n'a pas indiqué à l'accusé que les enquêtes policières visaient une autre infraction que celle pour laquelle il avait été arrêté. Lorsque la portée des enquêtes policières a été élargie, l'accusé aurait dû être informé de nouveau de son droit à l'assistance d'un avocat.

Lorsqu'elle examine l'application du par. 24(2) de la *Charte* par une cour d'appel provinciale, notre Cour ne devrait pas réviser les conclusions des tribunaux d'instance inférieure et substituer son opinion en la matière, en l'absence d'une erreur quant aux principes juridiques qui devraient guider une décision fondée sur le par.

nized in light of the proper principles. The Court of Appeal correctly conducted the s. 24(2) analysis anew because the trial judge's finding of a "technical" breach of s. 8 of the *Charter*, and of no breach of s. 10(a) or 10(b), led him to approach the s. 24(2) analysis from a fundamentally different standpoint. The Court of Appeal concluded that the admission of the results of the DNA analysis of the blood sample would render the trial unfair and properly excluded them. In reaching that conclusion it correctly considered the effect of the admission of the evidence on the fairness of the trial, the seriousness of the *Charter* violations, the effect of the exclusion of the evidence on the repute of the administration of justice, and the nature of the evidence and when it came into existence.

Per Lamer C.J. and Gonthier J.: Section 10(a) and (b) of the *Charter* were violated. Once the investigation shifted to the first assault, an obligation arose to inform the accused of his s. 10 *Charter* rights.

Section 8 of the *Charter* was also breached; the blanket consent given to the taking of blood was not effective because the accused had not been adequately informed as to why he was detained and because his right to counsel had not been reiterated in light of the change in focus of the investigation. The accused did not know that the request for the blood sample was linked to the investigation of the first assault. The accused consented after his *Charter* rights arising upon detention had been violated. These violations, while they do not generally render a search unlawful or unreasonable, do so where the lawfulness of the search depends upon the accused's consent.

The accused had no legal obligation to provide the blood sample and the police could not lawfully obtain one without his consent because no statutory authority existed for the issuance of a warrant. The decision to give or refuse the sample is a significant decision for an accused person and counsel has an important role in advising a client as to whether or not to give consent. The accused and his or her counsel are entitled to know the real reason for the detention when making that decision. A consent given where both the right to be informed of the charge and of the right to counsel have been violated is not a valid consent, and without that

24(2). L'admissibilité de la preuve contestée a été analysée en fonction des principes appropriés. La Cour d'appel a eu raison de procéder de nouveau à l'analyse fondée sur le par. 24(2), car c'est parce qu'il a conclu qu'il y avait eu une violation «technique» de l'art. 8 de la *Charte* et que les al. 10(a) et b) n'avaient pas été violés que le juge du procès a abordé l'analyse fondée sur le par. 24(2) sous un angle fondamentalement différent. La Cour d'appel a conclu que l'admission des résultats de l'analyse de l'ADN de l'échantillon de sang rendrait le procès inéquitable et c'est à juste titre qu'elle les a écartés. Pour en arriver à cette conclusion, elle a examiné à bon droit l'effet de l'admission de la preuve sur l'équité du procès, la gravité des violations de la *Charte*, l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice, la nature de l'élément de preuve en cause ainsi que le moment où il a été obtenu.

Le juge en chef Lamer et le juge Gonthier: Les alinéas 10(a) et b) de la *Charte* ont été violés. Dès que l'enquête a porté sur la première agression, il y avait obligation d'informer l'accusé de ses droits en vertu de l'art. 10 de la *Charte*.

L'article 8 de la *Charte* a également été violé; le consentement général de l'accusé au prélèvement d'un échantillon de sang n'était pas réel parce que l'accusé n'avait pas été suffisamment informé du motif de sa détention et que, malgré la nouvelle orientation de l'enquête, on ne lui avait pas rappelé son droit à l'assistance d'un avocat. L'accusé ignorait que la demande d'échantillon de sang était liée à l'enquête sur la première agression. Il a donné son consentement après que les droits qui lui sont garantis par la *Charte* en cas de détention eurent été violés. Bien qu'en règle générale ces violations ne rendent pas une fouille ou une perquisition illégale ou abusive, c'est le cas lorsque la légalité de la fouille ou de la perquisition dépend du consentement de l'accusé.

L'accusé n'était pas légalement tenu de fournir l'échantillon de sang et les policiers ne pouvaient pas obtenir un légalement sans son consentement puisque aucune disposition législative n'autorisait la délivrance d'un mandat. La décision de fournir ou de refuser l'échantillon a une grande importance pour l'accusé et l'avocat joue un rôle important quand il conseille à un client d'accorder ou de refuser son consentement. L'accusé et son avocat ont le droit d'être informés du motif réel de la détention lorsqu'ils prennent cette décision. Un consentement donné lorsque le droit d'être informé de l'accusation et le droit à l'assistance d'un avocat ont

consent, the taking of the blood here was an unlawful and unreasonable seizure.

The consent, once properly given in the criminal law context, generally does not constrain the uses that may be made of the sample or of analysis results. Consents could otherwise become restricted to searches and seizures in particular investigations. The issue of extracting the sample from the individual's body and the issue of the use that can be made of the results of analysis of the sample once obtained must be kept separate.

Per McLachlin J.: The reasons of Lamer C.J. were agreed with, but with added comments. The accused's right to be free from unreasonable search and seizure (s. 8 of the *Charter*) was not breached except as derivative of a breach of his rights to be informed of the reasons for his detention and his right to counsel (s. 10(a) and (b) of the *Charter*). The case turns on whether the investigation had reached the stage where the accused was being detained for the first assault in addition to the second assault for which he had been arrested when he consented to the taking of the samples of his blood and hair. The test is whether the new matter has progressed beyond the stage of an "exploratory investigation." Since the accused was found at trial to be a suspect on the earlier assault at the time the police sought his consent, and since the police admitted that the main purpose for taking the samples was the investigation of that assault, it could be inferred that the accused was detained for the first offence when the samples were taken. Only on the facts of this case — where the police did not inform the detainee of the predominant reason for their taking the samples — need the individual be told about the anticipated purpose known to the police when the consent is requested. The interests of justice require that police correlate evidence obtained on one offence with other outstanding offences which, at that stage, are unconnected to an accused person by anything but speculative suspicion. Provided the police investigation of the detainee's involvement in the other offences has not passed the exploratory stage, there is no obligation under the *Charter* for the police to tell the accused that the evidence he or she gives on the offence for which the accused is being held, may be used in investigating the other offences. Once the matter has passed

été violés n'est pas valide et, en l'absence d'un tel consentement valide, le prélèvement du sang en l'espèce constituait une saisie illégale et abusive.

^a Une fois qu'il est donné régulièrement dans le contexte du droit criminel, le consentement ne restreint pas les usages qui peuvent être faits de l'échantillon ou des résultats de son analyse. Autrement, les consentements pourraient se limiter aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies effectuées dans des enquêtes particulières. Il faut faire la distinction entre la question du prélèvement de l'échantillon dans le corps de l'individu et celle de l'usage qui peut être fait des résultats de l'analyse de l'échantillon une fois qu'il a été obtenu.

^c

Le juge McLachlin: Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés sous réserve de certains commentaires. Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives (art. 8 de la *Charte*) n'a pas été violé, si ce n'est à la suite d'une violation de son droit d'être informé des motifs de sa détention et de son droit à l'assistance d'un avocat (al. 10a) et b) de la *Charte*). Il s'agit en l'espèce de savoir si, au moment où l'accusé a consenti à ce que des échantillons de son sang et de ses cheveux soient prélevés, l'enquête en était rendue au point où il était détenu relativement à la première agression en plus de la deuxième agression pour laquelle il avait été arrêté. Le critère consiste à savoir si la nouvelle affaire a passé l'étape de l'«enquête exploratoire». Comme on avait conclu au procès que l'accusé était soupçonné d'avoir commis l'agression antérieure et que la police avait avoué que son objectif principal, en prélevant les échantillons, était d'enquêter sur cette agression, on pouvait inférer que l'accusé était détenu relativement à la première infraction au moment où les échantillons ont été prélevés. Ce n'est que compte tenu des faits de l'espèce, où les policiers n'ont pas informé le détenu de la raison première pour laquelle ils désiraient les échantillons, que l'individu doit être informé de l'objectif visé et déjà connu des policiers lorsqu'ils lui demandent son consentement. Il est dans l'intérêt de la justice que la police mette la preuve obtenue relativement à une infraction en corrélation avec d'autres infractions non résolues qui, à cette étape, ne sont reliées à un accusé que par un soupçon conjectural. Pourvu que l'enquête policière sur la participation du détenu aux autres infractions n'ait pas passé l'étape exploratoire, la police n'est pas tenue, aux termes de la *Charte*, de dire à l'accusé que l'élément de preuve qu'il donne relativement à l'infraction pour laquelle il est détenu peut être utilisé dans une enquête sur d'autres infractions. Cela est différent lorsque l'affaire a passé

the exploratory stage and the detainee is being held as a serious suspect, the matter is different.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Distinguished: *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; **referred to:** *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Wills* (1992), 12 C.R. (4th) 58; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Smith*, [1991] 1 S.C.R. 714; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24.

By Lamer C.J.

Referred to: *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140.

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(a), (b), 24(2).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1993), 124 N.S.R. (2d) 163, 345 A.P.R. 163, 84 C.C.C. (3d) 380, 24 C.R. (4th) 184, allowing an appeal from and setting aside conviction by MacDonald Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

William D. Delaney and Robert Hagell, for the appellant.

Frank E. DeMont and Katherine A. Briand, for the respondent.

S. R. Fainstein, Q.C., and *John J. Walsh*, for the intervener.

The reasons of Lamer C.J. and Gonthier J. were delivered by

LAMER C.J. — I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice Iacobucci. I agree with his proposed disposition of this appeal and much of his reasoning in support thereof.

l'étape exploratoire et que le détenu est considéré comme un suspect sérieux.

Jurisprudence

^a Citée par le juge Iacobucci

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; **arrêts mentionnés:** *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Wills* (1992), 12 C.R. (4th) 58; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Smith*, [1991] 1 R.C.S. 714; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140.

^d Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869.

Lois et règlements cités

^e *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 10(a), (b), 24(2).

^f POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1993), 124 N.S.R. (2d) 163, 345 A.P.R. 163, 84 C.C.C. (3d) 380, 24 C.R. (4th) 184, qui a accueilli l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge MacDonald et l'a annulée. Pourvoi rejeté.

^g *William D. Delaney et Robert Hagell*, pour l'appelante.

^h *Frank E. DeMont et Katherine A. Briand*, pour l'intimé.

S. R. Fainstein, c.r., et *John J. Walsh*, pour l'intervenant.

ⁱ Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Gonthier rendus par

^j LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Iacobucci et je souscris à la façon dont il propose de trancher le pourvoi et à une bonne partie du raisonnement

However, I feel that I should expand somewhat upon his reasons as I am fearful that they, erroneously, may be given an interpretation by some with which I vigorously disagree.

I agree with Iacobucci J. that violations of s. 10(a) and (b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were established. Once the investigation shifted to the senior citizens home incident, there was an obligation, which was not met, to convey the information which those sections require to be given to the accused.

With respect to s. 8 of the *Charter*, I agree that there was a breach, as the Crown conceded before the Court of Appeal.

The key issue for the s. 8 analysis is whether the respondent's consent to the taking of blood was effective in the circumstances. It is not disputed that he gave a consent that did not specify any limitation upon the use to be made of the results of analysis of the blood. However, this consent was given while the respondent was detained, in circumstances in which he had not been informed adequately of the reason for his detention, in which his right to counsel had not been reiterated in light of the change in focus of the investigation and where, according to Constable Roberts' evidence, the accused did not know that the request for the blood sample was linked to the senior citizen's home investigation. In short, the accused consented after his *Charter* rights arising upon detention had been violated. I do not think those violations, as a general proposition, render a search unlawful or unreasonable. However, they do have that effect in particular situations. A case, such as the present one, in which the lawfulness of the search depends upon the accused's consent is one such situation.

There was no legal obligation upon the accused to provide the blood sample and indeed no lawful means by which the police could obtain one from him without his consent. This is not a situation in which the police have a ready alternative of obtaining a warrant. There is no statutory authority

qu'il adopte à l'appui de ce résultat. J'estime toutefois devoir développer quelque peu ses motifs car je crains que certains leur donnent à tort une interprétation à laquelle je m'oppose vigoureusement.

Je suis d'accord avec le juge Iacobucci pour dire que l'on a démontré que les al. 10(a) et b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été violés. Dès que l'enquête a porté sur l'incident survenu au foyer pour personnes âgées, il y avait obligation de communiquer à l'accusé les renseignements requis par ces alinéas, ce qui n'a pas été fait.

Je conviens qu'il y a eu violation de l'art. 8 de la *Charte* comme l'a admis le ministère public devant la Cour d'appel.

Aux fins de l'analyse fondée sur l'art. 8, il convient principalement de déterminer si le consentement de l'intimé au prélèvement d'un échantillon de son sang était réel dans les circonstances. Il n'est pas contesté que son consentement n'était assorti d'aucune restriction quant à l'usage qui devait être fait des résultats de l'analyse du sang. Toutefois, ce consentement a été donné alors que l'intimé était détenu, dans des circonstances où il n'avait pas été suffisamment informé du motif de sa détention, où, malgré la nouvelle orientation de l'enquête, on ne lui avait pas rappelé son droit à l'assistance d'un avocat et où, suivant le témoignage de l'agent Roberts, il ignorait que la demande d'échantillon de sang était liée à l'enquête sur l'incident du foyer pour personnes âgées. En résumé, l'accusé a donné son consentement après que les droits qui lui sont garantis par la *Charte* en cas de détention eurent été violés. Je ne pense pas, d'une façon générale, que ces violations rendent une fouille ou une perquisition illégale ou abusive. Elles ont toutefois cet effet dans des situations particulières où, comme en l'espèce, la légalité de la fouille ou de la perquisition dépend du consentement de l'accusé.

L'accusé n'était pas légalement tenu de fournir l'échantillon de sang et, en fait, les policiers ne disposaient d'aucun moyen légal de l'obtenir sans son consentement. Il ne s'agit pas d'un cas où la solution toute indiquée pour les policiers était d'obtenir un mandat. Aucune disposition législa-

for such a warrant in a case of this sort. Even if there were, there is little in the record to show that the police could have demonstrated reasonable and probable cause to obtain one. The decision to give or refuse the sample is a significant decision for an accused person. Counsel has an important role in advising a client as to giving or withholding consent: see, e.g., *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, at p. 13. The accused and his or her counsel are entitled to make that decision in the light of being informed about the real reason for the detention. A consent given where both the right to be informed of the charge and of the right to counsel have been violated is not a valid consent. As I said for the majority in *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at p. 1147:

If a detained person's consent to a search . . . was given while that person's s. 10(b) rights were being violated (either because he has not been informed of his right to counsel or because the police have obtained his consent to search . . . before he has been given a reasonable opportunity to exercise his right to counsel) then the search is unlawful and, as such, unreasonable.

This is precisely the situation here. The accused was detained on a new and different charge but was not so advised in violation of s. 10(a). His right to counsel was not reiterated as it ought to have been given this material change in circumstances. This failure was a violation of s. 10(b). A valid consent to the seizure cannot be obtained in these circumstances. Without valid consent, the taking of the blood was an unlawful and unreasonable seizure.

My colleague, Iacobucci J., reasons that, for a consent to be valid, the accused should understand that the police are planning to use the product of the seizure in a different investigation from the one for which he is detained, at least if the police are aware of this as they were in this case. While I do not think it necessary or desirable to deal with the broader question of what is required for a valid consent, I agree with Iacobucci J. that the individ-

tive n'autorise la délivrance d'un mandat en pareil cas. Même dans le cas contraire, il est peu probable, compte tenu du dossier, que les policiers auraient pu prouver qu'ils avaient un motif raisonnable et probable d'en obtenir un. La décision de fournir ou de refuser l'échantillon revêt une grande importance pour un accusé. L'avocat joue un rôle important quand il conseille à un client d'accorder ou de refuser un consentement: voir, par exemple, *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, à la p. 13. L'accusé et son avocat ont le droit de prendre cette décision après avoir été informés du motif réel de la détention. Un consentement donné lorsque le droit d'être informé de l'accusation et le droit à l'assistance d'un avocat ont été violés n'est pas valide. Comme j'ai affirmé au nom de la Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, à la p. 1147:

Si une personne détenue consent à une perquisition [. . .] alors que le droit garanti à cette personne par l'al. 10b) est violé (parce qu'elle n'a pas été informée de son droit à l'assistance d'un avocat ou parce que les policiers ont obtenu son consentement à la perquisition [. . .] avant de lui avoir donné une possibilité raisonnable d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat), alors la perquisition est illégale et abusive.

C'est précisément le cas en l'espèce. L'accusé était détenu relativement à une accusation nouvelle et différente, mais il n'en a pas été informé, ce qui est contraire à l'al. 10a). On ne lui a pas rappelé son droit à l'assistance d'un avocat comme on aurait dû le faire vu ce changement majeur de circonstances. Cette omission constituait une violation de l'al. 10b). Un consentement valide à la saisie ne peut être obtenu dans ces circonstances. En l'absence d'un consentement valide, le prélèvement du sang constituait une saisie illégale et abusive.

Mon collègue le juge Iacobucci estime que, pour qu'un consentement soit valide, l'accusé doit comprendre que les policiers comptent utiliser le produit de la saisie dans une enquête portant sur une infraction différente de celle pour laquelle il est détenu, du moins si les policiers en sont conscients comme c'était le cas en l'espèce. Bien que je ne croie pas qu'il soit nécessaire ou souhaitable d'examiner la question plus générale des condi-

ual must be told about the anticipated purpose known to the police when the consent is requested.

However, in agreeing, I would not wish to be taken as accepting the general proposition that the consent, once validly given in the criminal law context, constrains the uses that may be made of the sample or the results of analysis thereof. Such an approach runs the risk of considering investigations and consents to searches and seizures in watertight compartments. It also could permit the construction of what would amount to elaborate evidentiary privileges based upon either the purposes for which the evidence was originally obtained or upon the information supplied at the time consent was given. In addition, it is necessary to keep separate the issue of extracting the sample from the individual's body and the use that can be made of the results of analysis of the sample once obtained.

Consider the situation in which a person must decide whether or not to speak to the police. Once the decision to speak is made in the criminal law context (absent concerns about voluntariness or exclusion for *Charter* breaches), the evidence is available for all purposes. The law recognizes some protected situations, such as where compelled testimony cannot be used against the witness in other proceedings. But generally speaking, once the decision to speak is made, the evidence so obtained is admissible if relevant. I am far from convinced that the same general principle should not operate with respect to consent to provide blood samples in the criminal law context. We do not give effect to the individual's desire to speak on condition that what is said is helpful to his or her case. Likewise, I do not think we should open the door to conditional or limited consents in the criminal law context.

tions requises pour un consentement valide, je suis d'accord avec le juge Iacobucci pour dire que l'individu doit être informé de l'objectif visé et déjà connu des policiers lorsqu'ils lui demandent son consentement.

Toutefois, je ne voudrais pas que l'on considère que cela signifie que je souscris au principe général voulant qu'une fois qu'il est donné valablement dans le contexte du droit criminel, le consentement restreint les usages qui peuvent être faits de l'échantillon ou des résultats de son analyse. Une telle approche risque d'entraîner une analyse compartimentée des enquêtes et des consentements donnés à des fouilles, perquisitions et saisies. Elle pourrait également permettre d'interpréter l'équivalent de privilèges complexes relatifs à la preuve en fonction des fins pour lesquelles la preuve a tout d'abord été obtenue ou des renseignements qui ont été fournis au moment où le consentement a été donné. De plus, il est essentiel de faire la distinction entre la question du prélèvement de l'échantillon dans le corps de l'individu et celle de l'usage qui peut être fait des résultats de l'analyse de l'échantillon une fois qu'il a été obtenu.

Examinons le cas où une personne doit décider si elle accepte ou non de parler aux policiers. Une fois que cette décision est prise dans le contexte du droit criminel (en l'absence de toute préoccupation relative au caractère volontaire des déclarations ou à leur exclusion pour violation de la *Charte*), la preuve peut être utilisée à n'importe quelle fin. Le droit reconnaît certaines situations protégées, comme celle où le témoignage forcé ne peut être utilisé contre le témoin dans d'autres poursuites. Mais, en règle générale, une fois que la décision de parler est prise, la preuve ainsi obtenue est admissible si elle est pertinente. Je suis loin d'être convaincu que le même principe général ne devrait pas s'appliquer en ce qui concerne le consentement au prélèvement d'échantillons de sang dans le contexte du droit criminel. Nous ne donnons pas suite au désir d'un individu de parler à la condition que ce qu'il dit soit utile pour sa cause. De même, je ne crois pas que nous devrions ouvrir la porte à des consentements conditionnels ou limités dans le contexte du droit criminel.

The s. 8 jurisprudence from this Court has recognized that a consent to provide a blood sample for medical purposes is a limited consent and that s. 8 is implicated if the sample so taken is to be converted to police use. I do not take this to mean that other limitations on subsequent use arise from the form or circumstances of consent. The inquiry under s. 8 involves a balancing of the reasonable expectation of privacy and other societal interests, including effective law enforcement. This balancing is highly sensitive to the context and circumstances in which the search or seizure is conducted.

The context and circumstances are markedly different in the case of consent given to police to take blood as part of the investigation of a serious criminal charge than where consent is given for the purpose of medical treatment. There is a high level of expectation of privacy and confidentiality associated with medical treatment and an important benefit in its being provided. Moreover, where the blood sample has been properly obtained for a medical purpose, the police will usually have the option of seeking prior judicial authorization to seize the sample. The consent relates to taking the sample from the body. Once the sample is in existence, the results of its analysis may be obtained upon suitable prior judicial authorization. The context is quite different in a case such as the present one. The consent is elicited in the criminal law context and for law enforcement purposes. There is no confusion between medical treatment and criminal investigation. There will often be no alternative investigative technique available in absence of consent. Without the blood sample in this case, as Constable Roberts conceded in cross-examination, there was no other evidence. This is not to say that any and all techniques are permitted to get evidence when it is otherwise hard to come by. It is to point out that balancing the reasonable expectation of privacy and the needs of law enforcement must

Notre Cour a reconnu, dans ses arrêts portant sur l'art. 8, que le consentement au prélèvement d'un échantillon de sang à des fins médicales est un consentement limité et que l'art. 8 s'applique si l'échantillon ainsi prélevé doit être ensuite utilisé par la police. Je ne considère pas que cela signifie que la forme du consentement ou les circonstances dans lesquelles il est donné créent d'autres restrictions à l'usage ultérieur de l'échantillon. L'examen effectué en vertu de l'art. 8 exige une pondération des attentes raisonnables en matière de vie privée et d'autres intérêts de la société, dont l'application efficace de la loi. Cette pondération dépend considérablement du contexte et des circonstances dans lesquels la fouille, la perquisition ou la saisie est effectuée.

Le contexte et les circonstances sont sensiblement différentes lorsque le consentement au prélèvement d'un échantillon de sang est donné aux policiers dans le cadre d'une enquête sur une accusation criminelle grave, plutôt qu'aux fins d'un traitement médical. Dans le cas d'un traitement médical, les attentes en matière de protection de la vie privée et de confidentialité sont très élevées et l'avantage à le recevoir est considérable. De plus, lorsque l'échantillon de sang a été obtenu régulièrement à des fins médicales, les policiers ont habituellement la possibilité de demander préalablement l'autorisation judiciaire de le saisir. Le consentement concerne le prélèvement de l'échantillon dans le corps de la personne. Une fois l'échantillon prélevé, les résultats de son analyse peuvent être obtenus après avoir obtenu préalablement une autorisation judiciaire adéquate. Le contexte est fort différent dans un cas comme celui qui nous occupe. Le consentement est obtenu dans le contexte du droit criminel et à des fins d'application de la loi. Il n'y a aucune confusion entre un traitement médical et une enquête criminelle. Souvent, le recours à une autre méthode d'enquête sera impossible en l'absence de consentement. Comme l'a admis l'agent Roberts lors du contre-interrogatoire, outre l'échantillon de sang en l'espèce, il n'y avait aucun autre élément de preuve. Cela ne veut pas dire que l'on peut recourir à n'importe quelle méthode pour recueillir des éléments de preuve lorsque ceux-ci sont difficiles à obtenir. Cela signi-

take account of the context and circumstances in the particular situation.

I would dismiss the appeal.

The judgment of La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. — This appeal concerns the admissibility of a DNA profile obtained from a sample of the respondent's blood, which was extracted from him while he was detained by the police. The respondent argues that his rights under ss. 8, 10(a) and (b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were breached by the police in obtaining this sample. As will be evident from the reasons which follow, I am of the view that the respondent's rights were infringed, and that the conclusion of the majority of the Nova Scotia Court of Appeal that the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* should not be disturbed.

Background

On October 11, 1989, an elderly woman was sexually assaulted in her home by an intruder. Because it was dark in the room and the intruder covered her face, the woman was unable to identify her assailant. The police suspected that the respondent, who was staying nearby, might be involved. Among the items seized by police from the victim's home was a comforter that was stained with semen.

On December 2, 1989, a warrant was issued for the respondent's arrest in relation to a sexual assault on another woman at the Sundowner Motel. In that attack, no sexual intercourse or ejaculation occurred. The motel complainant had seen the respondent on previous occasions and was able to identify him from a photo line-up. The police seized a number of items from her room, including a hair found on the bathroom door and another found in the bed.

fié que la pondération des attentes raisonnables en matière de vie privée et des besoins en matière d'application de la loi doit tenir compte du contexte et des circonstances du cas particulier.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi concerne l'admissibilité en preuve du profil génétique (ADN) tracé à l'aide d'un échantillon du sang de l'intimé qui a été prélevé pendant que ce dernier était détenu par la police. L'intimé soutient qu'en prélevant cet échantillon la police a porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 8 et les al. 10a) et b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme l'indiquent les motifs qui suivent, j'estime que les droits de l'intimé ont été violés et qu'il n'y a pas lieu de modifier la conclusion de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse à la majorité, selon laquelle cet élément de preuve devrait être écarté conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

Historique

Le 11 octobre 1989, une femme âgée a été agressée sexuellement à son domicile par un intrus. Comme il faisait noir dans la pièce et que l'intrus lui avait recouvert le visage, la femme a été incapable d'identifier son agresseur. Les soupçons de la police se sont portés sur l'intimé qui habitait tout près. Parmi les articles saisis par la police au domicile de la victime, il y avait un édredon taché de sperme.

Le 2 décembre 1989, un mandat d'arrestation a été décerné contre l'intimé relativement à une agression sexuelle commise contre une autre femme au Sundowner Motel. Lors de cette agression, il n'y a eu ni rapports sexuels ni ejaculation. La plaignante du motel avait déjà vu l'intimé et elle a pu l'identifier grâce à une série de photos qui lui a été présentée. La police a saisi un certain nombre d'articles dans sa chambre, dont un cheveu prélevé sur la porte de la salle de bain et un autre découvert dans le lit.

Later that day, the respondent attended at the police station. He was arrested and asked if he wished to contact a lawyer. He replied that he did not wish to talk to a lawyer at that time, and told police that he had already been in contact with a lawyer, whom he named. At 11:10 p.m., Constable Dipersio went to the respondent's cell and asked him if he wished to make a telephone call. The respondent declined this offer.

At 11:20 a.m. on the morning of December 3, two officers spoke with the respondent in an office. Sergeant Brown informed the respondent of his right to retain and instruct counsel without delay, and also informed him that he did not need to say anything, but that what he did say could be used as evidence against him. He advised the respondent that he was suspected by the police to be responsible for a sexual assault at the Sundowner Motel on December 2. The respondent made an oral exculpatory statement. The officer asked the respondent whether he would commit this statement to writing. The respondent agreed to do so.

Constable Roberts again gave the respondent the standard warning and repeated his *Charter* rights. The respondent indicated that he wished to call a lawyer. After the call was completed, the respondent indicated that his lawyer had instructed him, "not to tell you anything, my name is Josh Randall Borden." After some discussion, the respondent agreed to reduce his earlier oral statement to writing.

Later in the afternoon, the police asked the respondent if he would provide samples of scalp and pubic hair. The respondent agreed to do so, and was described by the officers as "very cooperative." This procedure took about 10-15 minutes, and approximately 150 hairs were taken.

The officers then discussed among themselves whether to request a blood sample. The officers testified that, while the sample had some utility in the investigation of the motel offence, they wanted it "mainly" or "mostly" for their investigation of the October assault on the elderly woman, in order

Plus tard ce même jour, l'intimé s'est présenté au poste de police. Il a été arrêté et on lui a demandé s'il désirait communiquer avec un avocat. Il a répondu qu'il ne voulait pas parler avec un avocat pour l'instant, mais il a ajouté qu'il avait déjà communiqué avec un dont il a précisé le nom. À 23 h 10, l'agent Dipersio s'est rendu à la cellule de l'intimé et il lui a demandé s'il souhaitait téléphoner à quelqu'un. L'intimé a décliné son offre.

Le 3 décembre à 11 h 20, deux policiers se sont entretenus avec l'intimé dans un bureau. Le sergent Brown a informé l'intimé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat; il lui a également signalé qu'il n'était pas obligé de dire quoi que ce soit, mais que tout ce qu'il dirait pourrait être utilisé en preuve contre lui. Il lui a dit que la police le soupçonnait d'avoir commis une agression sexuelle au Sundowner Motel, le 2 décembre. L'intimé a fait une déclaration disculpatoire orale. Le policier lui a demandé s'il accepterait de faire cette déclaration par écrit. L'intimé a accepté.

L'agent Roberts a de nouveau fait à l'intimé la mise en garde habituelle et il lui a répété les droits qui lui étaient garantis par la *Charte*. L'intimé a indiqué qu'il voulait téléphoner à un avocat. Une fois l'appel terminé, il a dit que son avocat lui avait donné comme directive [TRADUCTION] «de ne rien vous dire. Mon nom est Josh Randall Borden». Après discussion, l'intimé a consenti à mettre par écrit sa déclaration orale antérieure.

Plus tard au cours de l'après-midi, les policiers ont demandé à l'intimé s'il accepterait de fournir des échantillons de cheveux et de poils pubiens. L'intimé y a consenti et, selon les policiers, il s'est montré [TRADUCTION] «très coopératif». Il a fallu environ de 10 à 15 minutes pour arracher approximativement 150 poils et cheveux.

Les policiers ont ensuite discuté entre eux de la possibilité de demander un échantillon de sang. Ils ont déclaré dans leurs témoignages que, même si cet échantillon avait une certaine utilité pour l'enquête sur l'infraction commise au motel, ils voulaient l'obtenir [TRADUCTION] «principalement» ou

to compare the blood with the semen found on her comforter.

Fifteen minutes later, an officer returned to the cell and asked the respondent if he would provide a blood sample. The respondent replied, "sure, no problem man." Constable Roberts called a senior Crown counsel to discuss the use of the sample in both of the sexual assault investigations. The constable drafted a written consent form in accordance with his discussion with the Crown. The form stated:

I, Josh Randall Borden, of Frederick Street, in New Glasgow, Pictou County, do hereby give my consent to the New Glasgow Police Department to take a sample of my blood for the purposes relating to their investigations.

The use of the plural "investigations" was deliberate.

The officer read the consent form to the respondent and passed it to him. He looked at it and signed it. The officers acknowledged that the respondent was given no indication, other than the use of the word "investigations" in the consent form, that the blood was also being sought for possible use in the investigation of the October assault.

The blood sample was analyzed, and the respondent was subsequently charged with sexual assault in relation to the October attack. A *voir dire* was held before the trial judge to determine whether the results of the DNA typing of the blood sample should be admitted into evidence. The trial judge found that there had been a "technical" infringement of the respondent's rights under s. 8 of the *Charter*, but declined to find an infringement of s. 10(a) or (b). He concluded that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute, and refused to exclude the evidence pursuant to s. 24(2).

The trial judge concluded that the expert evidence established that the DNA profile of the

«surtout» pour leur enquête sur l'agression dont la femme âgée avait été victime en octobre afin de le comparer avec le sperme trouvé sur l'édredon.

Quinze minutes plus tard, un policier est retourné à la cellule de l'intimé et lui a demandé s'il accepterait de fournir un échantillon de sang. L'intimé a répondu [TRADUCTION] «bien sûr». L'agent Roberts a téléphoné à un procureur principal de la Couronne pour discuter de l'utilisation de l'échantillon dans les deux enquêtes sur les agressions sexuelles. Il a rédigé une formule de consentement conformément aux instructions du procureur. Cette formule se lisait ainsi:

[TRADUCTION] Je, soussigné, Josh Randall Borden, de la rue Frederick à New Glasgow, comté de Pictou, autorise par les présentes le service de police de New Glasgow à prélever un échantillon de mon sang aux fins de ses enquêtes.

L'emploi du mot «enquêtes» au pluriel était volontaire.

L'agent a lu la formule de consentement à l'intimé et la lui a remise. Ce dernier l'a examinée et signée. Les policiers ont reconnu qu'à part l'emploi du mot «enquêtes» dans la formule de consentement, rien n'indiquait à l'intimé que l'échantillon de sang devait aussi éventuellement servir dans l'enquête sur l'agression d'octobre.

L'échantillon de sang a été analysé et une accusation d'agression sexuelle a ensuite été portée contre l'intimé relativement à l'incident du mois d'octobre. Un *voir-dire* a été tenu devant le juge du procès afin de déterminer si les résultats de l'identification de l'ADN dans l'échantillon de sang devaient être utilisés en preuve. Le juge du procès a conclu qu'il y avait eu violation «technique» des droits garantis à l'intimé par l'art. 8 de la *Charte*, mais il a refusé de conclure qu'il y avait eu violation de l'al. 10a) ou b). Il a jugé que l'utilisation de cet élément de preuve ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et il a refusé de l'écarter conformément au par. 24(2).

Le juge du procès a conclu que les témoignages d'experts avaient établi que le profil génétique

respondent's blood sample was the same as the DNA profile of the semen stain on the blanket, and convicted the respondent of sexual assault. He was sentenced to six years imprisonment. The respondent appealed to the Nova Scotia Court of Appeal (1993), 124 N.S.R. (2d) 163, which allowed the appeal and set aside the conviction. Pugsley J.A., Jones J.A. concurring, found that the respondent's s. 10(a) and (b) *Charter* rights, as well as his s. 8 right, had been infringed, and excluded the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Freeman J.A., dissenting, found that no infringement of the respondent's rights had occurred, and, even assuming a technical infringement, that the evidence should not be excluded. The Crown appeals as of right to this Court.

Issues

There are two issues in this appeal. The first is whether the respondent has established that his rights under ss. 8, 10(a) and (b) of the *Charter* were infringed. The second is whether, if these rights were infringed, the majority of the Nova Scotia Court of Appeal erred in principle in their conclusion that the evidence obtained as a result of the infringement ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Analysis

Section 8

I agree with the conclusion of the trial judge on the *voir dire* and of the majority of the Court of Appeal that the respondent's s. 8 right to be secure against unreasonable search and seizure was violated. The police do not possess the statutory authority to demand or take a blood sample from a person charged with the offence of sexual assault. For the taking of the blood of the respondent in this case to be valid, the police required his consent. The police did obtain a lawful and valid informed consent from the respondent in relation to the taking of his blood for use in the investigation of the motel offence, for which he had been

(ADN) de l'échantillon de sang de l'intimé était le même que celui de la tache de sperme sur la couverture et il a reconnu l'intimé coupable d'agression sexuelle. L'intimé a été condamné à six ans d'emprisonnement. Il a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1993), 124 N.S.R. (2d) 163 qui a accueilli l'appel et a annulé la déclaration de culpabilité. Le juge Pugsley a statué, avec l'appui du juge Jones, qu'il y avait eu atteinte aux droits garantis à l'intimé par les al. 10a) et b) ainsi que l'art. 8 de la *Charte*, et il a écarté la preuve conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Le juge Freeman, dissident, a conclu que les droits de l'intimé n'avaient pas été violés et que, même si on présumait qu'il y avait eu violation technique, l'élément de preuve en question ne devait pas être écarté. Le ministère public se pourvoit de plein droit devant notre Cour.

Les questions en litige

Deux questions sont soulevées dans le présent pourvoi. La première consiste à déterminer si l'intimé a démontré qu'il y a eu violation des droits qui lui sont garantis par l'art. 8 et les al. 10a) et b) de la *Charte*. La seconde consiste à déterminer si, dans l'affirmative, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse à la majorité a commis une erreur de principe en concluant que l'élément de preuve obtenu par suite de cette violation devait être écarté conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

Analyse

L'article 8

Comme l'ont fait le juge du procès lors du *voir dire* et la Cour d'appel à la majorité, je conclus qu'il y a eu violation du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti à l'intimé par l'art. 8. La police n'est pas légalement habilitée à exiger ou à prélever un échantillon du sang d'une personne accusée d'agression sexuelle. Pour que le prélèvement sanguin soit valide en l'espèce, les policiers devaient obtenir le consentement de l'intimé. Ils ont toutefois obtenu légalement le consentement éclairé et valide de l'intimé au prélèvement d'un échantillon de son sang pour qu'il soit utilisé dans l'enquête

arrested. This fact led Freeman J.A., in dissent, to conclude that there was no s. 8 infringement in this case, and that the respondent had to prove a breach of another *Charter* section.

I disagree. While it is true that the infringement of s. 8 of the *Charter* alleged in this case comes from the same source as the alleged s. 10 infringements, that is, the failure of the police to inform the respondent of their predominant purpose in seeking the blood sample, I am of the view that the respondent has demonstrated an infringement of s. 8 which is independent from the s. 10(a) and (b) claims.

The jurisprudence of this Court indicates that a seizure occurs whenever there is a non-consensual taking of an item by the state in respect of which the citizen has a reasonable expectation of privacy: *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 432 and 435. The words of La Forest J. at pp. 431-32 of that decision are apposite:

There was no consent to the taking of the blood sample in this case; Mr. Dyment was unconscious at the time. But even if he had given his consent, I do not think that would have mattered if the consent was restricted to the use of the sample for medical purposes. . . . As I have attempted to indicate earlier, the use of a person's body without his consent to obtain information about him, invades an area of personal privacy essential to the maintenance of his human dignity.

Obviously a person does not cease to have a reasonable expectation of privacy in his or her blood at any time while that blood is still inside his or her body. In this case the taking of the sample, with consent, for use in the investigation of the motel offence, was coincident with its taking for use in the investigation of the October sexual assault. The officers testified that they had every intention of using the sample for the investigation of both crimes, and that the October offence was their main focus. They sought advice on how to ensure that they could use the sample for both purposes,

sur l'infraction commise au motel, pour laquelle l'intimé avait été arrêté. C'est ce qui a amené le juge Freeman à conclure, dans sa dissidence, que l'art. 8 n'avait pas été violé en l'espèce et que l'intimé devait prouver qu'il y avait eu violation d'un autre article de la *Charte*.

Je ne suis pas de cet avis. Même s'il est vrai que la violation de l'art. 8 de la *Charte* et celles de l'art. 10, qui sont alléguées en l'espèce, découlent du même acte, c'est-à-dire l'omission par les policiers d'informer l'intimé de l'objectif premier qu'ils poursuivaient en lui demandant un échantillon de sang, j'estime que l'intimé a établi l'existence d'une violation de l'art. 8 indépendamment des demandes fondées sur les al. 10(a) et b).

La jurisprudence de notre Cour indique qu'il y a saisie chaque fois que l'État prend, sans le consentement d'un citoyen, quelque chose qui lui appartient et au sujet duquel il peut raisonnablement s'attendre à ce qu'on en préserve le caractère confidentiel: *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pp. 432 et 435. Les propos du juge La Forest, aux pp. 431 et 432 de cet arrêt, sont pertinents:

Il n'y a pas eu de consentement au prélèvement de l'échantillon de sang en l'espèce, car M. Dyment était inconscient au moment où il a été fait. Mais, même s'il avait donné son consentement, je ne pense pas que cela aurait eu de l'importance qu'il ait visé uniquement l'utilisation de l'échantillon à des fins médicales [. . .] Comme j'ai tenté de le montrer précédemment, l'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine.

Il est évident qu'une personne ne cesse pas de s'attendre raisonnablement à la préservation du caractère confidentiel du sang qui se trouve encore à l'intérieur de son corps. En l'espèce, le prélèvement de l'échantillon, avec le consentement de l'intimé, aux fins de l'enquête sur l'infraction commise au motel, a coïncidé avec son prélèvement aux fins de l'enquête sur l'agression sexuelle commise en octobre. Les policiers ont témoigné qu'ils avaient bel et bien l'intention d'utiliser l'échantillon dans les enquêtes sur les deux crimes et qu'ils s'intéressaient surtout à l'infraction d'oc-

and deliberately used broad language on the consent form, including the word "investigations" in the plural. The seizure of the blood for use in the present appeal was effected simultaneously with its seizure for use in the motel offence.

Therefore, the relevant time for assessing whether there was a seizure in relation to this appeal was at the time the sample was first taken. At that time, the respondent had an expectation of privacy with respect to his bodily integrity and the informational content of his blood. It must therefore be shown that the taking of the sample in respect of this appeal was accompanied by his consent. In the absence of such consent, there was a seizure, and its reasonableness must be scrutinized to determine whether s. 8 of the *Charter* was violated.

As noted above, the consent for the taking of the sample in relation to the motel offence was, on its own, a valid one. The issue, then, is whether the respondent also consented to a seizure of his blood in relation to the October sexual assault offence. The argument of the appellant in this regard was two-fold. First, relying on *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, the appellant argued that the proper test for determining whether a person has consented to the taking of an item by the state was one of voluntariness, akin to the standard applied when the admissibility of a confession is in issue. Second, the appellant argued that, even if the test for the waiver by an accused of his or her s. 8 right is identical to that used to determine whether there has been a valid waiver of the rights found in s. 10 of the *Charter*, such that some awareness of the consequences of the waiver is required, this threshold is met on the facts of this case. I will consider each of these submissions in turn.

With regard to the test to be applied, I cannot find that the decision of this Court in *Mellenthin*, *supra*, is of assistance to the appellant. While it is

tobre. Ils se sont renseignés sur la façon de garantir qu'ils pourraient utiliser l'échantillon aux deux fins et ils ont délibérément formulé le consentement d'une manière générale, en mettant notamment le mot «enquêtes» au pluriel. La saisie du sang aux fins du présent pourvoi a été faite en même temps que sa saisie pour l'enquête sur l'infraction commise au motel.

En conséquence, c'est en fonction du moment où l'échantillon a été prélevé que l'on doit déterminer s'il y a eu saisie aux fins du présent pourvoi. L'intimé s'attendait alors au respect de sa vie privée en ce qui concernait son intégrité physique et les renseignements que contenait son sang. Il faut donc démontrer en l'espèce que l'échantillon a été prélevé avec son consentement. Dans le cas contraire, il y a eu saisie et il devient alors nécessaire d'examiner le caractère raisonnable pour déterminer s'il y a eu violation de l'art. 8 de la *Charte*.

Comme nous l'avons déjà souligné, le consentement au prélèvement de l'échantillon pour l'infraction commise au motel était valide en soi. Il s'agit donc de déterminer si l'intimé a également consenti à une saisie de son sang relativement à l'agression sexuelle d'octobre. L'argument de l'appelante à cet égard était double. Premièrement, l'appelante s'est fondée sur l'arrêt *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, pour soutenir que le critère approprié pour déterminer si une personne a consenti à ce que l'État prenne quelque chose était celui du caractère volontaire, lequel est analogue à la norme appliquée lorsqu'il est question de l'admissibilité d'un aveu. Deuxièmement, l'appelante a allégué que, d'après les faits de l'espèce, on satisfait à ce critère préliminaire même si le critère applicable à la renonciation par un accusé au droit que lui garantit l'art. 8 est identique à celui utilisé pour établir s'il y a eu renonciation valide aux droits conférés par l'art. 10 de la *Charte*, de sorte qu'il doit y avoir une certaine conscience des conséquences de la renonciation. J'examinerai chacun de ces arguments à tour de rôle.

En ce qui concerne le critère à appliquer, je ne puis conclure que l'arrêt *Mellenthin*, précité, de notre Cour est utile à l'appelante. Même s'il est

true that Cory J. in that case stated at p. 624 that it was, “incumbent upon the Crown to adduce evidence that the person detained has indeed made an informed consent to the search based upon an awareness of his rights to refuse to respond to the questions or to consent to the search”, I cannot interpret this assertion as purporting to set out an exhaustive statement of the general test for the requirements for a valid consent to a police search.

On the facts of *Mellenthin*, it was not necessary to consider whether it was also a requirement for a valid consent that the accused be aware of the consequences of that consent. Obviously the accused in *Mellenthin* was aware that, if the police found the drugs that he had in his bag, this could lead to potential charges. The real issue was whether the accused knew that he was not required to show the officer what was in his bag.

I agree with Doherty J.A., for the Ontario Court of Appeal in *R. v. Wills* (1992), 12 C.R. (4th) 58, at p. 72, that:

When one consents to the police taking something that they otherwise have no right to take, one relinquishes one’s right to be left alone by the state and removes the reasonableness barrier imposed by s. 8 of the *Charter*. The force of the consent given must be commensurate with the significant effect which it produces.

In order for a waiver of the right to be secure against an unreasonable seizure to be effective, the person purporting to consent must be possessed of the requisite informational foundation for a true relinquishment of the right. A right to choose requires not only the volition to prefer one option over another, but also sufficient available information to make the preference meaningful. This is equally true whether the individual is choosing to forego consultation with counsel or choosing to relinquish to the police something which they otherwise have no right to take.

Such an approach, in my view, is implicit in the statement of Lamer J. (as he then was) in *R. v.*

vrai que le juge Cory affirme, à la p. 624 de cet arrêt, qu’il «appartient au ministère public de prouver que la personne détenue a effectivement donné un consentement éclairé à la fouille tout en connaissant son droit de refuser de répondre aux questions ou de consentir à la fouille», je ne puis considérer que cette affirmation se veut un énoncé exhaustif des conditions générales de validité d’un consentement à une fouille policière.

Selon les faits de l’arrêt *Mellenthin*, il n’était pas nécessaire d’examiner s’il était également nécessaire, pour que le consentement soit valide, que l’accusé connaisse les conséquences de ce consentement. Il est évident que, dans l’arrêt *Mellenthin*, l’accusé savait que des accusations pourraient être portées contre lui si la police trouvait la drogue qu’il avait dans son sac. La véritable question qui se posait était de savoir si l’accusé savait qu’il n’était pas obligé de montrer le contenu de son sac au policier.

Je souscris aux propos du juge Doherty de la Cour d’appel de l’Ontario, dans l’arrêt *R. c. Wills* (1992), 12 C.R. (4th) 58, à la p. 72:

[TRADUCTION] Lorsqu’une personne consent à ce que des policiers prennent quelque chose qu’ils n’auraient pas autrement le droit de prendre, elle renonce à son droit de ne pas être inquiétée par l’État et fait disparaître l’obstacle du caractère raisonnable imposé par l’art. 8 de la *Charte*. Le consentement donné doit être proportionné à l’effet considérable qu’il produit.

Pour que la renonciation au droit à la protection contre les saisies abusives soit réelle, la personne qui est censée donner son consentement doit disposer de tous les renseignements requis pour pouvoir renoncer réellement à ce droit. Le droit de choisir exige non seulement que la personne puisse exercer sa volonté de préférer une solution à une autre, mais aussi qu’elle possède suffisamment de renseignements pour faire un choix utile. Cela est également vrai lorsque la personne choisit de s’abstenir de consulter un avocat ou d’abandonner aux policiers quelque chose qu’ils n’auraient autrement pas le droit de prendre.

À mon avis, c’est ce qui ressort implicitement de l’arrêt *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, où le

Debot, [1989] 2 S.C.R. 1140, that, while as a general rule a lawful search of the person did not have to be suspended pending exercise of the detainee's right to counsel, an exception existed in cases where the search required the detainee's consent. It is also implicit in the decisions of this Court in *Dyment, supra*, and in *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 55, which recognize that a consent to the taking of blood can be limited to a taking for certain purposes only. This concept reveals a link between the scope of a valid consent and the scope of the accused's knowledge in relation to the consequences of that consent.

The appellant argued that the test for constitutional waiver of the s. 8 right is met in this case, because it is reasonable to infer that the respondent knew that the police had an open investigation on the October assault of the elderly woman, since he had committed the offence seven weeks earlier. He also knew that he had left semen at the scene. In his evidence on the *voir dire*, the respondent indicated that he understood that a comparison of blood and semen samples was possible.

As my colleague Sopinka J. pointed out at the hearing of this appeal, the logical extension of this argument would be that the protections afforded by the *Charter* no longer apply whenever the person arrested is guilty of the offence for which he or she has been detained. Also inherent in this line of argument is the unfairness of relying on the results of evidence whose admissibility is in dispute to support the contention that the respondent's rights were not violated. Moreover, the reasoning of the appellant on this point is completely contradicted by the observed behaviour of the respondent at the police station, as well as the testimony of the officers as to their understanding of the respondent's state of awareness. The respondent was at all times extremely cooperative with the police. He gave the sample in the face of the advice of his lawyer not to say anything to the police other than his name. Although the trial judge made no finding

juge Lamer (maintenant Juge en chef) affirme que, même si en règle générale il n'est pas nécessaire de suspendre la fouille légale d'une personne pendant que celle-ci exerce son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, il y a exception lorsque la fouille exige le consentement de la personne détenue. Cela ressort aussi implicitement des arrêts de notre Cour *Dyment*, précité, et *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, à la p. 55, où l'on reconnaît qu'une personne peut consentir à un prélèvement de son sang à certaines fins précises seulement. Ce concept révèle l'existence d'un lien entre l'étendue d'un consentement valide et l'étendue de la connaissance qu'a l'accusé des conséquences de ce consentement.

L'appelante a soutenu qu'on satisfait en l'espèce au critère de la renonciation constitutionnelle au droit garanti par l'art. 8 parce qu'il est raisonnable de conclure que l'intimé savait que la police menait une enquête ouverte sur l'agression dont la femme âgée avait été victime en octobre, du fait qu'il avait commis cette infraction sept semaines plus tôt. Il savait également qu'il avait laissé du sperme sur les lieux du crime. Dans son témoignage lors du *voir-dire*, l'intimé a dit qu'il comprenait qu'il était possible de comparer des échantillons de sang et de sperme.

Comme l'a souligné mon collègue le juge Sopinka lors de l'audition du présent pourvoi, la suite logique de cet argument serait que les protections accordées par la *Charte* ne s'appliquent plus lorsque la personne arrêtée est coupable de l'infraction pour laquelle elle a été détenue. Cet argument implique aussi qu'il est inéquitable d'invoquer les résultats obtenus à l'aide d'un élément de preuve dont l'admissibilité est contestée pour soutenir que les droits de l'intimé n'ont pas été violés. De plus, le comportement de l'intimé observé au poste de police ainsi que les témoignages des policiers relativement à ce dont l'intimé était conscient d'après eux contredisent complètement le raisonnement de l'appelante sur ce point. L'intimé s'est montré en tout temps extrêmement coopératif avec la police. Il a fourni l'échantillon même si son avocat lui avait conseillé de ne rien dire à la police sauf son nom. Il est clair qu'il n'y avait eu ni rap-

that the respondent communicated this fact to the police, it is clear that there was no intercourse and no ejaculation involved in the Sundowner Motel complaint. The most reasonable inference to be drawn from these facts is that the respondent did not turn his mind to the possibility of the use of the blood sample in relation to any other offences.

In fact, Constable Roberts testified that he was aware when he passed the respondent the consent form that the respondent had no idea that the blood sample was also sought in connection with the earlier sexual assault case. Faced with such a situation, the police did nothing to disclose to the respondent that they had a second purpose in mind for the blood sample. While it is true that they attempted to draft the consent form very broadly, I am of the view that the form used did not make clear the scope of the consent sought from the respondent. The word "investigations" does not necessarily import investigations in relation to multiple offences.

This oblique indication of the true intentions of the police was wholly insufficient. It was incumbent on the police, at a minimum, to make it clear to the respondent that they were treating his consent as a blanket consent to the use of the sample in relation to other offences in which he might be a suspect. I express no opinion on the question of whether there would have been a seizure if the intention of the police to use the sample in respect of the October assault case, and the subsequent appropriation of the sample for that purpose, did not exist until some time after the seizure of the blood for use in the motel case. For the reasons set out above, and in particular given the admitted intentions of the police, such a characterization of the facts of this appeal would be artificial.

The degree of awareness of the consequences of the waiver of the s. 8 right required of an accused in a given case will depend on its particular facts. Obviously, it will not be necessary for the accused to have a detailed comprehension of every possible outcome of his or her consent. However, his or her understanding should include the fact that the

ports sexuels ni éjaculation dans le cas de l'infraction commise au Sundowner Motel, même si le juge du procès n'a pas conclu que l'intimé avait indiqué cela à la police. La conclusion la plus raisonnable que l'on puisse tirer de ces faits est que l'intimé n'avait pas pensé que l'échantillon de sang pourrait être utilisé relativement à d'autres infractions.

En fait, l'agent Roberts a témoigné qu'il était conscient, lorsqu'il a remis la formule de consentement à l'intimé, que celui-ci ignorait totalement que la police comptait aussi utiliser l'échantillon de sang relativement à l'agression sexuelle antérieure. Devant une telle situation, les policiers n'ont rien fait pour révéler à l'intimé qu'ils voulaient l'échantillon de sang pour une deuxième raison. Même s'il est vrai qu'ils ont essayé de rédiger la formule de consentement d'une manière très générale, je suis d'avis que la formule utilisée n'indiquait pas clairement l'étendue du consentement demandé à l'intimé. Le terme «enquêtes» ne signifie pas forcément qu'il s'agit d'enquêtes sur diverses infractions.

Cette façon détournée d'indiquer les véritables intentions des policiers était tout à fait insuffisante. Il leur incombait à tout le moins de dire clairement à l'intimé qu'ils considéraient son consentement comme un consentement général à l'utilisation de l'échantillon relativement à d'autres infractions dont il pourrait être soupçonné. Je ne me prononce pas sur la question de savoir s'il y aurait eu saisie si les policiers n'avaient eu l'intention d'utiliser l'échantillon pour l'agression d'octobre, et l'avaient ensuite pris à cette fin, qu'après avoir saisi le sang pour l'utiliser dans l'affaire du motel. Pour les motifs qui précèdent et, en particulier, compte tenu des intentions avouées de la police, une telle qualification des faits du présent pourvoi serait artificielle.

Le degré de conscience qu'un accusé doit avoir des conséquences d'une renonciation au droit qui lui est garanti par l'art. 8 dépend des faits particuliers de chaque cas. Évidemment, il ne sera pas nécessaire que l'accusé ait une compréhension approfondie de chacune des répercussions possibles de son consentement. Toutefois, il devrait

police are also planning to use the product of the seizure in a different investigation from the one for which he or she is detained. Such was not the case here. Therefore, I conclude that the police seized the respondent's blood in relation to the offence forming the subject matter of this charge.

The question of whether the seizure was unreasonable can be disposed of simply. In the absence of prior judicial authorization, a search or seizure will be unreasonable unless it is authorized by law, the law itself is reasonable and the manner in which the search was carried out is reasonable: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278; and *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263. The seizure in this case was not lawful. There is no statutory authorization available for the seizure of a blood sample in relation to the offence of sexual assault. A lawful seizure in this case required the respondent's consent. For the foregoing reasons, I find that consent to be absent.

Section 10

This non-disclosure on the part of the police of their dual purpose in seizing the respondent's blood also forms the basis for the claim that the s. 10(a) and (b) rights of the respondent were infringed. The appellant argued that the respondent's s. 10(a) and (b) rights were not triggered in this appeal, in that he was never arrested or detained in relation to the October sexual assault. Rather, the entire time that he was in the custody of the police, he was detained for the motel sexual assault.

This argument, however, contradicts the testimony of the police officers, who admitted that their predominant intention in taking a sample of the respondent's blood was the investigation of the assault on the elderly woman by a comparison of the DNA in the blood with the DNA in the semen found on her blanket. As already mentioned, the taking of the blood represented both a consensual taking in respect of the motel offence, and a seizure of it in respect of the October offence. Once matters reached a point at which the officers

comprendre notamment que les policiers comptent utiliser le produit de la saisie dans une enquête portant sur une infraction différente de celle pour laquelle il est détenu. Tel n'était pas le cas en l'espèce. Par conséquent, je conclus que les policiers ont saisi le sang de l'intimé relativement à l'infraction visée par la présente accusation.

La réponse à la question de savoir si la saisie était abusive est simple. En l'absence d'une autorisation judiciaire préalable, une fouille, perquisition ou saisie sera abusive sauf si elle est permise par la loi, si la loi est elle-même raisonnable et si la façon dont la fouille ou la perquisition a été effectuée est raisonnable: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 278; et *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263. En l'espèce, la saisie n'était pas légale. Aucune disposition législative n'autorise la saisie d'un échantillon de sang dans le cas d'une agression sexuelle. Le consentement de l'intimé était nécessaire pour que la saisie soit légale en l'espèce. Pour les motifs qui précèdent, je conclus qu'il n'y a pas eu de tel consentement.

L'article 10

On a également invoqué le fait que les policiers n'ont pas révélé à l'intimé le double objectif qu'ils poursuivaient en saisissant son sang, pour affirmer que les droits garantis à l'intimé par les al. 10(a) et (b) ont été violés. L'appelante a soutenu que ces droits ne s'appliquaient pas en l'espèce puisque l'intimé n'avait jamais été arrêté ni détenu relativement à l'agression sexuelle commise en octobre. Au contraire, pendant toute la période où il a été sous la garde de la police, il était détenu pour l'agression sexuelle commise au motel.

Cet argument contredit toutefois le témoignage des policiers qui ont reconnu qu'en prélevant un échantillon du sang de l'intimé ils voulaient d'abord et avant tout enquêter sur l'agression dont avait été victime la femme âgée, en comparant l'ADN du sang avec celui du sperme trouvé sur la couverture. Comme je l'ai déjà mentionné, le prélèvement du sang constituait à la fois un prélèvement consensuel relatif à l'infraction commise au motel et une saisie relativement à l'infraction commise en octobre. Une fois atteint le stade où les

were investigating two offences, the respondent was detained in relation to both of them, and had the right to be informed of this dual investigative intention. Therefore, I find that the right of the respondent under s. 10(a) of the *Charter* to be informed of the reasons for his detention was violated in this case.

As this Court has previously stated, the rights in s. 10(a) and 10(b) of the *Charter* are linked. One of the primary purposes of requiring the police to inform a person of the reasons for his or her detention is so that person may make an informed choice whether to exercise the right to counsel, and if so, to obtain sound advice based on an understanding of the extent of his or her jeopardy: *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, at pp. 152-53; and *R. v. Smith*, [1991] 1 S.C.R. 714, at p. 728. To the credit of the police in this appeal, they were extremely fair in facilitating the exercise of the respondent's right to counsel in respect of the sexual assault for which he had been arrested. Obviously, the respondent ignored the advice of his lawyer not to tell the police anything.

One can only speculate, however, whether the lawyer would have specifically dissuaded the respondent from giving a blood sample if the respondent could have informed the lawyer that he was also being detained for a sexual assault in which there was ejaculation: see *Black, supra*, at p. 153. This is not a case where, as in *Smith, supra*, or in *Black, supra*, the accused knew generally of the events or circumstances that had led to his detention, but was under informed as to their practical or legal consequences. In this case, the respondent was given no indication that the police investigations were directed at any offence other than the one for which he had been arrested. When the nature of the police investigations expanded, the respondent should have been reformed of his right to counsel. As was stated by McLachlin J. in *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at pp. 892-93:

policiers enquêtaient sur les deux infractions, l'intimé était détenu relativement à ces deux infractions et il avait le droit d'être informé de cette double intention en matière d'enquête. Par conséquent, je conclus que le droit que l'intimé avait, en vertu de l'al. 10a) de la *Charte*, d'être informé des motifs de sa détention a été violé en l'espèce.

Comme notre Cour l'a déjà dit, les droits garantis par les al. 10a) et b) de la *Charte* sont liés. L'une des principales raisons d'obliger les policiers à informer une personne des motifs de sa détention est d'assurer que celle-ci puisse faire un choix éclairé d'exercer ou non son droit à l'assistance d'un avocat et, dans l'affirmative, qu'elle obtienne des conseils judicieux en fonction de sa compréhension de l'ampleur du risque qu'elle court: *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, aux pp. 152 et 153; et *R. c. Smith*, [1991] 1 R.C.S. 714, à la p. 728. Il faut reconnaître, ce qui est tout à leur honneur que les policiers en l'espèce se sont montrés extrêmement justes en facilitant l'exercice par l'intimé de son droit à l'assistance d'un avocat relativement à l'agression sexuelle pour laquelle il avait été arrêté. Il est évident que l'intimé n'a pas tenu compte du conseil de son avocat de ne rien dire à la police.

On ne peut toutefois que se demander si l'avocat aurait expressément dissuadé l'intimé de fournir un échantillon de sang si ce dernier avait pu lui dire qu'il était également détenu pour une agression sexuelle au cours de laquelle il y avait eu ejaculation: voir l'arrêt *Black*, précité, à la p. 153. Il ne s'agit pas ici d'un cas où, comme dans les arrêts *Smith* et *Black*, précités, l'accusé avait une connaissance générale des événements ou des circonstances qui avaient mené à sa détention, mais n'était pas suffisamment informé de leurs conséquences pratiques ou juridiques. En l'espèce, on n'a pas indiqué à l'intimé que les enquêtes policières visaient une autre infraction que celle pour laquelle il avait été arrêté. Lorsque la portée des enquêtes policières a été élargie, l'intimé aurait dû être informé de nouveau de son droit à l'assistance d'un avocat. Comme l'affirme le juge McLachlin dans l'arrêt *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, aux pp. 892 et 893:

... there is a duty on the police to advise the accused of his or her right to counsel a second time when new circumstances arise indicating that the accused is a suspect for a different, more serious crime than was the case at the time of the first warning . . . I add that to hold otherwise leaves open the possibility of police manipulation, whereby the police — hoping to question a suspect in a serious crime without the suspect's lawyer present — bring in the suspect on a relatively minor offence, one for which a person may not consider it necessary to have a lawyer immediately present, in order to question him or her on the more serious crime.

I should not be taken as suggesting that the police, in the course of an exploratory investigation, must reiterate the right to counsel every time that the investigation touches on a different offence. I do, however, affirm that . . . the police must restate the accused's right to counsel when there is a fundamental and discrete change in the purpose of the investigation, one involving a different or unrelated offence or a significantly more serious offence than that contemplated at the time of the warning.

Therefore, I find that s. 10(b) of the *Charter* was also violated in this case.

Section 24(2)

The final issue is whether the evidence obtained through these breaches of the *Charter*, that is, the DNA profile of the respondent's blood, should be excluded because its admission would bring the administration of justice into disrepute. In reviewing the application of s. 24(2) of the *Charter* by a provincial appellate court, this Court has made it clear that, absent any error as to the applicable legal principles that should guide the s. 24(2) determination, it is not the proper role of this Court to review the findings of the courts below and to substitute its own opinion for that of the court of appeal: *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at p. 98.

Equally, as Cory J. noted in *Mellenthin*, *supra*, a provincial appellate court should not, absent a similar error of principle, interfere with the conclusions of the trial judge on the *voir dire*. What is

... les policiers ont le devoir d'informer à nouveau l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat quand un changement de circonstances fait que l'accusé est soupçonné d'une infraction différente et plus grave que celle dont il était soupçonné au moment de la première mise en garde [. . .] J'ajouterai que décider le contraire rendrait possible le subterfuge par lequel les policiers, dans l'espoir d'interroger un suspect, hors de la présence de son avocat, au sujet d'un crime grave, l'accuseraient d'une infraction relativement mineure, pour laquelle une personne pourrait ne pas juger nécessaire de faire venir son avocat immédiatement, et lui poseraient des questions au sujet de l'infraction plus grave.

Je ne veux pas qu'on me fasse dire que les policiers doivent, dans le cours d'une enquête exploratoire, renouveler la mise en garde au sujet du droit à l'assistance d'un avocat chaque fois que l'infraction visée par l'enquête change. J'affirme cependant que [. . .] les policiers doivent formuler de nouveau le droit à l'assistance d'un avocat quand il y a un changement radical et net de l'objet de l'enquête, qui vise une infraction différente et indépendante ou une infraction beaucoup plus grave que celle qui était en cause au moment de la mise en garde.

Par conséquent, je conclus que l'al. 10b) de la *Charte* a également été violé en l'espèce.

Le paragraphe 24(2)

La dernière question en litige est de savoir si l'élément de preuve obtenu grâce à ces violations de la *Charte*, c'est-à-dire le profil génétique (ADN) du sang de l'intimé, devrait être écarté parce que son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Dans un arrêt où elle examinait l'application du par. 24(2) de la *Charte* par une cour d'appel provinciale, notre Cour a clairement indiqué qu'en l'absence d'une erreur quant aux principes juridiques qui devraient guider une décision fondée sur le par. 24(2), il n'appartient pas vraiment à notre Cour de réviser les conclusions des tribunaux d'instance inférieure et de substituer sa propre opinion en la matière à celle de la cour d'appel: *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, à la p. 98.

De même, comme l'a souligné le juge Cory dans l'arrêt *Mellenthin*, précité, en l'absence d'une erreur de principe analogue, une cour d'appel provinciale ne devrait pas modifier les conclusions

important is that the accused has had the admissibility of the impugned evidence scrutinized in light of the proper principles. In this case, it cannot be said that the Court of Appeal erred in not following the decision of the trial judge, and in conducting the s. 24(2) analysis anew. The fact that the trial judge found only a “technical” breach of s. 8 of the *Charter*, and no breach of s. 10(a) or (b), led him to approach the s. 24(2) analysis from a fundamentally different standpoint.

The majority of the Court of Appeal considered the factors set out by Lamer J. (as he then was) in *R. v. Collins*, *supra*, namely: the effect of the admission of the evidence on the fairness of the trial; the seriousness of the *Charter* violations; and the effect of the exclusion of the evidence on the repute of the administration of justice. The majority considered the nature of the evidence and the point in time at which it came into existence, and concluded that the admission of the results of the DNA analysis of the blood sample would render the trial unfair. Their reasons in this regard are not in error.

The majority noted the police testimony that there was no urgency which required them to obtain the sample at that time. Also noted was the acknowledgment of Constable Roberts that he was aware that the respondent did not at all understand that the consent form was also directed at the October sexual assault. The majority characterized this, at p. 173, as “tend[ing] to indicate a disregard for the *Charter*,” and concluded that the three violations were serious in nature.

Finally, the majority considered whether the administration of justice would be better served by the admission of the evidence or rather by its exclusion. Applying the *Collins* standard of the reasonable member of the community, dispassionate and fully informed of the circumstances, the majority concluded that the admission of the evidence would bring the administration of justice

tirées par le juge du procès lors du voir-dire. Ce qui importe c’est que l’accusé ait fait analyser l’admissibilité de la preuve contestée en fonction des principes appropriés. En l’espèce, on ne saurait dire que la Cour d’appel a commis une erreur en ne suivant pas la décision du juge du procès et en procédant de nouveau à l’analyse fondée sur le par. 24(2). C’est parce qu’il a conclu qu’il n’y avait eu qu’une violation «technique» de l’art. 8 de la *Charte* et que les al. 10(a) et b) n’avaient pas été violés que le juge du procès a abordé l’analyse fondée sur le par. 24(2) sous un angle fondamentalement différent.

La Cour d’appel à la majorité a examiné les facteurs énoncés par le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l’arrêt *R. c. Collins*, précité, soit l’effet de l’admission de la preuve sur l’équité du procès, la gravité des violations de la *Charte* et l’effet de l’exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l’administration de la justice. La cour à la majorité a examiné la nature de l’élément de preuve en cause ainsi que le moment où il a été obtenu et elle a conclu que l’admission des résultats de l’analyse de l’ADN de l’échantillon de sang rendrait le procès inéquitable. Ses motifs à cet égard ne sont pas erronés.

La cour à la majorité a fait remarquer que les policiers ont témoigné qu’il n’existait aucune situation d’urgence les forçant à prélever l’échantillon à ce moment-là. Elle a également souligné que l’agent Roberts avait reconnu qu’il était conscient que l’intimé ne comprenait absolument pas que la formule de consentement visait également l’agression sexuelle d’octobre. La cour à la majorité, à la p. 173, a dit que cela [TRADUCTION] «tend[ait] à indiquer un mépris de la *Charte*» et elle a conclu que les trois violations étaient de nature grave.

Enfin, la cour à la majorité a examiné si l’utilisation de l’élément de preuve servirait mieux l’administration de la justice que son exclusion. Appliquant la norme de l’arrêt *Collins* du membre raisonnable de la collectivité, objectif et bien informé de toutes les circonstances, la cour à la majorité a conclu que l’administration de la justice serait davantage déconsidérée par l’utilisation de

into greater disrepute than its exclusion. The majority applied the decision of this Court in *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24, in which it was held that, while the bad faith of the police would operate to strengthen the case for exclusion, the good faith of police could not support the admission of evidence in circumstances where that admission had been found to render the trial unfair.

The majority considered the importance of the evidence to the Crown's case, the gravity of the offence and the circumstances in which it was committed, as well as the reliability of the evidence. The majority correctly took a long-term view of the effect on the administration of justice of the repeated admission or exclusion of this type of evidence in similar circumstances (*Collins*, *supra*, at p. 281), and concluded that it should be excluded.

I can find no error in principle in the enunciation by the majority of the Court of appeal of the considerations relevant to the s. 24(2) determination. I would only add that, in my view, it is important not to let the fact that the evidence sought to be admitted is the DNA analysis of a blood sample obscure the nature of the violations which took place in this case. This is not so much a case about the seizure of blood or about the introduction of DNA evidence as it is a case about the failure of the police to impart to the respondent any real sense of the extent of his jeopardy, and about their willingness to proceed in the face of knowledge of this lack of understanding. In this case, the key evidence necessary to the Crown's case was obtained from the respondent in circumstances where he was completely uninformed about the main purpose of the police in requesting it from him. Therefore, regardless of how the evidence is classified, its admission would render the trial unfair.

In the absence of a statutory scheme whereby the police can demand a blood sample in cases such as these (a scheme that may raise *Charter* concerns), the police require the true consent of an accused. They did not have that consent in this

l'élément de preuve que par son exclusion. Elle a appliqué l'arrêt *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, où notre Cour a statué que la mauvaise foi de la police militerait en faveur de l'exclusion d'éléments de preuve, mais que la bonne foi de la police ne pourrait justifier leur utilisation dans un cas où on a conclu qu'elle rendrait le procès inéquitable.

La cour à la majorité a examiné la fiabilité de l'élément de preuve et son importance pour la thèse du ministère public ainsi que la gravité de l'infraction et les circonstances dans lesquelles elle a été commise. Elle a, à juste titre, considéré les conséquences à long terme sur l'administration de la justice de l'utilisation ou de l'exclusion répétée de ce genre d'élément de preuve dans des circonstances analogues (*Collins*, précité, à la p. 281) et elle a conclu qu'il devait être écarté.

J'estime que la Cour d'appel à la majorité n'a commis aucune erreur de principe en énonçant les facteurs pertinents pour prendre une décision fondée sur le par. 24(2). J'ajouterais seulement que j'estime qu'il est important de ne pas permettre que le fait que l'élément de preuve dont on a cherché à obtenir l'utilisation soit l'analyse de l'ADN d'un échantillon de sang, fasse perdre de vue la nature des violations commises en l'espèce. Il ne s'agit pas tant en l'espèce de la saisie d'un échantillon de sang ou de l'introduction en preuve de l'ADN, que de l'omission des policiers de faire comprendre à l'intimé la véritable ampleur du risque qu'il courait et de leur volonté d'aller de l'avant malgré leur connaissance de cette lacune chez l'intimé. Le principal élément de preuve essentiel pour la preuve du ministère public a été obtenu de l'intimé dans des circonstances où il ignorait complètement l'objectif principal que poursuivaient les policiers en lui demandant de le fournir. Par conséquent, peu importe dans quelle catégorie l'élément de preuve est classé, son admission rendrait le procès inéquitable.

En l'absence d'un régime législatif permettant aux policiers d'exiger un échantillon de sang dans des cas comme celui qui nous occupe (régime qui peut soulever des questions relatives à la *Charte*), les policiers doivent obtenir le consentement réel

case, and the majority of the Court of Appeal was entitled to conclude that the evidence obtained thereby should be excluded. I would therefore dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — I agree with the reasons of the Chief Justice. I wish however to add certain comments.

I see no breach of the accused's right to be free from unreasonable search and seizure (s. 8 of the *Charter*) except as derivative of a breach of his rights to be informed of the reasons for his detention and his right to counsel (s. 10(a) and (b) of the *Charter*). On this view, the case turns on whether the investigation had reached the stage where Mr. Borden was being detained for the assault on the senior citizen in addition to the assault on the exotic dancer for which he had been arrested at the time he consented to the taking of the samples of his blood and hair. The test as set out in *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at pp. 892-93, is whether the new matter has progressed beyond the stage of an "exploratory investigation." As I wrote in *Evans*, at p. 893, "I should not be taken as suggesting that the police, in the course of an exploratory investigation, must reiterate the right to counsel every time that the investigation touches on a different offence".

Given the finding of the trial judge that Borden was a suspect on the earlier assault at the time the police sought his consent, and the police admission that the main purpose for taking the samples was the investigation of that assault, I agree that it may be inferred that Borden was detained for the earlier offence at the time the samples were taken. The case, however, is close to the line, which accounts in part for the divergent opinions below.

de l'accusé. Ils n'avaient pas obtenu ce consentement en l'espèce et la Cour d'appel à la majorité avait le droit de conclure que l'élément de preuve obtenu dans ces circonstances devait être écarté.

^a Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

^b LE JUGE MCLACHLIN — Je souscris aux motifs du Juge en chef, mais je souhaite ajouter certains commentaires.

^c Je ne crois pas que le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives (art. 8 de la *Charte*) a été violé, si ce n'est à la suite d'une violation de son droit d'être informé des motifs de sa détention et de son droit à l'assistance d'un avocat (al. 10a) et b) de la *Charte*). Compte tenu de cela, il s'agit en l'espèce de savoir si, au moment où M. Borden a consenti à ce que des échantillons de son sang et de ses cheveux soient prélevés, l'enquête en était rendue au point où il était détenu relativement à l'agression commise sur une personne âgée en plus de celle commise sur la danseuse exotique, pour laquelle il avait été arrêté. Le test énoncé dans l'arrêt *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, aux pp. 892 et 893, consiste à savoir si la nouvelle affaire a passé l'étape de l'«enquête exploratoire». Pour reprendre mes propos dans *Evans*, à la p. 893, «[j]e ne veux pas qu'on me fasse dire que les policiers doivent, dans le cours d'une enquête exploratoire, renouveler la mise en garde au sujet du droit à l'assistance d'un avocat chaque fois que l'infraction visée par l'enquête change».

^h Étant donné que le juge du procès a conclu que Borden était soupçonné d'avoir commis l'agression antérieure lorsque la police lui a demandé son consentement et que la police a avoué que son objectif principal, en prélevant les échantillons, était d'enquêter sur cette agression, je conviens qu'il peut être inféré que Borden était détenu relativement à l'infraction antérieure au moment où les échantillons ont été prélevés. L'affaire se situe toutefois à la limite, ce qui explique en partie les divergences d'opinions exprimées en cour d'appel.

The Chief Justice and Justice Iacobucci agree that “the individual must be told about the anticipated purpose known to the police when the consent is requested.” I would confine that observation to the facts of this case, where the police failed to advise the detainee of the predominant purpose for which they wanted the samples — the specific investigation of a different offence in which the accused was being held as a suspect. It is in the interests of justice that police correlate evidence obtained on one offence with other outstanding offences, which at that stage are unconnected to an accused person by anything but speculative suspicion. Provided the police investigation of the detainee’s involvement in the other offences has not passed the exploratory stage, there is no obligation under the *Charter* for the police to tell the accused that the evidence he or she gives on the offence for which he or she is being held, may be used in investigating the other offences. Such a requirement would only serve to confuse and frighten suspects, who would find themselves repeatedly warned that they may be implicated in crimes to which there is no evidence linking them. It would also involve the police and courts in detailed investigations of the suspicions and intentions of this or that officer at the time the exploratory evidence was being taken to ascertain “the anticipated purpose known to the police when the consent [was] requested.” Once the matter has passed the exploratory stage and the detainee is being held as a serious suspect, the matter is different. But at the exploratory stage, I see no need to enter into such conjectures.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the respondent: Frank E. DeMont, New Glasgow.

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

Le Juge en chef et le juge Iacobucci sont d'accord pour dire que «l'individu doit être informé de l'objectif visé et déjà connu des policiers lorsqu'ils lui demandent son consentement.» Je confinerai cette observation aux faits de la présente affaire, où les policiers n'ont pas informé le détenu de la raison première pour laquelle ils désiraient les échantillons — l'enquête menée sur une infraction différente que l'accusé était soupçonné d'avoir commise. Il est dans l'intérêt de la justice que la police mette la preuve obtenue relativement à une infraction en corrélation avec d'autres infractions non résolues qui, à cette étape, ne sont reliées à un accusé que par un soupçon conjectural. Pourvu que l'enquête policière sur la participation du détenu aux autres infractions n'ait pas passé l'étape exploratoire, la police n'est pas tenue, aux termes de la *Charte*, de dire à l'accusé que l'élément de preuve qu'il donne relativement à l'infraction pour laquelle il est détenu peut être utilisé dans une enquête sur d'autres infractions. Une telle exigence ne contribuerait qu'à engendrer confusion et crainte chez les suspects qui seraient avertis à maintes reprises qu'ils peuvent être impliqués dans des crimes auxquels ils ne sont reliés par aucune preuve. En outre, la police et les tribunaux seraient entraînés dans des analyses approfondies des soupçons et des intentions qui animaient tel ou tel autre agent au moment où il a prélevé l'élément de preuve exploratoire afin de vérifier «l'objectif visé et déjà connu des policiers lorsqu'ils lui [ont] demand[é] son consentement.» Cela est différent lorsque l'affaire a passé l'étape exploratoire et que le détenu est considéré comme un suspect sérieux. Mais à l'étape exploratoire, je ne vois pas la nécessité de se lancer dans de telles conjectures.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intimé: Frank E. DeMont, New Glasgow.

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



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 1994 Vol. 3

2^e cahier, 1994 Vol. 3

Cited as [1994] 3 S.C.R. 173-376

Renvoi [1994] 3 R.C.S. 173-376

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

R. v. Bartle 173

Constitutional law — Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Free duty counsel — Rights read to person under arrest mentioning availability of legal aid but not mentioning availability of free and immediate duty counsel by toll-free telephone — Arrest made outside normal working hours — Person under arrest not knowing who to call — Incriminating statement made — Whether or not statement should be excluded from evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(b), 254(3)(a), (b), (5).

R. v. Cobham 360

Constitutional law — Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Free duty counsel — Detainee refusing to blow for breathalyser test and arrested — Rights as read informing of right to counsel and

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

R. c. Bartle 173

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit — Services gratuits d'avocats de garde — Mention faite au moment de l'arrestation de la possibilité de recourir à l'aide juridique mais non de l'accessibilité de services juridiques gratuits et immédiats par appel téléphonique sans frais — Arrestation après les heures de bureau — La personne arrêtée ne sait pas qui appeler — Déclaration incriminante — Faut-il écarter la déclaration? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10(b), 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253(b), 254(3)a, b), (5).

R. c. Cobham 360

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit — Services gratuits d'avocats de garde — Arrestation de la personne détenue après son refus de se soumettre à un

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

advising of availability of legal aid but not mentioning availability of free and immediate duty counsel and method of accessing this service — Whether s. 10(b) of Charter includes right to be informed of duty counsel services and how to access that service — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(3)(a).

R. v. Harper 343

Constitutional law — Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Inculpatory statement made on arrival of police — Second inculpatory statement made after arrest and advised of rights to counsel and to silence — Rights as read mentioning availability of legal aid — Whether or not breach of s. 10(b) of the Charter — If so, whether or not statements should be excluded under s. 24(2).

R. v. Matheson..... 328

Constitutional law — Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Refusal to blow — Province without duty counsel system — Caution read but mention made of availability of legal aid but not of duty counsel — Whether informational component of s. 10(b) violated when no mention made of duty counsel — If so, whether evidence of refusal to blow nevertheless admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(a), 254(5).

R. v. Pozniak 310

Constitutional law — Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Free duty counsel — Impaired driving — Arrest made outside normal working hours — Rights read to person under arrest mentioning availability of legal aid — Appellant not advised of toll-free number for immediate free legal advice — Appellant confused and not knowing whether to contact lawyer — Breathalyser tests failed — Whether disclosure of toll-free number needed to be made under the information component of s. 10(b) of the Charter — Whether the breathalyser evidence should be excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 253(b).

R. v. Prosper 236

Constitutional law — Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Free duty counsel — Arrest made outside normal working hours — Rights read to person under arrest mentioning availability of legal aid — Appellant wishing to speak with lawyer and provided list of legal aid lawyers — Appellant unable to contact legal aid lawyer and unable to afford private lawyer — Breathalyser test taken and failed — Whether s. 10(b) of the Charter imposing substantive constitutional obligation on governments to provide free and immediate preliminary legal advice upon request

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

alcootest — Lecture de la mise en garde l'informant de son droit à l'assistance d'un avocat et de la possibilité de présenter une demande d'aide juridique, mais non de la possibilité d'obtenir immédiatement et sans frais les services d'un avocat de garde et des moyens d'y recourir — L'article 10b) de la Charte inclut-il le droit d'être informé de l'existence d'un service d'avocats de garde et des moyens d'y recourir? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(3)a).

R. c. Harper 343

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit — Déclaration incriminante faite à l'arrivée de la police — Seconde déclaration incriminante faite après l'arrestation et l'avis du droit à l'assistance d'un avocat et du droit de garder le silence — Lecture des droits mentionnant l'existence d'un service d'aide juridique — Y a-t-il eu violation de l'art. 10b) de la Charte? — Dans l'affirmative, les déclarations doivent-elles être écartées en application de l'art. 24(2)?

R. c. Matheson..... 328

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de recourir aux services d'un avocat et d'être informé de ce droit — Refus de se soumettre à l'alcootest — Province n'offrant pas de service d'avocats de garde — Lecture d'une mise en garde mentionnant la possibilité de recourir à l'aide juridique, mais non celle d'obtenir les services d'un avocat de garde — Le volet information de l'art. 10b) a-t-il été violé du fait que les services d'avocats de garde n'ont pas été mentionnés? — Dans l'affirmative, la preuve du refus de se soumettre à l'alcootest peut-elle néanmoins être utilisée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253a), 254(5).

R. c. Pozniak 310

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit — Service gratuit d'avocats de garde — Conduite avec facultés affaiblies — Arrestation après les heures de bureau — Personne arrêtée informée de ses droits, avec mention de la possibilité de faire appel à l'aide juridique — Appellant non informé du numéro sans frais lui permettant d'obtenir immédiatement et gratuitement des conseils juridiques — Appellant désorienté et ne sachant pas s'il devait communiquer avec un avocat — Alcootests positifs — Est-il nécessaire de divulguer le numéro sans frais dans le cadre du volet information de l'art. 10b) de la Charte? — La preuve fournie par l'alcootest devrait-elle être écartée en application de l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253b).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

— Whether appellant's s. 10(b) right was violated — If so, whether the breathalyser evidence should be excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 10(b), 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(a), (b), 254(3), (5), 258(1)(c)(ii), (d), 503(1)(a).

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Prosper 236

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit — Services gratuits d'avocats de garde — Arrestation après les heures de bureau — Personne arrêtée informée de ses droits, avec mention de la possibilité de faire appel à l'aide juridique — Liste des avocats de l'aide juridique fournie à l'appelant, qui voulait parler à un avocat — Appelant incapable de communiquer avec un avocat de l'aide juridique et d'assumer le coût d'un avocat de cabinet privé — Alcootest positif — L'article 10b) de la Charte impose-t-il aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de fournir, sur demande, sans frais et sans délai, des conseils juridiques préliminaires? — Le droit que l'art. 10b) garantit à l'appelant a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, la preuve obtenue par alcootest devrait-elle être écartée en application de l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 10b), 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253a), b), 254(3), (5), 258(1)c)(ii), d), 503(1)a).

Kenneth Bartle *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BARTLE

File No.: 23623.

1994: March 2, 3; 1994: September 29.

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 — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Free duty counsel — Rights read to person under arrest mentioning availability of legal aid but not mentioning availability of free and immediate duty counsel by toll-free telephone — Arrest made outside normal working hours — Person under arrest not knowing who to call — Incriminating statement made — Whether or not statement should be excluded from evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(b), 254(3)(a), (b), (5).

The appellant was arrested for impaired driving after failing a roadside breathalyser test in the early hours of a Saturday morning. The arresting officer read the appellant his rights under s. 10(b) of the *Charter* from a pre-printed caution card that mentioned the availability of legal aid. The officer did not, however, refer to the fact that free and immediate preliminary legal advice was available from duty counsel, who could be reached by calling a toll-free number printed on the caution card. Shortly after the caution was read to him the appellant made an incriminating statement. After being taken to the police station, the appellant was twice asked whether he wanted to call a lawyer. Again, no mention was made of the toll-free number for free duty counsel. On both occasions the appellant declined. He later testified that he thought that he could only contact a lawyer during normal working hours, and that he had indicated to a constable that he did not know who to call at that time of night. The constable, on the other hand, testified that appellant simply replied "no" when asked if he wanted to contact a lawyer.

Kenneth Bartle *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BARTLE

N^o du greffe: 23623.

^b

1994: 2, 3 mars; 1994: 29 septembre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit — Services gratuits d'avocats de garde — Mention faite au moment de l'arrestation de la possibilité de recourir à l'aide juridique mais non de l'accessibilité de services juridiques gratuits et immédiats par appel téléphonique sans frais — Arrestation après les heures de bureau — La personne arrêtée ne sait pas qui appeler — Déclaration incriminante — Faut-il écarter la déclaration? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253b), 254(3)a), b), (5).

L'appelant a été arrêté un samedi vers 1h du matin pour conduite avec facultés affaiblies après avoir échoué à un alcootest routier. L'agent qui l'a arrêté lui a fait lecture des droits que l'al. 10b) de la *Charte* lui garantit, en se servant d'un carton préimprimé de mise en garde qui mentionnait la possibilité d'obtenir l'aide juridique. Toutefois l'agent ne lui a pas parlé de la possibilité d'obtenir gratuitement et immédiatement des conseils juridiques préliminaires d'un avocat de garde qu'il pouvait joindre en composant un numéro de téléphone sans frais imprimé sur le carton. Peu après la mise en garde, l'appelant a fait une déclaration incriminante. Au poste de police, on lui a demandé deux fois s'il voulait appeler un avocat, mais là encore sans mentionner le numéro sans frais des services d'avocats de garde. Les deux fois, l'appelant a refusé. Il a témoigné plus tard qu'il pensait qu'il ne pouvait communiquer avec un avocat que durant les heures de bureau, et qu'il avait dit à un agent qu'il ne savait pas qui appeler à cette heure de la nuit. L'agent a témoigné en revanche que l'appelant avait simplement dit «non» quand il lui avait demandé s'il voulait appeler un avocat.

The appellant's conviction was overturned on appeal to the Ontario Court, General Division but was restored by the Court of Appeal. At issue was whether the information component of s. 10(b) of the *Charter* requires that police routinely refer to the existence and availability of 24-hour duty counsel services providing free, preliminary legal advice, that can be reached by telephoning a toll-free number and, if so, whether the evidence obtained following a failure by the police to fulfil their informational duty should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Held (L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

The issues are decided as follows:

Section 10(b) of the *Charter* was violated: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. (L'Heureux-Dubé J. dissenting).

Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. held that there is a duty to advise detainees of existing duty counsel services. McLachlin J. held that there is a duty to advise of a right to immediate consultation with counsel independent of financial means, even if duty counsel services are not available. L'Heureux-Dubé J. held that there is no duty to advise detainees of the existence of counsel services, whether or not such services are available.

(1) Section 10(b) of the *Charter*

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Section 10(b) places three duties on state authorities: the duty to inform detainees of the right to counsel, the duty to provide them with a reasonable opportunity to exercise this right, and the duty to curtail questioning until that reasonable opportunity has been exercised. The first duty is an informational one. The second and third are implementation duties that are triggered only if a detainee expresses the wish to exercise the right to counsel. The right to counsel that s. 10(b) provides is not absolute. Unless a detainee invokes the right and is reasonably diligent in exercising it, the correlative duty on the police to provide a reasonable opportunity and to refrain from eliciting evidence will either not arise in the first place or will be suspended. The rights guaranteed by s. 10(b) may be waived by the

La déclaration de culpabilité de l'appelant a été annulée par la Cour de l'Ontario, Division générale, puis rétablie par la Cour d'appel. Il s'agit de décider si le volet information de l'al. 10b) de la *Charte* oblige les policiers à mentionner systématiquement l'existence de services d'avocats de garde donnant des conseils juridiques préliminaires gratuits, 24 heures par jour, par appel téléphonique sans frais, et dans l'affirmative, si les éléments de preuve obtenus par suite du manquement des policiers à leur obligation d'informer doivent être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Arrêt: (Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les réponses aux questions soumises sont les suivantes:

L'alinéa 10b) de la *Charte* a été violé: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente).

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major concluent qu'il existe une obligation d'informer les personnes détenues de l'existence de services d'avocats de garde. Le juge McLachlin conclut qu'il existe une obligation d'informer du droit de communiquer immédiatement avec un avocat sans égard aux moyens financiers, même quand il n'y a pas de système d'avocats de garde. Le juge L'Heureux-Dubé conclut qu'il n'existe pas d'obligation d'informer les personnes détenues de l'existence de services d'avocats, qu'il en existe ou non.

(1) L'alinéa 10b) de la *Charte*

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: L'alinéa 10b) impose trois obligations aux représentants de l'État: informer la personne détenue de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, lui donner la possibilité raisonnable d'exercer ce droit et s'abstenir de l'interroger jusqu'à ce qu'elle ait eu cette possibilité raisonnable. La première obligation touche à l'information. Les deuxième et troisième sont des obligations de mise en application qui ne prennent naissance que si la personne détenue indique qu'elle veut exercer son droit à l'assistance d'un avocat. Le droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) n'est pas absolu. À moins que la personne détenue ne fasse valoir son droit et qu'elle ne l'exerce avec diligence, l'obligation correspondante des policiers de lui donner la possibilité raisonnable de l'exercer et de

detainee, but the standard for waiver is high, especially in circumstances where the alleged waiver has been implicit. The information component of the right to counsel must accordingly be comprehensive in scope and be presented by police authorities in a “timely and comprehensible” manner. Unless detainees are clearly and fully informed of their rights at the outset, they cannot be expected to make informed choices and decisions about whether or not to contact counsel and, in turn, whether to exercise other rights, such as their right to silence. Moreover, in light of the rule that police are not required to assure themselves that a detainee fully understands his or her rights, absent special circumstances indicating that a detainee does not understand the s. 10(b) caution, it is important that the standard caution given to detainees be as instructive and clear as possible.

The jurisprudence has added two elements to the information component. A detainee must be given information about access to legal aid and to duty counsel.

Imposing additional informational requirements on the police is justified by the need to fulfil the underlying purpose of the *Charter*-guaranteed right to counsel. Central to s. 10(b) is the information component, which is what is provided universally to all detainees and upon which subsequent correlative duties on the state hinge.

R. v. Brydges stands for the proposition that police authorities are required to inform detainees about Legal Aid and duty counsel services which are in existence and available in the jurisdiction at the time of detention. Basic information about how to access available services which provide free, preliminary legal advice should be included in the standard s. 10(b) caution. Failure to provide such information is a breach of s. 10(b). Where the informational obligations under s. 10(b) have not been properly complied with by the police, questions about whether a particular detainee exercised his or her facilitation rights do not properly arise for consideration. (These questions may become relevant, however, when considering whether the evidence obtained in the course of the *Charter* violation should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*). The breach of s. 10(b) is complete, except in cases of waiver or urgency, upon a failure by state authorities to inform a detainee

s’abstenir de tenter de lui soutirer des éléments de preuve, soit ne prendra pas naissance, soit sera suspendue. La personne détenue peut renoncer aux droits garantis par l’al. 10b), mais la norme est stricte, surtout lorsque la renonciation alléguée a été implicite. Le volet information du droit à l’assistance d’un avocat doit donc avoir une portée large et les policiers doivent donner les renseignements «promptement et d’une manière compréhensible». À moins d’être clairement et complètement informées de leurs droits dès le début, les personnes détenues ne sauraient faire des choix et prendre des décisions éclairées quant à savoir si elles communiqueront avec un avocat et, en outre, si elles exerceront d’autres droits, comme celui de garder le silence. Qui plus est, étant donné la règle selon laquelle, en l’absence de circonstances particulières indiquant que la personne détenue ne comprend pas la mise en garde prévue à l’al. 10b), les policiers ne sont pas tenus de s’assurer qu’elle comprend pleinement ses droits, il importe que la mise en garde type soit aussi instructive et claire que possible.

La jurisprudence a ajouté deux éléments au volet information: les renseignements sur l’accès à l’aide juridique et à des avocats de garde.

L’imposition d’exigences supplémentaires aux policiers en matière d’information est justifiée par la nécessité de réaliser l’objectif sous-jacent du droit à l’assistance d’un avocat que garantit la *Charte*. Le volet information de l’al. 10b), c.-à-d. l’information donnée dans tous les cas aux personnes détenues et dont dépendent les obligations corrélatives de l’État, revêt un caractère essentiel.

L’arrêt *R. c. Brydges* énonce le principe que les autorités policières sont tenues d’informer les personnes en détention de l’existence dans leur province ou territoire de services d’aide juridique et d’avocats de garde. La mise en garde type faite en vertu de l’al. 10b) devrait comprendre des renseignements de base sur la façon d’avoir accès aux conseils juridiques préliminaires gratuits qui sont à la disposition de ces personnes. L’omission de donner ces renseignements constitue une violation de l’al. 10b). Si les policiers ne se sont pas conformés à leurs obligations découlant de l’al. 10b), on n’a pas à se demander si la personne détenue a exercé son droit de se voir faciliter le recours à l’assistance d’un avocat (toutefois ces questions peuvent être pertinentes lorsqu’il faut décider s’il y a lieu d’écarter, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve obtenus par suite de la violation de la *Charte*). La violation de l’al. 10b) est complète, sauf dans les cas de renonciation ou d’urgence, quand les représentants de l’État n’informent pas la personne détenue comme il se

properly of his or her right to counsel and until such time as that failure is corrected.

The validity of a waiver of a procedural right is dependent on it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect. This standard applies equally to *Charter* rights. In the case of s. 10(b)'s informational component, requiring that a person waiving the right have "full knowledge" of it means that he or she must already be fully apprised of the information that he or she has the right to receive. The fact that a detainee indicates that he or she does not wish to hear the information conveyed by the standard police "caution" mandated by s. 10(b) will not, by itself, be enough to constitute a valid waiver of s. 10(b)'s informational component.

If the circumstances reveal that a particular detainee does not understand the standard caution, the authorities must take additional steps to ensure that the detainee comprehends the rights guaranteed by s. 10(b), and the means by which they can be exercised. Conversely, situations may occasionally arise in which the authorities' duty to make a reasonable effort to inform the detainee of his or her s. 10(b) rights will be satisfied even if certain elements of the standard caution are omitted. This will only be the case if the detainee explicitly waives his or her right to receive the standard caution, and if the circumstances reveal a reasonable basis for believing that the detainee in fact knows and has adverted to his rights, and is aware of the means by which these rights can be exercised. The fact that a detainee merely indicates that he or she knows his or her rights will not, by itself, provide a reasonable basis for believing that the detainee in fact understands their full extent or the means by which they can be implemented. There must be a reasonable basis for believing that a detainee who waives the informational component of s. 10(b) is, in fact, cognizant of some, or all, of the information contained in the standard caution. In this case, omitting this information from the standard caution may not result in a violation of s. 10(b).

The standard for waiver of the informational right is high. In light of the informational component's importance in ensuring that the purposes of s. 10(b) are fully recognized, the validity of waivers of that component should only be recognized where it is clear that the detainee already fully understands his or her s. 10(b) rights, fully understands the means by which they can

doit de son droit à l'assistance d'un avocat et ce, jusqu'à ce que cette omission ait été corrigée.

Pour qu'une renonciation à un droit procédural soit valide, il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger. Ce critère s'applique également aux droits garantis par la *Charte*. Dans le cas du volet information de l'al. 10b), pour qu'une personne renonçant au droit le fasse en «pleine connaissance», elle doit être déjà pleinement informée des renseignements qu'elle est en droit de recevoir. Si une personne détenue indique qu'elle ne désire pas entendre lecture des renseignements figurant sur la «mise en garde» habituelle donnée en vertu de l'al. 10b), ce fait ne constituera pas en soi une renonciation valide au volet information de l'al. 10b).

Lorsque les circonstances révèlent qu'une personne détenue ne comprend pas la mise en garde habituelle, les autorités doivent prendre des mesures additionnelles pour s'assurer qu'elle comprend ses droits en vertu de l'al. 10b) et les moyens qui lui permettront de les exercer. Par contre, il peut à l'occasion y avoir des cas où l'obligation des autorités de prendre des moyens raisonnables d'informer la personne détenue des droits que lui garantit l'al. 10b) sera respectée même s'il y a omission de certains éléments de la mise en garde habituelle. Cela sera possible seulement si la personne détenue renonce explicitement à son droit de recevoir la mise en garde habituelle et si les circonstances révèlent des motifs raisonnables de croire qu'elle connaît ses droits, les a invoqués et est au courant des moyens de les exercer. Le fait qu'une personne détenue indique simplement qu'elle connaît ses droits n'établira pas en soi l'existence de motifs raisonnables de croire qu'elle en comprend pleinement l'ampleur ou qu'elle est au courant des moyens de les mettre en oeuvre. Il doit exister des motifs raisonnables de croire qu'une personne détenue qui renonce au volet information de l'al. 10b) est véritablement au courant de la totalité ou d'une partie des renseignements contenus dans la mise en garde habituelle. Dans ce cas, il peut ne pas y avoir violation de l'al. 10b) si l'on omet les renseignements en question dans la lecture de la mise en garde habituelle.

La norme relative à la renonciation au droit d'être informé est stricte. Compte tenu de l'importance du volet information dans l'atteinte des objectifs de l'al. 10b), on ne devrait reconnaître la validité d'une renonciation que dans les cas où il est évident que la personne détenue comprend pleinement les droits que lui garantit l'al. 10b) ainsi que les moyens qui lui sont offerts pour

exercised, and adverts to those rights. Requiring that these conditions be met ensures that any subsequent waiver of the right to counsel made following a waiver of the informational component will be a fully informed one. Since the informational obligations s. 10(b) imposes on state authorities are not onerous, it is not unreasonable to insist that these authorities resolve any uncertainty that might exist regarding the detainee's knowledge of his or her rights.

The appellant in this case did not express any interest in waiving any of his informational rights, including his right to be informed of the existence of *Brydges* duty counsel services, and moreover, the evidence did not reasonably support the inference that he knew that such services were available. Therefore, he did not waive his s. 10(b) informational rights, so the authorities' failure to inform him properly of the availability of duty counsel resulted in a s. 10(b) violation.

Per La Forest J.: The reasons of Lamer C.J. regarding the scope of obligation of the police to inform a person arrested or detained of existing and available duty counsel services were agreed with.

Per Gonthier J.: Agreement was expressed with the reasons of Lamer C.J. as to the scope of the obligation of the police regarding disclosure upon arrest or detention of existing and available duty counsel services and with the conclusion that appellant's s. 10(b) rights were infringed.

Per McLachlin J.: At a minimum, a detainee must be informed of his or her right to retain and instruct counsel immediately upon detention, and that the right to do so is conferred even on those individuals who cannot afford private counsel. This information must be provided to all detainees, regardless of the presence or absence of duty counsel systems in the jurisdiction at the time of detention. All detainees in Canada have equal rights under s. 10(b), although the means by which those rights may be exercised may not exist in all jurisdictions. Where no means exist for implementing the right to counsel under s. 10(b), a detainee is nevertheless entitled to be told of the scope of his or her rights, after which he or she can make an informed choice about exercising the right. In those jurisdictions where a duty counsel scheme has in fact been implemented, there is an additional duty to inform detainees

les exercer, et qu'elle invoque ces droits. En exigeant le respect de ces conditions, on s'assure qu'une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat, qui suit une renonciation au droit d'être informé, est une décision prise en pleine connaissance de cause. Puisque les obligations d'informer que l'al. 10b) impose aux autorités de l'État ne sont pas écrasantes, il n'est pas déraisonnable d'insister pour que ces autorités dissipent toute incertitude quant à la connaissance que la personne détenue a de ses droits.

L'appelant en l'espèce n'a pas exprimé un désir quelconque de renoncer à ses droits d'être informé, y compris son droit d'être informé de l'existence de services d'avocats de garde selon *Brydges*, et, de plus, la preuve n'appuie pas l'inférence qu'il était au courant de leur existence. L'appelant n'a donc pas renoncé au droit d'être informé que lui garantit l'al. 10b); les autorités ont donc contrevenu à cet alinéa en ne l'informant pas convenablement de l'existence des services d'avocats de garde.

Le juge La Forest: L'opinion du juge en chef Lamer est acceptée quant à l'étendue de l'obligation que la police a d'informer une personne arrêtée ou détenue de l'existence de services d'avocats de garde et de la possibilité d'y recourir.

Le juge Gonthier: L'opinion du juge en chef Lamer est acceptée quant à l'étendue de l'obligation qu'a la police d'informer toute personne arrêtée ou mise en détention de l'existence de services d'avocats de garde et quant à la conclusion qu'il y a eu violation des droits que l'al. 10b) garantit à l'appelant.

Le juge McLachlin: Toute personne mise en détention doit, au minimum, être informée qu'elle a le droit de communiquer immédiatement avec un avocat et que ce droit lui est accordé même si elle ne peut pas assumer les frais d'un avocat de cabinet privé. Ces renseignements doivent être fournis à toute personne détenue, qu'il y ait ou non un système d'avocats de garde dans le ressort au moment de la mise en détention. Toutes les personnes détenues au Canada ont des droits égaux en vertu de l'al. 10b); cependant, les moyens d'exercice de ces droits pourraient bien ne pas exister dans tous les ressorts. S'il n'existe aucun moyen de mettre en application le droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10b), toute personne détenue a néanmoins le droit d'être informée de l'étendue de ses droits, après quoi elle peut faire un choix éclairé quant à leur exercice. Dans les ressorts où a été mis en oeuvre un système d'avocats de

of the existence and availability of duty counsel, including information about how to access such services.

The caution given here fell short of meeting even the two minimum requirements of the informational component of s. 10(b), let alone the additional requirement of informing the detainee of available legal aid. Once it has been established that the detainee was not properly informed of his or her right to counsel, the breach of s. 10(b) is complete and issues such as waiver and due diligence do not arise for consideration.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Section 10(b) of the *Charter* requires the police to inform a person under arrest or detention of the right to consult counsel of choice. If the detainee expresses the desire to consult counsel, the police must provide the detainee with a reasonable opportunity to do so and must refrain from questioning the detainee until the detainee has had that opportunity. The detainee, however, must exercise reasonable diligence in attempting to consult counsel.

While it is desirable to inform a detainee of existing duty counsel services in all circumstances, such information is not constitutionally required by s. 10(b) of the *Charter*. Since s. 10(b) does not require the provinces to establish Legal Aid or duty counsel programs, it is not constitutionally required that police officers provide detainees with information concerning such programs, even in the event that they exist. *R. v. Brydges* goes no further than requiring police officers to inform a detainee of the existence and availability of free advice from Legal Aid and duty counsel when the detainee expresses a concern about his or her ability to afford a lawyer.

On this basis, since the caution, information and facilitation given in this case by the police to the appellant upon his detention met the s. 10(b) requirements discussed above, the appeal should be dismissed.

(2) Section 24(2) of the Charter

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: To exclude evidence under s. 24(2), a *Charter* violation in the course of obtaining the evidence must first occur. It must also be found that, having regard to all the circumstances, admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. In this case, both the breathalyser evidence and the self-incrim-

garde, il existe une obligation supplémentaire d'informer toute personne détenue de l'existence de ce service, y compris de la façon d'y avoir accès.

La mise en garde donnée en l'espèce n'a même pas réussi à satisfaire aux deux exigences minimales du volet information de l'al. 10b), et encore moins à l'exigence supplémentaire d'informer la personne détenue des services disponibles. Une fois établi que la personne détenue n'a pas été informée comme il se doit de son droit à l'assistance d'un avocat, la violation de l'al. 10b) est complète et les questions de renonciation et de diligence raisonnable ne se posent pas.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): L'alinéa 10b) de la *Charte* oblige les policiers à informer une personne en état d'arrestation ou en détention de son droit de consulter un avocat de son choix. Si la personne exprime le désir de consulter un avocat, les policiers doivent lui fournir une possibilité raisonnable de le faire et s'abstenir de l'interroger jusqu'à ce qu'elle ait eu cette possibilité raisonnable, à la condition toutefois que la personne fasse preuve de diligence raisonnable lorsqu'elle tente de consulter un avocat.

S'il est souhaitable dans tous les cas d'informer une personne détenue de l'existence des services d'avocats de garde, ce n'est pas une exigence constitutionnelle imposée par l'al. 10b) de la *Charte*. Puisque l'al. 10b) n'exige pas des provinces qu'elles établissent des programmes d'aide juridique ou d'avocats de garde, il n'est pas constitutionnellement exigé des policiers qu'ils fournissent aux personnes détenues des renseignements sur ces programmes, même lorsqu'ils existent. L'arrêt *Brydges* n'impose pas aux policiers d'autre obligation que celle d'informer une personne détenue de la possibilité d'obtenir des conseils gratuits de l'aide juridique et d'avocats de garde lorsque cette personne s'inquiète de sa capacité d'assumer les frais d'un avocat.

Par conséquent, puisque les policiers ont satisfait aux exigences que leur impose l'al. 10b), c'est-à-dire de mettre en garde et d'informer la personne mise en détention et de lui faciliter le recours à un avocat, ce pourvoi devrait être rejeté.

(2) Le paragraphe 24(2) de la Charte

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2), il faut d'abord qu'il y ait eu violation de la *Charte* à l'occasion de l'obtention des éléments de preuve et que le tribunal conclue que, eu égard aux circonstances, l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la

inating statement were obtained in the context of the infringement of the appellant's right to counsel under s. 10(b).

Although the applicant bears the ultimate burden of persuasion under s. 24(2), the onus on certain issues will shift to the Crown. Under the second branch of s. 24(2), an issue that arises is whether the accused would have acted any differently had there been no s. 10(b) violation. The legal burden (the burden of persuasion) of establishing that a s. 24(2) applicant would not have acted any differently rests on the Crown. Where conscripted evidence is involved, the conclusion must be drawn that trial fairness has been adversely affected because the evidence might not have been obtained if there had been no breach. Two reasons underlie this conclusion. First, breaches of s. 10(b) tend to impact directly on adjudicative fairness. Where self-incriminatory (as opposed to real) evidence has been obtained as a result of a s. 10(b) violation, its admission will generally have a negative affect on the fairness of the trial. Second, given this Court's warnings about the dangers of speculating as to the advice a lawyer has given a detainee, absent the s. 10(b) breach, any uncertainty about what an accused would have done should be resolved in the accused's favour. For the purposes of considering the effect of admission of evidence on trial fairness, courts assume that the incriminating evidence would not have been obtained but for the violation.

If the state claims that there was no causal link between a *Charter* breach and the obtaining of evidence, it is the state that should bear the burden of proving this assertion.

Although the scope of available legal advice in the impaired driving context is necessarily limited, there is sufficient scope for legal advice to a detainee who has received a breathalyser demand pursuant to s. 254(3)(a) of the *Code* to say that courts must not speculate about the nature of that advice and whether it would have made any difference to the outcome of the case. An *ex post facto* approach should not be used to determine whether or not the defence of "no reasonable and probable grounds" was actually available to the accused on the facts. One of the purposes of s. 10(b) is to provide detainees with an opportunity to make informed choices about their legal rights and obligations. This opportunity is no less significant when breathalyser charges are

justice. En l'espèce, tant les éléments de preuve fournis par l'alcootest que la déclaration auto-incriminante ont été obtenus dans le contexte de la violation du droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b).

Bien que celui qui demande l'exclusion prévue au par. 24(2) assume la charge ultime de persuasion, la charge relative à certains éléments de preuve revient au ministère public. À la seconde étape du par. 24(2), la question se pose de savoir si l'accusé aurait agi différemment sans la violation de l'al. 10b). Le ministère public a la charge ultime (la charge de persuasion) d'établir que le requérant qui invoque le par. 24(2) n'aurait pas agi différemment. Si une preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, il faut en conclure qu'une atteinte a été portée à l'équité du procès, parce que la preuve n'aurait peut-être pas été obtenue en l'absence de violation. Cette conclusion repose sur deux motifs. Premièrement, les violations de l'al. 10b) tendent à se répercuter directement sur l'équité du procès. Dans les cas où une déclaration auto-incriminante (par opposition à une preuve matérielle) a été obtenue par suite de la violation de l'al. 10b), son utilisation nuira généralement à l'équité du procès. Deuxièmement, étant donné les mises en garde qu'a faites notre Cour au sujet des dangers des conjectures sur les conseils qu'un avocat aurait donnés à la personne détenue si l'al. 10b) n'avait pas été violé, tout doute sur ce que l'accusé aurait fait doit être dissipé à son avantage. Au regard de l'effet de l'utilisation des éléments de preuve sur l'équité du procès, les tribunaux présument que la preuve auto-incriminante n'aurait pas été obtenue sans la violation.

Si l'État prétend qu'il n'y avait aucun lien de causalité entre la violation de la *Charte* et l'obtention de la preuve, il lui incombe de prouver son affirmation.

Bien que l'éventail des conseils juridiques susceptibles d'être donnés dans le contexte de la conduite avec facultés affaiblies soit nécessairement limité, l'éventail des conseils juridiques qui peuvent être donnés à la personne détenue qui a reçu l'ordre de fournir un échantillon d'haleine en conformité avec l'al. 254(3)(a) du *Code* est suffisant pour dire que les tribunaux ne doivent pas conjecturer sur la nature de ces conseils et sur la question de savoir s'ils influeraient sur l'issue de la cause. Il faut éviter de trancher avec l'avantage du recul la question de savoir si, d'après les faits, l'accusé pouvait effectivement faire valoir le moyen de défense de «l'absence de motifs raisonnables et probables». L'alinéa 10b) vise notamment à fournir aux personnes détenues la possibi-

involved. Breathalyser evidence in the impaired driving context cannot be held *ipso facto* not to be self-incriminating evidence. Similarly, it cannot be said that its admission does not affect the fairness of a trial.

The evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Admission of the breathalyser tests and the self-incriminatory statement would adversely affect the fairness of the trial. To try and draw conclusions one way or the other as to what the appellant would have done, had he been properly cautioned, would be speculative and the uncertainty must accordingly be resolved against the Crown. Where the impugned evidence runs afoul of the "trial fairness" factor, admissibility cannot be saved by resorting to the "seriousness of the violation" factor. The good faith of the police and questions as to the seriousness of the breach, while favouring admission, cannot cure the fact that the admission would render the trial unfair. Notwithstanding the appellant's near admission of guilt and the seriousness of the problem of drunk driving, the evidence should be excluded in the long-term interests of the administration of justice. Section 24(2) must work together with s. 10(b) to ensure that the privilege against self-incrimination and the principle of adjudicative fairness are respected and protected in our criminal justice system.

Per La Forest J.: The breathalyser test should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*, substantially for the reasons given by Lamer C.J., but with some observations about the distinction between conscriptive evidence and real evidence. That distinction is not always helpful; the terms are not mutually exclusive because evidence may well be both. Here the evidence was undoubtedly conscriptive (though by virtue of statute) but the argument that it is real evidence is also maintainable. Rather than relying on the foregoing distinction, it is more useful to examine whether the obtention of the evidence was related to the *Charter* breach.

Here, the breach of s. 10(b) deprived the accused of the possibility of making a choice about whether or not to take the test. The range of advice available to counsel in the particular circumstances was limited, but such

lité de faire des choix éclairés au sujet des droits et des obligations que la loi leur reconnaît. Cette possibilité n'est pas moins importante quand des accusations relatives à l'alcootest sont en cause. On ne saurait affirmer que la preuve fournie par l'alcootest dans le contexte de la conduite avec facultés affaiblies ne constitue pas *ipso facto* une preuve auto-incriminante. De la même façon, on ne peut pas dire que son utilisation ne compromet pas l'équité du procès.

Les éléments de preuve doivent être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. L'utilisation des résultats de l'alcootest et de la déclaration auto-incriminante nuirait à l'équité du procès. C'est conjecturer que de tenter de tirer des conclusions dans un sens ou dans l'autre sur ce que l'appelant aurait fait s'il avait été mis en garde de façon appropriée; l'incertitude doit donc être dissipée au détriment du ministère public. Si les éléments de preuve contestés se heurtent au facteur de l'«équité du procès», l'admissibilité de ces éléments ne peut être sauvegardée par un recours au facteur de la «gravité de la violation». Quoique la bonne foi des policiers et les questions touchant la gravité de la violation militent en faveur de l'utilisation des éléments de preuve, cela ne saurait remédier à l'atteinte à l'équité du procès que représenterait leur utilisation. Malgré le quasi-aveu de culpabilité et la gravité du problème que pose la conduite en état d'ébriété, l'exclusion des éléments de preuve en l'espèce sert à long terme l'intérêt de l'administration de la justice. Il faut que le par. 24(2) et l'al. 10b) aient pour effet combiné d'assurer, dans notre système de justice criminelle, le respect et la protection du privilège de ne pas s'incriminer et du principe de l'équité du processus décisionnel.

Le juge La Forest: La preuve obtenue par alcootest doit être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, essentiellement pour les motifs donnés par le juge en chef Lamer; mais la distinction entre la preuve auto-incriminante et la preuve matérielle mérite quelques observations. Cette distinction n'est pas toujours utile; ces expressions ne s'excluent pas mutuellement car une preuve peut être les deux à la fois. En l'espèce, la preuve est évidemment auto-incriminante (quoique par application de la loi), mais on pourrait aussi dire qu'elle constitue une preuve matérielle. Plutôt que de se fonder sur cette distinction, il est plus utile de se demander si l'obtention de la preuve a un lien avec la violation de la *Charte*.

En l'espèce, la violation de l'al. 10b) a privé l'accusé de la possibilité de faire un choix quant à l'alcootest. Les conseils qu'un avocat pouvait donner dans les circonstances étaient limités, mais ils auraient pu changer

advice may well have changed the option exercised by the accused. This inability to exercise a choice because of the failure of the police to comply with the duty set forth in *Brydges* was compelling. Though the case for excluding the evidence was by no means overwhelming, the repute of the administration of justice on the long term is better served by such exclusion, given the need to underline for the police the importance of complying with their duties in relation to the accused's right to counsel.

Per McLachlin J.: The exclusion of the impugned evidence under s. 24(2) of the *Charter* was in the best interests of the administration of justice.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Even if there had been an infringement of s. 10(b), the breathalyser evidence and the appellant's statement should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*, since, on the basis of the test set out in *R. v. Collins*, the violation, had there been one, was not a serious one and the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute and render the trial unfair.

As regards the first set of factors under the *Collins* test, admission of the breathalyser results would not render the trial unfair. They are not self-incriminating evidence in the same sense as a confession. Rather, they are *indicia* of a physical condition which existed independently and which could in fact be observed by police officers and recorded by them. Police officers would have required the appellant to take the breathalyser test regardless of whether he spoke to them or to counsel as the breathalyser test is statutorily compellable under the *Criminal Code*.

With respect to the appellant's incriminating statement, even if it would not have been made but for the *Charter* breach, its admission would not seriously prejudice the appellant in that it presents evidence which was otherwise and independently available through the results of the breathalyser tests.

As regards the seriousness of the *Charter* violation, the evidence disclosed that the police had been acting in good faith. Consequently, the admission of the evidence is favoured by this second set of factors under the *Collins* test.

The final group of factors to consider under the *Collins* test concern the effect of the exclusion of the evidence on the administration of justice. Offences against s. 253(b) are extremely serious offences and this has been consistently recognized by this Court. Thus, when

le choix fait par l'accusé. Le fait que cette absence de choix était imputable au non-respect, par la police, de l'obligation formulée dans l'arrêt *Brydges*, est décisif. Bien que les arguments tendant à l'exclusion de la preuve ne soient pas totalement convaincants, son exclusion en l'espèce sert à long terme l'intérêt de l'administration de la justice, compte tenu de la nécessité de faire ressortir qu'il est important pour la police de se conformer aux obligations imposées quant au droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat.

Le juge McLachlin: L'exclusion des éléments de preuve attaqués, en application du par. 24(2), sert l'intérêt de l'administration de la justice.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Même s'il y avait eu violation de l'art. 10b), la preuve obtenue au moyen de l'alcootest et la déclaration de l'appelant ne devraient pas être écartées en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, car, selon le critère énoncé dans *Collins*, la violation n'était pas une violation grave et l'utilisation de ces éléments de preuve n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et de rendre le procès inéquitable.

Pour ce qui est du premier groupe de facteurs, selon le critère établi dans *Collins*, l'utilisation des résultats des alcootests ne rendrait pas le procès inéquitable. Ce ne sont pas vraiment des éléments de preuve auto-incriminants dans le même sens qu'un aveu. Ce sont plutôt des indices d'une condition physique préexistante que les policiers peuvent en fait observer et dont ils peuvent prendre note. Les policiers auraient obligé l'appelant à subir l'alcootest, sans égard au fait qu'il leur ait parlé à eux ou à un avocat puisque le *Code criminel* oblige l'appelant à se soumettre à l'alcootest.

L'utilisation de la déclaration incriminante, même si elle n'aurait pas été faite sans la violation de la *Charte*, ne causerait pas un préjudice grave à l'appelant puisqu'elle fournit des éléments de preuve qu'on aurait pu obtenir par ailleurs de façon indépendante, grâce aux résultats des deux alcootests.

Pour ce qui est de la gravité de la violation de la *Charte*, la preuve indique que les policiers ont agi de bonne foi. En conséquence, le deuxième groupe de facteurs selon *Collins* milite aussi en faveur de l'utilisation des éléments de preuve en question.

Suivant *Collins*, le dernier groupe de facteurs à examiner est l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Les infractions créées par l'al. 253b) sont très graves; notre Cour l'a invariablement reconnu. Par conséquent,

considered in conjunction with the fairness of the trial and the nature of the *Charter* violation, the seriousness of the offence demonstrates that it is the exclusion, rather than admission of the evidence, which would tend to bring the administration of justice into disrepute.

Per Gonthier J. (dissenting): In agreement with L'Heureux-Dubé J., the evidence should not have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Cases Cited

By Lamer C.J.

R. v. Pozniak, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, rev'g (1992), 113 N.S.R. (2d) 156; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417; *R. v. Parks* (1988), 33 C.R.R. 1; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Dubois*, [1990] R.J.Q. 681, (1990), 54 C.C.C. (3d) 166; *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537; *R. v. Smith (Norman MacPherson)*, [1991] 1 S.C.R. 714; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *R. v. Schmutz*, [1990] 1 S.C.R. 398; *R. v. Mohl*, [1989] 1 S.C.R. 1389; *R. v. Jackson* (1993), 15 O.R. (3d) 709.

By La Forest J.

Referred to: *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190.

By McLachlin J.

Followed: *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Pozniak, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, rev'g (1992), 113 N.S.R. (2d) 156; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537; *R.*

compte tenu de l'équité du procès et de la nature de la violation de la *Charte*, la gravité de l'infraction signifie que c'est l'exclusion, et non l'admission, des éléments de preuve qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge Gonthier (dissident): En accord avec le juge L'Heureux-Dubé, la preuve obtenue n'aurait pas dû être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

R. c. Pozniak, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, inf. (1992), 113 N.S.R. (2d) 156; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417; *R. c. Parks* (1988), 33 C.R.R. 1; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Dubois*, [1990] R.J.Q. 681, (1990), 54 C.C.C. (3d) 166; *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537; *R. c. Smith (Norman MacPherson)*, [1991] 1 R.C.S. 714; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *R. c. Schmutz*, [1990] 1 R.C.S. 398; *R. c. Mohl*, [1989] 1 R.C.S. 1389; *R. c. Jackson* (1993), 15 O.R. (3d) 709.

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt suivi: *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Pozniak, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, inf. (1992), 113 N.S.R. (2d) 156; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537; *R.*

v. *Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Smith (Joey Leonard)*, [1989] 2 S.C.R. 368; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Schmautz*, [1990] 1 S.C.R. 398; *R. v. Smith (Norman MacPherson)*, [1991] 1 S.C.R. 714; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139; *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 10(b), 11(d), 24(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(b), 254(3)(a), (5).

Authors Cited

Kirewskie, Cassandra. "Update: *R. v. Colarusso*" (1994), 4 *N.J.C.L.* 223.
 Moore, Kathryn. "Police Implementation of Supreme Court of Canada Charter Decisions: An Empirical Study" (1992), 30 *Osgoode Hall L.J.* 547.
 Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Summary Report* (April 1993).
 Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Technical Report* (April 1993).
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 81 C.C.C. (3d) 353, 63 O.A.C. 109, 22 C.R. (4th) 1, 45 M.V.R. (2d) 107, 15 C.R.R. (2d) 212, allowing an appeal from a judgment of Cavarzan J. (1992), 41 M.V.R. (2d) 266,

c. Strachan, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Smith (Joey Leonard)*, [1989] 2 R.C.S. 368; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Schmautz*, [1990] 1 R.C.S. 398; *R. c. Smith (Norman MacPherson)*, [1991] 1 R.C.S. 714; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139; *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 10(b), 11(d), 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253(b), 254(3)(a), (5).

Doctrine citée

Kirewskie, Cassandra. «Update: *R. v. Colarusso*» (1994), 4 *N.J.C.L.* 223.
 Moore, Kathryn. «Police Implementation of Supreme Court of Canada Charter Decisions: An Empirical Study» (1992), 30 *Osgoode Hall L.J.* 547.
 Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Summary Report* (April 1993).
 Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Technical Report* (April 1993).
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman et Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 81 C.C.C. (3d) 353, 63 O.A.C. 109, 22 C.R. (4th) 1, 45 M.V.R. (2d) 107, 15 C.R.R. (2d) 212, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Cavarzan (1992), 41 M.V.R. (2d)

12 C.R.R. (2d) 373, allowing an appeal from conviction by Perozak Prov. Div. J. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.

Alan D. Gold, for the appellant.

Ian R. Smith, for the respondent.

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

LAMER C.J. — This case was heard in conjunction with four other cases also raising s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. These other cases, which are handed down concurrently with this one, consist of *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; and *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236. While all of the s. 10(b) cases concern the scope of the state's obligations with respect to duty counsel, in this case as well in that of *Pozniak* and *Harper*, the issue under s. 10(b) is a relatively narrow one to do with disclosure upon arrest or detention of existing and available duty counsel services. Specifically, do persons who are detained and arrested have the right, under the information component of s. 10(b), to be advised as a matter of routine of the existence of a service which provides free, 24-hour preliminary legal advice and can be reached by dialling a 1-800 (toll-free) telephone number?

I. Facts

On June 22, 1991, at approximately 1:00 a.m., Constable Pray arrested the appellant for impaired driving after he failed the roadside ALERT test. The constable read the appellant his rights under the *Charter* from a pre-printed caution card. Specifically, the constable advised the appellant that:

You have the right to retain and instruct counsel without delay.

266, 12 C.R.R. (2d) 373, qui avait accueilli l'appel interjeté de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Perozak de la Cour de l'Ontario (Division provinciale). Pourvoi accueilli, les juges^a L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.

Alan D. Gold, pour l'appellant.

Ian R. Smith, pour l'intimée.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER — Le présent pourvoi a été entendu en même temps que quatre autres qui portent aussi sur l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ces quatre autres pourvois, rendus simultanément, sont les arrêts *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; et *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236. Bien que tous les pourvois relatifs à l'al. 10b) concernent la portée des obligations de l'État en ce qui a trait aux avocats de garde, en l'espèce comme dans les arrêts *Pozniak* et *Harper*, la question qui se pose au regard de l'al. 10b) est assez restreinte; elle se rapporte à la communication, au moment de l'arrestation ou de la mise en détention, de l'existence de services d'avocats de garde et de la possibilité d'y recourir. Plus précisément, les personnes détenues ou arrêtées ont-elles, en conformité avec le volet information de l'al. 10b), le droit d'être informées systématiquement de l'existence d'un service qui leur permet d'obtenir des conseils juridiques préliminaires gratuitement, 24 heures par jour, et du fait qu'ils peuvent appeler sans frais à un numéro 1-800?

I. Les faits

Le 22 juin 1991, vers 1 h, l'agent Pray a arrêté l'appellant pour conduite avec facultés affaiblies après qu'il eut échoué à l'alcootest routier ALERT. L'agent lui a fait lecture des droits que la *Charte* lui garantit, en se servant d'un carton sur lequel était imprimée la mise en garde suivante:

Vous avez le droit de retenir les services d'un avocat et de le consulter sans délai.

You have the right to telephone any lawyer that you wish.

You also have the right to free advice from a Legal Aid lawyer.

If you are charged with an offence, you may apply to the Ontario Legal Aid Plan for legal assistance.

Constable Pray then asked the appellant if he understood, and the appellant responded affirmatively. Constable Pray did not make any reference to the specific availability of immediate, preliminary legal advice by duty counsel, or to the existence of the 24-hour, toll-free legal aid number which was printed on his caution card. Further, Constable Pray did not ask the appellant if he wanted to call a lawyer "now", a question printed on his caution card, because there was no telephone at the roadside. Constable Pray then gave the appellant the standard secondary caution regarding admissions and read him the breath sample demand. At this point, the appellant stated that he had five or six beers after baseball that evening.

Upon arrival at the police station, Constable Pray again asked the appellant if he wished to call a lawyer, making it clear that he could do so "now". The appellant said no, and was turned over to breathalyser technician, Constable Hildebrandt. Constable Hildebrandt also asked the appellant if he wanted to call a lawyer (again, no mention was made of the 1-800 number or of the availability of immediate, preliminary legal advice by duty counsel). The appellant declined to call a lawyer, and then agreed to take the two breathalyser tests, both of which he failed by a significant margin. The appellant was charged with having care or control of a motor vehicle while his blood alcohol level was in excess of 80 mg of alcohol in 100 ml of blood, contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

The appellant testified that he thought that the caution he received from Constable Pray meant that he could contact a lawyer "when one would be

Vous avez le droit de téléphoner à l'avocat de votre choix.

Vous avez également droit aux conseils gratuits d'un avocat de l'aide juridique.

Si une accusation est portée contre vous, vous pouvez faire une demande d'aide auprès du Régime d'aide juridique de l'Ontario.

L'agent Pray a ensuite demandé à l'appellant s'il comprenait et ce dernier a répondu affirmativement. L'agent Pray ne lui a pas parlé de la possibilité d'obtenir immédiatement des conseils juridiques préliminaires d'un avocat de garde ni de l'existence du numéro de l'aide juridique, pouvant être composé sans frais 24 heures par jour, qui était imprimé sur son carton de mise en garde. En outre, l'agent Pray n'a pas demandé à l'appellant s'il voulait appeler un avocat «maintenant», question qui était imprimée sur son carton de mise en garde, parce qu'il n'y avait pas de téléphone au bord de la route. Il lui a ensuite fait la deuxième mise en garde habituelle concernant les aveux et lui a lu la demande d'échantillon d'haleine. À ce moment-là, l'appellant a dit qu'il avait pris cinq ou six bières dans la soirée après le baseball.

Lorsqu'il est arrivé au poste de police, l'agent Pray a de nouveau demandé à l'appellant s'il voulait appeler un avocat, en lui précisant bien qu'il pouvait le faire «maintenant». L'appellant a dit non, et il a été confié au technicien chargé de l'alcootest, l'agent Hildebrandt. Ce dernier lui a aussi demandé s'il voulait appeler un avocat (lui non plus ne lui a pas parlé du numéro 1-800 ou de la possibilité d'obtenir immédiatement des conseils juridiques préliminaires d'un avocat de garde). L'appellant a refusé d'appeler un avocat, puis il a accepté de se soumettre aux deux alcootests, échouant de loin les deux fois. L'appellant a été inculpé d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, infraction prévue à l'al. 253b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

L'appellant a témoigné qu'il pensait que la mise en garde que lui avait faite l'agent Pray signifiait qu'il pouvait communiquer avec un avocat

available like maybe Monday morning call one” (the arrest was on a Friday night). He explained that he had refused to call counsel because he did not know whom to call, and was at a loss as to whom he could get a hold of. The appellant further testified that he indicated to Constable Hildebrandt that he wanted to call a lawyer, but that he did not know whom he could call. In response to Constable Hildebrandt’s question “Why?”, the appellant indicated that he had said “well I can’t think of anybody to call, it’s too late.” He said that Constable Hildebrandt had no response to that comment, and that there was no indication that Constable Hildebrandt had heard him. Constable Hildebrandt, on the other hand, testified that the appellant simply said “no” when asked whether he wanted to call a lawyer. The appellant testified that he had played baseball on the night in question and afterward had had some beers. He admitted at trial that he probably should not have been on the road that evening.

On December 6, 1991, the appellant was convicted by Perozak Prov. Div. J. of the Ontario Court, Provincial Division. On September 14, 1992, Cavarzan J. of the Ontario Court, General Division, allowed the appellant’s appeal and quashed the conviction, concluding that the appellant’s rights under s. 10(b) of the *Charter* had been infringed and that the evidence of the breathalyser technician ought to be excluded. On May 28, 1993, the Court of Appeal for Ontario allowed the respondent’s appeal and restored the appellant’s conviction.

II. Judgments Below

Ontario Court (Provincial Division) (Perozak Prov. Div. J.)

Perozak Prov. Div. J. considered the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190. He found that it did not apply in the circumstances because the appellant understood and stated that he did not want a lawyer, “and then with the benefit later of hindsight”, stated that “well if I knew I could have used one, I would call one.” Perozak Prov. Div. J. concluded

[TRANSCRIPTION] «lorsqu’il serait possible d’en joindre un, comme lundi matin peut-être» (l’arrestation a eu lieu un vendredi soir). Il a expliqué qu’il avait refusé d’appeler un avocat parce qu’il ne savait pas qui appeler et qu’il ne savait absolument pas qui il aurait pu joindre. L’appelant a témoigné de plus qu’il avait indiqué à l’agent Hildebrandt qu’il voulait appeler un avocat, mais qu’il ne savait pas qui il aurait pu appeler. Quand ce dernier lui a demandé: «Pourquoi?», l’appelant a dit avoir répondu: [TRANSCRIPTION] «eh bien, je ne vois pas qui je pourrais appeler, il est trop tard.» Il a dit que l’agent Hildebrandt n’avait pas répondu à cette remarque et que rien ne lui indiquait qu’il l’avait entendue. L’agent Hildebrandt a témoigné en revanche que l’appelant avait simplement dit «non» quand il lui a demandé s’il voulait appeler un avocat. L’appelant a témoigné qu’il avait joué au baseball le soir en question et qu’il avait pris quelques bières après le match. Il a admis au procès qu’il n’aurait probablement pas dû conduire ce soir-là.

Le 6 décembre 1991, l’appelant a été déclaré coupable par le juge Perozak de la Cour de l’Ontario (Division provinciale). Le 14 septembre 1992, le juge Cavarzan de la Cour de l’Ontario (Division générale), a accueilli l’appel de l’appelant et annulé la déclaration de culpabilité, concluant que les droits de l’appelant garantis par l’al. 10b) de la *Charte* avaient été violés et que la preuve fournie par le technicien chargé de l’alcooltest devait être écartée. Le 28 mai 1993, la Cour d’appel de l’Ontario a accueilli l’appel de l’intimée et rétabli la déclaration de culpabilité de l’appelant.

II. Les juridictions inférieures

La Cour de l’Ontario (Division provinciale) (le juge Perozak)

Le juge Perozak a examiné la décision de la Cour suprême du Canada dans *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190. Il a conclu qu’elle ne s’appliquait pas aux faits de l’espèce parce que l’appelant comprenait ce qui se passait et a dit qu’il ne voulait pas communiquer avec un avocat, [TRANSCRIPTION] «puis, en réfléchissant après coup», a dit: [TRANSCRIPTION] «eh bien, si j’avais su que je pouvais en

that this was not consistent with the evidence of Constable Hildebrandt, who had said the appellant had simply answered “no” when asked whether he wanted to contact a lawyer. Perozak Prov. Div. J. then concluded:

I too would find in the circumstances that it's when an accused expresses a concern of his inability to afford a lawyer that you have to bring yourself within that area as far as the accused is concerned to require on the Police a further duty as far as explaining the Legal Aid workings and the availability. I respectfully disagree . . . in extending those requirements to the actual 1-800 number and the presence of twenty-four hour service. I think that takes it too far.

In the result, this Court would find there has been no infringement of the [appellant's] rights and the application of counsel [for exclusion of evidence] is denied.

Ontario Court (General Division) (1992), 41 M.V.R. (2d) 266 (Cavarzan J.)

Cavarzan J. reviewed the *Brydges, supra*, decision and held at p. 270 that there “is in place in Ontario a 24-hour duty counsel service through a 1-800 number known to the police, which should routinely be made available to accused persons on arrest or detention, as part of the standard s. 10(b) caution”. He concluded at pp. 273-74 that:

The caution card from which P.C. Pray read [the appellant] his rights contained the 1-800 number. That information ought to have been given to [the appellant] upon his arrest and certainly at the Dundas police station where he would have had ready access to a telephone.

He added that he did not believe that the content of the exchange between the appellant and Constable Hildebrandt was relevant. Instead, he stated at p. 274:

The determining fact for the purpose of deciding whether or not [the appellant's] s. 10(b) rights were breached is that neither P.C. Pray nor P.C. Hildebrandt in their dealings with [the appellant] complied with the information component of *Charter* s. 10(b).

appeler un, je l'aurais fait.» Le juge Perozak a conclu que ce témoignage était contredit par celui de l'agent Hildebrandt, qui a dit que l'appelant avait simplement répondu «non» quand il lui a demandé s'il voulait appeler un avocat. Le juge Perozak a ajouté:

[TRADUCTION] Je conclurais moi aussi, vu les circonstances, que c'est quand l'accusé s'inquiète de sa capacité d'assumer les frais d'un avocat qu'il faut envisager d'imposer aux policiers l'obligation supplémentaire de lui expliquer le fonctionnement de l'aide juridique et la possibilité d'y recourir. En toute déférence, je dois exprimer mon désaccord [. . .] quant à l'obligation de lui donner le numéro 1-800 et de l'informer de l'existence du service vingt-quatre heures par jour. Je crois que c'est aller trop loin.

En fin de compte, notre cour conclurait à l'absence de violation des droits de l'[appelant] et au rejet de la demande de l'avocat [visant à faire écarter les éléments de preuve].

La Cour de l'Ontario (Division générale) (1992), 41 M.V.R. (2d) 266 (le juge Cavarzan)

Le juge Cavarzan a étudié l'arrêt *Brydges*, précité, et a souligné, à la p. 270, qu'il [TRADUCTION] «existe en Ontario un service d'avocats de garde avec lequel on peut communiquer 24 heures par jour par un numéro 1-800 connu de la police et qui devrait être systématiquement fourni aux prévenus en cas d'arrestation ou de détention dans le cadre de la mise en garde normalement faite en application de l'al. 10b)». Il a conclu, aux pp. 273 et 274:

[TRADUCTION] Le carton de mise en garde à l'aide duquel l'agent Pray a fait à [l'appelant] lecture de ses droits contenait le numéro 1-800. Ce renseignement aurait dû être donné à [l'appelant] quand il a été arrêté et certainement au poste de police de Dundas, où il aurait eu facilement accès à un téléphone.

Il a ajouté qu'il ne croyait pas que le contenu de la conversation entre l'appelant et l'agent Hildebrandt était pertinent. Il a dit plutôt, à la p. 274:

[TRADUCTION] Pour ce qui est de décider si les droits garantis à [l'appelant] par l'al. 10b) ont été violés, le fait déterminant est que ni l'agent Pray, ni l'agent Hildebrandt n'avaient, dans leurs contacts avec [l'appelant], satisfait au volet information de l'al. 10b) de la *Charte*.

As to remedy, Cavarzan J. held that the admission of the breathalyser evidence would bring the administration of justice into disrepute. He found at p. 274 that the evidence was “conscripted or self-incriminatory evidence, the admission of which rendered the trial unfair”. He then concluded at p. 274 that:

It was a serious error not to inform [the appellant] of the availability of 24-hour duty counsel advice. I have no doubt that the police officers acted in good faith and in the belief that they were complying with the substance of the obligations imposed by the *Brydges* decision. In my view, the understanding of *Brydges* upon which they acted was incorrect. Furthermore, they had the 1-800 number in their possession (P.C. Pray) or readily available (P.C. Hildebrandt) and they withheld that information from [the appellant]. Finally, failure to fully inform [the appellant] of his rights under *Charter* s. 10(b) is a serious *Charter* violation.

Court of Appeal (1993), 81 C.C.C. (3d) 353 (Grange, Finlayson, McKinlay J.J.A.)

The Court of Appeal for Ontario heard six appeals together, among them this case and *Pozniak*, in which judgment is released concurrently. In all six cases, it was argued that the statement by police of Ontario’s new s. 10(b) caution introduced in the wake of *Brydges* did not comply with the informational requirements laid down in *Brydges*.

(a) General Principles

The court noted at p. 356 that in considering the information component of s. 10(b) of the *Charter*, the Supreme Court of Canada in *Brydges* decreed that the caution that must be given on arresting or detaining should contain a reference to the existence and availability “of applicable systems of duty counsel and Legal Aid in the jurisdiction”. It noted that, following this decision, a new and further caution was devised and put into use in Ontario and that there was a 24-hour, 1-800 (toll-free) telephone line to duty counsel, known at all police stations, by which immediate and free

Quant à la réparation, le juge Cavarzan a décidé que l’utilisation de la preuve fournie par l’alcooltest était susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Il a dit, à la p. 274, que la preuve constituait [TRADUCTION] «une preuve obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même ou une preuve auto-incriminante, dont l’utilisation rendrait le procès inéquitable». Puis, il a conclu, à la p. 274:

[TRADUCTION] C’était une erreur grave de ne pas informer [l’appellant] de la possibilité de consulter un avocat de garde 24 heures par jour. Je suis certain que les policiers ont agi de bonne foi et qu’ils croyaient qu’ils se conformaient, pour l’essentiel, aux obligations imposées par l’arrêt *Brydges*. À mon avis, leur action était basée sur une mauvaise interprétation de l’arrêt *Brydges*. Par surcroît, ils avaient le numéro 1-800 en leur possession (l’agent Pray) ou sous la main (l’agent Hildebrandt) et ils n’ont pas communiqué ce renseignement à [l’appellant]. Enfin, l’omission d’informer complètement [l’appellant] des droits que lui garantit l’al. 10(b) de la *Charte* est une violation grave de la *Charte*.

La Cour d’appel (1993), 81 C.C.C. (3d) 353 (les juges Grange, Finlayson et McKinlay)

La Cour d’appel de l’Ontario a entendu six appels en même temps, dont celui qui fait l’objet du présent pourvoi et l’affaire *Pozniak*, sur lesquels notre Cour se prononce simultanément. Dans les six appels, on a soutenu que la nouvelle mise en garde relative à l’al. 10(b), utilisée par les policiers ontariens à la suite de l’arrêt *Brydges*, n’était pas conforme aux exigences en matière d’information énoncées dans cet arrêt.

a) Principes généraux

La cour a fait observer, à la p. 356, qu’en se penchant sur le volet information de l’al. 10(b) de la *Charte*, la Cour suprême du Canada a décrété dans l’arrêt *Brydges* que la mise en garde qui doit être faite au moment de l’arrestation ou de la mise en détention doit comprendre la mention de l’existence et de l’accessibilité «des régimes applicables d’avocats de garde et d’aide juridique dans la province ou le territoire en cause». Elle a fait remarquer que, par suite de cet arrêt, une nouvelle mise en garde a été rédigée et utilisée en Ontario et qu’il existait une ligne téléphonique 1-800 (sans frais),

advice can be obtained from qualified duty counsel.

The court did not agree that the information given to the detainee must of necessity include a reference to the toll-free number and immediate and free access to legal advice. It referred to *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 (Ont. C.A.), and noted, at p. 357, that "it is only when there is something in the circumstances that indicates the accused did not fully understand his rights that further information must be imparted." The court, at p. 358, then referred to the test set out in *R. v. Parks* (1988), 33 C.R.R. 1 (Ont. C.A.), which quoted Lamer J. (as he then was) in *Brydges*: "in circumstances where an accused expresses a concern that the right to counsel depends upon the ability to afford a lawyer, it is incumbent on the police to inform him of the existence and availability of Legal Aid and duty counsel." The court concluded at p. 358:

This, in our view, is the true test. In our view, also, the caution presented in all the cases at bar made it clear that legal aid was available for advice and might be available for defence if a charge were laid. Where there is nothing in the evidence to indicate either the detainee misunderstood his right to immediate free legal aid or required further information on those rights, we can see no need for further information to be proffered.

The court relied on *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, for the proposition that routine exclusion of evidence necessary to substantiate charges may itself bring the administration of justice into disrepute. It concluded that, if it were wrong and there had been a breach of s. 10(b) rights, then the evidence should not be excluded under s. 24(2) because the police in the cases before it were trying to follow the procedure established for the purpose of complying with *Brydges*.

connue dans tous les postes de police, qui était offerte 24 heures par jour et qui permettait de joindre un avocat de garde compétent et d'obtenir des conseils immédiatement et sans frais.

a

De l'avis de la cour, l'information donnée à la personne détenue ne doit pas nécessairement comprendre la mention du numéro sans frais et de l'accès à des conseils juridiques immédiats et gratuits. Elle s'est reportée à l'arrêt *R. c. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 (C.A. Ont.) et a fait remarquer, à la p. 357, que [TRADUCTION] «c'est seulement lorsqu'un élément de la situation indique que l'accusé n'a pas bien saisi la portée de ses droits qu'il faut lui donner des renseignements supplémentaires.» La cour s'est ensuite reportée, à la p. 358, au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Parks* (1988), 33 C.R.R. 1 (C.A. Ont.), qui citait le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Brydges*, selon lequel «lorsqu'un accusé s'inquiète de ce que le droit à l'assistance d'un avocat dépende de la capacité d'en assumer les frais, les policiers ont l'obligation de l'informer de l'existence de l'aide juridique ou des avocats de garde et de la possibilité d'y recourir.» La cour a conclu, à la p. 358:

b

c

d

e

f

g

h

i

j

[TRADUCTION] C'est là le bon critère, selon nous. De plus, à notre avis, la mise en garde faite dans toutes les affaires en cause précisait bien qu'il était possible de recourir à l'aide juridique pour obtenir conseil et peut-être même pour se faire défendre si une accusation était portée. Si aucun élément de preuve n'indique que la personne détenue n'a pas bien saisi la portée de son droit à l'aide juridique immédiate et gratuite ou avait besoin de renseignements supplémentaires sur son droit, nous ne jugeons pas nécessaire que des renseignements additionnels lui soient donnés.

La cour s'est appuyée sur l'arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, pour dire que l'exclusion systématique d'éléments de preuve nécessaires à l'égard d'une inculpation est elle-même susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Elle a conclu que, si elle avait tort et qu'il y avait eu violation des droits garantis par l'al. 10b), il ne convenait pas d'écartier les éléments de preuve en application du par. 24(2), parce que la police, dans les affaires dont elle était saisie, avait tenté de suivre la méthode préconisée dans l'arrêt *Brydges*.

(b) Application to Bartle

The court agreed with Perozak Prov. Div. J.'s interpretation of *Brydges* and disagreed with Cavarzan J.'s proposition that the accused must, as a matter of routine, be advised of the availability of counsel over the 1-800 number. The court concluded at p. 369:

We do not think the dicta of Lamer C.J.C. in *Brydges* makes that mandatory unless of course the accused, having been informed of the right, expresses some concern of affordability or timeliness. We think the conflict between the [appellant] and Constable Hildebrandt was indeed relevant and was resolved by the trial judge in favour of Hildebrandt. We can find no breach of s. 10(b).

III. Points in Issue

The issues in this case are two-fold:

1. Does the information component of s. 10(b) of the *Charter* require that police routinely refer to the existence and availability of a 24-hour duty counsel service which provides free, preliminary legal advice and can be reached by dialling a 1-800 (toll-free) telephone number?
2. If the answer is yes and if the appellant's rights under s. 10(b) of the *Charter* have, in the circumstances of this case, been violated, should the evidence obtained in the course of this infringement be excluded under s. 24(2) of the *Charter*?

IV. Analysis

Section 10(b) of the *Charter* provides that:

10. Everyone has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; . . .

It is now well accepted that under s. 10(b) a person who is arrested or detained (the "detainee") must

b) Application à l'affaire Bartle

La cour a souscrit à l'interprétation donnée à l'arrêt *Brydges* par le juge Perozak et a désapprouvé l'opinion du juge Cavarzan selon qui les accusés devaient être systématiquement informés de la possibilité d'utiliser le numéro 1-800 pour consulter un avocat. Elle a conclu, à la p. 369:

[TRADUCTION] Nous ne croyons pas que l'opinion incidente du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Brydges* crée une obligation à cet égard, sauf naturellement si l'accusé, après avoir été informé de son droit, s'inquiète de sa capacité d'assumer les frais ou de la possibilité de joindre un avocat promptement. Nous sommes d'avis que les versions contradictoires de l'[appelant] et de l'agent Hildebrandt étaient de fait pertinentes et que le juge du procès a accepté celle de Hildebrandt. Nous estimons qu'il n'y a pas eu de violation de l'al. 10b).

d III. Les questions en litige

Deux points sont soulevés en l'espèce:

1. Étant donné le volet information de l'al. 10b) de la *Charte*, les policiers doivent-ils informer systématiquement les personnes détenues ou arrêtées de l'existence de services d'avocats de garde qui donnent des conseils juridiques préliminaires gratuitement, 24 heures par jour, et qu'ils peuvent appeler sans frais à un numéro 1-800?
2. Si la réponse est affirmative et si, eu égard aux circonstances de l'espèce, il y a eu violation des droits que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appelant, les éléments de preuve obtenus à l'occasion de cette violation doivent-ils être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*?

h IV. L'analyse

L'alinéa 10b) de la *Charte* dispose:

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

Il est maintenant bien établi que l'al. 10b) exige que la personne mise en état d'arrestation ou en

be promptly informed of his or her right to retain counsel without delay. Because s. 10(b) has already been extensively considered by this Court, I propose to simply summarize some of the basic principles which have been developed with respect to the right to counsel under the *Charter*. This will provide the necessary framework in which to approach the disclosure-related issue raised by this case, *Pozniak* and *Harper*.

(a) *The Purpose of Section 10(b)*

The purpose of the right to counsel guaranteed by s. 10(b) of the *Charter* is to provide detainees with an opportunity to be informed of their rights and obligations under the law and, most importantly, to obtain advice on how to exercise those rights and fulfil those obligations: *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1242-43. This opportunity is made available because, when an individual is detained by state authorities, he or she is put in a position of disadvantage relative to the state. Not only has this person suffered a deprivation of liberty, but also this person may be at risk of incriminating him- or herself. Accordingly, a person who is "detained" within the meaning of s. 10 of the *Charter* is in immediate need of legal advice in order to protect his or her right against self-incrimination and to assist him or her in regaining his or her liberty: *Brydges*, at p. 206; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 176-77; and *Prosper*. Under s. 10(b), a detainee is entitled as of right to seek such legal advice "without delay" and upon request. As this Court suggested in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at p. 394, the right to counsel protected by s. 10(b) is designed to ensure that persons who are arrested or detained are treated fairly in the criminal process.

(b) *The Duties Under Section 10(b)*

This Court has said on numerous previous occasions that s. 10(b) of the *Charter* imposes the following duties on state authorities who arrest or detain a person:

détention (la «personne détenue») soit promptement informée de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Comme notre Cour a déjà étudié l'al. 10b) à maintes reprises, je me propose de résumer simplement certains des principes fondamentaux qui ont été énoncés relativement au droit à l'assistance d'un avocat garanti par la *Charte*. Cela fournira le cadre indispensable pour examiner la question de la communication que soulèvent la présente espèce et les pourvois *Pozniak* et *Harper*.

a) *L'objet de l'al. 10b)*

L'objet du droit à l'assistance d'un avocat que garantit l'al. 10b) de la *Charte* est de donner à la personne détenue la possibilité d'être informée des droits et des obligations que la loi lui reconnaît et, ce qui est plus important, d'obtenir des conseils sur la façon d'exercer ces droits et de remplir ces obligations: *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, aux pp. 1242 et 1243. Cette possibilité lui est donnée, parce que, étant détenue par les représentants de l'État, elle est désavantagée par rapport à l'État. Non seulement elle a été privée de sa liberté, mais encore elle risque de s'incriminer. Par conséquent, la personne «détenue» au sens de l'art. 10 de la *Charte* a immédiatement besoin de conseils juridiques, afin de protéger son droit de ne pas s'incriminer et d'obtenir une aide pour recouvrer sa liberté: *Brydges*, à la p. 206; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, aux pp. 176 et 177; et *Prosper*. L'alinéa 10b) habilite la personne détenue à recourir de plein droit à l'assistance d'un avocat «sans délai» et sur demande. Comme l'a dit notre Cour dans l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, à la p. 394, le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) vise à assurer le traitement équitable dans le processus pénal des personnes arrêtées ou détenues.

b) *Les obligations qu'entraîne l'al. 10b)*

Notre Cour a dit à maintes reprises que l'al. 10b) de la *Charte* impose aux représentants de l'État qui arrêtent une personne ou qui la mettent en détention les obligations suivantes:

(1) to inform the detainee of his or her right to retain and instruct counsel without delay and of the existence and availability of legal aid and duty counsel;

(2) if a detainee has indicated a desire to exercise this right, to provide the detainee with a reasonable opportunity to exercise the right (except in urgent and dangerous circumstances); and

(3) to refrain from eliciting evidence from the detainee until he or she has had that reasonable opportunity (again, except in cases of urgency or danger).

(See, for example, *Manninen*, at pp. 1241-42; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at p. 890; and *Brydges*, at pp. 203-4.) The first duty is an informational one which is directly in issue here. The second and third duties are more in the nature of implementation duties and are not triggered unless and until a detainee indicates a desire to exercise his or her right to counsel.

Importantly, the right to counsel under s. 10(b) is not absolute. Unless a detainee invokes the right and is reasonably diligent in exercising it, the correlative duty on the police to provide a reasonable opportunity and to refrain from eliciting evidence will either not arise in the first place or will be suspended: *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435, at p. 439, and *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, at pp. 154-55. Furthermore, the rights guaranteed by s. 10(b) may be waived by the detainee, although the standard for waiver will be high, especially in circumstances where the alleged waiver has been implicit: *Clarkson*, at pp. 394-96; *Manninen*, at p. 1244; *Black*, at pp. 156-57; *Brydges*, at p. 204; and *Evans*, at pp. 893-94.

Under these circumstances, it is critical that the information component of the right to counsel be comprehensive in scope and that it be presented by police authorities in a "timely and comprehensible" manner: *R. v. Dubois*, [1990] R.J.Q. 681 (C.A.), (1990), 54 C.C.C. (3d) 166, at pp. 697 and

(1) informer la personne détenue de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et de l'existence de l'aide juridique et d'avocats de garde;

(2) si la personne détenue a indiqué qu'elle voulait exercer ce droit, lui donner la possibilité raisonnable de le faire (sauf en cas d'urgence ou de danger);

(3) s'abstenir de tenter de soutirer des éléments de preuve à la personne détenue jusqu'à ce qu'elle ait eu cette possibilité raisonnable (encore une fois, sauf en cas d'urgence ou de danger).

(Voir, par exemple, *Manninen*, aux pp. 1241 et 1242; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, à la p. 890; et *Brydges*, aux pp. 203 et 204.) La première obligation, qui est directement en cause en l'espèce, touche à l'information. Les deuxième et troisième obligations participent davantage de l'obligation de mise en application et ne prennent naissance que si la personne détenue indique qu'elle veut exercer son droit à l'assistance d'un avocat.

Il importe de souligner que le droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) n'est pas absolu. À moins que la personne détenue ne fasse valoir son droit et qu'elle ne l'exerce avec diligence, l'obligation correspondante des policiers de lui donner la possibilité raisonnable de l'exercer et de s'abstenir de tenter de lui soutirer des éléments de preuve, soit ne prendra pas naissance, soit sera suspendue: *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, à la p. 439, et *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, aux pp. 154 et 155. Au surplus, la personne détenue peut renoncer aux droits garantis par l'al. 10b), bien que la norme soit stricte, surtout lorsque la prétendue renonciation a été implicite: *Clarkson*, aux pp. 394 à 396; *Manninen*, à la p. 1244; *Black*, aux pp. 156 et 157; *Brydges*, à la p. 204; et *Evans*, aux pp. 893 et 894.

Vu ces circonstances, il est essentiel que le volet information du droit à l'assistance d'un avocat ait une portée large et que les policiers donnent les renseignements [TRANSDUCTION] «promptement et d'une manière compréhensible»: *R. c. Dubois*, [1990] R.J.Q. 681 (C.A.), (1990), 54 C.C.C. (3d)

196 respectively. Unless they are clearly and fully informed of their rights at the outset, detainees cannot be expected to make informed choices and decisions about whether or not to contact counsel and, in turn, whether to exercise other rights, such as their right to silence: *Hebert*. Moreover, in light of the rule that, absent special circumstances indicating that a detainee may not understand the s. 10(b) caution, such as language difficulties or a known or obvious mental disability, police are not required to assure themselves that a detainee fully understands the s. 10(b) caution, it is important that the standard caution given to detainees be as instructive and clear as possible: *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537, at p. 540, and *Evans*, at p. 891.

Indeed, the pivotal function of the initial information component under s. 10(b) has already been recognized by this Court. For instance, in *Evans*, McLachlin J., for the majority, stated at p. 891 that a “person who does not understand his or her right cannot be expected to assert it”. In that case, it was held that, in circumstances which suggest that a particular detainee may not understand the information being communicated to him or her by state authorities, a mere recitation of the right to counsel will not suffice. Authorities will have to take additional steps to ensure that the detainee comprehends his or her s. 10(b) rights. Likewise, this Court has stressed on previous occasions that, before an accused can be said to have waived his or her right to counsel, he or she must be possessed of sufficient information to allow him or her to make an informed choice as regards exercising the right: *R. v. Smith (Norman MacPherson)*, [1991] 1 S.C.R. 714, at pp. 724-29, and *Brydges*, at p. 205.

To conclude, because the purpose of the right to counsel under s. 10(b) is about providing detainees with meaningful choices, it follows that a detainee should be fully advised of available services before being expected to assert that right, particularly given that subsequent duties on the state are not

166, aux pp. 697 et 196 respectivement. À moins d’être clairement et complètement informées de leurs droits dès le début, les personnes détenues ne sauraient faire des choix et prendre des décisions éclairées quant à savoir s’ils communiqueront avec un avocat et, en outre, s’ils exerceront d’autres droits, comme celui de garder le silence: *Hebert*. Qui plus est, étant donné la règle selon laquelle, en l’absence de circonstances particulières, notamment des problèmes de langues ou une déficience mentale notoire ou manifeste, indiquant que la personne détenue ne comprend peut-être pas la mise en garde prévue à l’al. 10b), les policiers ne sont pas tenus de s’assurer qu’elle la comprend bien; il importe que la mise en garde type faite aux personnes détenues soit aussi instructive et claire que possible: *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537, à la p. 540, et *Evans*, à la p. 891.

En fait, notre Cour a déjà reconnu la fonction essentielle du volet information initial de l’al. 10b). Dans l’arrêt *Evans*, par exemple, le juge McLachlin, au nom de la majorité, dit, à la p. 891, qu’une «personne qui ne comprend pas son droit n’est pas en mesure de l’exercer». Dans cet arrêt, la Cour a décidé que, si les circonstances indiquent que la personne détenue ne comprend peut-être pas les renseignements que les autorités lui communiquent, celles-ci ne peuvent pas se contenter de réciter mécaniquement le droit à l’assistance d’un avocat. Les autorités doivent prendre d’autres mesures afin que la personne détenue comprenne les droits que lui garantit l’al. 10b). De la même façon, notre Cour a souligné par le passé que l’on ne pouvait considérer que l’accusé avait renoncé à son droit à l’assistance d’un avocat que s’il possédait suffisamment de renseignements pour être en mesure de faire un choix éclairé quant à l’exercice de ce droit: *R. c. Smith (Norman MacPherson)*, [1991] 1 R.C.S. 714, aux pp. 724 à 729, et *Brydges*, à la p. 205.

Pour conclure, puisque l’objet du droit à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b) est de lui permettre de faire un choix valable, il s’ensuit que la personne détenue doit être informée de tous les services auxquels elle peut recourir avant d’avoir à faire valoir ce droit, surtout si l’on tient compte du

triggered unless and until a detainee expresses a desire to contact counsel. In my opinion, the purpose of the right to counsel would be defeated if police were only required to advise detainees of the existence and availability of Legal Aid and duty counsel after some triggering assertion of the right by the detainee. Accordingly, I am unable to agree with the trial judge and the Court of Appeal below that information about duty counsel and how to access it need only be provided to detainees when they express some concern about affordability or availability of counsel. Indeed, in putting forward such a position, I can only conclude with respect that both the trial judge and the Court of Appeal erred in their interpretation and application of *Brydges*. It is, therefore, to a consideration of *Brydges* that I must now turn.

(c) *Brydges*

In *Brydges*, the accused requested information about legal aid and expressed concerns about his inability to afford a lawyer after being informed by police authorities of his right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*. This Court unanimously held that the failure by the police to inform the accused of the existence and availability of legal aid and duty counsel was a violation of his s. 10(b) rights and that the evidence obtained as a result of this violation — inculpatory statements — should have been excluded. This Court was satisfied that, by failing to inform the accused fully of his right to counsel in circumstances where he had raised concerns about being able to afford a lawyer and where free, preliminary legal advice was indeed available upon request, the police had improperly left the accused with an erroneous impression of the nature and extent of his s. 10(b) rights.

However, a majority of this Court went further, holding that, besides telling detainees of their general right to retain and instruct counsel without delay, in all cases police must advise detainees of

fait que les autres obligations de l'État ne prennent naissance que si elle manifeste sa volonté de communiquer avec un avocat. À mon avis, ce serait aller à l'encontre du droit à l'assistance d'un avocat que d'obliger les policiers à informer la personne détenue de l'existence et de l'accessibilité de l'aide juridique et d'avocats de garde seulement après qu'elle a revendiqué ce droit. Par conséquent, je ne saurais souscrire aux avis du juge du procès et de la Cour d'appel selon lesquels l'information sur les avocats de garde et sur la manière d'y recourir ne doit être fournie à la personne détenue que si elle s'inquiète de sa capacité d'assumer les frais d'un avocat ou de la possibilité d'en joindre un. En fait, en exprimant ce point de vue, je me trouve dans l'obligation de conclure, en toute déférence, que le juge du procès et la Cour d'appel ont mal interprété et mal appliqué l'arrêt *Brydges*. En conséquence, je dois maintenant examiner cet arrêt.

c) *L'arrêt Brydges*

Dans l'arrêt *Brydges*, l'accusé a demandé des renseignements sur l'aide juridique et s'est inquiété de sa capacité d'assumer les frais d'un avocat, après que les policiers l'eurent informé du droit à l'assistance d'un avocat que lui garantit l'al. 10b) de la *Charte*. Notre Cour a décidé à l'unanimité que l'omission des policiers d'informer l'accusé de l'existence et de l'accessibilité de l'aide juridique et des avocats de garde, avait constitué une violation des droits que lui garantit l'al. 10b) et que les éléments de preuve obtenus par suite de cette violation — des déclarations inculpatrices — auraient dû être écartés. Notre Cour était convaincue qu'en n'informant pas l'accusé complètement de son droit à l'assistance d'un avocat, alors qu'il s'était inquiété de sa capacité d'en assumer le coût et que, en fait, il aurait pu obtenir sur demande des conseils juridiques préliminaires, sans frais, les policiers avaient à tort laissé l'accusé sous une fausse impression relativement à la nature et à la portée des droits qui lui garantit l'al. 10b).

Toutefois, notre Cour, à la majorité, est allée plus loin, décidant qu'en plus d'informer les personnes détenues de leur droit général d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, dans

the existence and availability of legal aid and duty counsel. For the majority, I stated at p. 215 that,

... the right to retain and instruct counsel, in modern Canadian society, has come to mean more than the right to retain a lawyer privately. It now also means the right to have access to counsel free of charge where the accused meets certain financial criteria set up by the provincial Legal Aid plan, and the right to have access to immediate, although temporary, advice from duty counsel irrespective of financial status. These considerations, therefore, lead me to the conclusion that as part of the information component of s. 10(b) of the *Charter*, a detainee should be informed of the existence and availability of the applicable systems of duty counsel and Legal Aid in the jurisdiction, in order to give the detainee a full understanding of the right to retain and instruct counsel. [Emphasis added]

Accordingly, *Brydges* had the effect of adding two new elements to the information component of s. 10(b):

(1) information about access to counsel free of charge where an accused meets prescribed financial criteria set by provincial Legal Aid plans ("Legal Aid"); and

(2) information about access to immediate, although temporary legal advice irrespective of financial status ("duty counsel").

At the same time, *Brydges* made it clear that the specific nature of the information provided to detainees would necessarily be contingent on the existence and availability of Legal Aid and duty counsel in the jurisdiction: *Prosper*.

In *Brydges*, the majority drew a careful distinction between Legal Aid plans, which provide longer term legal assistance to accused persons who meet prescribed financial qualifications, and "duty counsel", which is a form of initial, summary legal advice available to all detainees upon request, irrespective of financial means or of time

tous les cas les policiers devaient les informer de l'existence et de l'accessibilité de l'aide juridique et d'avocats de garde. Au nom de la majorité, je dis ce qui suit, à la p. 215:

... dans la société canadienne contemporaine, le droit à l'assistance d'un avocat en est venu à signifier plus que le droit d'avoir recours aux services d'un avocat par ses propres moyens. Il s'entend maintenant aussi du droit d'avoir accès à un avocat sans frais si l'accusé satisfait à certains critères financiers établis par le régime d'aide juridique de la province et du droit de l'accusé d'avoir accès aux conseils immédiats, mais temporaires, d'un avocat de garde sans égard à sa situation financière. Ces considérations m'amènent donc à conclure que, dans le cadre de l'obligation d'informer prévue par l'al. 10b) de la *Charte*, il faut renseigner la personne détenue sur l'existence des régimes applicables d'avocats de garde et d'aide juridique dans la province ou le territoire en cause, afin de lui permettre de saisir pleinement son droit à l'assistance d'un avocat. [Je souligne.]

Par conséquent, l'arrêt *Brydges* a eu pour effet d'ajouter deux nouveaux éléments au volet information de l'al. 10b):

(1) des renseignements sur l'accès sans frais aux services d'un avocat lorsque l'accusé répond aux critères financiers établis par les régimes provinciaux d'aide juridique (l'«aide juridique»);

(2) des renseignements sur l'accès à des conseils juridiques immédiats, quoique temporaires, sans égard à la situation financière («avocats de garde»).

Par ailleurs, l'arrêt *Brydges* précise bien que la nature exacte des renseignements à donner aux personnes détenues dépendrait nécessairement de l'existence et de l'accessibilité de l'aide juridique et d'avocats de garde dans la province ou le territoire: arrêt *Prosper*.

Dans l'arrêt *Brydges*, la majorité a pris bien soin de faire la distinction entre les régimes d'aide juridique, qui offrent l'aide juridique à long terme aux accusés qui remplissent les conditions financières prescrites, et les «avocats de garde», qui donnent des conseils juridiques préliminaires et sommaires sur demande à toutes les personnes détenues, sans

of day or night. As the majority explained at p. 213,

... duty counsel are intended to provide with immediate but temporary advice and assistance those persons who cannot afford a lawyer or those who do not know a lawyer. Indeed, knowledge of the existence and availability of duty counsel is perhaps of primary importance since financial status is generally not considered as a pre-condition to obtaining the services of duty counsel.

Often duty counsel bridge the gap between arrest and the retention of a lawyer who will deal more fully with a case. Although in an administrative sense, Legal Aid and duty counsel tend to be part of the same overall program run by the provinces as part of their constitutional responsibility for the administration of justice, Legal Aid and "Brydges duty counsel" (labelled as such to distinguish it from other forms of summary legal assistance, typically plea advice to accused persons, arranging adjournments, speaking to bail and sentence, and negotiating dispositions with the Crown in the Criminal and Youth Court context (*P.R.A. Reports, infra*)) represent two distinct forms of legal service.

It is the interpretation and application of the additional informational requirement concerning duty counsel which was imposed on police in *Brydges* that is specifically in issue here, as well as in the other four cases heard at the same time as this one and for which judgment is handed down concurrently.

Imposing additional informational requirements on police authorities is justified by the need to fulfil the underlying purpose of the *Charter*-guaranteed right to counsel. As the majority said in *Brydges*, at p. 215,

... the additional duty is consistent with one of the main purposes underlying the s. 10(b) right which is to facili-

égard aux moyens financiers ou à l'heure du jour ou de la nuit. Voici l'explication que donne la majorité, à la p. 213:

... les avocats de garde ont pour rôle de fournir aux personnes incapables de se payer un avocat ou à celles qui ne connaissent pas d'avocat, des conseils et de l'aide immédiats mais temporaires. La connaissance de l'existence d'avocats de garde et de la possibilité d'y recourir est peut-être de première importance puisque la situation financière n'est pas considérée généralement comme une condition préalable à l'obtention des services d'un avocat de garde.

Souvent l'avocat de garde fait le pont entre le moment de l'arrestation et celui du recours aux services d'un avocat qui prend le relais. Bien que sur le plan administratif, l'aide juridique et les avocats de garde aient tendance à relever du même programme global géré par les provinces, conformément à leur compétence en matière d'administration de la justice, l'aide juridique et «les avocats de garde selon *Brydges*» (que l'on désigne ainsi pour les différencier d'autres formes d'aide juridique sommaire, habituellement des conseils sur le plaidoyer, les demandes d'ajournement, les observations sur le cautionnement et la peine, les négociations avec le ministère public au sujet des mesures à prendre dans le contexte des poursuites pénales et des poursuites contre les jeunes contrevenants (les *Rapports de P.R.A.*, ci-après)) représentent deux formes distinctes de services juridiques.

C'est l'interprétation et l'application de l'obligation supplémentaire imposée aux policiers dans l'arrêt *Brydges* relativement aux renseignements à donner sur les avocats de garde qui est précisément en litige dans la présente espèce et dans les quatre autres pourvois entendus en même temps, sur lesquels notre Cour rend jugement simultanément.

L'imposition d'exigences supplémentaires aux autorités policières en matière d'information est justifiée par la nécessité de réaliser l'objectif sous-jacent du droit à l'assistance d'un avocat que garantit la *Charte*. Comme l'exprime la majorité dans l'arrêt *Brydges*, à la p. 215:

... cette obligation supplémentaire est conforme à l'un des objets fondamentaux du droit garanti par l'al. 10b),

tate contact with counsel since it is upon arrest or detention that the accused is faced with an immediate need for legal advice especially in respect of how to exercise the right to remain silent.

Implicit in the majority's reasons in *Brydges* is a clear recognition of the centrality of the information component of s. 10(b), which is what is provided universally to all detainees and upon which subsequent correlative duties on the state hinge. To have said that state authorities only have to provide further information about the existence and availability of Legal Aid and duty counsel services after the triggering assertion of the right by the detainee or some positive indication by the detainee that he or she has affordability or availability concerns, would not have been true to the purpose of s. 10(b) and would have left detainees without the substantive protection to which they are entitled under the *Charter*.

In addition, as the majority explained in *Brydges*, at pp. 211-12, while imposing additional informational requirements on our police forces might at first glance appear to be a burden on them, it serves their interests in the long run. Having a standardized s. 10(b) caution which clearly outlines available legal services and how they can be accessed means that the police are less often required to judge on the spot whether a detainee can afford a lawyer and/or mistakenly believes that legal assistance is unavailable. Moreover, where duty counsel actually exists, the police will be in a better position to carry on with their work without losing time while they wait for duty counsel to come available. The majority suggested at p. 215 that it is in the "interests of all the participants in the criminal justice system that s. 10(b) of the *Charter*" (emphasis added) be interpreted so as to require that detainees be advised of the existence and availability of Legal Aid plans and duty counsel.

qui est de faciliter la communication avec un avocat, puisque l'accusé a un besoin immédiat de conseils juridiques, surtout sur la manière d'exercer son droit de garder le silence. . .

^a

Les motifs de la majorité dans l'arrêt *Brydges* contiennent implicitement la reconnaissance claire du caractère essentiel du volet information de l'al. 10b), qui s'entend de l'information à donner dans tous les cas aux personnes détenues et dont dépendent les obligations corrélatives de l'État. Avoir dit que l'obligation des autorités de fournir des renseignements sur l'existence et l'accessibilité des services d'aide juridique et des avocats de garde, ne prend naissance qu'après que la personne détenue a revendiqué le droit à l'assistance d'un avocat ou qu'elle a manifesté ses inquiétudes au sujet de sa capacité d'assumer le coût de ces services ou au sujet de la possibilité de rejoindre un avocat, aurait été contraire à l'objet de l'al. 10b) et aurait privé la personne détenue de la protection précise à laquelle la *Charte* lui donne droit.

^e

En outre, comme l'explique la majorité dans l'arrêt *Brydges*, aux pp. 211 et 212, bien que l'imposition aux forces de police d'exigences supplémentaires en matière d'information puisse, à première vue, sembler être un fardeau pour elles, elle sert leurs intérêts à long terme. S'ils disposaient, pour satisfaire aux exigences de l'al. 10b), d'une mise en garde uniforme qui contienne une mention claire des services offerts et de la manière d'y avoir accès, les policiers auraient moins souvent à juger sur-le-champ si la personne détenue a les moyens de recourir aux services d'un avocat ou si elle croit à tort qu'elle ne peut pas recourir à l'aide juridique. Par surcroît, s'il existe effectivement un service d'avocats de garde, les policiers seront mieux en mesure d'exécuter leur tâche sans perdre de temps à attendre qu'un avocat de garde soit disponible. Selon la majorité dans l'arrêt *Brydges*, à la p. 215, il y va «de l'intérêt de tous ceux qui œuvrent dans le système de justice criminelle» (je souligne) que l'al. 10b) de la *Charte* soit interprété de façon à exiger que toutes les personnes détenues soient informées de l'existence et de l'accessibilité des régimes d'aide juridique et des avocats de garde.

To conclude, *Brydges* stands for the proposition that police authorities are required to inform detainees about Legal Aid and duty counsel services which are in existence and available in the jurisdiction at the time of detention. In case there is any doubt, I would add here that basic information about how to access available services which provide free, preliminary legal advice should be included in the standard s. 10(b) caution. This need consist of no more than telling a detainee in plain language that he or she will be provided with a phone number should he or she wish to contact a lawyer right away. Failure to provide such information is, in the absence of a valid waiver (which, as I explain *infra*, will be a rarity) a breach of s. 10(b) of the *Charter*. It follows, therefore, that where the informational obligations under s. 10(b) have not been properly complied with by police, questions about whether a particular detainee exercised his or her right to counsel with reasonable diligence and/or whether he or she waived his or her facilitation rights do not properly arise for consideration. Such questions are simply not relevant under s. 10(b) (although they may be when it comes to considering whether the evidence obtained in the course of the *Charter* violation should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*). The breach of s. 10(b) is complete, except in cases of waiver or urgency, upon a failure by state authorities to properly inform a detainee of his or her right to counsel and until such time as that failure is corrected.

(d) *The Aftermath of Brydges*

Brydges imposed a 30-day transition period so as to allow police forces across the country to give effect to the new s. 10(b) warnings mandated by this Court's ruling. According to a comprehensive study of duty counsel systems in Canada commissioned and financed by the federal Department of Justice, *Brydges* has had at least two effects: Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Summary Report* (April 1993) and Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Technical Report* (April 1993) (the "*P.R.A. Reports*"). First, *Brydges* has served as the impetus for adding more

Pour terminer, l'arrêt *Brydges* énonce le principe que les autorités policières sont tenues d'informer les personnes qu'elles mettent en détention de l'existence dans leur province ou territoire de services d'aide juridique et d'avocats de garde. Pour dissiper tout doute, j'ajouterais ici que la mise en garde type faite en vertu de l'al. 10b) devrait comprendre des renseignements de base sur la façon d'avoir accès aux conseils juridiques préliminaires gratuits qui sont à leur disposition. Il suffirait de dire simplement à la personne détenue qu'on lui donnera un numéro de téléphone si elle veut communiquer avec un avocat immédiatement. L'omission de donner ces renseignements constitue en l'absence d'une renonciation valide (situation rare, comme je l'explique ci-après), une violation de l'al. 10b) de la *Charte*. Il s'ensuit que, si les policiers ne se sont pas conformés à leurs obligations découlant de l'al. 10b), on n'a pas à demander si la personne détenue en cause a exercé avec diligence raisonnable son droit à l'assistance d'un avocat ou si elle a renoncé à ses droits de se voir faciliter le recours à cette assistance. Ces questions ne sont simplement pas pertinentes par rapport à l'al. 10b) (quoiqu'elles puissent l'être lorsqu'il faut décider s'il y a lieu d'écarter, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve obtenus à l'occasion de la violation de la *Charte*). La violation de l'al. 10b) est complète, sauf dans les cas de renonciation ou d'urgence, quand les représentants de l'État n'informent pas la personne détenue comme il se doit de son droit à l'assistance d'un avocat et ce, jusqu'à ce que cette omission ait été corrigée.

d) *Les suites de l'arrêt Brydges*

L'arrêt *Brydges* a imposé une période de transition de 30 jours pour permettre aux forces de police dans toutes les régions du pays de donner effet à la nouvelle mise en garde exigée par notre Cour. D'après une étude détaillée des systèmes d'avocats de garde au Canada demandée et financée par le ministère de la Justice fédéral, l'arrêt *Brydges* a eu au moins deux effets: Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Summary Report* (avril 1993) et *Duty Counsel Systems: Technical Report* (avril 1993) (les «*Rapports de P.R.A.*»). Premièrement, l'arrêt *Brydges* a amené

specific wording to the *Charter* cautions routinely recited to all detainees. Second, *Brydges* has encouraged many provinces to comply with the spirit of *Brydges* by ensuring that free, preliminary legal advice is made available to detainees upon request, notwithstanding the absence of any additional funding by the federal government under shared-cost agreements for Legal Aid. In the *P.R.A. Technical Report*, for example, it is observed at p. 3-4 that:

[t]he *Brydges* case prompted the creation of systems of "Brydges duty counsel" where lawyers provide telephone consultation. Some police departments maintain lists of such duty counsel lawyers and in some provinces (e.g., Ontario, Saskatchewan and British Columbia) a toll free (1-800) telephone number is used.

Unfortunately, not every provincial government and bar has responded as positively to *Brydges* as might be desired. The *P.R.A. Reports* make it clear, as do the accompanying cases of *Prosper* and *Matheson*, that there is no system of "Brydges duty counsel" in Nova Scotia and Prince Edward Island.

On the other hand, in Ontario, the province from which this case and the related case of *Pozniak* arise, *Brydges* has had a definite impact. In "Police Implementation of Supreme Court of Canada Charter Decisions: An Empirical Study" (1992), 30 *Osgoode Hall L.J.* 547, Kathryn Moore explains at pp. 564-67 that, prior to the release of *Brydges* in February 1990, the Ontario Legal Aid Plan had established a 1-800 number in the Metropolitan Toronto area, giving persons detained at police stations in the greater Toronto area access to duty counsel 24-hours a day. In the aftermath of *Brydges*, this system was expanded to areas outside of Metropolitan Toronto. The author describes in some detail the process by which police cautions in Ontario were revised to comply with *Brydges*.

l'ajout de renseignements plus précis à la mise en garde relative à la *Charte* faite systématiquement à toutes les personnes détenues. Deuxièmement, il a encouragé plusieurs provinces à respecter l'esprit de cet arrêt en veillant à ce que les personnes détenues puissent avoir accès, sur demande, à des conseils juridiques préliminaires, sans frais, même si aucune somme supplémentaire n'a été affectée à ce service par le gouvernement fédéral dans le cadre des accords sur le partage des frais de l'aide juridique. Dans son *Technical Report*, par exemple, P.R.A. fait observer, à la p. 3-4:

[TRADUCTION] L'arrêt *Brydges* a suscité la création de systèmes d'«avocats de garde selon *Brydges*» permettant de consulter un avocat par téléphone. Certains services de police tiennent une liste des avocats de garde, et dans certaines provinces (par exemple, en Ontario, en Saskatchewan et en Colombie-Britannique), un numéro sans frais (1-800) est fourni.

Malheureusement, tous les gouvernements provinciaux et tous les barreaux n'ont pas réagi positivement à l'arrêt *Brydges* comme cela aurait été souhaitable. Il ressort nettement des *Rapports de P.R.A.*, ainsi que des pourvois connexes *Prosper* et *Matheson*, qu'il n'existe pas de système d'«avocats de garde selon *Brydges*» en Nouvelle-Écosse et à l'Île-du-Prince-Édouard.

En revanche, en Ontario, province d'où proviennent le présent pourvoi et le pourvoi connexe *Pozniak*, l'arrêt *Brydges* a eu un impact certain. Dans son article «Police Implementation of Supreme Court of Canada Charter Decisions: An Empirical Study» (1992), 30 *Osgoode Hall L.J.* 547, Kathryn Moore explique, aux pp. 564 à 567, qu'avant l'arrêt *Brydges* rendu en février 1990, le Régime d'aide juridique de l'Ontario avait établi un numéro 1-800 dans la Communauté urbaine de Toronto, donnant aux personnes détenues dans les postes de police de l'agglomération torontoise accès à un avocat de garde 24 heures par jour. Par suite de l'arrêt *Brydges*, ce système a été mis en place à l'extérieur de la Communauté urbaine de Toronto. L'auteur décrit de façon assez détaillée le processus par lequel la mise en garde faite par les policiers ontariens a été révisée suivant les exigences de l'arrêt *Brydges*.

One of the clauses which was added to the standard caution in Ontario and which received the most publicity was: "You also have the right to free advice from a Legal Aid lawyer." In addition, the 24-hour, 1-800 Legal Aid number for duty counsel was printed on all police caution cards. Initially, however, it appears that police in Ontario were not providing, as a matter of routine, detainees with the 1-800 number printed on their caution cards. This is clear not only from the case at bar and from its companion case, *Pozniak*, but also from the set of six cases (which include this case and *Pozniak*) which were heard at the same time by the Ontario Court of Appeal, as well as from several lower court decisions in Ontario. According to Moore, *supra*, at p. 566, in June 1992 after two lower court decisions were released in which it was held that the caution developed in Ontario in response to *Brydges* was inadequate because it did not clearly convey to detainees that legal aid was free and could be accessed immediately, Ontario's Solicitor General advised provincial police forces to change the standard caution to include the 1-800 Legal Aid number already printed on their caution cards. This was corroborated by counsel for the respondent Crown in this case and that of *Pozniak*.

It also appears that the more fully people are advised of their rights under s. 10(b), the more likely they are to exercise these rights. According to the *P.R.A. Summary Report*, at p. 35:

[*Brydges*] has prompted an increase in the demand for duty counsel because of the police requirement to inform all accused of their right to counsel. Whether telephone consultation, evening or weekend service, *Brydges* has led to more accused requesting services immediately after arrest. Twenty-four hour lines which were set up prior to *Brydges* had significant increases in calls following the ruling.

L'un des paragraphes qui a été ajouté à la mise en garde uniforme en Ontario et auquel on a donné le plus de publicité est le suivant: «Vous avez également droit aux conseils gratuits d'un avocat de l'aide juridique.» De plus, le numéro 1-800 pour joindre les avocats de garde de l'aide juridique 24 heures par jour a été imprimé sur tous les cartons utilisés par les policiers pour la mise en garde. Au début, toutefois, il semble que les policiers ontariens n'aient pas donné systématiquement aux personnes détenues le numéro 1-800 imprimé sur leurs cartons. Cela ressort de toute évidence non seulement du présent pourvoi et du pourvoi connexe *Pozniak*, mais également de six pourvois (dont le présent et le pourvoi *Pozniak*) qui ont été entendus en même temps par la Cour d'appel de l'Ontario, ainsi que de plusieurs décisions de tribunaux ontariens d'instance inférieure. D'après Moore, *loc. cit.*, à la p. 566, en juin 1992, après que deux décisions de tribunaux d'instance inférieure eurent été rendues, dans lesquelles il a été décidé que la mise en garde faite en Ontario en réponse à l'arrêt *Brydges* n'était pas suffisante parce qu'elle n'informait pas clairement les personnes détenues que l'aide juridique était gratuite et immédiatement accessible, le solliciteur général de l'Ontario a conseillé aux forces de police ontariennes de modifier la mise en garde uniforme en y incluant le numéro 1-800 de l'aide juridique préimprimé sur leurs cartons. Ce fait a été corroboré par l'avocat du ministère public, intimé, dans la présente espèce et dans l'arrêt *Pozniak*.

Il semble aussi que mieux les gens sont informés des droits que leur garantit l'al. 10(b), plus ils sont susceptibles de les exercer. D'après le *Summary Report* de P.R.A., à la p. 35:

[TRADUCTION] [L'arrêt *Brydges*] a amené un accroissement de la demande d'avocats de garde, parce que la police est obligée d'informer tous les prévenus de leur droit à l'assistance d'un avocat. Qu'il s'agisse de consultation par téléphone, de service le soir ou la fin de semaine, l'arrêt *Brydges* a incité plus de prévenus à recourir aux services immédiatement après leur arrestation. Après cet arrêt, on a constaté une augmentation importante du nombre d'appels faits sur les lignes 24 heures par jour déjà établies.

This is confirmed by Moore as well, who cites statistics at p. 565 obtained from the Deputy Director of Ontario's Legal Aid Plan showing that, prior to *Brydges* and the implementation of the province-wide duty counsel number, the 1-800 number in Toronto received an average of 300 calls per month. After the release of *Brydges*, the Toronto number apparently averaged 550 to 600 calls per month, while outside of Toronto, the 1-800 number averaged 700 to 800 calls per month.

(e) *Summary of Section 10(b) Principles*

A detainee is entitled under the information component of s. 10(b) of the *Charter* to be advised of whatever system for free, preliminary legal advice exists in the jurisdiction and of how such advice can be accessed (e.g., by calling a 1-800 number, or being provided with a list of telephone numbers for lawyers acting as duty counsel). What remains to be decided, then, is whether the caution given to the appellant by the police in this case complied with the informational requirements under s. 10(b), or whether the appellant waived his informational s. 10(b) rights. It is to this question that I now turn.

(f) *Application*

At the time when the appellant was arrested and detained, there was in place in Ontario a 24-hour duty counsel service accessible by dialling a toll-free number. This service was known to the police and, indeed, the 1-800 number was printed on their caution cards. Section 10(b) required that the existence and availability of this duty counsel system and how to access it be routinely communicated by police in a timely and comprehensible manner to detainees. In reviewing what was said to the appellant, both at the roadside where he was arrested and later, at the police station, I am of the opinion that the appellant was not properly informed of his rights under s. 10(b). As a result, he may have been misled about the nature and extent of his right to counsel, particularly given that he was detained

Ce fait est également confirmé par Moore qui, à la p. 565, cite les statistiques fournies par le directeur adjoint du Régime d'aide juridique de l'Ontario, qui montrent que, avant l'arrêt *Brydges* et la mise à disposition sur tout le territoire de la province du numéro des avocats de garde, le numéro 1-800 à Toronto recevait en moyenne 300 appels par mois. Après l'arrêt *Brydges*, de 550 à 600 appels en moyenne ont été reçus mensuellement au numéro de Toronto, tandis qu'à l'extérieur de Toronto, la moyenne mensuelle au numéro 1-800 était de 700 à 800 appels.

e) *Le résumé des principes dérivés de l'al. 10b)*

En application du volet information de l'al. 10b) de la *Charte*, une personne détenue a le droit d'être informée de l'existence de tout système permettant d'obtenir des conseils juridiques préliminaires, sans frais, dans la province ou le territoire, et de la manière d'y avoir accès (par exemple, en appelant à un numéro 1-800 ou en se voyant remettre une liste de numéros de téléphone d'avocats qui remplissent la fonction d'avocat de garde). La question qu'il reste à trancher, alors, est de savoir si la mise en garde faite à l'appellant par la police en l'espèce respectait les exigences en matière d'information découlant de l'al. 10b) ou si l'appellant a renoncé aux droits d'être informé que lui garantit l'al. 10b). C'est la question que je vais maintenant étudier.

f) *L'application des principes*

Au moment où l'appellant a été arrêté et mis en détention, il existait en Ontario un service d'avocats de garde accessible 24 heures par jour au moyen d'un numéro sans frais. Les policiers connaissaient ce service et, de fait, le numéro 1-800 figurait sur le carton préimprimé servant à faire la mise en garde. L'alinéa 10b) exigeait que l'existence de ce système d'avocats de garde, ainsi que la manière d'y avoir accès, soient communiquées systématiquement par la police aux personnes détenues promptement et d'une manière compréhensible. Après avoir examiné ce qui a été dit à l'appellant, sur le bord de la route où il a été arrêté et plus tard, au poste de police, je suis d'avis que ce dernier n'a pas été bien informé de ses droits garantis par l'al. 10b). En conséquence, il a peut-

during the early hours of a Saturday, a time when a person might reasonably expect that immediate legal assistance would not be available.

On its face, the caution extended to the appellant both at the roadside and at the police station did not advise him of the existence and availability of any “duty counsel” service, nor did it provide him with the toll-free telephone number by which the service could be accessed. However, what must be considered is whether, despite the absence of precise words to this effect, the essence of the appellant’s right to immediate and temporary free legal advice was adequately communicated to him, or, alternatively, whether the appellant fully understood his rights and waived the right to be expressly informed of them by the authorities.

In my opinion, the s. 10(b) caution that the appellant received, both at the roadside and at the police station, failed to convey the necessary sense of immediacy and universal availability of legal assistance. First, when the appellant was arrested at the roadside, he was not told of the existence of the 1-800 number for duty counsel and that he would be allowed to call a lawyer as soon as he arrived at the police station where there were telephones. Although it was subsequently made clear upon arrival at the station that he could call “now”, the appellant had, in the intervening period between detention at the roadside and arrival at the station, made a self-incriminating statement. Second, reference to Legal Aid was confusing in so far as it implied that free legal advice, while available, was contingent on applying for it once charged — a process which takes time and for which there are qualifying financial requirements. The caution he received failed to communicate the fact that, at the pre-charge stage, a detainee has the opportunity by virtue of the scheme for immediate legal assistance set up by Ontario to speak to duty

être été induit en erreur au sujet de la nature et de la portée de son droit à l’assistance d’un avocat, surtout étant donné qu’il a été mis en détention le samedi au petit jour, moment où toute personne estimera raisonnablement qu’il n’est pas possible d’obtenir immédiatement l’assistance d’un avocat.

À première vue, la mise en garde faite à l’appellant tant au bord de la route qu’au poste de police ne l’a pas informé de l’existence et de l’accessibilité d’un service d’«avocats de garde», et elle ne lui a pas fourni le numéro sans frais permettant d’avoir accès au service. Toutefois, il s’agit de déterminer si, malgré l’absence de précisions à cet effet, l’essence du droit de l’appellant d’obtenir immédiatement et gratuitement des conseils juridiques temporaires lui a été communiquée de manière adéquate ou, subsidiairement, si l’appellant a pleinement compris ses droits et a renoncé au droit qu’il avait d’en être expressément informé par les autorités.

À mon avis, la mise en garde faite à l’appellant en application de l’al. 10b) tant au bord de la route qu’au poste de police ne lui a pas bien fait comprendre qu’il pouvait immédiatement avoir recours à l’assistance d’un avocat et que cette assistance était accessible à tout le monde. Premièrement, quand l’appellant a été arrêté sur la route, on ne l’a pas informé de l’existence du numéro 1-800 des avocats de garde et on ne lui a pas dit qu’il pourrait communiquer avec un avocat dès son arrivée au poste de police, où il y avait des téléphones. Bien qu’on lui ait bien précisé plus tard, à son arrivée au poste, qu’il pouvait faire un appel téléphonique «maintenant», l’appellant avait, dans l’intervalle entre sa mise en détention sur le bord de la route et son arrivée au poste, fait une déclaration auto-incriminante. Deuxièmement, la mention de l’aide juridique était de nature à induire en erreur, car elle impliquait qu’il ne pourrait obtenir des conseils juridiques gratuits que s’il en faisait la demande après qu’une accusation aurait été portée contre lui — processus qui prend du temps et qui est assorti de conditions financières. La mise en garde qu’il a reçue ne l’a pas informé du fait qu’avant qu’une accusation ait été portée contre lui, il avait la possibilité, dans le cadre du régime

counsel and to obtain preliminary legal advice before incriminating him- or herself.

The 1-800 number, or at least the existence of a toll-free telephone number, should have been conveyed to the appellant upon his arrest at the roadside even though there were no telephones available. Indeed, the police should have explained to the appellant that, as soon as they reached the police station, he would be permitted to use a telephone for the purpose of calling a lawyer, including duty counsel which was available to give him immediate, free legal advice. It can hardly be described as an undue hardship on police to require them to provide detainees with this basic information, especially when the toll-free number is already printed on their caution cards. I am satisfied that the 1-800 number was part of the informational requirement under s. 10(b) of the *Charter*. I agree with counsel for the appellant that, in today's highly technological and computerized world, 1-800 numbers are simple and effective means of conveying the sense of immediacy and universal availability of legal assistance which the majority of this Court in *Brydges* said must be conveyed as part of the standard s. 10(b) warning in jurisdictions where such a service exists.

Furthermore, the appellant did not waive his right to receive a caution that fully informed him of his right to counsel. Although detainees can waive their s. 10(b) rights, valid waivers of the informational component of s. 10(b) will, in my view, be rare. As I stated in *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41 at p. 49, the validity of a waiver of a procedural right "... is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect ..." (emphasis in original). This standard applies equally to waivers of *Charter* rights, including the

ontarien de services juridiques immédiats, de communiquer avec un avocat de garde et d'obtenir des conseils juridiques préliminaires avant de s'incriminer.

Le numéro 1-800, ou du moins l'existence d'un numéro de téléphone sans frais, aurait dû lui être communiqué au moment de son arrestation sur le bord de la route, même s'il n'y avait aucun téléphone sur les lieux. En fait, le policier aurait dû lui expliquer que, dès qu'ils seraient arrivés au poste de police, il serait autorisé à utiliser le téléphone pour appeler un avocat, y compris un avocat de garde disponible qui lui aurait donné immédiatement des conseils juridiques gratuits. On ne peut guère qualifier de difficulté excessive pour les policiers l'obligation de donner ces renseignements de base aux personnes détenues, surtout si le numéro sans frais figure déjà sur leur carton préimprimé. Je suis convaincu que le numéro 1-800 fait partie de l'information dont la communication est exigée par l'al. 10b) de la *Charte*. Je souscris à l'argument de l'avocat de l'appelant selon lequel, à l'heure de la technologie et de l'informatique, les numéros 1-800 sont des moyens simples et efficaces de faire comprendre aux personnes détenues qu'elles peuvent immédiatement avoir recours à l'assistance d'un avocat et que cette assistance est accessible à tout le monde, ce qui, comme l'a dit notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Brydges*, devrait faire partie de la mise en garde type faite en vertu de l'al. 10b) dans les provinces et territoires où ce service existe.

En outre, l'appelant n'a pas renoncé à son droit de recevoir une mise en garde visant à l'informer pleinement de son droit à l'assistance d'un avocat. Bien qu'une personne détenue puisse renoncer aux droits que lui garantit l'al. 10b), il sera, à mon avis, rare qu'elle renonce valablement au volet information de l'al. 10b). Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 49, pour qu'une renonciation à un droit procédural soit valide, «... il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à proté-

rights guaranteed by s. 10(b): *Evans, supra*, at p. 894. In the case of s. 10(b)'s informational component, requiring that a person waiving the right have "full knowledge" of it means that he or she must already be fully apprised of the information that he or she has the right to receive. A person who waives the right to be informed of something without knowing what it was that he or she had the right to be informed of can hardly be said to be possessed of "full knowledge" of his or her rights. For this reason, the fact that a detainee indicates that he or she does not wish to hear the information conveyed by the standard police "caution" mandated by s. 10(b) will not, by itself, be enough to constitute a valid waiver of s. 10(b)'s informational component.

As this Court held in *Evans* (at p. 892), state authorities have a duty under s. 10(b) "to make a reasonable effort to explain to the accused his right to counsel." In most cases, reading the accused a caution that meets the criteria I have outlined above will satisfy this duty. If the circumstances reveal, however, that a particular detainee does not understand the standard caution, the authorities must take additional steps to ensure that the detainee comprehends the rights guaranteed by s. 10(b), and the means by which they can be exercised: *Evans*, at p. 892, and *Baig*, at p. 540. Conversely, situations may occasionally arise in which the authorities' duty to make a reasonable effort to inform the detainee of his or her s. 10(b) rights will be satisfied even if certain elements of the standard caution are omitted. In my view, however, this will only be the case if the detainee explicitly waives his or her right to receive the standard caution (for example, by interrupting the police when they begin to read the caution and telling them that they do not have to continue) and if the circumstances reveal a reasonable basis for believing that the detainee in fact knows and has adverted to his rights, and is aware of the means by which these rights can be exercised. The fact that a detainee merely indicates that he knows his rights will not, by itself, provide a reasonable basis for

ger . . . » (souligné dans l'original). Ce critère s'applique également à une renonciation aux droits garantis par la *Charte*, y compris les droits garantis par l'al. 10b): *Evans*, précité, à la p. 894. Dans le cas du volet information de l'al. 10b), pour qu'une personne renonçant au droit le fasse en «pleine connaissance», elle doit être déjà pleinement informée des renseignements qu'elle est en droit de recevoir. On ne peut certainement pas dire qu'une personne possède une «pleine connaissance» de ses droits si elle renonce au droit d'être informée de quelque chose sans savoir ce dont elle a le droit d'être informée. Pour ce motif, si une personne détenue indique qu'elle ne désire pas entendre lecture des renseignements figurant sur la «mise en garde» habituelle que la police est tenue de donner en vertu de l'al. 10b), ce fait ne constituera pas en soi une renonciation valide au volet information de l'al. 10b).

Comme notre Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Evans* (à la p. 892), les autorités de l'État ont, en vertu de l'al. 10b), l'obligation «de prendre des moyens raisonnables d'expliquer à l'accusé son droit à l'assistance d'un avocat». Dans la plupart des cas, il sera suffisant de lire à l'accusé une mise en garde qui satisfait aux critères que j'ai mentionnés. Cependant, lorsque les circonstances révèlent qu'une personne détenue ne comprend pas la mise en garde habituelle, les autorités doivent prendre des mesures additionnelles pour s'assurer que cette personne saisit les droits que lui garantit l'al. 10b) et les moyens qui lui permettront de les exercer: *Evans*, à la p. 892, et *Baig*, à la p. 540. Par contre, il peut à l'occasion y avoir des cas où l'obligation des autorités de prendre des moyens raisonnables d'informer la personne détenue des droits que lui garantit l'al. 10b) sera respectée même s'il y a omission de certains éléments de la mise en garde habituelle. J'estime cependant que cela sera possible seulement si la personne détenue renonce explicitement à son droit de recevoir la mise en garde habituelle (par exemple, dans le cas où elle interrompt le policier pour lui dire qu'il n'a pas à poursuivre la lecture de la mise en garde) et si les circonstances révèlent qu'il existe des motifs raisonnables de croire que cette personne connaît ses droits, les a invoqués et est au courant des

believing that the detainee in fact understands their full extent or the means by which they can be implemented. For example, a detainee who states that she knows that she has the right to consult with counsel and who purports to waive her right to be informed of it, might in fact be unaware both that she has the right to do so without delay, or that “Brydges duty counsel” service is available to her. In such a case, the state authorities have an obligation to take reasonable steps to assure themselves that the detainee is aware of all of the information he or she has the right to receive (that is, the information contained in a constitutionally valid standard caution). In most cases, of course, the simplest way in which the authorities can discharge this duty will be simply to read the standard caution.

In some circumstances, however, there may be a reasonable basis for believing that a detainee who waives the informational component of s. 10(b) is, in fact, cognizant of some, or all, of the information contained in the standard caution. In this case, omitting this information from the standard caution may not result in a violation of s. 10(b). For example, consider the case of a detainee who is initially charged with one offence, who consults with counsel before being charged with an additional offence. As this Court held in *Black, supra*, a change in the nature of the detention of this sort will cause the state authorities’ obligation to inform the detainee of his or her s. 10(b) rights to be triggered anew. Although it would thus be necessary, in this example, for the police to once again inform the detainee that he or she had the right to consult with counsel without delay, it might not be necessary for them to remind the detainee about the existence of duty counsel. If, for instance, the detainee had spoken to duty counsel a few hours earlier, it might be reasonable to assume that he or she remembers that duty counsel service was available. In this case, a waiver by the

moyens de les exercer. Le fait qu’une personne détenue indique simplement qu’elle connaît ses droits n’établira pas en soi l’existence de motifs raisonnables de croire qu’elle en comprend pleinement l’ampleur ou qu’elle est au courant des moyens de les mettre en oeuvre. Par exemple, la personne détenue qui dit être au courant du droit qu’elle a de consulter un avocat et qui renonce à son droit d’en être informé, pourrait bien ne pas savoir qu’elle a le droit de le faire sans délai ou qu’elle peut faire appel à un service d’«avocats de garde selon *Brydges*». Dans ce cas, les autorités de l’État ont l’obligation de prendre des mesures raisonnables pour s’assurer que la personne détenue est au courant de tous les renseignements qu’elle est en droit de recevoir (c’est-à-dire, les renseignements contenus dans une mise en garde constitutionnellement valide). Dans la plupart des cas, la lecture de la mise en garde habituelle sera la façon la plus simple pour les autorités de s’acquitter de cette obligation.

Cependant, dans certaines circonstances, il peut exister des motifs raisonnables de croire qu’une personne détenue qui renonce au volet information de l’al. 10b) est véritablement au courant de la totalité ou d’une partie des renseignements contenus dans la mise en garde habituelle. Dans ce cas, il pourrait ne pas y avoir violation de l’al. 10b) si l’on omet les renseignements en question dans la lecture de la mise en garde habituelle. Par exemple, prenons le cas d’une personne détenue initialement accusée d’une infraction, qui communique avec un avocat avant d’être accusée d’une infraction additionnelle. Comme notre Cour l’a fait remarquer dans l’arrêt *Black*, précité, s’il y a un tel changement dans la nature de la détention, les autorités de l’État auront de nouveau l’obligation d’informer la personne détenue des droits que lui garantit l’al. 10b). Dans cet exemple, il serait nécessaire que la police informe de nouveau la personne détenue qu’elle a le droit de consulter sans délai un avocat, mais elle n’aurait peut-être pas à lui rappeler l’existence des services d’avocats de garde. Dans le cas où la personne détenue a parlé à l’avocat de garde quelques heures plus tôt, il peut être raisonnable de supposer qu’elle se rappelle l’existence de ce service. Dans ce cas, on

detainee of this component of his or her informational rights might be valid.

It must be emphasised, however, that the standard for waiver of the informational right will, as explained above, be high. In my view, any lesser standard than the one indicated would not accord with the purposive approach to s. 10(b) that this court has consistently endorsed (see *Brydges*, at p. 215; *Black*, at p. 152; and *Clarkson*, at p. 394). As I noted earlier, this Court has recognized the pivotal function the informational component of s. 10(b) plays. In light of the component's importance in ensuring that the purposes of s. 10(b) are fully realized, the validity of waivers of the informational component should only be recognized in cases where it is clear that the detainee already fully understands his or her s. 10(b) rights, fully understands the means by which they can be exercised, and adverts to those rights. Requiring that these conditions be met ensures that any subsequent waiver of the right to counsel made following a waiver of the informational component will be a fully informed one. Since the informational obligations s. 10(b) imposes on state authorities are not onerous, it is not unreasonable, in my view, to insist that these authorities resolve any uncertainty that might exist regarding the detainees knowledge of his or her rights, something they can do by simply reading the standard caution, as they are required to do in cases where the detainee does not clearly and unequivocally indicate the desire to waive the informational component.

On the facts of this case, there is no evidence that the appellant expressed any interest in waiving any of his informational rights, including his right to be informed of the existence of *Brydges* duty counsel services. Although it is not, therefore, necessary to consider whether the appellant was, in fact, aware of the existence of duty counsel, I note in passing that there the evidence on the record does not reasonably support the inference that he knew that such services were available. I conclude,

pourrait considérer comme valide la renonciation que la personne détenue fait à l'égard de ce volet de son droit d'être informée.

^a Il y a toutefois lieu de souligner que la norme relative à la renonciation au droit d'être informé est, comme je l'ai déjà expliqué, stricte. À mon avis, toute norme moindre ne serait pas compatible avec l'analyse fondée sur l'objet de l'al. 10b) que notre Cour a constamment appuyée (voir les arrêts *Brydges*, à la p. 215; *Black*, à la p. 152; et *Clarkson*, à la p. 394). Comme je l'ai mentionné, notre Cour a reconnu la fonction essentielle du volet information de l'al. 10b). Compte tenu de l'importance de ce volet pour que les objectifs de l'al. 10b) soient atteints, on ne devrait reconnaître la validité d'une renonciation que dans les cas où il est évident que la personne détenue comprend pleinement les droits que lui garantit l'al. 10b) ainsi que les moyens qui lui sont offerts pour les exercer, et qu'elle invoque ces droits. En exigeant le respect de ces conditions, on s'assure que la personne détenue prendra une décision éclairée si elle renonce à son droit à l'assistance d'un avocat, après avoir renoncé à son droit d'être informée. Puisque les obligations d'informer que l'al. 10b) imposent aux autorités de l'État ne sont pas écrasantes, il n'est pas, à mon avis, déraisonnable d'insister pour que ces autorités dissipent toute incertitude susceptible d'exister relativement à la connaissance que la personne détenue a de ses droits, ce qui peut être accompli par une simple lecture de la mise en garde habituelle, comme elles sont tenues de le faire dans les cas où la personne détenue n'indique pas clairement et de façon non équivoque son désir de renoncer à son droit d'être informée.

Les faits en l'espèce n'indiquent pas que l'appellant aurait exprimé un désir quelconque de renoncer à ses droits d'être informé, y compris son droit d'être informé de l'existence des services d'avocats de garde selon *Brydges*. Par conséquent, bien qu'il ne soit pas nécessaire de vérifier si l'appellant était en fait au courant de l'existence des services d'avocats de garde, je tiens à faire remarquer que les éléments de preuve au dossier n'appuient pas l'inférence qu'il l'était. Je suis donc d'avis de con-

therefore, that the appellant did not waive his s. 10(b) informational rights, and that the authorities' failure to properly inform him of the availability of duty counsel resulted in a s. 10(b) violation.

Since I have concluded that the appellant should have been advised from the outset of the existence and availability of duty counsel and of the 1-800 telephone number, there is no need for me to consider under s. 10(b) the conflicting evidence as to whether or not the appellant expressed a concern to police about being able to reach a lawyer at a late hour. In addition, because the appellant was not properly informed of his right to counsel, his conduct cannot amount to a waiver of his facilitation rights. The standard for waiver of a *Charter* right is high. It is a precondition of a valid waiver that a person know what he or she is waiving. In this case, because the appellant did not know that he had access to free and immediate, preliminary legal advice over the telephone, he was not in a position to give an effective waiver. However, there may be situations where a detainee is so clear about not wanting to speak to any lawyer that, notwithstanding imperfect compliance by police with the informational requirements under s. 10(b), the detainee's conduct will be a factor militating in favour of admission of the evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

Under the circumstances of this case where no urgency was involved and where there was no valid waiver of s. 10(b)'s informational component, the breach of the appellant's s. 10(b) rights was complete upon his not being advised of the existence and availability of Ontario's duty counsel service and of the toll-free number by which it could be accessed. I find, therefore, that the appellant's rights under s. 10(b) of the *Charter* were infringed by the police. Accordingly, it is necessary to decide whether the evidence obtained as a

clure que l'appelant n'a pas renoncé aux droits que lui garantit l'al. 10b) et que les autorités ont contrevenu à cet alinéa en ne l'informant pas convenablement de l'existence des services d'avocats de garde.

Puisque j'ai conclu que l'appelant aurait dû être informé dès le début de l'existence et de l'accessibilité des avocats de garde et du numéro de téléphone 1-800, il n'est pas nécessaire que j'étudie, au regard de l'al. 10b), les témoignages contradictoires sur la question de savoir si l'appelant a manifesté en présence des policiers son inquiétude au sujet de la possibilité de joindre un avocat tard dans la nuit. En outre, comme l'appelant n'a pas été bien informé de son droit à l'assistance d'un avocat, sa conduite ne saurait être assimilée à une renonciation à ses droits de se voir faciliter le recours à cette assistance. La norme relative à la renonciation à un droit garanti par la *Charte* est stricte. Pour qu'une renonciation soit valide, la personne doit savoir ce à quoi elle renonce. En l'espèce, puisque l'appelant ne savait pas qu'il avait accès par téléphone à des conseils juridiques préliminaires, sans frais et sans délai, il n'était pas à même de renoncer valablement à son droit. Toutefois, il peut arriver qu'une personne détenue manifeste avec tellement de clarté sa volonté de ne communiquer avec aucun avocat que, même si les policiers n'ont pas donné tous les renseignements exigés par l'al. 10b), sa conduite sera un facteur militant en faveur de l'utilisation des éléments de preuve en conformité avec le par. 24(2) de la *Charte*.

Vu les circonstances du présent pourvoi où aucune urgence n'entraîne en jeu et où l'appelant n'a pas fait une renonciation valide au volet information de l'al. 10b), la violation des droits que cet alinéa garantit à l'appelant était complète dès qu'il n'a pas été informé de l'existence du service ontarien d'avocats de garde et de la possibilité d'y recourir au moyen du numéro sans frais y donnant accès. Je conclus donc que la police a porté atteinte aux droits que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appelant. Par conséquent, il est neces-

result of this violation should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

(g) *Exclusion of Evidence*

The evidence at issue here are the results of two failed breathalyser tests and the appellant's incriminating statement to the police at the roadside that he had had five to six beers that night.

Section 24(2) of the *Charter* provides as follows:

24. . . .

(2) Where . . . a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

There are two requirements for exclusion of evidence under s. 24(2): *Strachan, per Dickson C.J.*, at p. 1000, and *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, *per Le Dain J.*, at p. 648. First, there has to have been a *Charter* violation in the course of obtaining the evidence. Second, it must be found that having regard to all the circumstances, admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Under the first threshold requirement, there must be some connection or relationship between the infringement of the right or freedom in question and the obtaining of the evidence which is sought to be excluded. However, a strict causal link between the *Charter* infringement and the discovery of the evidence is not required: *Therens, per Le Dain J.* at p. 649; *Strachan, per Dickson C.J.* at pp. 1000-1006, and *Lamer J.* (as he then was) at p. 1009; and *Brydges* at p. 210. Generally speaking, so long as it is not too remotely connected with the violation, all the evidence obtained as part of the "chain of events" involving the *Charter* breach will fall within the scope of

saire de décider si les éléments de preuve obtenus par suite de cette violation doivent être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*.

a g) *L'exclusion des éléments de preuve*

Les éléments de preuve en cause sont les résultats de deux alcootests auxquels l'appelant a échoué et sa déclaration incriminante faite au policier sur le bord de la route, selon laquelle il avait consommé cinq ou six bières ce soir-là.

Le paragraphe 24(2) de la *Charte* est ainsi conçu:

24. . . .

(2) Lorsque [...] le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Deux conditions doivent être remplies pour que des éléments de preuve puissent être écartés conformément au par. 24(2): *Strachan*, le juge en chef Dickson, à la p. 1000, et *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, le juge Le Dain, à la p. 648. Premièrement, il faut qu'il y ait eu violation de la *Charte* à l'occasion de l'obtention des éléments de preuve. Deuxièmement, le tribunal doit conclure qu'eu égard aux circonstances, l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Ce qu'exige d'abord la première condition, c'est qu'il y ait un lien ou un rapport quelconque entre la violation du droit ou de la liberté en question et l'obtention de la preuve que la demande vise à faire écarter. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'établir l'existence d'un lien strict de causalité entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve: *Therens*, le juge Le Dain, à la p. 649; *Strachan*, le juge en chef Dickson, aux pp. 1000 à 1006 et le juge Lamer (maintenant Juge en chef), à la p. 1009; et *Brydges*, à la p. 210. De façon générale, s'ils ne sont pas trop éloignés de la violation, tous les éléments de preuve obtenus pendant la «suite des événements» qui se rapportent à

s. 24(2): *Strachan*, per Dickson C.J. at p. 1006, and Lamer J. at p. 1009. This means that in the initial inquiry under s. 24(2) as to whether evidence has been “obtained in a manner that infringed or denied” *Charter* rights, courts should take a generous approach. However, it should be borne in mind that the presence and strength of the causal connection between the evidence and the *Charter* breach may be a factor for consideration under the second, more important, branch of s. 24(2): *Strachan*, per Dickson C.J., at p. 1006; and *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4. S.C.R. 504, per Sopinka J., at p. 530.

In the case at bar, I am satisfied that the breathalyser evidence as well as the self-incriminating statement were obtained in the context of the infringement of the appellant’s right to counsel under s. 10(b) and, therefore, that they pass the first hurdle under s. 24(2).

The analysis must then proceed to the second stage of inquiry under s. 24(2), where it must be determined whether, in all of the circumstances, admission of the evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute. In order to make this determination, a court must balance factors relating to the effect of admission on the fairness of the trial, the seriousness of the breach, and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 284-86. The overall burden of persuasion under s. 24(2) rests on the party seeking exclusion of the evidence: *Collins*, at p. 280; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, per Dickson C.J. at p. 532; and *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 59. That is, it is the applicant for exclusion under s. 24(2) who must ultimately satisfy the court on a balance of probabilities that admission of the evidence could bring the administration of justice into disrepute.

la violation de la *Charte* sont visés par le par. 24(2): *Strachan*, le juge en chef Dickson, à la p. 1006, et le juge Lamer, à la p. 1009. Cela signifie que les tribunaux doivent adopter une approche libérale relativement à la première étape de l’examen prévu au par. 24(2) quant à savoir si des éléments de preuve ont été «obtenus dans des conditions qui portent atteinte» aux droits garantis par la *Charte*. Cependant, il ne faut pas oublier que l’existence et la force du lien de causalité entre les éléments de preuve et la violation de la *Charte* peuvent être des facteurs à prendre en considération en vertu du second volet, plus important, du par. 24(2): *Strachan*, le juge en chef Dickson, à la p. 1006; et *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)* [1993] 4 R.C.S. 504, le juge Sopinka, à la p. 530.

En l’espèce, je suis convaincu que les éléments de preuve fournis par l’alcooltest ainsi que la déclaration auto-incriminante ont été obtenus dans le contexte de la violation du droit de l’appelant à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b) et que, par conséquent, ils remplissent la première condition posée par le par. 24(2).

L’analyse doit porter ensuite sur la seconde étape de l’examen prévu au par. 24(2), qui consiste à déterminer si, eu égard aux circonstances, l’utilisation des éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Pour décider de ce point, le tribunal doit soupeser des facteurs touchant l’effet de leur utilisation sur l’équité du procès, la gravité de la violation et l’effet de l’exclusion sur la considération dont jouit l’administration de la justice: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, aux pp. 284 à 286. La charge de persuasion générale, au regard du par. 24(2), incombe à la partie qui demande que des éléments de preuve soient écartés: *Collins*, à la p. 280; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, le juge en chef Dickson, à la p. 532; et *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la p. 59. Celui qui demande la réparation prévue au par. 24(2) assume donc la charge ultime de démontrer au tribunal suivant la prépondérance des probabilités que l’utilisation des éléments de preuve risque de déconsidérer l’administration de la justice.

However, just because the applicant bears the ultimate burden of persuasion under s. 24(2) does not mean that he or she will bear this burden on every issue relevant to the inquiry. As a practical matter, the onus on any issue will tend to shift back and forth between the applicant and the Crown, depending on what the particular contested issue is, which party is seeking to rely on it and, of course, the nature of the *Charter* right which has been violated. As Sopinka, Lederman and Bryant state at p. 397 of their text, *The Law of Evidence in Canada*:

The applicant's burden under s. 24(2) is quite unlike an ordinary civil burden to establish facts. Once the *Charter* violation and circumstances surrounding it are proved, the inquiry departs the realm of pure fact and becomes concerned with matters that are not susceptible of proof in the ordinary sense, such as the possible effect of admission on the fairness of the trial, the relative seriousness of the *Charter* violation, and the very concept of the reputation of the administration of justice. Furthermore, the true burden is in practice bound to drift towards the Crown, since many factors in the equation are within the peculiar knowledge of the Crown (e.g., good faith, urgency, availability of other investigative techniques); and, perhaps more important, it is the Crown that is functionally responsible for the maintenance of the administration of justice.

The validity of these comments is confirmed when one considers the case law. For example, in cases involving a breach of s. 8 of the *Charter* where evidence has been obtained as a result of an unreasonable search and seizure, it is clear that, unless the Crown can show that the police had reasonable and probable grounds to act as they did, such as a well founded belief at the time that an accused was in possession of drugs or that there were compelling and urgent circumstances, there is a presumption that the violation is a serious one under s. 24(2) which must be rebutted by the Crown: e.g., *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, *per* Lamer J. for the majority.

Toutefois, le fait que celui qui demande l'exclusion prévue au par. 24(2) assume la charge ultime de persuasion ne signifie pas qu'il doit supporter cette charge à l'égard de tous les aspects de l'examen. En pratique, la charge relative à un élément de preuve donné aura tendance à se déplacer entre celui qui demande l'exclusion et le ministère public, selon la nature de la question en litige, selon que l'une ou l'autre partie veut l'invoquer et, bien sûr, selon la nature du droit garanti par la *Charte* qui a été violé. Comme le disent Sopinka, Lederman et Bryant dans leur ouvrage *The Law of Evidence in Canada*, à la p. 397:

[TRADUCTION] La charge de celui qui demande l'exclusion en application du par. 24(2) est tout à fait distincte de la norme civile ordinaire de preuve des faits. Une fois prouvées la violation de la *Charte* et les circonstances de cette violation, l'examen cesse de porter sur les simples faits pour concerner des éléments qui ne sont pas susceptibles d'être prouvés suivant la norme courante, tels que l'effet possible de l'utilisation sur l'équité du procès, la gravité relative de la violation de la *Charte* et la notion même de considération dont jouit l'administration de la justice. Par surcroît, la charge véritable glissera sûrement, en pratique, vers le ministère public car celui-ci est le seul qui puisse apporter des éléments de preuve concernant de nombreux facteurs à prendre en considération (par exemple, la bonne foi, l'urgence, la possibilité d'employer d'autres méthodes d'enquête) et, ce qui est peut-être plus important, l'administration de la justice est une fonction qu'il appartient au ministère public d'exercer.

La validité de ces observations est confirmée par la jurisprudence. Par exemple, il ressort clairement des affaires relatives à une violation de l'art. 8 de la *Charte*, où des éléments de preuve ont été obtenus par suite d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie abusive, qu'à moins que le ministère public n'ait montré que les policiers avaient des motifs raisonnables et probables d'agir comme ils l'ont fait, notamment qu'ils étaient fondés à croire que l'accusé transportait de la drogue ou qu'il s'agissait d'un cas d'urgence ou de nécessité, il existe une présomption qu'en ce qui a trait au par. 24(2) la violation est grave, et le ministère public doit la réfuter: *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, le juge Lamer, pour la majorité.

One of the issues that tends to arise in cases where there has been a breach of s. 10(b) of the *Charter* is whether the accused would have acted any differently had there been no violation of his or her right to counsel. In the case at bar, for instance, a question that arises is whether the appellant would have actually contacted a lawyer if he had been properly advised of his right to duty counsel and of the existence of the 1-800 number. This issue is related to the strength of the causal link that exists between the violation and the evidence obtained, a matter that was mentioned above in the context of the first branch of inquiry under s. 24(2). Inevitably, the causal connection issue intersects with the question of burden of proof. That is, on whom should the risk of non-persuasion in these circumstances fall? Framed positively, does the Crown bear the burden of proving that the accused would not have acted any differently had his or her s. 10(b) rights been respected (so that the evidence would have been obtained in any event), or does the s. 24(2) applicant bear the burden of proving that he or she would have exercised his or her right to counsel if the police had complied with their informational obligation?

In my view, the Crown should bear the legal burden (the burden of persuasion) of establishing, on the evidence, that the s. 24(2) applicant would not have acted any differently had his s. 10(b) rights been fully respected, and that, as a consequence, the evidence would have been obtained irrespective of the s. 10(b) breach. There are at least two reasons why the Crown should bear this burden.

First, breaches of s. 10(b) tend to impact directly on adjudicative fairness. Indeed, this Court has consistently said that where self-incriminatory (as opposed to real) evidence has been obtained as a result of a s. 10(b) violation, its admission will generally have a negative affect on the fairness of the trial. As the majority explained in *Collins*, at pp. 284-85:

L'une des questions qui a tendance à se poser dans les causes où il y a eu violation de l'al. 10b) de la *Charte* est celle de savoir si l'accusé aurait agi différemment si son droit à l'assistance d'un avocat n'avait pas été violé. En l'espèce, par exemple, on se pose la question de savoir si l'appellant aurait communiqué avec un avocat si on l'avait bien informé de son droit à l'assistance d'un avocat de garde et de l'existence du numéro 1-800. Cette question se rapporte à la force du lien de causalité qui existe entre la violation et les éléments de preuve obtenus, question qui a été mentionnée ci-dessus dans le contexte du premier volet de l'examen effectué dans le cadre du par. 24(2). Inévitablement, la question du lien de causalité déborde sur celle de la charge de la preuve. C'est-à-dire, à qui doit incomber le risque de non-persuasion dans ces circonstances? Si on formule la question positivement, le ministère public a-t-il la charge de prouver que l'accusé n'aurait pas agi différemment si les droits que lui garantit l'al. 10b) avaient été respectés (de manière que la preuve aurait quand même été obtenue), ou le requérant qui invoque le par. 24(2) a-t-il la charge de prouver qu'il aurait exercé son droit à l'assistance d'un avocat si les policiers s'étaient acquittés de leur obligation en matière d'information?

À mon avis, le ministère public devrait avoir la charge ultime (la charge de persuasion) d'établir, à partir de la preuve, que le requérant qui invoque le par. 24(2) n'aurait pas agi différemment si les droits que lui garantit l'al. 10b) avaient été pleinement respectés et que, par conséquent, les éléments de preuve auraient été obtenus, malgré la violation de l'al. 10b). Il y a au moins deux raisons pour lesquelles cette charge de présentation devrait incomber au ministère public.

Premièrement, les violations de l'al. 10b) tendent à se répercuter directement sur l'équité de la décision. En effet, notre Cour a invariablement dit que, dans les cas où une preuve auto-incriminante (par opposition à une preuve matérielle) a été obtenue par suite de la violation de l'al. 10b), son utilisation nuira généralement à l'équité du procès. Comme l'explique la majorité dans l'arrêt *Collins*, aux pp. 284 et 285:

Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone. The real evidence existed irrespective of the violation of the *Charter* and its use does not render the trial unfair. However, the situation is very different with respect to cases where, after a violation of the *Charter*, the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him. The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination. Such evidence will generally arise in the context of an infringement of the right to counsel. Our decisions in *Therens, supra*, and *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, are illustrative of this. The use of self-incriminating evidence obtained following a denial of the right to counsel will generally go to the very fairness of the trial and should generally be excluded. [Emphasis added.]

The reason that conscripted evidence obtained from an accused in violation of his or her right to counsel is inherently more suspect than real evidence is that its use may infringe an accused's privilege against self-incrimination, a right which might have been protected had the accused been given the opportunity to consult counsel to which he or she is entitled: *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *Black*, at pp. 159-60; *Evans*, at p. 896; and *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24, at p. 40.

Second, in light of the many warnings by this Court about the dangers of speculating about what advice might have been given to a detainee by a lawyer had the right to counsel not been infringed (*infra*, pp. 215 ff.), it is only consistent that uncertainty about what an accused would have done had his or her s. 10(b) rights not been violated be resolved in the accused's favour and that, for the purposes of considering the effect of admission of evidence on trial fairness, courts assume that the incriminating evidence would not have been obtained but for the violation. The state bears the responsibility for the breach of the accused's constitutional rights. If the state subsequently claims that there was no causal link between this breach and the obtaining of the evidence at issue, it is the

Une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice. La preuve matérielle existe indépendamment de la violation de la *Charte* et son utilisation ne rend pas le procès inéquitable. Il en est toutefois bien autrement des cas où, à la suite d'une violation de la *Charte*, l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui. Puisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même. Ce genre de preuve se trouvera généralement dans le contexte d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat. C'est ce qu'illustrent nos arrêts *Therens*, précité, et *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383. L'utilisation d'une preuve auto-incriminante obtenue dans le contexte de la négation du droit à l'assistance d'un avocat compromettra généralement le caractère équitable du procès même et elle doit en général être écartée. [Je souligne.]

La raison pour laquelle la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, par la violation de son droit à l'assistance d'un avocat, est intrinsèquement plus suspecte qu'une preuve matérielle est que son utilisation peut porter atteinte au privilège de l'accusé de ne pas s'incriminer, droit qui aurait pu être protégé si l'accusé avait eu la possibilité, comme il en avait le droit, de consulter un avocat: *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *Black*, aux pp. 159 et 160; *Evans*, à la p. 896; et *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, à la p. 40.

Deuxièmement, étant donné les mises en garde qu'a souvent faites notre Cour au sujet des dangers des conjectures sur les conseils qu'un avocat aurait donnés à la personne détenue si son droit à l'assistance d'un avocat n'avait pas été violé (ci-après, aux pp. 215 et suiv.), il n'est que logique que tout doute sur ce que l'accusé aurait fait si les droits que lui garantit l'al. 10b) n'avaient pas été violés soit dissipé à son avantage et que, au regard de l'effet de l'utilisation des éléments de preuve sur l'équité du procès, les tribunaux présument que la preuve auto-incriminante n'aurait pas été obtenue sans la violation. L'État est responsable de la violation des droits constitutionnels de l'accusé. Si l'État prétend par la suite qu'il n'y avait aucun lien de causalité entre la violation et l'obtention de la

state that should bear the burden of proving this assertion.

Section 24(2) applicants thus do not bear the burden of proving that they would have consulted counsel had their s. 10(b) rights not been infringed. Of course, once there is positive evidence supporting the inference that an accused person would not have acted any differently had his or her s. 10(b) rights been fully respected, a s. 24(2) applicant who fails to provide evidence that he or she would have acted differently (a matter clearly within his or her particular knowledge) runs the risk that the evidence on the record will be sufficient for the Crown to satisfy its legal burden (the burden of persuasion). Although at p. 423 of my reasons in *R. v. Schmautz*, [1990] 1 S.C.R. 398, I implied that the burden of proof on this issue rested upon the accused, upon further reflection I have decided that the approach I have adopted here is to be preferred.

A review of past decisions by this Court clearly demonstrates that exclusion of evidence, even self-incriminatory evidence, will not necessarily follow each and every breach of the right to counsel under s. 10(b): e.g., see *Strachan*, per Dickson C.J., at p. 1008; *Tremblay*; *Black*; *Schmautz*, per Lamer J., at pp. 422-23; and *R. v. Mohl*, [1989] 1 S.C.R. 1389. If the party resisting admission of the evidence is unable to establish in an overall sense that its admission would bring the administration of justice into disrepute, the evidence should be admitted.

(i) Breathalyser Evidence and the Issue of Statutory Compellability

In the case at bar, not only is the appellant's statement about having five to six beers clearly self-incriminatory, but so too are the results of the breathalyser tests. The breath samples provided by the appellant emanated from his body and, unlike real evidence, could not have been obtained but for the appellant's participation in their construction: *Ross*, at p. 16. The conscriptive character of breathalyser evidence in the impaired driving context warrants further discussion in light of a line of

preuve en question, il lui incombe de prouver son affirmation.

Les requérants qui invoquent le par. 24(2) n'ont donc pas la charge de prouver qu'ils auraient consulté un avocat s'il n'y avait pas eu violation des droits que leur garantit l'al. 10b). Naturellement, si une preuve positive appuie l'inférence selon laquelle une personne accusée n'aurait pas agi différemment si les droits que lui garantit l'al. 10b) avaient été pleinement respectés, le requérant qui ne peut prouver qu'il aurait agi différemment (chose qu'il est bien placé pour savoir) court le risque que la preuve au dossier soit suffisante pour que le ministère public s'acquitte de sa charge ultime (la charge de persuasion). Bien que, à la p. 423 de mes motifs dans l'arrêt *R. c. Schmautz*, [1990] 1 R.C.S. 398, j'aie donné à entendre que la charge de la preuve sur cette question incombe à l'accusé, après réflexion, j'ai décidé que la position que j'adopte en l'espèce est préférable.

Il appert des arrêts de notre Cour que ce n'est pas toute violation du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) qui entraîne l'exclusion des éléments de preuve, même de ceux qui sont auto-incriminants: voir, par exemple, les arrêts *Strachan*, le juge en chef Dickson, à la p. 1008; *Tremblay*; *Black*; *Schmautz*, le juge Lamer, aux pp. 422 et 423; et *R. c. Mohl*, [1989] 1 R.C.S. 1389. Si la partie qui s'oppose à l'utilisation des éléments de preuve n'est pas en mesure de démontrer d'une manière générale que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, ils devraient être utilisés.

(i) La preuve fournie par l'alcootest et la question de la contraignabilité prévue par la loi

En l'espèce, non seulement la déclaration de l'appellant selon laquelle il avait consommé cinq ou six bières, mais aussi les résultats des alcootests, sont nettement auto-incriminants. Les échantillons d'haleine fournis par l'appellant émanaient de son corps et, contrairement aux éléments de preuve matérielle, n'auraient pas pu être obtenus sans sa participation à la constitution de ces éléments de preuve: *Ross*, à la p. 16. Compte tenu de la tendance à tenter de minimiser ou même de nier

argument which seeks to down play or even deny the self-incriminatory nature of breath samples. This line of argument not only appears to be gaining acceptance amongst courts of appeal (e.g., see the Nova Scotia Court of Appeal's reasons in *Prosper*), but is also urged upon us by the respondent Crown in this and the related case of *Pozniak*. The argument can be summarized as follows: because the breathalyser evidence was statutorily compellable whether or not the appellant spoke to counsel, it could not have affected the fairness of the trial and, therefore, should be admitted under s. 24(2) of the *Charter*.

One of the leading authorities for this approach to breathalyser evidence is *R. v. Jackson* (1993), 15 O.R. (3d) 709 (C.A.). In that case, a unanimous Court of Appeal found a breach of s. 10(b) of the *Charter* because of the failure of the police in the circumstances to explain to the accused that he had a right to privacy when contacting his lawyer. Under s. 24(2), the court acknowledged that the breath samples were not in existence at the time of the breach and could, therefore, be characterized as evidence emanating from the accused (p. 718). However, the court did not believe that admission of such evidence would render the trial unfair. Unlike with other types of evidence emanating from an accused person, in the case of breath samples there is a legal obligation to provide them under s. 254(3)(a) of the *Code*, provided the requirements of that subsection are met. Indeed, it constitutes an offence under s. 254(5) of the *Code* to fail or refuse to provide a sample without a reasonable excuse. The Court in *Jackson, supra*, noted that the evidence on the *voir dire* established reasonable and probable grounds for the police having made the breath sample demand. It found on the facts that there was no evidence to indicate a reasonable excuse which would justify the accused failing or refusing to provide a sample, no matter what advice he received from counsel. Writ-

l'importance de la nature auto-incriminante des échantillons d'haleine, il est justifié que nous examinions plus à fond le fait que la preuve fournie par l'alcootest dans le contexte de la conduite en état de facultés affaiblies est de nature à mobiliser l'accusé contre lui-même. Non seulement ce raisonnement reçoit de plus en plus l'approbation des cours d'appel (voir, par exemple, les motifs de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *Prosper*), mais encore son acceptation est préconisée par le ministère public intimé dans le présent pourvoi et dans le pourvoi connexe *Pozniak*. On peut résumer ce raisonnement comme suit: puisque l'accusé était contraint par la loi de fournir des échantillons d'haleine, qu'il ait ou non communiqué avec un avocat, ces échantillons n'auraient pas pu compromettre l'équité du procès et, par voie de conséquence, ils devraient être admis en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

L'un des arrêts de principe qui appuie ce point de vue sur la preuve fournie par l'alcootest est l'arrêt *R. c. Jackson* (1993), 15 O.R. (3d) 709 (C.A.). Dans cette affaire, la cour d'appel à l'unanimité a conclu à une violation de l'al. 10b) de la *Charte* parce que la police n'avait pas, dans les circonstances, expliqué à l'accusé qu'il avait le droit de communiquer avec son avocat en privé. En application du par. 24(2), la cour a reconnu que les échantillons d'haleine n'existaient pas au moment de la violation et qu'ils pouvaient, par conséquent, être assimilés à des éléments de preuve émanant de l'accusé (p. 718). Toutefois, la cour ne croyait pas que l'utilisation de ces éléments de preuve rendrait le procès inéquitable. Contrairement aux autres types de preuve émanant de l'accusé, dans le cas des échantillons d'haleine, il existe une obligation légale de les fournir, en vertu de l'al. 254(3)a) du *Code*, si les conditions de cette disposition sont remplies. En fait, commet l'infraction prévue au par. 254(5) du *Code* quiconque fait défaut ou refuse, sans excuse raisonnable, de fournir un échantillon. Dans l'arrêt *Jackson*, précité, la cour a fait remarquer que la preuve présentée lors du *voir-dire* avait établi que les policiers avaient des motifs raisonnables et probables, d'exiger les échantillons d'haleine. Vu les faits, elle a jugé qu'aucun élément de preuve n'indiquait que l'accusé avait une

ing for the Court, Goodman J.A. concluded at p. 719:

It seems to me that the admission of evidence of the results of a breathalyser test taken after a breach of s. 10(b), which test the accused would have been lawfully required to take in the circumstances of the particular case, cannot be said to operate unfairly in the conduct of the trial.

With respect, I am unable to agree that breathalyser evidence should be treated in this manner. It is true that under the *Code* there are a unique set of offences relating to impaired driving which limit the options available to a person who is the subject of a breathalyser demand. That is, the person can either “blow” as requested and risk failing the breathalyser test and being charged with the “over 80” offence under s. 253(b) of the *Code*, or the person can refuse and be charged with the offence of “refusal to blow” pursuant to s. 254(5) of the *Code*. As this Court said in *Therens, per Le Dain J.*, at p. 643, it rings false to suggest that, under such circumstances, a detainee is “free” to choose not to blow:

A refusal to comply with a s. 235(1) [now 254(3)] demand without reasonable excuse is, under s. 235(2) [now 254(5)], a criminal offence. It is not realistic to speak of a person who is liable to arrest and prosecution for refusal to comply with a demand which a peace officer is empowered by statute to make as being free to refuse to comply. The criminal liability for refusal to comply constitutes effective compulsion. [Emphasis added.]

It is for this reason that breathalyser evidence is often characterized as “statutorily compellable”.

What is singular about the refusal offence in the impaired driving context is that it punishes a person who refuses to incriminate him- or herself. In

excuse raisonnable pour faire défaut ou refuser de fournir des échantillons, peu importe les conseils de son avocat. Au nom de la cour, le juge Goodman a conclu, à la p. 719:

[TRADUCTION] Il me semble que l'utilisation de la preuve constituée par les résultats de l'alcootest effectué après la violation de l'al. 10b), test auquel la loi obligeait l'accusé à se soumettre dans les circonstances de l'espèce, ne saurait être tenue pour nuisible au caractère équitable du procès.

En toute déférence, je ne saurais être d'accord avec l'argument selon lequel la preuve fournie par l'alcootest devrait être traitée ainsi. Il est vrai que le *Code* crée une série d'infractions exceptionnelles concernant la conduite avec facultés affaiblies, qui limitent le nombre d'options de la personne à qui est intimé l'ordre de fournir des échantillons d'haleine. C'est-à-dire qu'elle peut soit «souffler» dans l'instrument comme on le lui demande, soit risquer d'échouer à l'alcootest et d'être inculpée de l'infraction prévue à l'al. 253b) du *Code*, savoir le cas où l'alcoolémie dépasse 80 mg, ou encore refuser et être accusée d'avoir «refusé de fournir un échantillon d'haleine», infraction prévue au par. 254(5) du *Code*. Comme notre Cour l'a dit dans l'arrêt *Therens*, par l'entremise du juge Le Dain, à la p. 643, c'est une erreur de croire qu'en pareil cas, la personne détenue est «libre» de choisir de ne pas fournir d'échantillon:

Suivant le par. 235(2) [maintenant le par. 254(5)], est coupable d'un acte criminel quiconque, sans excuse raisonnable, refuse d'obtempérer à une sommation faite en vertu du par. 235(1) [maintenant le par. 254(3)]. Il est irréaliste de dire d'une personne qui est passible d'arrestation et de poursuites pour refus d'obtempérer à une sommation faite par un agent de la paix dans l'exercice du pouvoir que lui confère la loi, qu'elle est libre de refuser d'obtempérer à cette sommation. La responsabilité criminelle qu'entraîne le refus d'obtempérer constitue une contrainte réelle. [Je souligne.]

C'est pourquoi on parle souvent de «contraignabilité prévue par la loi» à propos de la preuve obtenue par alcootest.

Ce qu'il y a de singulier dans le cas de l'infraction consistant à refuser de fournir un échantillon dans le contexte de la conduite avec facultés affai-

this respect, it should be noted that the constitutionality of s. 254(5) of the *Code* has not been raised here. If one considers, for example, a person charged with murder, it is clear that that person cannot be statutorily compelled to comply with a breathalyser demand which is made in order to counter a possible defence of drunkenness. The sole authority for making a breathalyser demand is found in s. 254(3)(a) of the *Code*, which says that police must believe on reasonable and probable grounds that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, as a result of the consumption of alcohol, an offence under s. 253. Section 253, in turn, specifically relates only to the operation and care and control of a "motor vehicle, vessel, aircraft or railway equipment".

In light of the restricted options available to a detainee who has received a demand to provide breath samples under s. 254(3)(a) of the *Code*, it follows that the advice of a lawyer in such circumstances will be correspondingly limited. That is, a lawyer can advise his or her client to blow (indeed, it would be improper to advise the client not to blow simply for the sake of refusing or for some oblique motive because to do so would be counselling a crime). Alternatively, in a situation where a lawyer believes that the client may have a defence to a refusal charge under s. 254(5), such as a lack of reasonable and probable grounds by the police to make the demand, the lawyer can advise his or her client to refuse to blow. This is to be contrasted with our hypothetical murder case where a lawyer would very likely counsel his or her client not to risk incriminating him- or herself by providing breath samples.

Although the scope of available legal advice in the impaired driving context is necessarily limited, one must be mindful of the fact that this Court has

blies, c'est qu'elle punit une personne qui refuse de s'incriminer. À cet égard, il faut noter que la constitutionnalité du par. 254(5) du *Code* n'a pas été soulevée en l'espèce. Si l'on prend, par exemple, la personne inculpée de meurtre, il est clair que la loi ne l'oblige pas à se conformer à l'ordre de fournir des échantillons d'haleine qui lui serait intimé en vue de riposter à un moyen de défense possible basé sur l'état d'ébriété. L'ordre de fournir des échantillons d'haleine ne peut être fondé que sur l'al. 254(3)a) du *Code*, selon lequel les policiers doivent avoir des motifs raisonnables et probables de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, par suite d'absorption d'alcool, une infraction à l'art. 253. Cet article en retour ne concerne précisément que la conduite ou la garde et le contrôle «d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef ou de matériel ferroviaire».

Étant donné le nombre limité d'options de la personne détenue qui a reçu l'ordre de fournir des échantillons d'haleine conformément à l'al. 254(3)a) du *Code*, il s'ensuit que les conseils d'un avocat en pareilles circonstances seront limités eux aussi. C'est-à-dire que l'avocat peut conseiller à son client de souffler dans l'instrument (en fait, il serait mal venu de lui conseiller de ne pas fournir d'échantillon simplement pour le plaisir de refuser ou pour un autre motif quelconque, parce qu'il lui conseillerait alors de commettre une infraction). En revanche, dans le cas où un avocat croirait que son client peut faire valoir un moyen de défense contre l'accusation d'avoir refusé d'obtempérer à un ordre, soit l'infraction prévue au par. 254(5), entre autres parce que les policiers n'avaient pas de motifs raisonnables et probables de lui donner cet ordre, l'avocat pourrait lui conseiller de refuser d'obtempérer. Cette situation s'oppose au cas du meurtre dans l'hypothèse précédente dans lequel l'avocat conseillerait probablement à son client de ne pas risquer de s'incriminer en fournissant des échantillons d'haleine.

Bien que l'éventail des conseils juridiques susceptibles d'être donnés dans le contexte de la conduite avec facultés affaiblies soit nécessairement

clearly stated in the past that, where the right to counsel has been infringed, it is improper to speculate about the nature of the advice that a detainee would have received and whether the evidence would have been obtained had the right not been infringed: *Strachan*, per Dickson C.J., at p. 1002; and *Elshaw*, at pp. 43-44.

In *Elshaw*, which involved charges of attempted sexual assault, Justice Iacobucci, writing for the majority, held that certain statements obtained from the accused in violation of his s. 10(b) rights should be excluded. In the course of his reasons, Iacobucci J. rejected the conclusion of the Court of Appeal for British Columbia that the admission of the evidence would not greatly prejudice the accused because self-incriminating evidence would probably have been obtained from him even if the police had complied with s. 10(b) of the *Charter*. In support of his position, Iacobucci J. cited Wilson J.'s statement in *Black* at p. 153, that "it is improper for a court to speculate about the type of legal advice which would have been given had the accused actually succeeded in contacting counsel after the charge was changed". Iacobucci J. concluded at p. 44:

This reasoning applies equally well to the Court of Appeal's speculation that self-incriminating evidence would have been obtained in any event. No one can speculate what the appellant might have said or done at the time of his detention had he been advised of his right to counsel or even of his right to remain silent. To base admission on the ground that he might have confessed completely undermines the enshrinement of the right to counsel in the *Charter*. [Emphasis in original.]

I am satisfied that there is sufficient scope for legal advice to a detainee who has received a breathalyser demand pursuant to s. 254(3)(a) of the *Code* to say that courts must not speculate about the nature of that advice and whether it would have made any difference to the outcome of the case. In addition, I must respectfully disagree with the

limité, il faut tenir compte du fait que notre Cour a dit clairement dans le passé que, si le droit à l'assistance d'un avocat a été violé, il ne convient pas de conjecturer sur la nature des conseils qu'une personne détenue aurait reçus et sur la question de savoir si les éléments de preuve auraient été découverts si le droit n'avait pas été violé: *Strachan*, le juge en chef Dickson, à la p. 1002, et *Elshaw*, aux pp. 43 et 44.

Dans l'arrêt *Elshaw*, qui concernait des accusations de tentative d'agression sexuelle, le juge Iacobucci, au nom de la majorité, a décidé que certaines déclarations obtenues de l'accusé par suite de la violation des droits que lui reconnaît l'al. 10b) devaient être écartées. Dans ses motifs, le juge Iacobucci a rejeté la conclusion de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique selon laquelle l'utilisation des éléments de preuve ne s'avérerait pas très préjudiciable à l'accusé, parce qu'il aurait probablement fourni des éléments de preuve auto-incriminants même si les policiers s'étaient conformés à l'al. 10b) de la *Charte*. Pour étayer sa position, le juge Iacobucci a cité les propos du juge Wilson dans l'arrêt *Black*, à la p. 153, selon qui «il ne convient pas qu'une cour de justice se demande quel genre d'avis juridique aurait été donné si l'accusée avait réussi à communiquer avec son avocat après le changement de l'accusation». Le juge Iacobucci conclut en ces termes, à la p. 44:

Ce raisonnement s'applique tout aussi bien à l'hypothèse formulée par la Cour d'appel, selon laquelle une preuve auto-incriminante aurait été obtenue de toute façon. Nul ne peut conjecturer sur ce que l'appelant aurait pu dire ou faire au moment de sa détention s'il avait été informé de son droit à l'assistance d'un avocat ou même de son droit de garder le silence. Motiver l'utilisation des éléments de preuve par le fait qu'il aurait pu faire un aveu, c'est miner complètement le droit à l'assistance d'un avocat consacré dans la *Charte*. [Souligné dans l'original.]

Je suis convaincu que l'éventail des conseils juridiques qui peuvent être donnés à la personne détenue qui a reçu l'ordre de fournir un échantillon d'haleine en conformité avec l'al. 254(3)a) du *Code* est suffisant pour qu'on puisse dire que les tribunaux ne doivent pas conjecturer sur la nature de ces conseils et sur la question de savoir s'ils

Ontario Court of Appeal which adopts an *ex post facto* approach to determining whether or not the defence of “no reasonable and probable grounds” was actually available to the accused on the facts. One of the purposes of s. 10(b) is to provide detainees with an opportunity to make informed choices about their legal rights and obligations. This opportunity is no less significant when breathalyser charges are involved. I am, therefore, not prepared to hold, *ipso facto*, either that breathalyser evidence in the impaired driving context does not qualify as self-incriminating evidence or, if it does, that its admission does not affect the fairness of a trial.

(ii) The Impugned Evidence

Turning to the case at bar, I am satisfied that admission of the failed breathalyser results and the appellant’s self-incriminatory statement about having had five to six beers would adversely affect the fairness of the trial, which is the first factor which must be considered under the *Collins* test. Constable Hildebrandt, the breathalyser technician, testified that the appellant simply answered “no” when asked if he wanted to contact a lawyer. The appellant, on the other hand, testified that he told the Constable that he wanted to call a lawyer, but did not know who to call because it was so late. Notwithstanding that the trial judge appears to have preferred the evidence of the Constable (and I would note that, contrary to what is suggested by the Court of Appeal below, no adverse finding of credibility against the appellant was expressly made), I find that it is speculative on the facts of this case to try and draw conclusions one way or the other as to what the appellant would have done had he been properly cautioned. In light of what I said above about the Crown’s legal burden (the burden of persuasion), the uncertainty in this case must be resolved against the respondent Crown. As a result, I must conclude that the breathalyser evidence might not have been obtained had the appellant’s s. 10(b) rights not been infringed and, there-

influeraient sur l’issue de la cause. En outre, en toute déférence, je ne puis souscrire à l’avis de la Cour d’appel de l’Ontario, qui décide de trancher, avec l’avantage du recul, la question de savoir si, d’après les faits, l’accusé pouvait effectivement faire valoir le moyen de défense de [TRADUCTION] «l’absence de motifs raisonnables et probables». L’alinéa 10b) vise notamment à fournir aux personnes détenues la possibilité de faire des choix éclairés au sujet des droits et des obligations que la loi leur reconnaît. Cette possibilité n’est pas moins importante quand des accusations relatives à l’alcoolémie sont en cause. Je ne suis donc pas disposé à conclure, par voie de conséquence, soit que la preuve fournie par l’alcoolémie dans le contexte de la conduite avec facultés affaiblies ne constitue pas une preuve auto-incriminante, soit, si elle en constitue une, que son utilisation ne compromet pas l’équité du procès.

(ii) Les éléments de preuve contestés

Pour revenir aux faits de l’espèce, je suis convaincu que l’utilisation des résultats de l’alcoolémie auquel l’appellant a échoué et de la déclaration auto-incriminante de ce dernier selon laquelle il avait consommé cinq ou six bières nuirait à l’équité du procès, qui est le premier facteur à prendre en considération selon le critère de l’arrêt *Collins*, précité. L’agent Hildebrandt, technicien qui a administré l’alcoolémie, a témoigné que l’appellant avait simplement répondu «non» quand il lui a demandé s’il voulait communiquer avec un avocat. L’appellant, en revanche, a témoigné qu’il avait dit à l’agent Hildebrandt qu’il voulait appeler un avocat, mais qu’il ignorait qui appeler parce qu’il était très tard. En dépit du fait que le juge du procès ait semblé préférer le témoignage de l’agent (je ferai remarquer que, contrairement à ce que la cour d’appel laisse entendre dans la décision portée en appel, aucune conclusion défavorable à l’appellant n’a été tirée expressément sur la question de la crédibilité), je conclus qu’étant donné les faits de l’espèce, c’est conjecturer que de tenter de tirer des conclusions dans un sens ou dans l’autre sur ce que l’appellant aurait fait s’il avait été mis en garde de façon appropriée. Vu mes propos quant à la charge ultime (la charge de persuasion) qui incombe au ministère public, l’incertitude en l’es-

fore, that admission would adversely impact on the fairness of the trial.

As for the second set of factors to do with the seriousness of the *Charter* breach, I would note that information about duty counsel and particularly the 1-800 number, which was actually printed on the caution card, were readily at hand. However, I am not prepared to interfere with Cavarzan J.'s conclusion that the police acted in good faith and in accordance with what they believed at the time to be proper procedure. Although this second set of factors favours the admission of the evidence in this case, this cannot cure the fact that admission would render the trial unfair. As this Court held in *Elshaw*, at p. 45, the first two factors in the *Collins* test are alternative grounds for the exclusion, not the admission, of evidence. Where the impugned evidence falls afoul of the "trial fairness" factor, admissibility cannot be saved by resorting to the "seriousness of the violation" factor.

With respect to the third element — namely, whether exclusion of the evidence would bring the administration of justice into disrepute — I would note that the appellant admitted at trial that he probably should not have been on the road on the evening in question, which is tantamount to an admission of guilt. However, notwithstanding this and the fact that drinking and driving poses a significant risk to public safety, I am of the view that exclusion of the evidence in this case is in the long-term interests of the administration of justice. Section 24(2) must work together with s. 10(b) to ensure that the privilege against self-incrimination and the principle of adjudicative fairness are respected and protected in our criminal justice system.

pèce doit être dissipée au détriment du ministère public intimé. En conséquence, je dois conclure que la preuve fournie par l'alcootest n'aurait peut-être pas été obtenue s'il n'y avait pas eu de violation des droits que l'al. 10*b* garantit à l'appelant et que, par conséquent, son utilisation compromettrait l'équité du procès.

Quant au deuxième groupe de facteurs concernant la gravité de la violation de la *Charte*, je ferai observer que les renseignements sur les avocats de garde et, surtout, sur le numéro 1-800 qui était imprimé en fait sur le carton de mise en garde, étaient à portée de la main. Toutefois, je ne suis pas disposé à modifier la conclusion du juge Cavarzan selon laquelle les policiers ont agi de bonne foi et conformément à ce qu'ils ont cru être à ce moment-là la bonne façon de procéder. Bien que ce deuxième groupe de facteurs milite en faveur de l'utilisation des éléments de preuve dans la présente espèce, cela ne saurait remédier à l'atteinte à l'équité du procès que représenterait leur utilisation. Comme le dit notre Cour dans l'arrêt *Elshaw*, à la p. 45, les deux premiers facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins* sont des moyens facultatifs d'écarter la preuve et non de l'utiliser. Si les éléments de preuve contestés se heurtent au facteur de l'«équité du procès», l'admissibilité de ces éléments ne peut être sauvegardée par un recours au facteur de la «gravité de la violation».

Pour ce qui est du troisième élément — soit la question de savoir si l'exclusion des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice — je ferai remarquer que l'appelant a reconnu au procès qu'il n'aurait probablement pas dû conduire ce soir-là, ce qui correspond à un aveu de culpabilité. Toutefois, malgré cela et malgré le fait que la conduite en état d'ébriété présente un danger important pour la sécurité publique, je suis d'avis que l'exclusion des éléments de preuve en l'espèce sert à long terme l'intérêt de l'administration de la justice. Nous devons faire en sorte que le par. 24(2) et l'al. 10*b*) aient pour effet combiné d'assurer, dans notre système de justice criminelle, le respect et la protection du privilège de ne pas s'incriminer et du principe de l'équité du processus décisionnel.

For the foregoing reasons, I find on balance and having regard to all the circumstances that the repute of the administration of justice favours the exclusion, not the admission, of both the breathalyser evidence and the incriminatory statement.

(h) *Conclusion*

I am satisfied that the appellant's right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* was infringed and that, having regard to all the circumstances of this case, the impugned evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Accordingly, the appeal should be allowed and the conviction quashed. As this is not an appropriate case in which to order a new trial, a verdict of acquittal should be entered.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. — I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues. I agree with the reasons of the Chief Justice regarding the scope of the obligation on the part of the police to inform a person arrested or detained of existing and available duty counsel services.

I also agree with him that the evidence from the breathalyser test should be excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, substantially for the reasons he gives, but with the following observations about the argument phrased in terms of the distinction between conscriptive evidence and real evidence. That distinction is not always helpful as earlier cases have demonstrated, and the law has evolved since; see *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615. The terms are not mutually exclusive; evidence may well be both. Here the evidence was undoubtedly conscriptive (though by virtue of statute) but I notice my colleague Justice L'Heureux-Dubé's able argument

Pour les motifs qui précèdent, je conclus qu'à tout prendre et après avoir pesé l'ensemble des circonstances, la considération dont jouit l'administration de la justice penche en faveur de l'exclusion, et non de l'utilisation, de la preuve fournie par l'alcootest et de la déclaration incriminante.

h) *Conclusion*

Je suis convaincu que le droit à l'assistance d'un avocat que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appellant a été violé et que, eu égard aux circonstances de l'espèce, les éléments de preuve contestés doivent être écartés en conformité avec le par. 24(2) de la *Charte*.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler la déclaration de culpabilité. Comme il ne convient pas en l'espèce d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, je suis d'avis d'inscrire un verdict d'acquiescement.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues. Je suis d'accord avec le Juge en chef quant à l'étendue de l'obligation que la police a d'informer une personne arrêtée ou détenue de l'existence de services d'avocats de garde et de la possibilité d'y recourir.

Je suis également d'accord avec lui, essentiellement pour les mêmes motifs, qu'il y a lieu d'écartier en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* la preuve obtenue par alcootest; cependant, je tiens à faire les observations qui suivent relativement à l'argument portant sur la distinction entre la preuve auto-incriminante et la preuve matérielle. Cette distinction n'est pas toujours utile comme l'ont démontré des arrêts antérieurs; en outre, les règles de droit ont évolué depuis: voir l'arrêt *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615. Ces expressions ne s'excluent pas mutuellement; une preuve pourrait bien être les deux à la fois. En l'espèce, la preuve est sans équivoque auto-incriminante (quoique par application de la loi), mais je prends note de l'intéressante observation de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé selon laquelle cette preuve pourrait égale-

that, absent other considerations, the argument that it is real evidence is also maintainable.

A somewhat similar situation arises in relation to fingerprints which by statute may be forcibly taken from an accused (a procedure upheld as constitutionally valid in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387). It is difficult to believe that fingerprints validly taken contemporaneously to a breach of s. 10(b) of the *Charter* would be excluded under s. 24(2). I do not think this has so much to do with the fact that it is real evidence; it also is conscriptive. Such evidence will undoubtedly continue to exist, but a more persuasive reason for admitting it is that its obtention was totally unrelated to the *Charter* breach; see *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at p. 1149, *per* Lamer J. The breach of s. 10(b) in the present case deprived the accused of the possibility of making a choice about whether or not to take the test. It is true, as the Chief Justice explains, that the range of advice available to counsel in the particular circumstances was limited, but such advice may well have changed the option exercised by the accused; it is the fact that this inability to exercise a choice was owing to the failure of the police to comply with the duty set forth by the majority of this Court in *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, that I find compelling. Though I do not find the case for excluding the evidence to be by any means overwhelming, given the need to underline for the police the importance of complying with their duties in relation to the accused's right to counsel, I agree with the Chief Justice that it would better serve the repute of the administration of justice on the long term to exclude the evidence in this case.

For these reasons, I would dispose of this case in the manner proposed by the Chief Justice.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This case and the four other cases heard at the same time (*R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; and *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R.

ment, en l'absence d'autres considérations, constituer une preuve matérielle.

Il existe une situation à peu près similaire relativement à la prise des empreintes digitales qui peut être exigée d'un accusé (procédure que notre Cour a jugée constitutionnelle dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387). Il est difficile de croire que la preuve que constitue les empreintes digitales prises dans le contexte d'une violation de l'al. 10b) de la *Charte* pourrait être écartée en vertu du par. 24(2). À mon avis, cette conclusion n'est pas tant liée au fait qu'il s'agit d'une preuve matérielle; il s'agit également d'une preuve auto-incriminante. Ce genre de preuve existera toujours, mais son utilisation est plus facile à justifier si son obtention n'a eu aucun rapport avec la violation de la *Charte*; voir l'arrêt *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, à la p. 1149, le juge Lamer. En l'espèce, la violation de l'al. 10b) a privé l'accusé de la possibilité de faire un choix quant à l'alcootest. Certes, comme l'explique le Juge en chef, les conseils qu'un avocat pouvait donner dans les circonstances étaient limités, mais ils auraient pu changer le choix fait par l'accusé; ce qui me convainc, c'est le fait que cette absence de choix était imputable au non-respect par la police de l'obligation formulée par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190. Bien que, à mon avis, les motifs pour écarter la preuve ne soient pas très convaincants, compte tenu de la nécessité de faire ressortir qu'il est important pour la police de se conformer aux obligations imposées quant au droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat, je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que l'exclusion des éléments de preuve en l'espèce sert à long terme l'intérêt de l'administration de la justice.

Pour ces motifs, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le Juge en chef.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Cet appel et les quatre autres entendus en même temps (*R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; et *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236),

236) and in which judgment is handed down contemporaneously with this one, raise the issue of the scope of the guarantee provided for in s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that is, the right of everyone on arrest or detention "to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right".

The jurisprudence of this Court is to the effect that s. 10(b) of the *Charter* requires the police to inform a person, upon arrest or detention, (the "detainee") of his or her right to consult counsel of choice and, should the detainee express the desire to consult a lawyer, to provide the detainee with a reasonable opportunity to do so and to refrain from questioning the detainee until he or she has had such a reasonable opportunity (absent urgent, dangerous and other special circumstances), the whole provided reasonable diligence is exercised by the detainee in attempting to consult counsel (*R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 644 (Le Dain J.); *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1241-44 (Lamer J. (now Chief Justice)); *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435, at pp. 438-39 (Lamer J.); *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537, at p. 540 (*per curiam*); *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, at pp. 998-99 (Dickson C.J.); *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, at pp. 10-13 (Lamer J.); *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, at pp. 154-55 (Wilson J.); *R. v. Smith (Joey Leonard)*, [1989] 2 S.C.R. 368, at pp. 384-85 (Lamer J.); *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, at pp. 203, 206 (Lamer J.); *R. v. Schmautz*, [1990] 1 S.C.R. 398, at pp. 413-17 (Gonthier J.); *R. v. Smith (Norman MacPherson)*, [1991] 1 S.C.R. 714, at pp. 725-30 (McLachlin J.); *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at pp. 890-94 (McLachlin J.); *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139, at p. 151 (Lamer C.J.); and *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504, at p. 519 (Sopinka J.)). In addition, if the detainee expresses a concern about his or her ability to afford a lawyer, the police have an additional duty to inform him or her of the existence of Legal Aid and duty counsel services (*Brydges*, *supra*).

dont les jugements sont rendus simultanément, soulèvent la question de la portée de la garantie énoncée à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit le droit de toute personne, en cas d'arrestation ou de détention, «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit».

Selon la jurisprudence de notre Cour, l'al. 10b) de la *Charte* oblige les policiers qui arrêtent une personne ou qui la mettent en détention (la «personne détenue») à l'informer de son droit de consulter un avocat de son choix et, si la personne détenue exprime le désir de consulter un avocat, à lui fournir une possibilité raisonnable de le faire et à s'abstenir de l'interroger jusqu'à ce qu'elle ait eu cette possibilité raisonnable (sauf en cas d'urgence, de danger ou autres circonstances particulières), le tout à la condition que la personne exerce son droit avec diligence raisonnable (*R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 644 (le juge Le Dain); *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, aux pp. 1241 à 1244 (le juge Lamer (maintenant Juge en chef)); *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, aux pp. 438 et 439 (le juge Lamer); *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537, à la p. 540 (la Cour); *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, aux pp. 998 et 999 (le juge en chef Dickson); *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, aux pp. 10 à 13 (le juge Lamer); *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, aux pp. 154 et 155 (le juge Wilson); *R. c. Smith (Joey Leonard)*, [1989] 2 R.C.S. 368, aux pp. 384 et 385 (le juge Lamer); *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, aux pp. 203 et 206 (le juge Lamer); *R. c. Schmautz*, [1990] 1 R.C.S. 398, aux pp. 413 à 417 (le juge Gonthier); *R. c. Smith (Norman MacPherson)*, [1991] 1 R.C.S. 714, aux pp. 725 à 730 (le juge McLachlin); *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, aux pp. 890 à 894 (le juge McLachlin); *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139, à la p. 151 (le juge en chef Lamer); et *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504, à la p. 519 (le juge Sopinka)). En outre, si la personne détenue s'inquiète de sa capacité d'assumer les frais d'un avocat, les policiers sont également tenus de l'informer de l'existence des services d'aide juridique et d'avocats de garde (voir l'arrêt *Brydges*, précité).

The above, in my opinion, is an accurate description of the scope of a detainee's s. 10(b) rights under the *Charter*. Thus, I must disagree with the Chief Justice and Justice McLachlin who impose a broader informational obligation on the police under s. 10(b). Specifically, while I believe that it is desirable to inform a person under arrest or detention of the availability of 24-hour duty counsel services, I do not agree with the Chief Justice and McLachlin J. that such information is constitutionally required by s. 10(b) of the *Charter*. Accordingly, I dissent for the following reasons.

Section 10(b) of the *Charter* provides that "[e]veryone has the right on arrest or detention . . . to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right . . ." (emphasis added). It inevitably follows then, that the informational right included in s. 10(b) is limited to information concerning the right to counsel covered by s. 10(b). Therefore, since s. 10(b) does not require the provinces to establish Legal Aid or duty counsel programs, it also does not require that police officers provide detainees with information concerning such programs even in the event that they exist.

In other words, s. 10(b) could only require the police to inform all detainees of existing duty counsel programs if such programs were themselves mandated by s. 10(b). However, in *Prosper*, *supra*, both the Chief Justice and I clearly recognized that there is no constitutional requirement under s. 10(b) of the *Charter* to make such services available across the country. Since no constitutional requirement to provide such services exists, there is no constitutional obligation on the police to inform a detainee of such programs in the event that they do exist, absent an expression of concern by the detainee regarding his or her ability to afford a lawyer.

Ce qui précède est, à mon avis, une description exacte de l'étendue des droits d'une personne détenue en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*. Je ne suis donc pas d'accord avec le Juge en chef ni avec le juge McLachlin, qui imposeraient aux policiers une obligation plus étendue d'information en vertu de l'al. 10b). Tout particulièrement, s'il est souhaitable, à mon avis, qu'une personne mise en état d'arrestation ou en détention soit informée de l'existence des services d'avocats de garde 24 heures par jour, je ne crois pas, contrairement au Juge en chef et au juge McLachlin, qu'il s'agisse là d'une exigence constitutionnelle requise par l'al. 10b) de la *Charte*. Par conséquent, j'inscris ma dissidence pour les motifs qui suivent.

L'alinéa 10b) de la *Charte* prévoit que «[c]hacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention [. . .] d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit . . .» (je souligne). Il s'ensuit inévitablement que le droit d'être informé inclus à l'al. 10b) vise seulement l'information relative au droit à l'assistance d'un avocat comme le mentionne cet alinéa. En conséquence, puisque l'al. 10b) n'exige pas des provinces qu'elles établissent des programmes d'aide juridique ou d'avocats de garde, il ne saurait non plus exiger des policiers qu'ils fournissent aux personnes détenues des renseignements sur ces programmes même lorsqu'ils existent.

En d'autres termes, l'al. 10b) ne pourrait exiger des policiers qu'ils informent toute personne détenue de l'existence de programmes d'avocats de garde que si l'établissement même de ces programmes était prévu par cet alinéa. Toutefois, dans l'arrêt *Prosper*, précité, le Juge en chef et moi-même avons clairement reconnu que l'al. 10b) de la *Charte* n'impose pas comme obligation constitutionnelle d'établir des services d'avocats de garde dans tout le pays. Puisqu'il n'existe pas d'obligation constitutionnelle d'établir ces services, la police n'a pas, en vertu de la Constitution, l'obligation de renseigner une personne détenue sur ces programmes, s'il en existe, à moins que la personne détenue ne s'inquiète de sa capacité d'assumer les frais d'un avocat.

On this basis, since the caution, information and facilitation given in this case by the police to the appellant upon his detention otherwise met the s. 10(b) requirements discussed above, the appeal should be dismissed.

To require, as the Chief Justice and McLachlin J. do, that the police be constitutionally required to inform a detainee of Legal Aid and duty counsel programs in all cases where such programs exist, is to accept the proposition that when a government, here the province of Ontario, creates or makes available a service, or any other facility for that matter, that exceeds constitutionally mandated minimum standards, a constitutional obligation can be created. This, in my view, is a clear invitation to provinces to refrain from going beyond what is strictly constitutionally required on the one hand, and, on the other, to discontinue practices which exceed constitutional minimum standards. This is a strange proposition indeed and one that simply cannot be sustained either as a matter of constitutional interpretation or jurisprudence.

This brings me to a discussion of *Brydges, supra*, which the Chief Justice and McLachlin J. cite in support of their proposition that authorities are constitutionally required to provide information concerning 24-hour free temporary duty counsel services to every detainee where such services exist. The *ratio decidendi* in *Brydges, supra*, however, goes no further than requiring police officers to inform a detainee of the existence and availability of free advice from Legal Aid and duty counsel when the detainee expresses a concern about his or her ability to afford a lawyer. Lamer J.'s (as he then was) statement in *Brydges* with respect to the need to inform a detainee in all circumstances of any existing Legal Aid or duty counsel services

À partir de ces prémisses, puisque les policiers ont par ailleurs satisfait aux exigences, examinées précédemment, que leur impose l'al. 10b), c'est-à-dire de mettre en garde et d'informer la personne mise en détention et de lui faciliter le recours à un avocat, ce pourvoi devrait être rejeté.

Exiger, comme le font le Juge en chef et le juge McLachlin que les policiers soient constitutionnellement tenus d'informer une personne détenue des programmes d'aide juridique et d'avocats de garde dans tous les cas où de tels programmes existent revient à accepter la proposition selon laquelle, lorsqu'un gouvernement, en l'occurrence celui de l'Ontario, crée ou offre un service ou, quant à cela, prend quelque disposition que ce soit qui va au delà de l'exigence constitutionnelle minimale, une obligation constitutionnelle peut être créée. C'est là, à mon sens, inviter clairement les provinces, d'une part, à s'abstenir de faire plus que ce qui est strictement exigé par la Constitution et, d'autre part, à abandonner les pratiques qui vont au delà des exigences constitutionnelles minimales. Il s'agit là d'une étrange proposition, qui ne peut tout simplement pas être étayée par les principes d'interprétation de la Constitution ni par la jurisprudence.

Ces considérations m'amènent à l'examen de l'arrêt *Brydges*, précité, que le Juge en chef et le juge McLachlin citent à l'appui de leur proposition selon laquelle les autorités sont constitutionnellement tenues d'informer toute personne détenue des services temporaires d'avocats de garde 24 heures par jour qui existent. La *ratio decidendi* de l'arrêt *Brydges*, précité, n'impose toutefois pas aux policiers d'autre obligation que celle d'informer une personne détenue de la possibilité d'obtenir des conseils gratuits de l'aide juridique et d'avocats de garde lorsque la personne détenue s'inquiète de sa capacité d'assumer les frais d'un avocat. L'opinion du juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Brydges* relativement à la nécessité d'informer une personne détenue dans toutes les circonstances des services d'aide juridique ou d'avocats de garde qui existent était purement *obiter*, comme l'indique le juge La Forest, aux motifs duquel le juge

was purely *obiter*, as La Forest J., with whom McLachlin J. and I concurred, indicated at p. 218:

I agree with Lamer J. that on the facts of this case the appeal should be allowed and the acquittal restored, but I find it unnecessary to consider the broader issues raised by my colleague in the latter part of his reasons.

Furthermore, as regards rights guaranteed by the *Charter*, the Constitution does not require a standard of perfection. As the Chief Justice stated in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 142, “the Constitution does not always guarantee the ‘ideal’”. This passage was cited with approval in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154 (Lamer C.J., dissenting in the result); *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3, at p. 53 (McLachlin J.); and *R. v. Finlay*, [1993] 3 S.C.R. 103, at p. 114 (Lamer C.J.). By way of example, this Court has held that s. 11(d) of the *Charter*, as regards judicial independence, does not guarantee the “ideal” (*Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at pp. 692, 698, 706 and 711-12 (Le Dain J.); and *R. v. Lippé*, *supra*, at pp. 142-43 (Lamer C.J.)). Starting with *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, onwards, it has been made clear that, while s. 7 of the *Charter* requires procedural fairness, this does not entitle an accused “to the most favourable procedures that could possibly be imagined” (at p. 362, La Forest J.). (See also: *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 412 (La Forest J.); *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 540 (La Forest J.); *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1077 (Iacobucci J.); *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at p. 454 (L'Heureux-Dubé J.); *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, at p. 492 (L'Heureux-Dubé J.); and *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at p. 774 (La Forest J., dissenting on other grounds)). Applying the same test here, I once again find that while it may be desirable for the police to inform detainees of the availability and existence of free Legal Aid and duty counsel services, such information is not required by s. 10(b) of the *Charter*, absent an expression of concern by the detainee over his or

McLachlin et moi-même avons souscrit, à la p. 218:

Je suis d'accord avec le juge Lamer pour dire que, d'après les faits de la présente affaire, le pourvoi doit être accueilli et le verdict d'acquiescement rétabli, mais je juge inutile d'examiner les questions plus générales soulevées par mon collègue dans la dernière partie de ses motifs.

Par ailleurs, la Constitution n'impose pas de norme de perfection relativement aux droits garantis par la *Charte*. Comme l'affirme le Juge en chef dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 142, «la Constitution ne garantit pas toujours la situation «idéale»». Ce passage a été cité avec approbation dans les arrêts *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154 (le juge en chef Lamer, dissident quant au résultat); *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, à la p. 53 (le juge McLachlin); et *R. c. Finlay*, [1993] 3 R.C.S. 103, à la p. 114 (le juge en chef Lamer). À titre d'exemple, notre Cour a décidé que l'al. 11d) de la *Charte*, en ce qui concerne l'indépendance judiciaire, ne garantit pas la «situation idéale» (*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, aux pp. 692, 698, 706, 711 et 712 (le juge Le Dain); *R. c. Lippé*, précité, aux pp. 142 et 143 (le juge en chef Lamer)). Depuis l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, il est bien clair que, si l'art. 7 de la *Charte* exige l'équité procédurale, cela ne donne pas à l'accusé le droit «de bénéficier des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer» (le juge La Forest, à la p. 362). (Voir aussi *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 412 (le juge La Forest); *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 540 (le juge La Forest); *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, à la p. 1077 (le juge Iacobucci); *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, à la p. 454 (le juge L'Heureux-Dubé); *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, à la p. 492 (le juge L'Heureux-Dubé); et *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, à la p. 774 (le juge La Forest, dissident pour d'autres motifs)). Appliquant ici le même critère et, je le répète, même s'il est souhaitable que la police informe les personnes détenues de l'exis-

her ability to afford a lawyer. To make it a constitutional requirement that police officers inform detainees of the availability of a 24-hour duty counsel service where such a service exists absent the expression of such concern would be to exact a constitutional standard of perfection not mandated by s. 10(b) of the *Charter*.

This being said, even had I agreed with the Chief Justice and McLachlin J. as to the requirement under s. 10(b) of the *Charter* that police officers inform detainees of around-the-clock free duty counsel where such a service exists, as here, I would nonetheless hold that, in the case at hand, the breathalyser evidence and the appellant's statement that he had five to six beers on the night of his arrest should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Dickson C.J. commented, in *R. v. Strachan, supra* (at p. 1008), that "[n]ot every breach of the right to counsel will result in the exclusion of evidence". I accept this as a proper statement of the law. Furthermore, I agree entirely with the Court of Appeal when it says at pp. 358-59:

The facts in the appeals before us are substantially different [from those of *Brydges, supra*]. The obvious intent of the police officers in these cases was to afford the accused access to counsel: they followed a procedure specifically established for the purpose of complying with the decision of the Supreme Court of Canada in *Brydges*. If we are incorrect, and failure of the police in these cases to provide the 1-800 number and to advise the accused of the availability of 24-hour duty counsel constitutes a breach of the accused's s. 10(b) rights, then we are of the view that the facts in all of these cases fit precisely within the words of Dickson C.J.C. quoted above [*R. v. Strachan, supra*], and that exclusion rather than admission of evidence obtained in the circum-

tence des services d'aide juridique et d'avocats de garde et de la possibilité d'y recourir, cette information n'est pas requise par les dispositions de l'al. 10b) de la *Charte*, sauf si la personne détenue exprime une préoccupation quant à sa capacité d'assumer les frais d'un avocat. Rendre constitutionnelle l'exigence que les policiers informent toute personne détenue de la possibilité de recourir à un service d'avocats de garde 24 heures par jour lorsqu'un tel service existe, même si la personne ne manifeste pas de préoccupation à cet égard, reviendrait à imposer une norme constitutionnelle de perfection que n'exige pas l'al. 10b) de la *Charte*.

Cela étant dit, même si j'étais d'accord avec le Juge en chef et le juge McLachlin pour dire que l'al. 10b) impose aux policiers l'obligation d'informer les personnes détenues de leur droit à un service d'avocats de garde assuré 24 heures par jour quand il en existe un, comme en l'espèce, je conclurais néanmoins que la preuve obtenue au moyen de l'alcootest et la déclaration de l'appellant selon laquelle il avait pris cinq ou six bières le soir où il a été arrêté ne devraient pas être écartées en application du par. 24(2) de la *Charte*. Dans l'arrêt *Strachan*, précité, le juge en chef Dickson affirme (à la p. 1008) que «[c]e n'est pas toute violation du droit à l'assistance d'un avocat qui entraîne l'exclusion des éléments de preuve». J'accepte cet énoncé comme représentant l'état du droit. En outre, je suis tout à fait d'accord avec la Cour d'appel quand elle dit, aux pp. 358 et 359:

[TRADUCTION] Les faits des appels portés devant nous diffèrent considérablement [de ceux de l'arrêt *Brydges*, précité]. Dans les présentes espèces, les policiers avaient manifestement l'intention de donner aux accusés accès à un avocat: ils ont suivi la procédure spécialement établie en conformité avec l'arrêt *Brydges* de la Cour suprême du Canada. Si nous avons tort et que l'omission de la police de donner le numéro 1-800 et d'informer les accusés de la possibilité d'avoir recours à un avocat de garde 24 heures par jour constitue une violation des droits que leur garantit l'al. 10b), nous sommes d'avis que les faits de toutes ces affaires correspondent précisément au passage cité ci-dessus du juge en chef Dickson [*R. c. Strachan*, précité] et que c'est l'exclusion des élé-

stances of these cases would tend to bring the administration of justice into disrepute. [Emphasis added.]

On the basis of the test set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the results of the two failed breathalyser tests and the appellant's incriminating statement should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter* since, in my view, the violation, had there been one, was not a serious one and the admission of that evidence would not bring the administration of justice into disrepute and render the trial unfair.

As regards fairness of the trial, first the results of the breathalyser tests are not self-incriminating evidence in the same sense as a confession even if they are often characterized as such. As Chipman J.A. of the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court stated in *R. v. Prosper* (1992), 113 N.S.R. (2d) 156, at p. 166:

... while the breath sample is more correctly categorized as self-incriminating evidence than real evidence, it is to be distinguished from a confession which is truly a case of an accused being conscripted against himself and creating evidence which did not exist before and which he was not required to give.

The breathalyser is simply a device which records a certain state of impairment. It is designed to replace potentially less accurate observations of police officers and to facilitate the work of police officers. In addition, it reduces the costs associated with the presence of police officers in court. To say that breathalyser test results are "conscripted evidence", to use the Chief Justice's words, considerably stretches that notion, in my view. Rather, the breathalyser results are *indicia* of a physical condition which existed independently and which could in fact be observed by police officers and recorded by them. Indeed, like the knife in *R. v. Black*, *supra*, the breathalyser evidence is independent from any statement of the appellant. Police officers would have required the appellant to take the breathalyser test regardless of whether he spoke to them or to counsel as the breathalyser test is statu-

ments de preuve obtenus dans les circonstances et non leur utilisation qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. [Je souligne.]

Compte tenu du critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, les résultats des deux alcootests auxquels l'appelant a échoué et la déclaration incriminante de ce dernier ne devraient pas être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte* car, à mon avis, la violation, s'il y en avait eu une, n'était pas grave et l'utilisation de ces éléments de preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et de rendre le procès inéquitable.

Quant à l'équité du procès, premièrement, les résultats des alcootests ne sont pas vraiment des éléments de preuve auto-incriminants dans le même sens qu'un aveu, même s'ils sont souvent ainsi qualifiés. Comme l'a affirmé le juge Chipman de la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *R. c. Prosper* (1992), 113 N.S.R. (2d) 156, à la p. 166:

[TRADUCTION] ... bien que l'échantillon d'haleine puisse plus correctement être qualifié de preuve auto-incriminante plutôt que de preuve matérielle, il faut faire une distinction entre celui-ci et un aveu; dans ce dernier cas, l'accusé agit contre lui-même et crée un élément de preuve qui n'existait pas auparavant et qu'il n'était pas tenu de fournir.

L'alcootest est simplement un appareil qui permet de rendre compte d'un certain état d'affaiblissement des facultés. Il est conçu pour remplacer les observations faites par les policiers, qui peuvent être moins exactes, et pour faciliter leur travail. De plus, il réduit les frais qu'occasionne le témoignage des policiers en cour. Dire que les résultats des alcootests constituent une «preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même», pour reprendre l'expression du Juge en chef, élargit considérablement cette notion, à mon sens. Les résultats produits par l'alcootest sont plutôt des indices d'une condition physique préexistante, que les policiers peuvent en fait observer et dont ils peuvent prendre note. En effet, comme le couteau dans l'arrêt *Black*, précité, la preuve fournie par l'alcootest ne dépend pas d'une déclaration de l'appelant. Les policiers auraient obligé l'appelant à subir l'alcoo-

torily compellable under s. 254(3)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. In these circumstances, admission of the results of the two breathalyser tests would not render the trial unfair.

Second, while, as suggested by the Chief Justice, the appellant's incriminating statement that he had five to six beers that night might not *per se* have been made but for the breach of the *Charter*, I do not believe that its admission would significantly prejudice the appellant in that it presents evidence which was otherwise and independently available through the results of the two breathalyser tests (for a similar situation, see *Smith (Norman MacPherson)*, *supra*, at pp. 731-32 (McLachlin J.)). To paraphrase the Chief Justice in *Collins*, *supra*, the statement is not "essential to substantiate the charge" (p. 286). In these circumstances, I cannot conclude that its admission would significantly prejudice the appellant. Moreover, contrary to the Chief Justice, I would not speculate as to whether the appellant would have acted any differently had there been no violation of his right to counsel and would not comment on the onus of proof under this portion of the s. 24(2) analysis.

The second set of factors to be considered according to *Collins*, *supra*, in performing a s. 24(2) analysis focus on the seriousness of the violation of the *Charter*. In my opinion this second set of factors would also militate in favour of the admission of the evidence in question. In this case, as Cavarzan J. found ((1992), 41 M.V.R. (2d) 266, at p. 274), the evidence disclosed good faith on the part of the police officers, who twice asked the appellant if he wanted to call a lawyer and who twice heard him decline the offer. Constable Pray relied on the revised wording of the s. 10(b) warning which had been provided to all officers following *Brydges*, *supra*, and believed that he was complying with his constitutional duties. Therefore, as the Chief Justice himself notes, the admission of

test, sans égard au fait qu'il leur ait parlé à eux ou à un avocat puisque l'al. 254(3)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, oblige l'appelant à se soumettre à l'alcootest. Vu ces circonstances, l'admission des résultats des deux alcootests ne rendrait pas le procès inéquitable.

Deuxièmement, bien que, comme le donne à entendre le Juge en chef, la déclaration incriminante de l'appelant selon laquelle il avait pris cinq ou six bières ce soir-là n'aurait peut-être pas été faite comme telle n'eût été la violation de la *Charte*, je ne crois pas que son admission en preuve causerait un préjudice grave à l'appelant puisqu'elle fournit des éléments de preuve qu'on aurait pu obtenir par ailleurs de façon indépendante, grâce aux résultats des deux alcootests (pour une situation analogue, voir l'arrêt *Smith (Norman MacPherson)*, précité, aux pp. 731 et 732 (le juge McLachlin)). Pour reprendre les mots du Juge en chef dans l'arrêt *Collins*, précité, la déclaration n'est pas «essentiel[le] pour justifier l'accusation» (p. 286). Dans les circonstances, je ne peux conclure que son admission causerait un préjudice grave à l'appelant. Par surcroît, contrairement au Juge en chef, je ne me perdrais pas en conjectures pour décider si l'appelant aurait agi autrement si son droit à l'assistance d'un avocat n'avait pas été violé et je ne ferais pas de commentaire sur la charge de la preuve dans le cadre de cette partie de l'analyse fondée sur le par. 24(2).

Le deuxième groupe de facteurs à prendre en considération selon l'arrêt *Collins*, précité, dans le cadre d'une analyse fondée sur le par. 24(2) porte sur la gravité de la violation de la *Charte*. À mon avis, ce deuxième groupe de facteurs milite aussi en faveur de l'admission des éléments de preuve en question. En l'espèce, comme l'a conclu le juge Cavarzan ((1992), 41 M.V.R. (2d) 266, à la p. 274), la preuve n'indique aucune mauvaise foi de la part des policiers, qui ont demandé à deux reprises à l'appelant s'il voulait communiquer avec un avocat et qui l'ont entendu deux fois refuser. L'agent Pray s'est appuyé sur le libellé révisé de la mise en garde faite en vertu de l'al. 10b) qui avait été remise à tous les policiers par suite de l'arrêt *Brydges*, précité, et il a cru qu'il s'acquittait ainsi

the evidence is favoured by this second set of factors.

According to *R. v. Collins, supra*, the final group of factors to consider concern, to use the words of my colleague La Forest J. in *R. v. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, “the effect of exclusion on the reputation of the administration of justice” (at pp. 74 (emphasis added) and 77-78). Cassandra Kirewskie (“Update: *R. v. Colarusso*” (1994), 4 *N.J.C.L.* 223, at p. 230), commenting on this formulation of the third branch of the *Collins* test, stated:

Perhaps the most curious part of the majority judgment [in *R. v. Colarusso, supra*] is its treatment of the third arm of the *Collins* test. While the test is usually expressed as a consideration of whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute and is normally considered from the perspective of the law and not of society at large, in *Colarusso* the majority reformulated the test, expressing it as an inquiry into “the effect of exclusion on the reputation of the administration of justice.” This is an important, though unexplained change.

I disagree. In *R. v. Collins, supra*, Lamer J. (as he then was), writing for the majority, described this third branch of the test at pp. 285-86 as follows:

The final relevant group of factors consists of those that relate to the effect of excluding the evidence. The question under s. 24(2) is whether the system’s repute will be better served by the admission or the exclusion of the evidence, and it is thus necessary to consider any disrepute that may result from the exclusion of the evidence. [Emphasis added.]

Consequently, La Forest J.’s formulation of this third branch of the *Collins* test was, in my opinion, consistent with the original formulation in *Collins*.

de ses obligations constitutionnelles. Par conséquent, comme le Juge en chef le fait remarquer lui-même, le deuxième groupe de facteurs milite en faveur de l’admission de la preuve.

Suivant l’arrêt *R. c. Collins*, précité, le dernier groupe de facteurs à examiner est «l’effet de l’exclusion sur la considération dont jouit l’administration de la justice» (pp. 74 (je souligne) et 77 et 78), pour employer les termes de mon collègue le juge La Forest dans l’arrêt *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20. Dans son article «Update: *R. v. Colarusso*» (1994), 4 *N.J.C.L.* 223, Cassandra Kirewskie fait les observations suivantes sur cette formulation du troisième volet du critère énoncé dans l’arrêt *Collins* (à la p. 230):

[TRADUCTION] Peut-être l’élément le plus étrange du jugement de la majorité [dans l’arrêt *R. c. Colarusso*, précité] réside-t-il dans la manière dont elle a traité du troisième volet du critère énoncé dans l’arrêt *Collins*. Alors que ce critère consiste d’ordinaire à se demander si l’admission de la preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice et que la question est normalement examinée dans l’optique du droit et non de la société en général, dans l’arrêt *Colarusso*, la majorité a reformulé le critère, disant qu’il consiste à étudier «l’effet de l’exclusion sur la considération dont jouit l’administration de la justice.» C’est une modification d’importance, quoiqu’elle n’ait pas été expliquée.

Je ne suis pas d’accord. Dans l’arrêt *R. c. Collins*, précité, le juge Lamer (maintenant Juge en chef), s’exprimant au nom de la majorité, décrit de la façon suivante le troisième volet du critère, aux pp. 285 et 286:

Le dernier groupe pertinent de facteurs comprend ceux qui se rapportent à l’effet de l’exclusion de la preuve. La question qui se pose en vertu du par. 24(2) est de savoir si la considération dont jouit le système sera mieux servie par l’admission ou par l’exclusion de la preuve et il devient donc nécessaire d’examiner la déconsidération qui peut découler de l’exclusion de la preuve. [Je souligne.]

Par conséquent, la formulation que le juge La Forest a faite du troisième volet du critère énoncé dans l’arrêt *Collins* est, à mon avis, conforme à la formulation initiale de cet arrêt.

In the present case, the appellant was charged under s. 253(b) of the *Code*, i.e., having had the care and control of a motor vehicle while his blood alcohol level was in excess of 80 mg of alcohol in 100 ml of blood. He was found guilty. Offences against s. 253(b) are extremely serious offences and this has been consistently recognized by this Court. In *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, at pp. 654-55, Le Dain J. adopted the following statement of Finlayson J.A. in *R. v. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385 (Ont. C.A.), at pp. 398-99:

- (1) The problem of the drinking driver has been recognized by the Ministers of Justice of Canada and by experts in traffic accident research for many years.
- (2) The problem of the drinking driver has not been controlled. It is very serious and must be addressed by urgent measures.
- (3) There is a direct relationship between drinking drivers and automobile accidents.
- (4) The severity of accidents increases almost in direct ratio to the quantity of alcohol consumed.
- (5) The highest frequency of impairment is found late in the evening and in the early morning and the degree of impairment and the severity of accidents is again almost in direct relationship to the time of day.
- (6) The number of accidents increases dramatically at a blood level reading of 80 mg per 100 ml of blood.
- (7) The number and severity of accidents is very pronounced at the so-called moderately impaired level of between 80 and 120 mg.
- (8) The detection of drivers who are impaired at the moderate level of impairment through observation by trained police officers is ineffective.
- (9) Increased penalties have not been an effective deterrent.
- (10) The most effective deterrent is the strong possibility of detection.

En l'espèce, l'appelant a été inculpé de l'infraction prévue à l'al. 253b) du *Code*, c'est-à-dire d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang. Il a été déclaré coupable. Les infractions créées par l'al. 253b) sont très graves; notre Cour l'a invariablement reconnu. Dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, aux pp. 654 et 655, le juge Le Dain a fait siens les propos qui suivent du juge Finlayson dans l'arrêt *R. c. Seo* (1986), 25 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Ont.), aux pp. 398 et 399:

[TRADUCTION]

- (1) Les ministres fédéraux de la Justice et les experts en matière de recherche sur les accidents de la circulation ont reconnu depuis de nombreuses années l'existence du problème de l'alcool au volant.
- (2) Le problème de l'alcool au volant n'a pas été enrayé. Il est très grave et doit faire l'objet de mesures urgentes.
- (3) Il existe un lien direct entre l'alcool au volant et les accidents d'automobile.
- (4) La gravité des accidents augmente presque proportionnellement avec la quantité d'alcool consommé.
- (5) On constate la fréquence la plus élevée de conduite avec facultés affaiblies tard dans la soirée et tôt le matin, et le degré d'ébriété ainsi que la gravité des accidents sont encore une fois presque directement proportionnels au moment de la journée.
- (6) Le nombre d'accidents augmente d'une manière spectaculaire lorsque l'alcoolémie atteint 80 mg par 100 ml de sang.
- (7) Le nombre et la gravité des accidents sont très élevés au niveau d'alcoolémie dit modéré situé entre 80 et 120 mg.
- (8) La découverte des conducteurs aux facultés modérément affaiblies au moyen de l'observation par des policiers entraînés est inefficace.
- (9) L'augmentation des peines n'a pas été un moyen de dissuasion efficace.
- (10) La forte possibilité d'être découvert constitue le moyen de dissuasion le plus efficace.

(See also: *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, at pp. 635-37 (Le Dain J.)).

More recently, my colleague Cory J., in *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257, underlined the "carnage" taking place on our highways (at p. 1280) and outlined the seriousness of offences relating to operating a motor vehicle while impaired (at p. 1282):

Another facet of the proper legislative goal of safety on the highways is the reduction of impaired driving. The studies on this subject have been well publicized over recent years. Once again, the evidence is overwhelming in its confirmation of the relationship between serious accidents and driving under the influence of alcohol or other drugs. In 1984 the presence of alcohol and drug use as a percentage of the total number of accidents rose from 8 percent for all accidents to 10 percent for accidents involving injuries, and even higher to 31 percent in accidents involving fatalities (Ontario Motor Vehicle Accident Facts: 1984). This correlation became the justification for widespread campaigns aimed at educating people about impaired driving, and at organized random stop programs like R.I.D.E. in larger centres aimed at reducing the incidence of impaired driving. [Emphasis added.]

(See also the companion case released concurrently: *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291, at pp. 1296-97 (Cory J.)).

In *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, Cory J. pointed out that, at p. 622 according to *Hufsky* and *Ladouceur*, *supra*, random stops were justified pursuant to s. 1 of the *Charter* as a means of "combating the grave and pressing problem arising from the death and injuries occasioned by the dangerous operation of vehicles on our highways". He then said at p. 624:

Check stop programs result in the arbitrary detention of motorists. The programs are justified as a means aimed at reducing the terrible toll of death and injury so often occasioned by impaired drivers or by dangerous vehicles. The primary aim of the program is thus to check

(Voir aussi l'arrêt *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, aux pp. 635 à 637 (le juge Le Dain)).

Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257, mon collègue le juge Cory a mis l'accent sur le «carnage» sur nos routes (à la p. 1280) et souligné la gravité des infractions relatives à la conduite en état d'ébriété (à la p. 1282):

La réduction du nombre de conducteurs en état d'ébriété constitue un autre volet de l'objectif légitime de la loi concernant la sécurité sur les routes. Les études sur ce sujet ont reçu beaucoup de publicité au cours des dernières années. Encore une fois, une preuve écrasante confirme le rapport entre les accidents graves et la conduite sous l'influence de l'alcool ou d'autres drogues. En 1984, le pourcentage du nombre d'accidents dus à la consommation d'alcool ou de drogue est passé de 8 pour 100 de tous les accidents à 10 pour 100 des accidents causant des blessures et même encore plus à 31 pour 100 des accidents mortels (Ontario Motor Vehicle Accident Facts: 1984). Cette corrélation est devenue la justification de vastes campagnes qui visent à éduquer les gens au sujet de l'alcool au volant et comportent des programmes structurés d'interpellations au hasard comme le programme R.I.D.E. dans les centres plus importants, qui ont pour objet de réduire la conduite en état d'ébriété. [Je souligne.]

(Voir également l'arrêt connexe rendu simultanément: *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291, aux pp. 1296 et 1297 (le juge Cory)).

Dans l'arrêt *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, le juge Cory a souligné à la p. 622 que, d'après les arrêts *Hufsky* et *Ladouceur*, précités, les interpellations au hasard étaient justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte* «puisque'elles visaient à combattre le problème grave et urgent des décès et des blessures causés par la conduite dangereuse sur nos routes». Puis, il a ajouté, à la p. 624:

Les programmes de contrôle routier entraînent la détention arbitraire d'automobilistes. Ces programmes sont justifiés dans la mesure où ils visent à réduire le nombre effroyable de décès et de blessures si souvent causés par des conducteurs dont les facultés sont affaiblies ou par des véhicules dangereux. Le programme vise donc principalement à vérifier la sobriété des conducteurs, leur

for sobriety, licences, ownership, insurance and the mechanical fitness of cars. [Emphasis added.]

In the present case, the Chief Justice himself acknowledges “the fact that drinking and driving poses a significant risk to public safety” (p. 219). In light of all the above, I am of the opinion that, in conjunction with the fairness of the trial and the nature of the *Charter* violation, the seriousness of offences against s. 253(b) of the *Code* demonstrates that it is the exclusion, rather than admission of the evidence, which would tend to bring the administration of justice into disrepute.

Accordingly, I would not exclude the breathalyser evidence and the appellant’s statement under s. 24(2) of the *Charter*, had I found that s. 10(b) was infringed, which I do not.

For these reasons, I would dismiss the appeal and uphold the conviction of the appellant.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. (dissenting) — I share the views of the Chief Justice as to the scope of the obligation of the police regarding disclosure upon arrest or detention of existing and available duty counsel services and his conclusion that the appellant’s rights under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have been infringed.

However, in agreement with Justice L’Heureux-Dubé, I would not exclude the breathalyser evidence and the appellant’s statement under s. 24(2) of the *Charter*.

I would therefore dismiss the appeal and uphold the conviction of the appellant.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — While I agree with the analysis and disposition of this appeal by the Chief Justice, I wish to make some additional comments in

permis, leur certificat de propriété, leurs assurances et l’état mécanique de leur automobile. [Je souligne.]

En l’espèce, le Juge en chef reconnaît lui-même «que la conduite en état d’ébriété présente un danger important pour la sécurité publique» (p. 219). Vu tout ce qui précède, je suis d’avis que, compte tenu de l’équité du procès et de la nature de la violation de la *Charte*, la gravité des infractions prévues à l’al. 253b) du *Code* signifie que c’est l’exclusion, et non l’admission, des éléments de preuve qui est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

En conséquence, si j’avais conclu à la violation de l’al. 10b), ce qui n’est pas le cas, je n’écarterais pas, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, la preuve obtenue au moyen des alcootests ni la déclaration de l’appellant.

Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de maintenir la déclaration de culpabilité de l’appellant.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) — Je souscris aux propos du Juge en chef quant à l’étendue de l’obligation qu’a la police d’informer toute personne arrêtée ou mise en détention de l’existence de services d’avocats de garde et je conclus comme lui qu’il y a eu violation des droits que l’al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l’appellant.

Cependant, à l’instar du juge L’Heureux-Dubé, je n’écarterais pas, en application du par. 24(2) de la *Charte*, la preuve obtenue au moyen de l’alcootest ni la déclaration de l’appellant.

Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité de l’appellant.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Je suis d’accord avec l’analyse et la conclusion du Juge en chef; cependant, je tiens à ajouter quelques commentaires rela-

light of my approach to the informational component of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, as set out in my reasons in *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, released concurrently with judgment in this appeal.

In *Prosper*, I state that, at a minimum, a detainee must be informed of his or her right to retain and instruct counsel immediately upon detention, and that the right to do so is conferred even on those individuals who cannot afford private counsel. This information must be provided to all detainees, regardless of the presence or absence of duty counsel systems in the jurisdiction at the time of detention. All detainees in Canada have equal rights under s. 10(b), although the means by which those rights may be exercised may not exist in all jurisdictions. Where no means exist for implementing the right to counsel under s. 10(b), a detainee is nevertheless entitled to be told of the scope of his or her rights, after which he or she can make an informed choice about exercising the right. In those jurisdictions where a duty counsel scheme has in fact been implemented, there is an additional duty to inform detainees of the existence and availability of duty counsel, including information about how to access such services.

In the present case, the appellant was arrested on June 22, 1991, at approximately 1:00 a.m., after he failed a roadside ALERT test. The caution given to the appellant, which was read from a card, consisted of the following:

You have the right to retain and instruct counsel without delay.

You have the right to telephone any lawyer that you wish.

You also have the right to free advice from a Legal Aid lawyer.

If you are charged with an offence, you may apply to the Ontario Legal Aid Plan for legal assistance.

In my view, the caution given to the appellant fell short of meeting even the two minimum

tivement au volet information de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, compte tenu de la démarche que j'ai adoptée à ce sujet dans l'arrêt *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, rendu simultanément.

Dans *Prosper*, j'affirme que toute personne mise en détention doit, tout au moins, être informée qu'elle a le droit de communiquer immédiatement avec un avocat et que ce droit lui est accordé même si elle ne peut pas assumer les frais d'un avocat de cabinet privé. Ces renseignements doivent être fournis à toute personne détenue, qu'il y ait ou non un système d'avocats de garde dans le ressort au moment de la mise en détention. Toutes les personnes détenues au Canada ont des droits égaux en vertu de l'al. 10b); cependant, les moyens d'exercice de ces droits pourraient bien ne pas exister dans tous les ressorts. S'il n'existe aucun moyen de mettre en application le droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10b), toute personne détenue a néanmoins le droit d'être informée de l'étendue de ses droits, après quoi elle peut faire un choix éclairé quant à leur exercice. Dans les ressorts où a été mis en oeuvre un système d'avocats de garde, il existe une obligation supplémentaire d'informer toute personne détenue de l'existence de ce service, y compris de la façon d'y avoir accès.

En l'espèce, l'appellant a été arrêté le 22 juin 1991, vers 1 h, après qu'il eut échoué à l'alcootest routier ALERT. Il a reçu lecture de la mise en garde suivante, qui était imprimée sur un carton:

Vous avez le droit de retenir les services d'un avocat et de le consulter sans délai.

Vous avez le droit de téléphoner à l'avocat de votre choix.

Vous avez également droit aux conseils gratuits d'un avocat de l'aide juridique.

Si une accusation est portée contre vous, vous pouvez faire une demande d'aide auprès du Régime d'aide juridique de l'Ontario.

À mon avis, la mise en garde donnée à l'appellant n'a même pas réussi à satisfaire aux deux exi-

requirements of the informational component of s. 10(b) as set out in *Prosper*. First, the caution failed to communicate to the detainee that he had a right, at the pre-charge stage, to have an opportunity to contact counsel prior to incriminating himself. Second, the caution did not convey to the detainee the scope of his right to counsel; that is, it did not adequately communicate to the appellant that his right to seek legal assistance immediately was guaranteed to him whether or not he could afford private legal counsel. Moreover, as there was in fact a 24-hour duty counsel system in place at the time of the appellant's detention, the police were further obliged to inform the appellant of the existence and availability of these services, and should have provided him with the toll-free number by which he could access counsel.

It is apparent, then, that of the three requirements of the informational component of s. 10(b) alluded to in my reasons in *Prosper* none was satisfied in this case. While I agree with the Chief Justice's conclusion that the informational component of s. 10(b) was breached in the present case, I take the view that because the two minimum requirements were not met, the breach occurred prior to the failure by the police to provide the appellant with information about existing duty counsel services. Once it has been established that the detainee was not properly informed of his or her right to counsel, I agree with the Chief Justice that the breach of s. 10(b) is complete, and issues such as waiver and due diligence do not arise for consideration.

For the reasons given by the Chief Justice, I am of the opinion that the exclusion of the impugned evidence under s. 24(2) of the *Charter* is in the best interests of the administration of justice.

In the result, I would dispose of the appeal in the same manner as Lamer C.J.

Appeal dismissed, L'HEUREUX DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting.

gences minimales du volet information de l'al. 10b), que j'ai formulées dans l'arrêt *Prosper*. Premièrement, cette mise en garde n'a pas réussi à lui communiquer qu'il avait le droit, à l'étape préliminaire à la mise en accusation, de communiquer avec un avocat avant de s'incriminer. Deuxièmement, la mise en garde n'a pas indiqué à la personne détenue l'étendue de son droit à l'assistance d'un avocat, c'est-à-dire que l'appellant n'a pas été adéquatement informé qu'il avait le droit d'obtenir immédiatement l'assistance d'un avocat, quelle que soit sa capacité d'assumer les frais d'un avocat de cabinet privé. Qui plus est, comme il y avait un système d'avocats de garde en service 24 heures par jour à l'époque de la détention de l'appellant, la police devait aussi l'informer de l'existence et de l'accessibilité de ce service et aurait dû lui fournir le numéro sans frais lui permettant d'avoir accès à un avocat.

De toute évidence, on n'a satisfait à aucune des trois exigences du volet information de l'al. 10b), que j'ai formulées dans mes motifs de l'arrêt *Prosper*. Je souscris à la conclusion du Juge en chef qu'il y a eu en l'espèce manquement au volet information de l'al. 10b); cependant, parce que les deux exigences minimales n'ont pas été respectées, je suis d'avis que la violation s'est produite avant que la police omette d'informer l'appellant de l'existence d'un service d'avocats de garde. Une fois établi que la personne détenue n'a pas été informée comme il se doit de son droit à l'assistance d'un avocat, je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que la violation de l'al. 10b) est complète et que les questions de renonciation et de diligence raisonnable ne se posent pas.

Pour les motifs donnés par le Juge en chef, je suis d'avis que l'exclusion des éléments de preuve attaqués, en application du par. 24(2) de la *Charte*, sert l'intérêt de l'administration de la justice.

En définitive, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge en chef Lamer.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER dissidents.

*Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst,
Toronto.*

*Procureurs de l'appelant: Gold & Fuerst,
Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney
General for Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de
l'Ontario, Toronto.*

Cyril Patrick Prosper *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Charter Committee on Poverty Issues *Intervener*

INDEXED AS: R. v. PROSPER

File No.: 23178.

1994: March 2, 3; 1994: September 29.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Free duty counsel — Arrest made outside normal working hours — Rights read to person under arrest mentioning availability of legal aid — Appellant wishing to speak with lawyer and provided list of legal aid lawyers — Appellant unable to contact legal aid lawyer and unable to afford private lawyer — Breathalyser test taken and failed — Whether s. 10(b) of the Charter imposing substantive constitutional obligation on governments to provide free and immediate preliminary legal advice upon request — Whether appellant's s. 10(b) right was violated — If so, whether the breathalyser evidence should be excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 10(b), 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(a), (b), 254(3), (5), 258(1)(c)(ii), (d), 503(1)(a).

Late one Saturday afternoon, two police officers observed the appellant driving erratically. Following a chase on foot, he was arrested and charged with car theft, with having care and control of a motor vehicle with a blood alcohol level above the legal limit contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*, and with having the control of a motor vehicle while impaired contrary to s. 253(a). He had a strong smell of alcohol on his breath,

Cyril Patrick Prosper *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

^b **Le Comité de la Charte et des questions de pauvreté** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. PROSPER

^c N° du greffe: 23178.

1994: 2, 3 mars; 1994: 29 septembre.

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

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

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit — Services gratuits d'avocats de garde — Arrestation après les heures de bureau — Personne arrêtée informée de ses droits, avec mention de la possibilité de faire appel à l'aide juridique — Liste des avocats de l'aide juridique fournie à l'appelant, qui voulait parler à un avocat — Appelant incapable de communiquer avec un avocat de l'aide juridique et d'assumer le coût d'un avocat de cabinet privé — Alcootest positif — L'article 10b) de la Charte impose-t-il aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de fournir, sur demande, sans frais et sans délai, des conseils juridiques préliminaires? — Le droit que l'art. 10b) garantit à l'appelant a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, la preuve obtenue par alcootest devrait-elle être écartée en application de l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 10b), 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253a), b), 254(3), (5), 258(1)c)(ii), d), 503(1)a).*

ⁱ À la fin de l'après-midi un samedi, deux policiers ont vu l'appelant au volant d'un véhicule qui zigzaguait. Ils l'ont arrêté après lui avoir donné la chasse à pied et ils l'ont accusé de vol de voiture, d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait la limite légale, en violation de l'al. 253b) du *Code criminel*, et d'avoir eu le contrôle d'un véhicule à moteur alors que sa capacité de conduire était affai-

bloodshot eyes, his speech was intermittent and slurred and he was swaying from side to side. A section 10(b) *Charter* caution was read to him from a card, advising of the right to apply for free legal aid. The appellant indicated that he wanted to speak with a lawyer. The police provided him with a list of legal aid lawyers and, when this search proved unsuccessful, gave him a telephone book to continue his search. The police did not at first realize that all but one of the lawyers on the list were currently unavailable outside regular office hours, but they informed the appellant of this fact upon learning of this situation. The appellant declined to call lawyers in private practice because he could not afford their services. He then agreed to take the breathalyser tests.

The trial judge dismissed the s. 253(a) charge on the ground that he had a reasonable doubt. The defence, while conceding that all elements on the s. 253(b) charge had been proved, successfully argued that appellant's s. 10(b) *Charter* rights had been infringed, that the breathalyser certificate should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* and that the charge should be dismissed. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, substituted a conviction under s. 253(b) of the *Code* and remitted the matter back to the trial court for sentencing. At issue here were whether the s. 10(b) *Charter* right to retain and instruct counsel without delay imposed a substantive constitutional obligation on governments to ensure that duty counsel is available upon arrest or detention to provide free and immediate preliminary legal advice upon request, whether appellant's s. 10(b) right was violated, and if so, whether the breathalyser evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

The issues are decided as follows:

Section 10(b) of the Charter

Section 10(b) of the *Charter* does not impose a substantive constitutional obligation on governments to ensure that duty counsel is available upon arrest or

blie, en violation de l'al. 253a). L'haleine de l'appelant dégageait une forte odeur d'alcool, ses yeux étaient injectés de sang, il s'exprimait avec difficulté et de manière irrégulière et il titubait. Une mise en garde conforme à l'al. 10b) de la *Charte*, imprimée sur un carton, a été lue à l'appelant l'informant de son droit de demander des conseils juridiques gratuits. L'appelant a dit vouloir parler à un avocat. La police lui a remis une liste des avocats de l'aide juridique et, les tentatives de l'appelant pour rejoindre un avocat s'étant révélées vaines, lui a fourni un bottin pour qu'il puisse continuer ses recherches. La police ne s'était pas rendu compte alors qu'un seul des avocats sur la liste continuait à recevoir les appels après les heures de bureau, mais en a informé l'appelant dès qu'elle a été mise au courant de cette situation. L'appelant a refusé de téléphoner à des avocats de cabinets privés parce qu'il n'avait pas les moyens de recourir à leurs services. Il a ensuite accepté de se soumettre aux alcootests.

Le juge du procès a rejeté l'accusation portée en vertu de l'al. 253a) parce qu'il avait un doute raisonnable. La défense a admis que tous les éléments de l'accusation portée en vertu de l'al. 253b) avaient été prouvés, mais elle a néanmoins soutenu avec succès que les droits garantis à l'appelant par l'al. 10b) de la *Charte* avaient été violés, que le certificat d'alcootest devait être écarté en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et que l'accusation devait être rejetée. La Cour d'appel a accueilli l'appel formé par le ministère public, a prononcé une déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 253b) du *Code* et a renvoyé l'affaire au tribunal de première instance pour la détermination de la peine. Il s'agit en l'espèce de déterminer si le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat qui est garanti par l'al. 10b) de la *Charte* impose aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de prendre les mesures nécessaires pour qu'une personne mise en état d'arrestation ou placée en détention puisse, à sa demande, obtenir sans frais et sans délai des conseils juridiques préliminaires d'un avocat de garde, si le droit garanti à l'appelant par l'al. 10b) a été violé et, le cas échéant, si la preuve de l'alcootest devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les questions sont tranchées comme suit:

L'alinéa 10b) de la Charte

L'alinéa 10b) de la *Charte* n'impose pas aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de prendre les mesures nécessaires pour qu'une personne mise

detention to provide free and immediate preliminary legal advice upon request (unanimous). Section 10(b) was violated: *per* Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Major JJ. dissenting).

Section 24(2) of the Charter

The evidence should be excluded as its admission would bring the administration of justice into disrepute: *per* Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. (La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting). Major J. did not address this issue.

(1) *Section 10(b) of the Charter*

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory and Iacobucci JJ.: It is not constitutionally sufficient for law enforcement authorities simply to repeat the words of the *Charter* by cautioning detainees of their right "to retain and instruct counsel without delay". Two additional elements to the information component of s. 10(b) are required: (1) information about access to counsel free of charge where an accused meets the prescribed financial criteria set by provincial Legal Aid, and (2) information about access to duty counsel (whether staff lawyers or in private practice) providing immediate, although temporary, legal advice irrespective of financial status. The information to be conveyed to detainees by police is to refer to services actually available within the jurisdiction.

The issue of whether the *Charter* guarantees a right to state-funded counsel at trial and on appeal did not arise here. It is neither appropriate nor necessary to find that s. 10(b) imposes a substantive obligation on governments to ensure that "Brydges duty counsel" is available to detainees, or likewise, that it provides all detainees with a corresponding right to such counsel. First, s. 10(b) does not, in express terms, constitutionalize the right to free and immediate legal advice upon detention. A clause expressly creating such a right was considered and deliberately omitted by the framers of the Constitution and it would be imprudent for this Court not to attribute any significance to this fact. Requiring governments to spend limited resources in providing such a service also weighed against this interpretation. Second,

en état d'arrestation ou placée en détention puisse, à sa demande, obtenir sans frais et sans délai, des conseils juridiques préliminaires d'un avocat de garde (unanimous). L'alinéa 10b) a été violé (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Major sont dissidents)).

Le paragraphe 24(2) de la Charte

La preuve devrait être écartée car son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents); le juge Major ne s'est pas prononcé sur cette question).

(1) *L'alinéa 10b) de la Charte*

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory et Iacobucci: Il ne suffit pas, d'un point de vue constitutionnel, que les responsables de l'application de la loi répètent simplement les termes de la *Charte* quand ils informent les personnes détenues de leur droit «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat». Deux nouveaux éléments s'ajoutent au volet information de l'al. 10b): (1) des renseignements sur l'accès sans frais aux services d'un avocat lorsque l'accusé répond aux critères financiers établis par l'aide juridique de la province, et (2) des renseignements sur l'accès aux services d'avocats de garde (qu'il s'agisse d'avocats salariés ou d'avocats de cabinets privés) qui fournissent des conseils juridiques immédiats, quoique temporaires, sans égard à la situation financière. Dans les renseignements qu'ils donnent aux personnes détenues, les policiers doivent mentionner les services existant dans la province ou le territoire en cause.

Il ne s'agit pas ici de se demander si la *Charte* garantit le droit à l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État à l'étape du procès et de l'appel. Il n'est ni opportun ni nécessaire de conclure que l'al. 10b) impose aux gouvernements une obligation positive d'assurer aux personnes détenues la disponibilité de services d'avocats de garde selon *Brydges*, ou encore qu'il accorde à toutes les personnes détenues un droit analogue à de tels services. En premier lieu, l'al. 10b) ne constitutionnalise pas expressément le droit à des conseils juridiques gratuits et immédiats au moment de la mise en détention. Les rédacteurs de la Constitution ont examiné et intentionnellement choisi de ne pas adopter une disposition créant un tel droit et il serait imprudent de la part de notre Cour de n'accorder aucune importance à ce fait.

the implications of finding a constitutional obligation on governments to make "Brydges duty counsel" available and a violation of s. 10(b) for failure to do so would be far-reaching and should be avoided. Moreover, the Charter rights of detainees can be sufficiently protected by an obligation on police to "hold off" questioning detainees until they have been given a reasonable opportunity to contact counsel.

Section 10(b) imposes both informational and implementational duties on state authorities who arrest or detain a person. The existence of a "holding-off" period flows from the implementational duties. Once a detainee has indicated a desire to exercise the right to counsel, the state must provide that person with a reasonable opportunity to consult counsel and state agents may not elicit incriminatory evidence from the detainee until that opportunity has been given. What constitutes a reasonable opportunity depends on the surrounding circumstances, which include the availability of duty counsel services in the jurisdiction. The availability or unavailability of duty counsel services affects the length of the holding-off period.

Section 10(b) serves to protect the right against self-incrimination — one of the principles of fundamental justice under s. 7 of the Charter. A holding-off period accommodates a detainee's right against self-incrimination.

The duty on state agents to inform individuals of their right to counsel does not arise until a person has been detained within the meaning of s. 10. Detention involves some form of coercion or compulsion by the state which results in a deprivation of liberty. Section 10(b) accordingly is, among other things, intended to safeguard the liberty interests of detainees which are constitutionally protected under s. 7 of the Charter and to assist detainees in regaining their freedom. Any deprivation of liberty during a holding-off period would be minimal and in accordance with the principles of fundamental justice under s. 7. Any delay which is considered excessive can be challenged under s. 9 of the Charter which protects against arbitrary detention or imprisonment.

L'obligation qu'auraient les gouvernements d'utiliser des ressources limitées pour assurer la prestation de ce service a milité à l'encontre de cette interprétation. En deuxième lieu, si l'on devait conclure que les gouvernements ont l'obligation constitutionnelle de fournir les services d'«avocats de garde selon Brydges» et qu'ils violent l'al. 10b) lorsqu'ils manquent à cette obligation, il en résulterait des conséquences d'une portée considérable que l'on devrait tenter d'éviter. En outre, il est possible de protéger suffisamment les droits que la Charte garantit aux personnes détenues en obligeant la police à «surseoir» aux interrogatoires jusqu'à ce que la personne détenue ait eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat.

L'alinéa 10b) impose aux autorités qui arrêtent une personne ou la placent en détention des obligations en matière d'information et de mise en application. L'existence d'une période pendant laquelle il faut «surseoir» à l'enquête découle des obligations en matière de mise en application. Une fois qu'une personne détenue a exprimé le désir d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat, l'État doit lui fournir une possibilité raisonnable de consulter un avocat, et les agents de l'État doivent s'abstenir de lui soutirer des éléments de preuve incriminants jusqu'à ce qu'on lui ait donné cette possibilité. Ce qui constitue une possibilité raisonnable dépend des circonstances de chaque espèce, notamment l'existence de services d'avocats de garde dans le ressort en cause. L'existence ou l'absence de services d'avocats de garde influe sur la durée de la période de sursis.

L'alinéa 10b) sert à protéger le privilège de ne pas s'incriminer — l'un des principes de justice fondamentale sous le régime de l'art. 7 de la Charte. La période de sursis permet de respecter le droit de la personne détenue de ne pas s'incriminer.

L'obligation des agents de l'État d'informer les personnes de leur droit à l'assistance d'un avocat ne prend pas effet tant que la personne n'a pas été détenue au sens de l'art. 10. La détention suppose de la part de l'État une certaine forme de coercition ou de contrainte qui entraîne une privation de liberté. Par conséquent, l'al. 10b) vise notamment à sauvegarder les droits à la liberté des personnes détenues, qui sont constitutionnellement protégés en vertu de l'art. 7 de la Charte, et à les aider à recouvrer la liberté. Toute perte de liberté au cours de la période de sursis serait minimale et respecterait les principes de justice fondamentale selon l'art. 7. Tout retard qui est considéré excessif peut être contesté en invoquant l'art. 9 de la Charte, qui protège contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires.

Courts must ensure that the right to counsel is not too easily waived. An additional informational obligation on police is triggered once a detainee, who has previously asserted this right, indicates a change of mind and no longer wants legal advice. The police must at this point tell the detainee of the right to a reasonable opportunity to contact counsel and of the obligation on the part of the police to hold off during this period. Any indication of a change of mind must be clear and the burden of establishing an unequivocal waiver is on the Crown. The waiver must be free and voluntary and must not be the product of either direct or indirect compulsion. The standard required for an effective waiver of counsel is very high. A person who waives a right must know what is being given up if the waiver is to be valid. The s. 10(b) right to counsel, however, must not be turned into an obligation on detainees to seek the advice of a lawyer.

Compelling and urgent circumstances may require that the police not hold off. In the context of impaired driving cases, however, the two-hour evidentiary presumption available to the Crown (under s. 258(1)(c)(ii)) does not, by itself, constitute such a compelling or urgent circumstance. Urgency is not created by mere investigatory and evidentiary expediency. A detainee's s. 10(b) rights must take precedence over the statutory right of the Crown to rely on an evidentiary presumption. Loss of this presumption is one of the prices to be paid for not implementing a system of "Brydges duty counsel". Consideration of s. 1 of the *Charter* is neither necessary nor appropriate here.

The appellant's s. 10(b) *Charter* rights were infringed in two respects. First, after asserting his right to counsel and trying repeatedly to contact a lawyer, the appellant was not informed when he changed his mind and agreed to take the breathalyser test that the police were required to hold off from their investigation until he had had a reasonable opportunity to contact counsel. Second, the police in fact failed to hold off administering the breathalyser tests and so failed to afford him this opportunity. There were no urgent or compelling circum-

Les tribunaux doivent s'assurer qu'on n'a pas conclu trop facilement à la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat. Il y a naissance d'une obligation d'information supplémentaire de la part de la police dès que la personne détenue, qui a déjà manifesté son intention de se prévaloir de son droit, indique qu'elle a changé d'avis et qu'elle ne désire plus obtenir de conseils juridiques. La police est tenue à ce moment de l'informer de son droit d'avoir une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat et de l'obligation de la police de surseoir à l'enquête au cours de cette période. La personne détenue doit indiquer explicitement qu'elle a changé d'avis et il appartient au ministère public d'établir qu'elle a clairement renoncé à son droit. La renonciation doit être libre et volontaire et elle ne doit pas avoir été donnée sous la contrainte, directe ou indirecte. La norme requise pour établir l'existence d'une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat est très stricte. La personne qui renonce à un droit doit savoir ce à quoi elle renonce pour que la renonciation soit valide. Le droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b) ne doit toutefois pas se transformer en obligation pour les personnes détenues de demander l'assistance d'un avocat.

Il peut y avoir des circonstances pressantes et urgentes où la police n'est pas tenue de surseoir. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'affaires de conduite avec facultés affaiblies, la présomption en matière de preuve à l'égard des échantillons pris dans les deux heures que peut invoquer le ministère public (en vertu du sous-al. 258(1)c)(ii)) ne constitue pas en soi une circonstance pressante ou urgente. L'urgence ne naît pas de la seule recherche d'efficience en matière d'enquête et d'établissement de la preuve. Les droits garantis à une personne détenue par l'al. 10b) doit avoir préséance sur le droit d'origine législative qui permet au ministère public de se fonder sur une présomption en matière de preuve. L'impossibilité d'invoquer cette présomption est une partie du prix à payer pour ne pas avoir assuré l'existence d'un service d'avocats de garde selon *Brydges*. Il n'est ni nécessaire ni opportun en l'espèce de prendre en considération l'article premier de la *Charte*.

Il y a eu une double violation du droit que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appelant. D'abord, après avoir invoqué son droit à l'assistance d'un avocat et tenté à plusieurs reprises d'entrer en communication avec un avocat, l'appelant n'a pas été informé, quand il a changé d'avis et accepté de se soumettre à l'alcootest, de l'obligation des policiers de surseoir à l'enquête jusqu'à ce qu'il ait eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat. Ensuite, les policiers ont effectivement omis de lui donner cette possibilité quand ils n'ont pas

stances which justified the police in proceeding so precipitously with the breathalyser tests. The appellant acted with due diligence in trying to contact counsel. To have expected more of him would have been unreasonable. He cannot be taken to have chosen to take the test with full knowledge of his s. 10(b) rights. The inference of fact that the appellant acted out of frustration when he finally submitted to the breathalyser demand should not be interfered with.

The appellant neither explicitly nor implicitly waived his right to counsel and could not be taken to have understood what he was giving up. The fact that the police advised the appellant of the broad parameters of the jeopardy in which he found himself was no substitute for legal advice from a lawyer.

Per McLachlin J.: Every person detained by the police has the right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right. Every detainee, accordingly, is entitled to an opportunity to retain and instruct counsel without delay, regardless of the time and place of the detention or the fact that the detainee has no money.

The right consists of an informational component and an implementational component. Under the informational component, the police must inform all detainees that they are entitled to have an opportunity to contact counsel immediately, and that their right to do so is not dependent on their ability to afford a private lawyer. This must be done even where the means by which that right can be exercised may not seem at hand. In those jurisdictions which provide some system of free, preliminary legal advice, the police must also inform detainees of the existence and availability of these services and of the means by which such advice can be accessed.

Under the implementational component, s. 10(b) requires that the detainee be given an opportunity, or the means, to "retain and instruct counsel without delay". If the detainee chooses not to contact counsel, no breach results. If the legal system fails to provide the detainee with the opportunity to consult counsel without delay for whatever reason — be it lack of facilities, information, willing counsel or some other impediment — breach of s. 10(b) is established. If evidence is taken in

reporté l'administration des alcootests. Il n'y avait aucune circonstance urgente ou pressante qui eut pu justifier l'administration aussi hâtive des alcootests par les policiers. L'appelant a agi avec toute la diligence nécessaire lorsqu'il a tenté d'entrer en communication avec un avocat. Il aurait été déraisonnable de s'attendre à plus que ce qu'il a fait. On ne peut conclure qu'il a choisi de se soumettre au test en pleine connaissance des droits que lui garantit l'al. 10b). Il ne faut pas modifier l'inférence de fait selon laquelle c'est par pure frustration que l'appelant a finalement obtempéré à l'ordre de se soumettre à l'alcootest.

L'appelant n'a ni explicitement ni implicitement renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat et on ne peut pas conclure qu'il a compris ce à quoi il renonçait. Le fait que la police l'ait informé sommairement de la mauvaise situation dans laquelle il se trouvait ne pouvait d'aucune façon remplacer l'avis juridique qu'aurait pu lui donner un avocat.

Le juge McLachlin: Toute personne détenue par la police a le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informée de ce droit. Par conséquent, toute personne détenue doit avoir une possibilité d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, quels que soient l'heure et le lieu de la détention ou indépendamment du fait qu'elle n'a pas d'argent.

Le droit en question comprend un volet information et un volet mise en application. Dans le premier cas, la police doit informer toute personne détenue qu'elle a le droit d'avoir la possibilité de communiquer immédiatement avec un avocat, et que ce droit n'est pas lié à la capacité d'assumer les frais d'un avocat de cabinet privé. La police doit agir ainsi même si les moyens d'exercer ce droit ne semblent pas exister. Dans les ressorts qui offrent un système de conseils juridiques préliminaires gratuits, la police doit aussi informer les personnes détenues de l'existence et de l'accessibilité de ces services, ainsi que des moyens d'y avoir accès.

Pour ce qui est du volet mise en application, il faut, en vertu de l'al. 10b), donner à la personne détenue la possibilité ou les moyens «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat». Si la personne détenue décide de ne pas communiquer avec un avocat, il n'y a pas de violation. Si, pour une raison quelconque, le système juridique ne permet pas d'offrir à la personne détenue la possibilité de communiquer sans délai avec un avocat — que ce soit à cause d'un manque d'installations, de renseignements, d'avocats intéressés à offrir ces services ou de tout autre empêchement — la violation de l'al. 10b) se trouve établie. Si des éléments de preuve

contravention of this duty, its admissibility falls to be decided under s. 24(2) of the *Charter*.

A judicially imposed "holding-off" period is not required when counsel cannot immediately be made available. Nothing in the language of s. 10(b) authorizes the dilution of the right to counsel by the imposition of a "holding-off" period. The section clearly states that a detainee has the right to retain and instruct counsel without delay. It is problematic to suggest that courts can extend the period of "delay" for up to 48 hours or more.

While the police may choose to "hold off" they are not obliged to do so. Ultimately, whether or not they "hold off", if they take evidence from the detainee in violation of his or her rights, the authorities must be prepared to accept the risk that the evidence may not be admissible against the detainee at trial under s. 24(2) of the *Charter*. This applies in all cases, even where the *Criminal Code* prescribes that evidence must be taken within a stipulated time period, as for breathalyser tests. A detainee's constitutional rights are not attenuated simply because Parliament chooses to set a time limit for gathering a particular kind of evidence. At the same time, the urgency of the situation may be a factor weighing in favour of reception of the evidence when s. 24(2) is applied.

The requirements of the informational component of s. 10(b) were met here. The police were originally unaware of the Legal Aid lawyers' working to rule campaign when giving appellant the list of legal aid lawyers and they informed him of the campaign on learning of it.

The requirements of the implementational component of s. 10(b) were not satisfied here. The appellant clearly indicated a desire to speak to counsel prior to giving evidence and was diligent in pursuing his right. In the circumstances it would be unreasonable to expect the appellant to have done anything more than he did. Appellant did not waive his right to counsel when — "out of frustration" — he finally agreed to submit to the breathalyser tests. He was prevented from exercising his right to counsel because of institutional conditions beyond his control. This violated s. 10(b) of the *Charter*.

sont obtenus en contravention de cette obligation, il faut en déterminer l'admissibilité en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Il n'est pas nécessaire qu'un tribunal impose un «sursis» dans les cas où aucun avocat n'est disponible immédiatement. Le libellé de l'al. 10b) n'autorise aucune réduction de la portée du droit à l'assistance d'un avocat en imposant un «sursis». L'alinéa indique clairement que toute personne détenue a le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Il est problématique de laisser entendre que les tribunaux peuvent prolonger le «délai» de 48 heures ou plus.

Bien que la police puisse choisir de «surseoir» à toute mesure, elle n'est pas tenue de le faire. En fin de compte, que les autorités «sursoient» ou non à toute mesure, si elles obtiennent une preuve d'une personne détenue en contravention de ses droits, elles doivent être disposées à courir le risque que cette preuve ne puisse être utilisée contre cette personne au procès conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Cela s'applique dans tous les cas, même lorsque le *Code criminel* prévoit que des éléments de preuve doivent être recueillis à l'intérieur d'un délai stipulé, comme dans le cas des alcootests. Les droits que la Constitution garantit à toute personne détenue ne sont pas moindres du seul fait que le législateur a choisi de fixer un délai pour recueillir un type particulier de preuve. Par ailleurs, l'urgence de la situation peut constituer un facteur militant en faveur de l'utilisation de la preuve lorsque l'on applique le par. 24(2).

Les exigences du volet information de l'al. 10b) ont été respectées en l'espèce. Lorsque le policier a remis à l'appelant la liste des avocats de l'aide juridique, il ignorait que ceux-ci avaient commencé une grève du zèle, mais il en a informé l'appelant dès qu'il a été mis au courant de cette situation.

Les exigences du volet mise en application de l'al. 10b) n'ont pas été respectées en l'espèce. L'appelant avait clairement indiqué qu'il souhaitait parler à un avocat avant de fournir des éléments de preuve et il a fait preuve de diligence dans l'exercice de son droit. Dans les circonstances, il serait déraisonnable de s'attendre à plus de la part de l'appelant que ce qu'il a fait. L'appelant n'a pas renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat lorsqu'il a, «par pure frustration», obtempéré à l'ordre de se soumettre aux alcootests. Il a été empêché d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat en raison de conditions institutionnelles complètement indépendantes de sa volonté. Il y a donc eu violation de l'al. 10b) de la *Charte*.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Section 10(b) of the *Charter* does not require the provinces to provide free and immediate duty counsel services to detainees. While there may be certain minimum levels of Legal Aid imposed by s. 7 in the context of an accused who is being tried for an offense whose penalty might result in the deprivation of the accused's life, liberty, or security of the person, access to 24-hour duty counsel services upon arrest or detention is clearly far above any such minimum threshold.

Arguments based on the "living tree" theory of constitutional development to the effect that the Constitution has evolved to the point where state-funded duty counsel should be constitutionally guaranteed must fail. The drafters of the Constitution considered and rejected such a proposal. The "living tree" theory has its limits and has never been used to transform a document completely or to add a provision which was specifically rejected.

The Chief Justice's "holding-off" proposal is also rejected. While a detainee must be provided with a reasonable opportunity, free from police questioning, to consult with counsel where he or she expresses a desire to do so, the duration of the "reasonable opportunity" should not depend on the existence or non-existence of duty counsel programs. The constitutional rights guaranteed under s. 10(b) of the *Charter* are uniform across the country and should not depend on the existence or non-existence of programs, such as 24-hour duty counsel services, that themselves are not mandated by the Constitution. Furthermore, even if s. 10(b) did impose a long "holding-off" period in provinces without duty counsel programs, such a holding-off period would not be required with respect to breathalyser tests. In urgent or dangerous circumstances, the police need not provide detainees with a reasonable opportunity to consult counsel before questioning them. Such urgency exists in the case of a breathalyser test. The test must be administered "forthwith" and the timing for efficacy of that test is two hours, a time frame also required by law.

Per La Forest J. (dissenting): The reasons of L'Heureux-Dubé J. regarding the alleged constitutional guarantee of state-funded duty counsel and the alleged breach of s. 10(b) of the *Charter* in the circumstances were agreed with.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): L'alinéa 10b) de la *Charte* n'exige pas des provinces qu'elles fournissent aux personnes détenues des services d'avocats de garde sans frais et sans délai. L'article 7 pourrait bien imposer certaines garanties minimales en matière d'aide juridique dans le contexte où un accusé subit son procès relativement à une infraction passible d'une peine susceptible de porter atteinte à sa vie, à sa liberté ou à sa sécurité, toutefois, lorsqu'une personne est arrêtée ou placée en détention, l'accès à des services d'avocats de garde 24 heures par jour va bien au-delà d'une garantie minimale.

Les arguments fondés sur la théorie de l'«arbre vivant» voulant qu'il y ait eu une évolution constitutionnelle au point que le droit à des avocats de garde rémunérés par l'État devrait être garanti par la Constitution ne sont pas valides. Les rédacteurs de la Constitution ont examiné et rejeté une telle proposition. La théorie de l'«arbre vivant» a ses limites et n'a jamais été utilisée pour transformer du tout au tout un document ou pour y ajouter une disposition qui avait été expressément écartée.

La proposition du Juge en chef relative à un «sursis» est également rejetée. Une personne détenue doit bénéficier d'une «possibilité raisonnable», sans interrogatoire de la police, de consulter un avocat si elle en manifeste le désir, mais la durée de cette «possibilité raisonnable» ne devrait pas dépendre de l'existence ou de l'inexistence de programmes d'avocats de garde. Les droits constitutionnels garantis par l'al. 10b) de la *Charte* sont uniformes dans tout le pays et ne devraient pas dépendre de l'existence ou de l'inexistence de programmes, comme les services d'avocats de garde 24 heures par jour, dont l'établissement n'est même pas exigé par la Constitution. Par ailleurs, même si l'al. 10b) imposait une longue période de «sursis» dans les provinces où il n'existe pas de programmes d'avocats de garde, une telle période ne serait pas exigée en ce qui concerne les alcootests. En cas d'urgence ou de danger, la police n'est pas tenue de fournir à une personne détenue une possibilité raisonnable de consulter un avocat avant de l'interroger. Il y a une telle urgence dans le cas des alcootests. Ils doivent être administrés «immédiatement» et leur efficacité est nulle après deux heures, laps de temps qui est fixé par la loi.

Le juge La Forest (dissident): Les motifs du juge L'Heureux-Dubé sont acceptés quant au droit que garantirait la Constitution d'avoir recours à un service d'avocats de garde financé par l'État et quant à la violation alléguée de l'al. 10b) de la *Charte* dans les circonstances.

Per Gonthier J. (dissenting): Notwithstanding agreement with Lamer C.J. as to the scope of the obligation of the police regarding disclosure of existing and available duty counsel services to those under arrest or detention, the reasons of L'Heureux-Dubé J. as to the reasonable opportunity to be given a detainee to retain and instruct counsel, particularly as applied to a demand for a breathalyser test, were agreed with.

Per Major J. (dissenting): The principles expressed by Lamer C.J. were agreed with. In the circumstances, however, the accused was properly advised and had a reasonable opportunity to contact counsel prior to taking the breathalyser test in accordance with his s. 10(b) rights.

(2) Section 24(2) of the Charter

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory and Iacobucci JJ.: The breath samples were conscripted evidence which might not have been obtained had the appellant's s. 10(b) rights not been infringed and should be excluded under s. 24(2) as capable of bringing the administration of justice into disrepute. The breach of the appellant's right to counsel went directly to his privilege against self-incrimination, and receipt of the breathalyser evidence resulting from this breach would undermine this privilege, thereby rendering the trial process unfair. Neither the undeniably good faith on the part of the police, nor the relative seriousness of the drinking and driving offence could compensate for the adjudicative unfairness that admission of the evidence would produce.

Per McLachlin J.: The admission of the breathalyser evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Had there been an infringement of s. 10(b), the evidence should not have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*. First, the factors concerning the fairness of the trial favour the admission of the evidence. Breathalyser tests cannot simply be characterized as self-incriminating evidence in the same way as a confession. Rather, they are *indicia* of an existing physical condition that could have been discovered by other means, whether or not the police denied the appellant his s. 10(b) rights. Second, the factors focusing on the seriousness of the violation of the *Charter* also militate towards admission rather than exclusion of the breathalyser results. A breach, if one occurred here, was not serious and the police acted in

Le juge Gonthier (dissident): Même si les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés quant à l'étendue de l'obligation qu'a la police d'informer toute personne arrêtée ou mise en détention de l'existence de services d'avocats de garde, les motifs du juge L'Heureux-Dubé sont néanmoins acceptés quant à la possibilité raisonnable à accorder à une personne détenue d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, plus particulièrement dans le cas d'un ordre de subir un alcootest.

Le juge Major (dissident): Les principes exposés dans les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés. Toutefois, dans les circonstances, l'accusé a reçu un avis suffisant et a eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat avant de subir l'alcootest, conformément aux droits que lui garantit l'al. 10b).

(2) Le paragraphe 24(2) de la Charte

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory et Iacobucci: Les échantillons d'haleine sont des éléments de preuve obtenus en mobilisant l'appelant contre lui-même, qui n'auraient peut-être pas été disponibles s'il n'y avait pas eu violation des droits que lui garantit l'al. 10b) et qui devraient être écartés en application du par. 24(2) parce qu'ils sont susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice. La violation du droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat directement atteinte à son privilège de ne pas s'incriminer, et l'utilisation des résultats des alcootests découlant de cette violation est susceptible de miner ce privilège et, partant, de rendre le processus judiciaire inéquitable. Ni l'indéniable bonne foi de la police ni la gravité relative de l'infraction de conduite avec facultés affaiblies ne pourraient compenser le manque d'équité qu'entraînerait l'utilisation de cet élément de preuve.

Le juge McLachlin: L'utilisation de la preuve sous forme d'échantillons d'haleine serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): S'il y avait eu violation de l'al. 10b), la preuve n'aurait pas dû être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. Premièrement, les facteurs touchant l'équité du procès militent en faveur de l'admission des éléments de preuve. Les résultats de l'alcootest ne peuvent pas être simplement qualifiés de preuve auto-incriminante dans le même sens qu'un aveu. Ils sont plutôt des indices d'une condition physique préexistante qui aurait pu être découverte par d'autres moyens, que les policiers aient ou non violé les droits que l'al. 10b) garantit à l'appelant. Deuxièmement, les facteurs portant sur la gravité de la violation de la *Charte* militent aussi en faveur de l'admission plutôt que de l'exclusion des résultats des

good faith. Finally, the offense of operating a motor vehicle while impaired is serious and therefore, in light of the nature of the *Charte* violation, had there been one, and its minimal incidence on the fairness of the trial, excluding the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Per La Forest J. (dissenting): It was in strictness unnecessary to comment on whether the breathalyser evidence should be excluded. The police officer here did everything possible to help the appellant obtain a lawyer.

Per Gonthier J. (dissenting): Appellant's s. 10(b) *Charter* rights were not infringed, and even if they had been, the breathalyser evidence should not have been excluded under s. 24(2).

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; **considered:** *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Burnison* (1979), 70 C.C.C. (2d) 38; *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663.

By McLachlin J.

Considered: *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; **referred to:** *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Dubois* (1990), 54 C.C.C. (3d) 166, [1990] R.J.Q. 681; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Bartle, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Robinson* (1989), 73 C.R. (3d) 81; *Attorney General of Quebec v.*

alcootests. La violation, si violation il y a eu en l'espèce, n'était pas grave et la police a agi de bonne foi. Enfin, l'infraction de conduite d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies est grave et, étant donné la nature de la violation de la *Charte*, le cas échéant, et son incidence minimale sur l'équité du procès, l'exclusion des éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge La Forest (dissident): Il est à strictement parler inutile d'examiner s'il y a lieu d'écarter la preuve obtenue par alcootest. Le policier a fait tout ce qu'il était possible pour faciliter le recours à un avocat par l'appellant.

Le juge Gonthier (dissident): Il n'y a pas eu violation des droits que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appellant et, même si cela avait été le cas, il n'y a pas lieu d'écarter en vertu du par. 24(2) la preuve obtenue au moyen de l'alcootest.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; **arrêt examiné:** *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés:** *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Burnison* (1979), 70 C.C.C. (2d) 38; *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt examiné: *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; **arrêts mentionnés:** *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Dubois* (1990), 54 C.C.C. (3d) 166, [1990] R.J.Q. 681; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Bartle, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Robinson* (1989), 73 C.R. (3d) 81; *Procureur général du Québec*

Blaikie, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Re Residential Tenancies Act*, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Smith (Joey Leonard)*, [1989] 2 S.C.R. 368; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Schmautz*, [1990] 1 S.C.R. 398; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615.

By La Forest J. (dissenting)

R. v. Brydges, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 10(b), 24(2).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253(a), (b) [ad. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 36], 254(3), (5) [ad. *idem*], 258(1)(c)(ii), (d) [ad. *idem*], 503(1)(a).

Authors Cited

Canada. Parliament. Special Joint Committee of the Senate and House of Commons on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue No. 46 (January 27, 1981). First Session of the Thirty-second Parliament, 1980-81. Ottawa: Queen's Printer, 1981.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Toronto: Carswell, 1992 (loose-leaf).
 Lafontaine, Y. "Pourquoi au juste?" (1992), 32 *Actif* 32.
 Moore, Kathryn. "Police Implementation of Supreme Court of Canada Charter Decisions: An Empirical Study" (1992), 30 *Osgoode Hall L.J.* 547.
 Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Summary Report* (April 1993).
 Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Technical Report* (April 1993).

c. Blaikie, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Smith (Joey Leonard)*, [1989] 2 R.C.S. 368; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Schmautz*, [1990] 1 R.C.S. 398; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615.

Citée par le juge La Forest (dissident)

R. c. Brydges, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 10(b), 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253(a), (b) [aj. L.R.C. (1985), ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 36], 254(3), (5) [aj. *idem*], 258(1)(c)(ii), (d) [aj. *idem*], 503(1)(a).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Doctrine citée

Canada. Parlement. Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, Fascicule n° 46 (27 janvier 1981). Première session de la trente-deuxième législature, 1980-1981. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1981.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Toronto: Carswell, 1992 (loose-leaf).
 Lafontaine, Y. «Pourquoi au juste?» (1992), 32 *Actif* 32.
 Moore, Kathryn. «Police Implementation of Supreme Court of Canada Charter Decisions: An Empirical Study» (1992), 30 *Osgoode Hall L.J.* 547.
 Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Summary Report* (April 1993).
 Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Technical Report* (April 1993).

Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. Courts Program. *Legal Aid in Canada: Description of Legal Aid Operations*. Ottawa: Statistics Canada, 1993.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1992), 113 N.S.R. (2d) 156, 75 C.C.C. (3d) 1, 38 M.V.R. (2d) 268, allowing an appeal from an acquittal by Sherar Prov. Div. J. and substituting a conviction. Appeal allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Major JJ. dissenting.

Roger A. Burrill and Vincent Calderhead, for the appellant.

John C. Pearson, for the respondent.

Mark Freiman, for the intervener.

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

LAMER C.J. — This case was heard together with four other cases raising questions about the scope of the state's obligations with respect to duty counsel services under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. These other cases, which consist of *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328, from Prince Edward Island, *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, and *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310, from Ontario and *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343, from Manitoba, are handed down contemporaneously with judgment in this case. The specific issue raised here and in *Matheson* is whether s. 10(b) creates a positive constitutional obligation on governments to ensure that free and immediate preliminary legal advice is available upon arrest or detention, and if it does not, what state obligations, if any, exist in a jurisdiction where "Brydges duty counsel" is not available to detainees.

Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. Programme des tribunaux. *L'aide juridique au Canada: Description des opérations*. Ottawa: Statistique Canada, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1992), 113 N.S.R. (2d) 156, 75 C.C.C. (3d) 1, 38 M.V.R. (2d) 268, qui a accueilli un appel d'un acquittement prononcé par le juge Sherar et y a substitué une déclaration de culpabilité. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Major sont dissidents.

Roger A. Burrill et Vincent Calderhead, pour l'appellant.

John C. Pearson, pour l'intimée.

Mark Freiman, pour l'intervenant.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER — Le présent pourvoi a été entendu en même temps que quatre autres affaires qui soulèvent des questions au sujet de l'étendue des obligations que l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* impose à l'État en ce qui a trait aux services d'avocats de garde. Les décisions dans ces autres affaires, c'est-à-dire *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328 (Île-du-Prince-Édouard), *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, et *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310 (Ontario), et *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343 (Manitoba), sont rendues simultanément. La question précise soulevée en l'espèce ainsi que dans l'arrêt *Matheson* est de savoir si l'al. 10b) crée pour les gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de prendre les mesures nécessaires pour qu'une personne mise en état d'arrestation ou placée en détention puisse obtenir sans frais et sans délai des conseils juridiques préliminaires, et, si tel n'est pas le cas, quelles sont, s'il en est, les obligations de l'État dans une province ou un territoire où les personnes détenues ne peuvent recourir aux services d'«avocats de garde selon *Brydges*».

I. Facts

The appellant was charged with having care and control of a motor vehicle while his blood alcohol level was in excess of 80 mg of alcohol in 100 ml of blood, contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and with having the control of a motor vehicle while impaired, contrary to s. 253(a) of the *Code*. The appellant did not testify at his trial and no evidence was called by the defence. The Crown called one witness, Constable Young, and tendered a breathalyser certificate.

The facts which emerged at trial are that the appellant was taken into custody late in the afternoon on Saturday, May 18, 1991, after two police officers saw a vehicle being driven in an erratic fashion by a person they did not believe to be the owner. They gave chase and the appellant abandoned the vehicle and fled on foot. When the police caught up with him, he showed *indicia* of impairment; a strong smell of alcohol on his breath, bloodshot eyes, intermittent and slurred speech and swaying from side to side. At approximately 3:40 p.m., Constable Young arrested the appellant for car theft and read him the following caution from a card:

... you have the right to retain and instruct counsel without delay. You may call any lawyer you wish. You have the right to apply for legal assistance without charge through the Provincial Legal Aid Program.

Constable Young further advised the appellant that a list of Legal Aid lawyers' home telephone numbers would be provided to him should he wish. The appellant indicated that he understood. Constable Young then read the appellant the breathalyser demand, and asked him if he would like to take the breathalyser test or first talk to a lawyer. The appellant indicated that he would take the test, but that first he would talk to a lawyer.

The appellant was taken to a private cubicle at the Halifax police station and provided with a tele-

I. Les faits

L'appellant a été accusé d'avoir eu la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, en violation de l'al. 253b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et d'avoir eu le contrôle d'un véhicule à moteur alors que sa capacité de conduire ce véhicule était affaiblie, en violation de l'al. 253a) du *Code*. L'appellant n'a pas témoigné lors de son procès et aucune preuve n'a été présentée par la défense. Le ministère public a fait comparaître un témoin, l'agent Young, et il a produit un certificat d'alcootest.

Les faits révélés au procès sont les suivants. L'appellant a été mis sous garde à la fin de l'après-midi, le samedi 18 mai 1991, par deux policiers qui avaient vu passer un véhicule qui zigzaguait et dont le conducteur, à leur avis, n'était pas le propriétaire. Les policiers lui ont donné la chasse et l'appellant, après avoir abandonné le véhicule, s'est enfui à pied. Lorsque les policiers l'ont rattrapé, ils ont constaté que celui-ci montrait des signes de facultés affaiblies; son haleine dégageait une forte odeur d'alcool, ses yeux étaient injectés de sang, il s'exprimait avec difficulté et de manière irrégulière et, enfin, il titubait. Vers 15 h 40, l'agent Young a mis l'appellant en état d'arrestation pour vol de voiture et il lui a lu la mise en garde suivante qui figurait sur un carton:

[TRADUCTION] . . . vous avez le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Vous pouvez téléphoner à l'avocat de votre choix. Vous avez le droit de demander des conseils gratuits dans le cadre du régime d'aide juridique de la province.

L'agent Young a ensuite fait savoir à l'appellant qu'il lui remettrait, s'il le désirait, une liste des numéros de téléphone à domicile des avocats de l'aide juridique. L'appellant a dit qu'il avait compris. L'agent Young lui a ensuite lu l'ordre de passer un alcootest et il lui a demandé s'il préférerait se soumettre au test ou parler d'abord à un avocat. L'appellant a dit qu'il se soumettrait au test, mais qu'il voulait d'abord parler à un avocat.

L'appellant a été conduit dans une petite pièce du poste de police de Halifax où il y avait un télé-

phone and a list of Legal Aid lawyers. As it was outside regular business hours, the list contained home phone numbers. Constable Young waited outside while the appellant attempted to make phone contact with a lawyer. Although he made approximately 15 calls in total, some with the assistance of Constable Young, the appellant was unsuccessful in reaching any of the 12 listed lawyers. Unknown to Constable Young at the time, or to the appellant, Legal Aid lawyers had advised the Attorney General just a few days earlier that all but one of them would no longer take calls outside of regular working hours (unless from existing clients). Therefore, at the time in question, the Halifax/Dartmouth area had no established duty counsel system whereby those arrested and detained could receive immediate, although temporary, free legal advice after regular business hours. This continued to be the case at the time of hearing this appeal.

Upon exhausting the list of names after approximately 37 minutes, Constable Young asked the appellant if he wished to call other lawyers and provided the appellant with a telephone book. The appellant, however, told the Constable that he could not afford legal fees. At 4:30 p.m., Constable Young contacted the duty prosecutor for the Crown and discussed the release of the appellant. At this point, Constable Young became aware that Legal Aid lawyers in the area were no longer taking telephone calls at home. Shortly thereafter the appellant agreed to take the breathalyser tests. A certificate indicating that the appellant's blood alcohol *ratio* exceeded allowable limits was later drawn up and served on the appellant.

After argument on the impaired driving charge under s. 253(a) of the *Code*, the trial judge dismissed this charge on the ground that he had a reasonable doubt. As for the breathalyser charge under s. 253(b) of the *Code*, counsel for the defence conceded that all the elements of the

phone et où on lui a remis une liste des avocats de l'aide juridique. Comme les heures de bureau étaient passées, la liste contenait les numéros des avocats à leur domicile. L'agent Young a attendu à l'extérieur de la pièce pendant que l'appelant tentait de joindre un avocat par téléphone. Après environ une quinzaine d'appels, dont certains ont été faits avec l'aide de l'agent Young, l'appelant n'a pas réussi à joindre l'un des 12 avocats dont le nom figurait sur la liste. Chose qu'ignoraient alors l'agent Young et l'appelant, les avocats de l'aide juridique avaient informé le procureur général, quelques jours plus tôt, qu'un seul d'entre eux continuerait désormais à recevoir les appels après les heures de bureau (à moins qu'il ne s'agisse de leurs clients). En conséquence, à l'époque en cause, il n'existait dans la région de Halifax/Dartmouth aucun système d'avocats de garde permettant aux personnes arrêtées et placées en détention d'obtenir sans délai et sans frais, mais de façon temporaire, des conseils juridiques après les heures de bureau. C'était encore le cas à la date de l'audition du présent pourvoi.

Quand, au bout d'environ 37 minutes, l'appelant eut tenté sans succès de joindre tous les avocats figurant sur la liste, l'agent Young lui a demandé s'il souhaitait appeler d'autres avocats et il lui a remis un bottin. L'appelant a toutefois dit à l'agent qu'il n'avait pas les moyens de recourir aux services d'un avocat. À 16 h 30, l'agent Young a communiqué avec l'avocat du ministère public qui était de garde et il a discuté avec celui-ci de la remise en liberté de l'appelant. C'est à ce moment-là qu'il a appris que les avocats de l'aide juridique de cette région ne recevaient plus les appels téléphoniques à leur domicile. Peu après, l'appelant a accepté de se soumettre à l'alcootest. Un certificat indiquant que l'alcoolémie de l'appelant était supérieur aux limites permises a ensuite été rédigé et signifié à l'appelant.

Après avoir entendu les arguments sur l'accusation de conduite avec facultés affaiblies qui avait été portée en vertu de l'al. 253a) du *Code*, le juge du procès a rejeté l'accusation parce qu'il avait un doute raisonnable. Quant à l'accusation portée en vertu de l'al. 253b) du *Code*, l'avocat de la défense

charge had been proved by the Crown, but argued that the appellant's s. 10(b) *Charter* rights had been infringed and that the breathalyser certificate should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* and the charge dismissed. The trial judge found that the appellant's s. 10(b) rights had been violated and excluded the breathalyser evidence. He acquitted the appellant of impaired driving. The Crown's appeal was allowed by the Court of Appeal, which substituted a conviction under s. 253(b) of the *Code* and remitted the matter back to the trial court for sentencing.

II. Judgments Below

Ontario Court (Provincial Division) (Sherar Prov. Div. J.)

Sherar Prov. Div. J. reviewed the evidence and considered whether the unavailability of duty counsel violated the appellant's right to counsel under s. 10(b) and whether evidence obtained in light of that violation should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. He set out the principles enunciated in *R. v. Brydges*, [1990], 1 S.C.R. 190, and held that, on the facts, the appellant exercised due diligence in attempting to obtain legal counsel. He noted that the police officer was not to be faulted personally for the failure to reach counsel. He found that in finally agreeing to take the breathalyser test, the appellant did not explicitly or impliedly waive his right to counsel.

Sherar Prov. Div. J. observed that:

Society, and the government in particular, has to make difficult decisions based upon the allocation of all finite resources.

However, as, Lamer, J. states at [S.C.R., p. 213] of *Brydges*:

a admis que le ministère public en avait prouvé tous les éléments, mais il a soutenu que les droits garantis à l'appelant par l'al. 10b) de la *Charte* avaient été violés, que le certificat d'alcootest devait être écarté en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et que l'accusation devait être rejetée. Le juge du procès a conclu que les droits garantis à l'appelant par l'al. 10b) avaient été violés et il a écarté la preuve de l'alcootest. Il a acquitté l'appelant de l'accusation de conduite avec facultés affaiblies. L'appel formé par le ministère public a été accueilli par la Cour d'appel, laquelle a prononcé une déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 253b) du *Code* et renvoyé l'affaire au tribunal de première instance pour la détermination de la peine.

II. Les juridictions inférieures

La Cour de l'Ontario (Division provinciale) (le juge Sherar)

Le juge Sherar a analysé la preuve et il a examiné si l'impossibilité de recourir aux services d'avocats de garde avait violé le droit à l'assistance d'un avocat conféré à l'appelant par l'al. 10b), et si les éléments de preuve obtenus par suite de cette violation devaient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Il a rappelé les principes formulés dans l'arrêt *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, et il a statué que, compte tenu des faits, l'appelant a fait preuve de diligence raisonnable quand il a tenté d'obtenir les services d'un conseiller juridique. Il a souligné que le policier ne devait pas être personnellement blâmé pour l'incapacité de l'appelant de joindre un avocat. Il a conclu que, en acceptant finalement de se soumettre à l'alcootest, l'appelant n'avait renoncé ni expressément ni implicitement à son droit à l'assistance d'un avocat.

i Le juge Sherar a fait les commentaires suivants:

[TRADUCTION] La société et, en particulier, le gouvernement, doivent prendre des décisions difficiles en fonction de la répartition de ressources limitées.

j Toutefois, comme le dit le juge Lamer [à la p. 213 R.C.S.] de l'arrêt *Brydges*:

“The province has the responsibility to take reasonable measures to see that a lawyer is made available to the eligible persons without delay.”

At the date in question, it is apparent that the Attorney General's Department felt it was necessary and expedient to have a duty Crown Counsel available to advise the police and respond to the public interest in the administration of justice during non-business hours.

Obviously crime is committed outside of normal business hours and thus the detection and prevention of crime must be carried out at all hours of the day and night. Crime doesn't take time off. Thus, citizens are processed through the criminal justice system at all hours of the day and night. If a citizen has a right to consult legal counsel, that legal counsel should be available, as well, upon the detention of the citizen at any such time.

The cost of providing legal duty counsel for detained citizen[s] is not less important and worthwhile than the public cost of maintaining duty Crown Counsel or police for that matter.

Sherar Prov. Div. J. noted that in the aftermath of *Brydges*, the authorities had to advise of the existence of not only legal counsel, but also of Legal Aid. He noted:

If a citizen has the right to know that legal assistance free of charge is available, doesn't the citizen have the right to obtain such legal assistance. The legal assistance should be available without a means test upon initial detention of the accused who then, armed with the knowledge of his rights and responsibilities, can make a reasoned decision as to his subsequent actions, including the retention of counsel of his choice.

He concluded that the appellant's s. 10(b) rights had been breached and that the breathalyser evidence should be excluded:

I find that [the appellant] had a right to Legal Aid counsel on the date in question, that right was denied him, not by the actions of the police officer in question, but the system for whom the police officer was employed. That system had a reasonable time to develop a process of duty counsel and was unable or unwilling

«Il incombe à la province de prendre des mesures raisonnables pour que la personne admissible dispose sans délai des services d'un avocat.»

À la date en question, il est évident que le ministre du Procureur général estimait qu'il était nécessaire et opportun qu'un avocat de garde du ministère public soit disponible pour conseiller les policiers et préserver l'intérêt du public dans l'administration de la justice en dehors des heures de bureau.

Il est évident que des actes criminels sont aussi commis en dehors des heures de bureau et c'est pourquoi la chasse aux criminels et la prévention du crime doivent se poursuivre à toute heure du jour et de la nuit. Les criminels ne prennent pas de congés. C'est ainsi que des citoyens doivent faire face au système de justice criminelle à toute heure du jour et de la nuit. Si un citoyen a droit à l'assistance d'un avocat, il doit aussi pouvoir exercer ce droit, qui lui est conféré par la loi, dès qu'il est placé en détention.

Il vaut tout autant la peine et il est tout aussi important que l'État accepte d'engager des frais pour assurer aux citoyens placés en détention les services d'avocats de garde que pour maintenir les services de police ou prévoir des avocats de garde du ministère public.

Le juge Sherar a souligné que, en conséquence de l'arrêt *Brydges*, les autorités étaient tenues d'informer de l'existence non seulement d'avocats de garde mais aussi d'un régime d'aide juridique. Il a ajouté:

[TRADUCTION] Si un citoyen a le droit de savoir qu'il peut utiliser sans frais les services d'un avocat, n'a-t-il pas aussi le droit d'obtenir ces services. Il devrait être possible pour l'accusé d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, peu importe ses moyens financiers, dès qu'il est placé en détention de sorte que, connaissant ses droits et ses responsabilités, il puisse prendre une décision réfléchie quant à ses actions ultérieures, y compris le recours aux services de l'avocat de son choix.

Il a conclu que les droits que l'al. 10(b) garantit à l'appelant avaient été violés et que la preuve de l'alcootest devait être écartée:

[TRADUCTION] Je conclus que [l'appelant] avait le droit à l'assistance d'un avocat de l'aide juridique à la date en cause, qu'il a été privé de l'exercice de ce droit non pas par les actes du policier mais par les autorités pour lesquelles ce dernier travaillait. Celles-ci ont eu un délai raisonnable pour mettre en place un système

to do so and thus [the appellant's] legal rights were violated.

In consequence of that violation self-incriminating evidence was obtained from [the appellant] which the Court determines should be excluded because to allow the evidence in this case, a certificate of breath analysis into evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Court of Appeal (1992), 113 N.S.R. (2d) 156 (Freeman, Jones and Chipman JJ.A.)

Chipman J.A.

Writing for himself and Jones J.A., Chipman J.A. stated that in *Brydges* the majority of the Supreme Court of Canada stopped short of saying that if duty counsel are not available or cannot be found, the detainee has in all cases been effectively deprived of his right to counsel. He stated that *Brydges* is authority for the principle that, included in the reasonable opportunity which the police must give the detainee to exercise his right to counsel, is that the police should inform him of the existence (where it does exist) and availability of legal aid and duty counsel. *Brydges* is not, he said at p. 162, "authority for the proposition that the state must necessarily provide such counsel".

Chipman J.A. described the issue raised in this case, at p. 162, as being about "the consequence of the simple unavailability of counsel — for whatever reason". He then noted at p. 162 that:

The [appellant] was arrested on a spring Saturday afternoon. As it happened, none of the 12 lawyers on the list provided by Constable Young could be reached. The [appellant] did not choose to try his luck with other lawyers to see if one might willingly give him some assistance on the telephone. It may well be that had he tried, he would have succeeded in contacting, within the two hours following his driving, somebody who would be willing to give him on the telephone the brief advice that he needed.

d'avocats de garde et elles ont été incapables de le faire ou elles n'ont pas voulu le faire; en conséquence, les droits garantis par la loi à [l'appellant] ont été violés.

Par suite de cette violation, il a été possible d'obtenir de [l'appellant] une preuve auto-incriminante, et la Cour statue que cette preuve, un certificat d'analyse d'haleine, devrait être écartée car son utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

La Cour d'appel (1992), 113 N.S.R. (2d) 156 (les juges Freeman, Jones et Chipman)

c Le juge Chipman

S'exprimant en son nom et en celui du juge Jones, le juge Chipman a dit que, dans l'arrêt *Brydges*, la Cour suprême du Canada à la majorité n'est pas allée jusqu'à dire que si aucun avocat de garde n'est disponible ou ne peut être trouvé, la personne détenue est dans tous les cas privée de son droit à l'assistance d'un avocat. Il a dit que l'arrêt *Brydges* a établi le principe qu'en donnant à une personne détenue la possibilité raisonnable d'exercer le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, les policiers doivent l'informer de l'existence (le cas échéant) et l'accessibilité de l'aide juridique et d'avocats de garde. Il a ajouté (à la p. 162) que l'arrêt *Brydges* ne permet pas d'affirmer que [TRADUCTION] «l'État doit nécessairement fournir les services de tels avocats».

Le juge Chipman a mentionné, à la p. 162, que la question soulevée dans cette affaire concernait [TRADUCTION] «les conséquences de la non-disponibilité d'un avocat — pour quelque motif que ce soit». Il a fait ensuite les remarques suivantes, à la p. 162:

[TRADUCTION] L'[appellant] a été arrêté un samedi après-midi de printemps. Il se trouve qu'aucun des 12 avocats dont le nom figurait sur la liste fournie par l'agent Young n'a pu être joint. L'[appellant] a décidé de ne pas tenter sa chance auprès d'autres avocats pour savoir si l'un d'eux accepterait volontiers de l'aider au téléphone. Il se peut que, s'il avait essayé, il aurait réussi, dans les deux heures qui ont suivi son arrestation, à communiquer avec quelqu'un qui aurait accepté de lui donner au téléphone les brefs conseils dont il avait besoin.

He suggested that there is some urgency involved in cases of breathalyser demands because the sample must be obtained within two hours in order to enable the Crown to have the benefit of the rebuttable presumption under s. 258(1)(d) of the *Code* (i.e., that readings taken during this period are proof of the blood alcohol level at the time the offence was committed).

Chipman J.A., therefore, concluded at p. 163 that the appellant had not been denied his s. 10(b) rights:

Whenever counsel is not readily available, the question will arise whether, before questioning the detainee or attempting to get him to submit to any procedure which may incriminate him, there was afforded a reasonable opportunity to consult counsel. What is reasonable will depend on the circumstances. Where counsel cannot readily be obtained, it may simply be a matter of the police waiting until one can be found. This will often be the case where questioning is involved. Where, however, the breathalyser demand has been made, it is important that the Crown not lose the benefit of the presumption in s. 258(1)(d) of the *Code*.

It is not necessary here to pursue this avenue to its end. Constable Young had provided the list of lawyers with home telephone numbers. He afforded privacy and even assistance in making the calls. Constable Young went further and provided the telephone book so that the [appellant] could call any lawyer other than the listed Legal Aid lawyers. Constable Young had not at any time during all this process attempted to elicit evidence from the [appellant]. It was the [appellant] who terminated the proceedings by volunteering to take the test. [Emphasis in original.]

Chipman J.A. further held at p. 163 that in agreeing to take the breathalyser test, the appellant expressly waived his s. 10(b) rights:

There was, to use the language of Lamer J., in *Ross*, [*infra*], at [S.C.R., p. 11] "a clear indication that he had changed his mind" about consulting counsel before taking the test. This may have been prompted by frustration at his inability to obtain counsel, but in view of the fact that he was told the purpose of the demand and the con-

Le juge s'est dit d'avis qu'il y a une certaine urgence dans les cas où la personne doit se soumettre à un alcootest parce que l'échantillon doit être prélevé dans les deux heures qui suivent l'infraction reprochée pour que le ministère public puisse invoquer la présomption réfutable de l'al. 258(1)d) du *Code* (c.-à-d. que les résultats obtenus pendant cette période font foi de l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction a été commise).

Le juge Chipman a donc conclu, à la p. 163, qu'il n'y avait pas eu de violation des droits que l'al. 10b) garantit à l'appellant:

[TRADUCTION] Chaque fois qu'un avocat n'est pas disponible, la question se pose de savoir si, avant d'interroger la personne détenue ou d'essayer d'obtenir qu'elle participe à quelque chose qui pourrait l'incriminer, on lui a donné une possibilité raisonnable de consulter un avocat. Ce qui est raisonnable dépendra des circonstances. Lorsqu'un avocat ne peut être joint facilement, il pourra simplement s'agir que les policiers attendent jusqu'à ce qu'il soit possible d'en trouver un. Ce sera souvent le cas lorsqu'un interrogatoire est en cause. Toutefois, lorsque la demande de se soumettre à un alcootest a été faite, il est important que le ministère public ne perde pas la possibilité de se prévaloir de la présomption prévue à l'al. 258(1)d) du *Code*.

Il n'est pas nécessaire en l'espèce de pousser plus loin cet argument. L'agent Young avait fourni la liste des avocats avec leur numéro de téléphone à domicile. Il a conduit l'appellant dans un coin isolé où il a pu faire ses appels et il l'a même aidé à les faire. Il est allé plus loin et a remis le bottin à l'[appellant] pour lui permettre de communiquer avec d'autres avocats que ceux dont le nom figurait sur la liste de l'aide juridique. En aucun temps il n'a essayé de soutirer des éléments de preuve à l'[appellant]. C'est l'[appellant] qui a mis fin au processus en offrant de son plein gré de se soumettre au test. [Souligné dans l'original.]

Le juge Chipman a en outre statué, à la p. 163, que, en acceptant de se soumettre à l'alcootest, l'appellant a expressément renoncé aux droits que lui garantit l'al. 10b):

[TRADUCTION] Il y a eu, pour reprendre les termes du juge Lamer dans l'arrêt *Ross*, [*infra*], [à la p. 11 R.C.S.], une «indication claire qu'il avait changé d'avis» quant à son intention de consulter un avocat avant de se soumettre au test. C'est peut-être la frustration découlant de son incapacité de joindre un avocat qui l'a incité à agir ainsi

sequences of refusal, it would be difficult to conclude that the [appellant] was not aware of the consequences of what he was doing. There is no evidence that he was not so aware. It is clear that the [appellant] changed his mind about wanting to speak to counsel before he took the test. The waiver was explicit, but if it could be said to be implicit, the high standard referred to by Lamer, J., has been met.

Turning to s. 24(2) of the *Charter*, Chipman J.A. addressed the question of exclusion of evidence in the event that the trial judge was correct. He concluded at p. 166 that the fairness of the trial would not be affected by the admission of the evidence.

... while the breath sample is more correctly categorized as self-incriminating evidence than real evidence, it is to be distinguished from a confession which is truly a case of an accused being conscripted against himself and creating evidence which did not exist before and which he was not required to give. In the face of the very strong evidence of his impairment, Constable Young had reasonable grounds to demand the sample from the [appellant]. The [appellant] would in all probability be committing a criminal offence had he failed to provide [the sample]. He provided it pursuant to a statutory obligation. Had he received the advice of counsel he would have in all probability been advised to take the test in the circumstances of this case.

With respect to the seriousness of any breach, Chipman J.A. stated that the breach of *Charter* rights was technical in nature and that the conduct of the police had been beyond reproach. He added at p. 167 that the administration of justice would not be well served by the exclusion of the evidence: "Most reasonably dispassionate and fully informed persons would be appalled and dismayed at the exclusion of this evidence which so fully confirmed the officer's viva voce testimony of the [appellant's] impairment."

Freeman J.A. (concurring)

Upon his review of *Brydges, supra*, Freeman J.A. held that there was no constitutional right to state funded counsel. According to him, at p. 170, the right which courts have identified as applicable

mais, comme il avait été informé de l'objet de l'ordre donné et des conséquences d'un refus, il serait difficile de conclure que l'[appellant] ignorait quelles seraient les conséquences de ses actes. Rien dans la preuve n'indique que tel était le cas. Il est clair que l'[appellant] a changé d'avis au sujet de son désir de parler à un avocat avant de se soumettre au test. La renonciation était explicite, mais si on pouvait affirmer qu'elle était implicite, il a été satisfait à la norme très stricte mentionnée par le juge Lamer.

Passant ensuite au par. 24(2) de la *Charte*, le juge Chipman a examiné la question de l'exclusion de la preuve dans l'éventualité où le juge du procès aurait eu raison. Il a conclu, à la p. 166, que l'utilisation de la preuve ne porterait pas atteinte à l'équité du procès.

[TRADUCTION] . . . bien que l'échantillon d'haleine puisse plus correctement être qualifié de preuve auto-incriminante que de preuve matérielle, il faut faire la distinction d'avec un aveu; dans ce dernier cas, l'accusé agit contre lui-même et crée un élément de preuve qui n'existait pas auparavant et qu'il n'était pas tenu de fournir. Compte tenu de la preuve évidente de l'état de l'[appellant], l'agent Young avait des motifs raisonnables d'exiger qu'il fournisse un échantillon d'haleine. L'[appellant] aurait selon toute vraisemblance commis un acte criminel s'il ne l'avait pas fourni. Il a consenti au prélèvement parce qu'il y était tenu en vertu de la loi. S'il avait pu joindre un avocat, celui-ci lui aurait selon toute probabilité conseillé de se soumettre au test compte tenu des circonstances de l'affaire.

Quant à la gravité de la violation, le juge Chipman a dit que la violation des droits conférés par la *Charte* n'était que de pure forme et que les policiers n'avaient rien à se reprocher. Il a ajouté, à la p. 167, que l'exclusion de la preuve ne servirait pas l'administration de la justice: [TRADUCTION] «La plupart des personnes impartiales et bien informées seraient consternées par l'exclusion de cet élément de preuve qui confirme en tous points le témoignage oral du policier relativement aux facultés affaiblies de l'[appellant].»

Le juge Freeman (opinion concordante)

Après avoir examiné l'arrêt *Brydges*, précité, le juge Freeman a statué que la Constitution ne garantissait aucun droit à l'existence de services d'avocats rémunérés par l'État. Selon lui, à la p.

in the appellant's circumstances is the right to a "reasonable opportunity" to retain and instruct counsel. He found at p. 170 that, on the evidence, the police afforded the appellant a reasonable opportunity to consult counsel which "if vigorously pursued, might have resulted in contact with the one Legal Aid lawyer who was still available". He also noted that there was no evidence that a lawyer in private practice would refuse advice to a detained person who had no prospect of paying for it. Freeman J.A. stated that, in any event, the appellant voluntarily declined to take further advantage of his opportunity to seek counsel so that the question as to how long police must wait to afford an accused a reasonable opportunity did not arise.

Freeman J.A. disagreed, at p. 170, with the trial judge's finding that the appellant was duly diligent in asserting his right to counsel and that he did not waive that right:

[The appellant] did not pursue his right to seek counsel but agreed to take the breathalyser test voluntarily, and it is idle to speculate whether he chose that course from frustration or for other reasons. The burden was on him to prove an infringement of his right to counsel. He did not testify. There is no evidence from him that he did not have a reasonable opportunity to seek counsel, nor that his consent to take the breathalyser test was not a proper waiver of his right. In the circumstances it was reasonable for Constable Young to treat it as a waiver.

Freeman J.A. further observed that there was no conflict between the appellant's assertion of the right to counsel and any expressed urgency by the police to collect the breath samples within two hours, pursuant to the operation of the presumption in s. 258(1)(c) of the *Code*. According to Freeman J.A., the appellant was under no pressure to discontinue his efforts to reach counsel and there is no evidence that he believed himself to be. He concluded that, at the very least, the appellant ceased

170, le droit qui, suivant les tribunaux, s'applique dans le cas de l'appellant, est celui à une «possibilité raisonnable» d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Il a conclu, à la p. 170, que, d'après la preuve, les policiers avaient donné à l'appellant une possibilité raisonnable de consulter un avocat et que s'il [TRADUCTION] «avait été plus tenace, il aurait réussi à joindre l'avocat de l'aide juridique qui était encore disponible». Il a en outre souligné que rien dans la preuve n'indique qu'un avocat en cabinet privé refuserait ses conseils à une personne détenue qui ne croyait pas pouvoir le payer. Le juge Freeman a dit que, quoi qu'il en soit, l'appellant a volontairement refusé de profiter davantage de la possibilité qui lui a été donnée de chercher un avocat, de sorte que la question de savoir pendant combien de temps les policiers doivent attendre pour que l'accusé ait une possibilité raisonnable ne s'est pas posée.

Le juge Freeman n'était pas d'accord avec le juge du procès, qui a estimé que l'appellant avait fait preuve de diligence en faisant valoir son droit à l'assistance d'un avocat et qu'il n'avait pas renoncé à ce droit (à la p. 170):

[TRADUCTION] [L'appellant] ne s'est pas prévalu de son droit à l'assistance d'un avocat, mais il a consenti de plein gré à se soumettre à l'alcootest, et il est inutile de chercher à déterminer s'il a agi ainsi par frustration ou pour d'autres motifs. Il lui incombait de prouver que son droit à l'assistance d'un avocat avait été violé. Il n'a pas témoigné. Il n'a fourni aucun élément de preuve indiquant qu'il n'a pas eu une possibilité raisonnable de recourir aux services d'un avocat ou que, en acceptant de se soumettre à l'alcootest, il n'a pas renoncé à son droit. Dans les circonstances, il était raisonnable que l'agent Young considère qu'il s'agissait d'une renonciation.

Le juge Freeman a en outre fait remarquer qu'il n'y avait aucune contradiction entre l'exercice par l'appellant de son droit à l'assistance d'un avocat et l'urgence pour les policiers de prélever les échantillons d'haleine dans les deux heures qui suivaient pour que s'applique la présomption prévue à l'al. 258(1)(c) du *Code*. Selon le juge Freeman, aucune pression n'a été exercée sur l'appellant pour qu'il renonce à joindre un avocat et rien dans la preuve n'indique que ce dernier croyait faire l'objet de

seeking to assert his rights with due diligence, which in the circumstances of the case was indistinguishable from actual waiver. In light of his finding that there had been no *Charter* infringement, he declined to consider s. 24(2) of the *Charter* and whether admission of the breathalyser certificate would bring the administration of justice into disrepute.

III. Points in Issue

This case raises three broad issues:

1. Does s. 10(b) of the *Charter* impose a substantive constitutional obligation on governments to ensure that duty counsel is available upon arrest or detention to provide free and immediate, preliminary legal advice upon request?
2. Was the appellant's right to retain and instruct counsel without delay under s. 10(b) of the *Charter* violated in this case?
3. If the appellant's rights under s. 10(b) of the *Charter* were infringed, should the breathalyser evidence obtained from him be excluded under s. 24(2) of the *Charter*?

IV. Analysis

(a) "*Brydges Duty Counsel*"

Section 10(b) of the *Charter* provides that,

10. Everyone has the right on arrest or detention

. . . .

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; . . .

In *Brydges, supra*, this Court was unanimous in concluding that the accused's s. 10(b) rights had been violated. The Court stated at p. 209:

telles pressions. Le juge a conclu que, tout au moins, l'appelant a mis fin à ses efforts pour se prévaloir de ses droits avec diligence raisonnable, ce qui, dans les circonstances de l'affaire, ne pouvait être différencié d'une renonciation réelle. Ayant conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*, il a refusé d'examiner le par. 24(2) de la *Charte* pour déterminer si l'utilisation du certificat d'alcootest serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

III. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève trois questions générales:

1. L'alinéa 10b) de la *Charte* impose-t-il aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de prendre les mesures nécessaires pour qu'une personne mise en état d'arrestation ou placée en détention puisse, à sa demande, avoir accès, sans frais et sans délai, aux services d'un avocat de garde chargé de lui fournir des conseils juridiques préliminaires?
2. Le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appelant a-t-il été violé en l'espèce?
3. S'il y a eu violation des droits de l'appelant, la preuve de l'alcootest auquel il s'est soumis devrait-elle être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

IV. L'analyse

a) *Les «avocats de garde selon Brydges»*

L'alinéa 10b) de la *Charte* dispose:

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

. . . .

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

Dans l'arrêt *Brydges*, précité, notre Cour a conclu à l'unanimité que les droits garantis à l'accusé par l'al. 10b) avaient été violés. La Cour a dit, à la p. 209:

... in circumstances where an accused expresses a concern that the right to counsel depends upon the ability to afford a lawyer, it is incumbent on the police to inform him of the existence and availability of Legal Aid and duty counsel.

However, the majority of this Court went further and expanded the information component under s. 10(b), which is triggered by arrest or detention. It was no longer constitutionally sufficient for law enforcement authorities simply to repeat the words of the *Charter* by cautioning detainees of their right “to retain and instruct counsel without delay”. The majority held at p. 212 that “information about the existence and availability of duty counsel and Legal Aid plans should be part of the standard s. 10(b) caution upon arrest or detention”. As I explain in *Bartle* (released concurrently) at p. 195, *Brydges* had the effect of adding two new elements to the information component of s. 10(b): “(1) information about access to counsel free of charge where an accused meets prescribed financial criteria set by provincial Legal Aid plans (“Legal Aid”); and (2) information about access to immediate, although temporary legal advice irrespective of financial status (“duty counsel”).”

As I discuss in *Bartle*, at pp. 195-96, a clear distinction between duty counsel and Legal Aid was drawn in *Brydges*. The term “duty counsel” was used to refer to a specific subset of legal services which are provided to persons who have been arrested or detained (i.e., “detainees”). Duty counsel in this context refers to the provision of immediate and free preliminary legal advice by qualified personnel, whether staff lawyers from Legal Aid offices, lawyers from the private bar, lawyers specifically hired for the purpose of fielding calls from detainees, or otherwise. Since the release of *Brydges*, I note that this service has been called “*Brydges* duty counsel” to distinguish it from other forms of summary legal advice and assistance which are provided to accused persons, often irre-

... lorsqu’un accusé s’inquiète de ce que le droit à l’assistance d’un avocat dépende de la capacité d’en assumer les frais, les policiers ont l’obligation de l’informer de l’existence de l’aide juridique ou des avocats de garde et de la possibilité d’y recourir.

Toutefois, la Cour à la majorité est allée plus loin et elle a élargi le volet information de l’al. 10b), qui s’applique lorsqu’une personne est mise en état d’arrestation ou placée en détention. Il ne suffisait plus, d’un point de vue constitutionnel, que les responsables de l’application de la loi répètent simplement les termes de la *Charte* quand ils informent les personnes détenues de leur droit «d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat». La majorité a dit, à la p. 212, que «les renseignements sur l’existence des régimes d’avocats de garde et d’aide juridique et de la possibilité d’y recourir devraient faire partie de la mise en garde normalement donnée en vertu de l’al. 10b) lors de l’arrestation ou de la mise en détention d’une personne». Comme je l’explique à la p. 195 de l’arrêt *Bartle* (rendu simultanément), l’arrêt *Brydges* a eu pour effet d’ajouter deux nouveaux éléments au volet information de l’al. 10b): «(1) des renseignements sur l’accès sans frais aux services d’un avocat lorsque l’accusé répond aux critères financiers établis par les régimes provinciaux d’aide juridique («l’aide juridique»); (2) des renseignements sur l’accès à des conseils juridiques immédiats, quoique temporaires, sans égard à la situation financière («avocats de garde»)).»

Comme je l’explique aux pp. 195 et 196 de l’arrêt *Bartle*, une distinction nette a été faite dans l’arrêt *Brydges* entre les avocats de garde et l’aide juridique. L’expression «avocat de garde» a été utilisée pour désigner un sous-ensemble particulier de services juridiques qui sont fournis aux personnes qui ont été arrêtées ou placées en détention (c.-à-d. «les personnes détenues»). Dans ce contexte, cette expression renvoie aux conseils juridiques préliminaires, immédiats et gratuits, qui sont fournis par un personnel compétent qu’il s’agisse d’avocats salariés travaillant aux bureaux de l’aide juridique, d’avocats de cabinets privés, d’avocats dont les services sont spécialement retenus pour répondre aux appels des personnes détenues, ou autrement. Depuis la publication de l’arrêt

spective of their means, and which typically include plea advice, arranging adjournments, speaking to bail and sentence and negotiating dispositions with the Crown: Prairie Research Associates, *Duty Counsel Systems: Summary Report* (April 1993), and Prairie Research Associates, *Duty Counsel Systems: Technical Report* (April 1993) (the "P.R.A. Reports").

In *Brydges*, the issue of whether s. 10(b) imposes, either alone or in conjunction with other provisions of the *Charter*, a positive obligation on governments to ensure that duty counsel is available to detainees did not arise for consideration. In Manitoba, the province where the accused in *Brydges* was arrested and first detained, a Legal Aid Plan and a form of duty counsel service were in existence and available at the relevant time. This was evident because, after some initial questioning by police, the accused asked to speak to a Legal Aid lawyer and one was eventually contacted by police. The record revealed that the Legal Aid lawyer who had been contacted attended at the police station and provided the accused with free summary legal advice. As a result, it was not necessary in *Brydges* to consider whether, in the absence of such assistance having been available, s. 10(b) imposes a constitutional obligation on governments to ensure that duty counsel services exist and are universally accessible to all detainees on an on-call, 24-hour basis. Moreover, at p. 217 of *Brydges*, the majority noted that the issue of whether there is a constitutional right to assistance and representation of counsel was not before the Court.

Importantly, although *Brydges* required that detainees be advised as a matter of course of their (statutory) right to immediate, although temporary,

Brydges, je constate que ce service a été appelé «avocats de garde selon *Brydges*» afin de faire une distinction d'avec les autres formes de conseils et d'aide juridiques sommaires qui sont fournis aux personnes accusées, souvent sans égard à leurs moyens financiers, et qui comprennent, notamment, les conseils sur le plaidoyer, les demandes d'ajournement, les observations sur le cautionnement et la peine, et les négociations des mesures à prendre avec le ministère public: Prairie Research Associates, *Duty Counsel Systems: Summary Report* (avril 1993), et Prairie Research Associates, *Duty Counsel Systems: Technical Report* (avril 1993) (les «Rapports de P.R.A.»).

Dans l'arrêt *Brydges*, on n'a pas soulevé la question de savoir si l'al. 10b), seul ou en conjonction avec d'autres dispositions de la *Charte*, impose aux gouvernements une obligation positive de prendre des mesures pour que les personnes détenues puissent avoir accès aux services d'avocats de garde. Au Manitoba, province où l'accusé dans l'arrêt *Brydges* avait été arrêté et placé tout d'abord en détention, il existait un régime d'aide juridique et une forme de services d'avocats de garde auxquels il était possible de recourir. C'était évident parce que, après l'interrogatoire initial par les policiers, l'accusé a demandé à parler à un avocat de l'aide juridique et les policiers ont réussi à en rejoindre un. Le dossier indique que l'avocat de l'aide juridique qui a été joint s'est présenté au poste de police et a fourni sans frais à l'accusé des conseils juridiques sommaires. C'est pourquoi il n'a pas été nécessaire dans l'arrêt *Brydges* d'examiner si, lorsque de tels services n'existent pas, l'al. 10b) impose aux gouvernements l'obligation constitutionnelle de prendre les mesures nécessaires pour mettre en place des services d'avocats de garde accessibles par téléphone à toutes les personnes détenues, 24 heures par jour. De plus, à la p. 217 de cet arrêt, la majorité a fait remarquer que la Cour n'était pas saisie de la question de savoir s'il existe un droit à l'assistance d'un avocat et un droit de se faire représenter par un avocat en vertu de la Constitution.

Il est important de souligner que, même si l'arrêt *Brydges* exigeait que les personnes détenues soient informées automatiquement de leur droit (garanti

free legal advice, it made clear at p. 215 that the information to be conveyed to detainees by police was to refer to services actually available within the jurisdiction:

... as part of the information component of s. 10(b) of the *Charter*, a detainee should be informed of the existence and availability of the applicable systems of duty counsel and Legal Aid in the jurisdiction, in order to give the detainee a full understanding of the right to retain and instruct counsel. [Emphasis added.]

This has subsequently been confirmed and reiterated in *Bartle*, where I say that, if there is in existence a 24-hour duty counsel service which can be accessed by dialling a toll-free number, as there is in Ontario, this must be communicated to all detainees as part of the standard s. 10(b) caution delivered by police. Obviously, it would make no sense to inform detainees of a service which does not in fact exist and which is, therefore, unavailable to them. The point of the information component under s. 10(b) is to enable detainees to make informed decisions about services which actually exist. Since *Brydges* was primarily concerned with the information component of s. 10(b), it should not be read as saying that s. 10(b) guarantees the existence of or requires the provision of duty counsel services for detainees across the country.

That being said, I would like to stress that in jurisdictions where "*Brydges* duty counsel" is in fact present, I believe that the interests of all participants in the criminal justice system are served in the fullest, simplest and most direct manner and, therefore, that it is a service which governments and the bar are well advised to implement and maintain. As the extrinsic evidence shows, requiring police to advise detainees of the existence of a universally available, 24-hour duty counsel service increases the likelihood that detainees will seek legal advice and thereby be informed of their rights and obligations under the law and how these should be exercised: e.g., see *Bartle*, at p. 200. In

par la loi) à des services juridiques immédiats et gratuits quoique temporaires, il indiquait clairement (à la p. 215) que, dans les renseignements qu'ils donnent aux personnes détenues, les policiers doivent mentionner les services existant dans la province ou le territoire en cause:

... dans le cadre de l'obligation d'informer prévue par l'al. 10b) de la *Charte*, il faut renseigner la personne détenue sur l'existence des régimes applicables d'avocats de garde et d'aide juridique dans la province ou le territoire en cause, afin de lui permettre de saisir pleinement son droit à l'assistance d'un avocat. [Je souligne.]

Ce principe a été confirmé et repris dans l'arrêt *Bartle*, où je dis que, si il existe des services d'avocats de garde fonctionnant 24 heures par jour et auxquels il est possible d'avoir accès en composant un numéro sans frais, comme c'est le cas en Ontario, les policiers doivent en faire part à toutes les personnes placées en détention dans la mise en garde qu'ils doivent normalement leur donner en vertu de l'al. 10b). Il va sans dire qu'il serait illogique d'informer les personnes détenues d'un service qui n'existe pas et auquel elles ne peuvent en conséquence avoir recours. Le volet information de l'al. 10b) a pour but de permettre aux personnes détenues de prendre des décisions éclairées au sujet des services qui existent. Comme l'arrêt *Brydges* concernait principalement le volet information de l'al. 10b), il ne faudrait pas conclure qu'il détermine que cet alinéa garantit l'existence de services d'avocats de garde ou exige que les personnes détenues puissent disposer de tels services partout au pays.

Cela étant dit, j'aimerais souligner que, à mon avis, dans les provinces ou territoires où ils existent, les services d'«avocats de garde selon *Brydges*» permettent de protéger au mieux et de la façon la plus simple et la plus directe les intérêts de tous les participants du système de justice criminelle; en conséquence, il s'agit de services que les gouvernements et les barreaux ont tout intérêt à mettre en place et à financer. Comme le montre la preuve extrinsèque, exiger des policiers qu'ils informent les personnes détenues de l'existence de services d'avocats de garde accessibles à tous, 24 heures par jour, augmente les possibilités que ces personnes cherchent à obtenir des conseils juri-

other words, the existence of such a service reduces the likelihood of detainees being left with the mistaken impression that legal assistance is not available to them due to the expense of hiring a lawyer, or to the fact that it is outside regular business hours. In addition, provision of duty counsel would seem to offer concrete benefits to law enforcement authorities and to the courts. That is, not only does ensuring that legal advice is available at the outset save time and allow police to proceed more quickly with their investigatory work and with laying charges, but also it is likely to facilitate the admission into evidence of various statements made to police by detained persons. "Brydges duty counsel" is also likely, at least in the long run, to be cost efficient. It would decrease the overtime costs associated with having police "hold off" to provide the necessary "reasonable opportunity" to contact counsel and, by reducing the number of motions which centre around ss. 10(b) and 24(2) of the *Charter*, would help to save on court resources.

I would also note that duty counsel services do in fact exist in a variety of forms in most jurisdictions throughout this country. The clearest and most up-to-date overview of duty counsel systems in Canada is found in the *P.R.A. Reports*, which were commissioned and financed by the federal Department of Justice. It should be borne in mind, however, that these Reports do not include Quebec, which declined to participate, or the Yukon or the Northwest Territories, which were excluded for practical reasons. At pages 4.94-4.95 of the *P.R.A. Technical Report*, duty counsel services presently available to detainees are described in the following terms:

diques et qu'elles soient en conséquence informées de leurs droits et obligations en vertu de la loi ainsi que de la manière dont elles peuvent exercer ces droits: p. ex., voir l'arrêt *Bartle*, à la p. 200. En d'autres termes, lorsqu'il existe de tels services, il y a moins de risques que les personnes détenues aient l'impression erronée qu'elles ne peuvent avoir recours à l'assistance d'un avocat en raison des frais que cela comporte ou parce que l'on est en dehors des heures de bureau. De plus, il semble que l'existence de services d'avocats de garde présente des avantages concrets pour les tribunaux et pour les responsables de l'application de la loi. En effet, en s'assurant que les personnes détenues puissent dès le départ obtenir des conseils juridiques, non seulement on sauve du temps et on permet aux policiers d'effectuer leur enquête et de porter des accusations plus rapidement, mais on facilite aussi l'utilisation en preuve des diverses déclarations faites aux policiers par les personnes détenues. Il est également fort probable que le système d'avocats de garde selon *Brydges* sera rentable, du moins à long terme. Il entraînerait une réduction des coûts liés aux heures de travail supplémentaires que doivent faire les policiers lorsqu'ils doivent surseoir au processus en cours pour donner à la personne une «possibilité raisonnable» de communiquer avec un avocat et, en diminuant le nombre de requêtes portant principalement sur l'al. 10(b) et sur le par. 24(2) de la *Charte*, il permettrait d'économiser les ressources des tribunaux.

J'aimerais également souligner que des services d'avocats de garde existent déjà sous diverses formes dans la plupart des provinces et territoires. L'analyse la plus claire et la plus récente des systèmes d'avocats de garde au Canada se trouve dans les *Rapports de P.R.A.* qui ont été rédigés à la demande du ministère de la Justice du Canada, qui en a assuré le financement. Il ne faut toutefois pas oublier que ces rapports ne traitent pas de la situation au Québec, qui a refusé de participer à l'étude, ni au Yukon ou dans les Territoires du Nord-Ouest, qui ont été exclus pour des raisons d'ordre pratique. On trouve aux pp. 4.94 et 4.95 du *Technical Report* de P.R.A. la description suivante des services d'avocats de garde actuellement offerts aux personnes détenues:

The response to *Brydges* has varied considerably. Table 4-25 [found at p. 4-95 and reproduced below] shows the approaches currently in place in the jurisdictions included in this study. In general, during the day legal aid offices will accept calls from police and accused. Summary advice is provided by staff counsel and thereafter referrals are made to staff or private counsel. In British Columbia, a province-wide toll free number is used to handle all *Brydges* calls.

After hours calls are handled in different ways. In Saskatchewan a toll free number is maintained under contract to Legal Aid. The accused who uses this number may receive summary advice, but is usually referred to local legal aid staff counsel, or recommends that private lawyers be consulted (from the Yellow Pages) if accused do not appear to qualify for legal aid. In many areas, police are informed of which lawyers are on duty counsel and accused are provided with these lists. In Ontario a toll free number is maintained in Toronto to provide summary advice at any time. Compensation for after hours calls is currently provided only in New Brunswick on a per call basis. Because duty counsel are private lawyers in Alberta and British Columbia and are allowed to assume accused as clients after duty counsel consultation, legal aid management believes this should be inducement enough. The recent elimination of the fee for after hours calls has caused some controversy in Alberta. In Nova Scotia, the use of staff counsel to handle after hours calls has prompted considerable acrimony with some lawyers refusing to accept any calls in the evening. Manitoba pays a weekly fee to a lawyer or articling student assigned to take after hours calls in Winnipeg only. In the smaller jurisdictions, legal aid staff and/or private lawyers have their phone numbers posted in police stations and correctional facilities. These after-hours calls are not compensated, though the cases often result in a legal aid certificate.

[TRADUCTION] Les suites données à l'arrêt *Brydges* ont été fort différentes. Le tableau 4-25 [à la p. 4-95, reproduit ci-après] montre les diverses formules qui ont été adoptées dans les provinces visées par la présente étude. En règle générale, les services d'aide juridique acceptent pendant les heures de bureau les appels provenant de policiers et d'accusés. Des avocats salariés fournissent des conseils sommaires et, par la suite, les personnes sont mises en rapport avec des avocats salariés ou des avocats de cabinets privés. En Colombie-Britannique, un numéro de téléphone sans frais peut être composé dans l'ensemble de la province pour les demandes de type *Brydges*.

Après les heures de bureau, les appels sont traités de diverses manières. En Saskatchewan, un numéro de téléphone sans frais permet de joindre l'aide juridique. L'accusé qui utilise ce numéro peut recevoir des conseils sommaires; toutefois, on le met habituellement en contact avec un avocat salarié de l'aide juridique, ou on lui recommande de consulter des avocats de cabinets privés (en utilisant les Pages jaunes) lorsqu'il ne semble pas être admissible à l'aide juridique. Dans de nombreuses régions, les policiers sont informés des noms des avocats de garde et ils en remettent la liste aux accusés. En Ontario, un numéro de téléphone peut être composé sans frais à Toronto pour obtenir des conseils sommaires en tout temps. À l'heure actuelle, les appels effectués en dehors des heures de bureau ne font l'objet d'une rémunération (par appel) qu'au Nouveau-Brunswick. Comme en Alberta et en Colombie-Britannique, les avocats de garde sont des avocats de cabinets privés auxquels il est ensuite loisible de prendre les accusés comme clients une fois qu'ils leur ont fourni des conseils à titre d'avocats de garde, la direction de l'aide juridique croit qu'il s'agit là d'un avantage suffisant. L'abolition récente des honoraires pour les appels effectués en dehors des heures de bureau a causé une certaine controverse en Alberta. En Nouvelle-Écosse, l'utilisation d'avocats salariés pour répondre aux appels après les heures de bureau a suscité beaucoup d'amertume chez certains avocats, qui refusent d'accepter des appels le soir. Le Manitoba verse des honoraires hebdomadaires à un avocat ou à un stagiaire chargé de recevoir les appels en dehors des heures de bureau à Winnipeg seulement. Dans les régions moins peuplées, les numéros de téléphone des avocats de l'aide juridique ou des avocats de cabinets privés sont affichés dans les postes de police et dans les organismes correctionnels. Ces appels ne sont pas rémunérés, bien qu'un certificat d'aide juridique soit souvent remis.

TABLE/TABLEAU 4-25

**Summary of Brydges Duty Counsel or On-Call Services
Résumé des services d'avocats de garde selon Brydges**

Jurisdiction Province	Compensation for After Hours Calls Rémunération pour les appels après les heures de bureau	Access Accès
Nova Scotia Nouvelle-Écosse	Staff Counsel Avocats salariés	<ul style="list-style-type: none"> • Legal Aid during day. • After hours police maintain lists of Legal Aid Lawyers. • Aide juridique pendant le jour. • Après les heures de bureau, les services de police tiennent une liste des avocats de l'aide juridique.
Prince Edward Island Île-du-Prince-Édouard	No Aucune	<ul style="list-style-type: none"> • Legal Aid during day. • After hours police <u>may</u> maintain lists. • Aide juridique pendant le jour. • Après les heures de bureau, les services de police <u>peuvent</u> tenir des listes.
Saskatchewan Saskatchewan	Staff Counsel Avocats salariés	<ul style="list-style-type: none"> • Legal Aid during day. • After hours province-wide toll free number. • Aide juridique pendant le jour. • Après les heures de bureau, numéro de téléphone sans frais dans l'ensemble de la province.
Manitoba Manitoba	No (except in Winnipeg — flat weekly fee paid) Aucune (sauf à Winnipeg — honoraires hebdomadaires fixes)	<ul style="list-style-type: none"> • In Winnipeg a 24 hour on-call service maintained by Legal Aid Manitoba. • In rural areas, RCMP maintain complete lists of Legal Aid lawyers who can be called at anytime. • À Winnipeg, Aide juridique Manitoba assure un service sur appel 24 heures par jour. • Dans les régions rurales, la GRC garde une liste complète des avocats de l'aide juridique qui peuvent être joints en tout temps.
New Brunswick Nouveau-Brunswick	\$25/call 25 \$/appel	<ul style="list-style-type: none"> • Legal Aid during day. • Local police have lists of private lawyers performing duty counsel for after hours. • Aide juridique pendant le jour. • Les services de police locaux ont des listes des avocats de cabinets privés qui agissent comme avocats de garde après les heures de bureau.

Newfoundland	No	<ul style="list-style-type: none"> • Toll Free 24 hours per day, usually route to St. John's Legal Aid office during day. • After hours, calls are routed by answering service to staff lawyers who accept calls on weekly stints. • Police also maintain lists of private lawyers.
Terre-Neuve	Aucune	<ul style="list-style-type: none"> • Une ligne sans frais, 24 heures par jour, achemine habituellement les appels au bureau de l'aide juridique de St. John's pendant le jour. • Après les heures de bureau, les appels sont acheminés par une permanence téléphonique aux avocats salariés qui prennent les appels suivant une répartition hebdomadaire. • Les services de police gardent aussi des listes des avocats de cabinets privés.
Ontario	No	<ul style="list-style-type: none"> • Legal Aid offices during day. • Toll free 24 hour provincial wide line, staffed by three staff lawyers in Toronto. • Local police also maintain lists of Legal Aid lawyers and private bar willing to accept calls after hours.
Ontario	Aucune	<ul style="list-style-type: none"> • Bureau de l'aide juridique pendant le jour. • Ligne sans frais, 24 heures par jour, pour l'ensemble de la province permettant de joindre trois avocats salariés à Toronto. • Les services de police locaux gardent aussi des listes des avocats de l'aide juridique et des avocats de cabinets privés qui acceptent les appels après les heures de bureau.
Alberta	\$15/call, Ceased July 92	<ul style="list-style-type: none"> • Toll free 24 hour line. • Police maintain lists of private lawyers.
Alberta	15 \$/appel, rémunération abolie depuis juillet 92	<ul style="list-style-type: none"> • Ligne sans frais, 24 heures par jour. • Les services de police gardent des listes des avocats de cabinets privés.
British Columbia	No	<ul style="list-style-type: none"> • Toll free 24 hour assistance offered from Vancouver. Summary advice followed by referral to local bar.
Colombie-Britannique	Aucune	<ul style="list-style-type: none"> • Aide téléphonique sans frais, à partir de Vancouver, 24 heures par jour. Après des conseils sommaires, les personnes sont renvoyées à des avocats de cabinets privés.

In Quebec, each administrative district offers a 24-hour, 7-day per week service for detained persons which can be reached by dialling a number to which long distance charges do not apply: Y. Lafontaine, "Pourquoi au juste?" (1992), 32 *Actif* 32, at pp. 35-36 and p. 38. With respect to the Yukon and the Northwest Territories, it is not possible to determine exactly the extent to which "Brydges duty counsel" is available to detainees. However, it appears that in the Yukon, or at least in Whitehorse, there may be an on-call lawyer available on weekends to give summary advice: Courts Program, Canadian Centre for Justice Statistics, "Legal Aid in Canada: Description of Legal Aid Operations", at p. 7.1.

The conclusion that can safely be drawn about the existence and availability of duty counsel services for detainees is that they exist in various forms throughout Canada, with the exception of at least part of Nova Scotia and of Prince Edward Island, where no formal after-hours service is available and the service that is available during business hours is contingent on eligibility for Legal Aid, and possibly the Northwest Territories and the Yukon, or at least the more remote parts of these two territories.

Where "Brydges duty counsel" exists, it does not appear to be a costly service to provide. According to the *P.R.A. Reports*, determining the precise cost of providing duty counsel services is difficult due to the variability in delivery systems across and within provinces and to the record-keeping methods which tend to be employed: *P.R.A. Summary Report*, at p. 41. However, I note that, in referring to Ontario's system of "Brydges duty counsel", one author has cited statistics showing that, between April 1, 1990 to October 31, 1990, 9,091 people were assisted by emergency duty counsel in Ontario at an average cost of \$11.69 per person: Kathryn Moore, "Police Implementation of Supreme Court of Canada Charter

Au Québec, chaque district administratif offre sept jours par semaine et 24 heures par jour un service auquel les personnes détenues peuvent avoir accès en composant un numéro sans frais d'interurbain: Y. Lafontaine, «Pourquoi au juste?» (1992), 32 *Actif* 32, aux pp. 35 et 36, et à la p. 38. Pour ce qui est du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest, il n'est pas possible de déterminer avec précision dans quelle mesure les personnes détenues peuvent avoir accès à des «avocats de garde selon *Brydges*». Toutefois, il semble qu'au Yukon, ou du moins à Whitehorse, un avocat soit disponible sur appel les fins de semaine pour des consultations sommaires: Programme des tribunaux, Centre canadien de la statistique juridique, «*L'aide juridique au Canada: Description des opérations*», à la p. 7.1.

La conclusion que nous pouvons tirer sans risque de nous tromper au sujet de l'existence et de l'accessibilité de services d'avocats de garde à l'intention des personnes détenues est qu'ils existent sous diverses formes partout au Canada, à l'exception d'une partie du moins de la Nouvelle-Écosse, et de l'Île-du-Prince-Édouard où aucun service structuré n'est offert après les heures de bureau et où les services offerts pendant les heures de bureau dépendent de l'admissibilité de la personne à l'aide juridique, et, probablement, des Territoires du Nord-Ouest et du Yukon, ou du moins des régions les plus éloignées de ces deux territoires.

Lorsqu'il existe des services d'«avocats de garde selon *Brydges*», ils ne semblent pas entraîner beaucoup de frais. Selon les *Rapports de P.R.A.*, il est difficile de déterminer avec précision le coût des services d'avocats de garde en raison des diverses formes sous lesquelles ils existent dans les provinces et des méthodes de comptabilisation qui sont employées: *Summary Report* de P.R.A., à la p. 41. Je signale toutefois qu'un auteur faisant référence au système d'«avocats de garde selon *Brydges*» de l'Ontario a cité des statistiques selon lesquelles, entre le 1^{er} avril et le 31 octobre 1990, 9 091 personnes ont eu recours aux services d'urgence des avocats de garde dans cette province, à un coût moyen de 11,69 \$ par personne: Kathryn

Decisions: An Empirical Study (1992), 30 *Osgoode Hall L.J.* 547, at p. 565. I would also simply note that there are some jurisdictions where the private bar assumes the cost of providing free duty counsel service outside regular business hours. In return, lawyers are allowed to retain as clients those who they originally served as duty counsel: *P.R.A. Technical Report*, p. 5.28. Neither the Attorney General of Nova Scotia and the respondent in the case at bar, nor the Attorney General of Prince Edward Island for the appellant in the related case of *Matheson*, have adduced any concrete evidence as to the cost of establishing a "Brydges duty counsel" service in their provinces.

In sum, then, I am satisfied that various systems of duty counsel are widely available to detainees in this country and that they need not be costly to set up and maintain. As well, I would note that an effective duty counsel service does not have to be an elaborate one. For instance, it need not consist of anything more than a basic service accessed by dialling a 1-800 (toll-free) number which provides free preliminary advice over the telephone, or the police providing up-to-date lists of lawyers, either from Legal Aid offices or from the private bar, who are prepared to serve as duty counsel at specific times (e.g., once the local Legal Aid office closes down for the day or the weekend).

(b) *The Question of Substantive Obligation Under Section 10(b)*

However, acknowledging the desirability from the point of view of fairness and administrative convenience of a system of preliminary legal advice universally available to all detainees upon request and free of charge, as well as recognizing its widespread availability across the country is far different from actually finding that there is a constitutionally entrenched obligation on governments to ensure that such a system exists. In the case at

Moore, «Police Implementation of Supreme Court of Canada Charter Decisions: An Empirical Study» (1992), 30 *Osgoode Hall L.J.* 547, à la p. 565. Je voudrais également signaler que, dans certaines provinces, ce sont les avocats de cabinets privés qui assument les coûts des services d'avocats de garde après les heures de bureau. En échange, il leur est loisible de prendre comme clients les personnes qu'ils ont ainsi conseillées: *Technical Report* de P.R.A., à la p. 5.28. Ni le procureur général de la Nouvelle-Écosse, intimé en l'espèce, ni le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard au nom de l'appelant dans l'arrêt connexe *Matheson*, n'ont produit de preuve tangible quant au coût de la mise en place de services d'avocats de garde selon *Brydges* dans leurs provinces.

Somme toute, je suis convaincu que divers systèmes d'avocats de garde sont accessibles aux personnes détenues dans notre pays et qu'il n'est pas nécessaire d'investir des sommes énormes pour assurer leur mise en place et leur fonctionnement. De même, j'aimerais souligner qu'un service d'avocats de garde n'a pas à être compliqué pour être efficace. Par exemple, il peut s'agir d'un simple service accessible en composant (sans frais) un numéro 1-800 qui permet d'obtenir des conseils préliminaires sans frais par téléphone, ou il peut suffire que les services de police fournissent une liste récente des avocats, qu'ils travaillent aux bureaux de l'aide juridique ou qu'ils soient membres de cabinets privés, qui sont disposés à assurer les services d'avocats de garde à certains moments précis (p. ex., une fois que les bureaux de l'aide juridique sont fermés pour la journée ou pour la fin de semaine).

b) *Obligation positive en vertu de l'al. 10b)*

Toutefois, reconnaître les avantages que présente, du point de vue de l'équité et de l'efficacité administrative, un système de conseils juridiques préliminaires accessible sur demande et sans frais à toutes les personnes détenues et en constater la grande disponibilité à l'échelle du pays est une tout autre chose que de conclure à l'existence d'une obligation constitutionnelle en vertu de laquelle les gouvernements seraient tenus d'établir un tel sys-

bar from Nova Scotia and the related case of *Matheson* from Prince Edward Island, the immediate, albeit temporary, free legal advice described in *Brydges* was not available to the two accused. As a result, it is now necessary to consider whether s. 10(b) imposes a positive constitutional obligation on governments to ensure that detainees have access to summary legal advice upon request, irrespective of financial status. To be absolutely clear, the issue of whether the *Charter* guarantees a right to state-funded counsel at trial and on appeal does not arise here.

I am of the view that it is neither appropriate nor necessary for this Court to find that s. 10(b) of the *Charter* imposes on governments a substantive obligation to ensure that “*Brydges* duty counsel” is available to detainees, or likewise, that it provides all detainees with a corresponding right to such counsel. Several factors lead me to this conclusion.

First, it is clear that s. 10(b) of the *Charter* does not, in express terms, constitutionalize the right to free and immediate legal advice upon detention. The right to retain and instruct counsel and to be informed of that right, or in French the right to “*l’assistance d’un avocat et d’être informé de ce droit*” is simply not the same thing as a universal right to free, 24-hour preliminary legal advice. Moreover, there is evidence which shows that the framers of the *Charter* consciously chose not to constitutionalize a right to state-funded counsel under s. 10 of the *Charter*: *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada* (January 27, 1981). Specifically, a proposed amendment, which would have added the following clause to what is now s. 10 of the *Charter* was considered and rejected (p. 46:127):

tème. Dans la présente espèce, qui émane de la Nouvelle-Écosse, comme dans l’affaire connexe de *Matheson*, de l’Île-du-Prince-Édouard, les conseils juridiques gratuits immédiats, mais temporaires, décrits dans l’arrêt *Brydges*, n’étaient pas disponibles pour les deux accusés. Par conséquent, il faut maintenant déterminer si l’al. 10b) impose aux gouvernements l’obligation constitutionnelle positive de faire en sorte que les personnes détenues puissent avoir accès à des conseils juridiques sommaires sur demande, sans égard à leurs ressources financières. Pour éviter toute ambiguïté, précisons qu’il ne s’agit pas ici de se demander si la *Charte* garantit le droit à l’assistance d’un avocat rémunéré par l’État à l’étape du procès et de l’appel.

J’estime qu’il n’est ni opportun ni nécessaire que notre Cour conclue que l’al. 10b) de la *Charte* impose aux gouvernements une obligation positive d’assurer aux personnes détenues la disponibilité de services d’«avocats de garde selon *Brydges*», ou encore qu’il accorde à toutes les personnes détenues un droit analogue à de tels services. Plusieurs facteurs m’amènent à cette conclusion.

En premier lieu, il est clair que l’al. 10b) de la *Charte* ne constitutionalise pas expressément le droit à des conseils juridiques gratuits et immédiats au moment de la mise en détention. Le droit «d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et d’être informé de ce droit», ou, dans le texte anglais, «*to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right*» ne constitue tout simplement pas la même chose qu’un droit universel à des conseils juridiques gratuits et préliminaires 24 heures par jour. En outre, des éléments de preuve montrent que les rédacteurs de la *Charte* ont intentionnellement choisi de ne pas constitutionaliser un droit à des services d’avocats rémunérés par l’État sous le régime de l’art. 10 de la *Charte*: *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada* (27 janvier 1981). Plus précisément, le Comité a examiné puis rejeté un projet de modification qui aurait ajouté la disposition suivante à ce qui est maintenant l’art. 10 de la *Charte* (p. 46:127):

(d) if without sufficient means to pay for counsel and if the interests of justice so require, to be provided with counsel;

d) d'avoir l'assistance d'un avocat s'il n'a pas de moyens suffisants et si l'intérêt de la justice l'exige;

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, I stated for the majority that while these Minutes are admissible as extrinsic aids to the interpretation of *Charter* provisions, they should not be given "too much weight". However, it must be borne in mind that the Minutes at issue in the *Re B.C. Motor Vehicle Act* recorded the views of civil servants on the meaning that should be given to the words "the principles of fundamental justice" found in s. 7 of the *Charter*, a task for which the courts are far better qualified.

^a Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, j'ai dit au nom de la majorité que, même si ces procès-verbaux sont admissibles comme moyens externes d'aider à l'interprétation des dispositions de la *Charte*, on ne doit pas leur accorder «trop d'importance». Il faut toutefois se rappeler que les procès-verbaux en cause dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* rapportaient les points de vue de fonctionnaires sur le sens à donner à l'expression «les principes de justice fondamentale» qui figure à l'art. 7 de la *Charte*, tâche pour laquelle les tribunaux sont beaucoup mieux qualifiés.

The situation here is quite different: at issue is a specific clause which was proposed, considered and rejected by our elected representatives. In my opinion, it would be imprudent for this Court not to attribute any significance to the fact that this clause was not adopted. In light of the language of s. 10 of the *Charter*, which on its face does not guarantee any substantive right to legal advice, and the legislative history of s. 10, which reveals that the framers of the *Charter* decided not to incorporate into s. 10 even a relatively limited substantive right to legal assistance (i.e., for those "without sufficient means" and "if the interests of justice so require"), it would be a very big step for this Court to interpret the *Charter* in a manner which imposes a positive constitutional obligation on governments. The fact that such an obligation would almost certainly interfere with governments' allocation of limited resources by requiring them to expend public funds on the provision of a service is, I might add, a further consideration which weighs against this interpretation.

^d La situation en l'espèce est tout à fait différente: il s'agit d'une disposition particulière qui a été proposée, examinée, puis rejetée par nos représentants élus. À mon avis, il serait imprudent de n'accorder aucune importance au fait que cette disposition n'a pas été adoptée. Compte tenu de la formulation de l'art. 10 de la *Charte*, qui à première vue ne garantit aucun droit substantiel à des conseils juridiques, et de l'historique législatif de l'art. 10, qui révèle que les rédacteurs de la *Charte* ont choisi de ne pas y incorporer un droit substantiel à l'assistance d'un avocat même relativement limitée (c'est-à-dire pour ceux qui n'ont «pas de moyens suffisants et si l'intérêt de la justice l'exige»), notre Cour franchirait un grand pas si elle interprétait la *Charte* d'une façon qui impose une obligation constitutionnelle positive aux gouvernements. Le fait qu'une telle obligation risque presque certainement d'entrer en conflit avec la répartition des ressources limitées des gouvernements en obligeant ces derniers à affecter des fonds publics à la prestation d'un service constitue, devrais-je ajouter, une considération supplémentaire à l'encontre de cette interprétation.

Second, if this Court were to hold that there is, under the *Charter*, an obligation on governments to make available "Brydges duty counsel" to all detainees, and that any provincial or territorial

En deuxième lieu, si notre Cour devait conclure qu'il existe, sous le régime de la *Charte*, une obligation en vertu de laquelle les gouvernements doivent fournir les services d'«avocats de garde selon

government (the level of government in charge of the administration of legal aid and duty counsel services) which fails to do so violates the s. 10(b) rights of detainees, the implications would be far-reaching. In effect, this Court would be saying that in order to have the power of arrest and detention, a province must have a duty counsel system in place. In provinces and territories where no duty counsel system exists, the logical implication would be that all arrests and detentions are *prima facie* unconstitutional. Moreover, devising an appropriate remedy under circumstances in which a government was found to be in breach of its constitutional obligation for failure to provide duty counsel would prove very difficult. Unless absolutely necessary to protect the *Charter* rights of individuals, I believe that a holding with implications of this magnitude should be avoided.

Fortunately, there is an alternative solution which avoids the problems and complications associated with finding that s. 10(b) imposes a substantive constitutional obligation on governments to make available “*Brydges* duty counsel” to all detainees, and which sufficiently protects the *Charter* rights and freedoms of detainees. This alternative, which I shall refer to as the obligation on police to “hold off” until a detainee has been given a reasonable opportunity to contact counsel, is fully consistent with the existing s. 10(b) jurisprudence of this Court. While this alternative may not be ideal from the Crown’s perspective, and especially in terms of concerns it may have for administrative and evidentiary expediency, this is a trade-off that governments which persist in refusing to implement a “*Brydges* duty counsel” system, for whatever reason, will have to endure and accept.

Brydges» à toutes les personnes détenues, et que tout gouvernement provincial ou territorial (le palier de gouvernement responsable de l’administration de l’aide juridique et des services d’avocats de garde) qui manque à cette obligation viole les droits que l’al. 10b) garantit aux personnes détenues, il en résulterait des conséquences d’une portée considérable. En fait, notre Cour dirait ainsi que pour être habilitée à procéder à des arrestations et à des détentions, une province devrait avoir établi un système d’avocats de garde. La conclusion logique d’une telle façon de voir serait que dans les provinces et les territoires dépourvus d’un tel système, toutes les arrestations et les détentions seraient à première vue inconstitutionnelles. Il serait en outre très difficile d’établir la réparation qui devrait s’appliquer lorsqu’un gouvernement ne s’est pas acquitté de son obligation constitutionnelle en ne fournissant pas les services d’avocats de garde. Sauf si cela était absolument nécessaire pour assurer la protection des droits de la personne garantis par la *Charte*, je crois qu’on devrait éviter de rendre une décision qui aurait des conséquences aussi graves.

Il existe heureusement une autre solution qui permet d’éviter les problèmes et les complications qui résulteraient d’une conclusion portant que l’al. 10b) impose aux gouvernements une obligation constitutionnelle positive d’offrir à toutes les personnes détenues des services d’«avocats de garde selon *Brydges*», et qui protège suffisamment les droits et les libertés que la *Charte* leur garantit. Cette solution de rechange, que je décrirai comme l’obligation faite aux policiers de surseoir à toute mesure jusqu’à ce que la personne détenue ait eu une possibilité raisonnable de recourir à l’assistance d’un avocat, correspond en tous points à la jurisprudence actuelle de notre Cour au sujet de l’al. 10b). Si cette solution n’est pas idéale du point de vue du ministère public, en particulier en ce qui a trait à la recherche d’efficience en matière d’administration et de preuve, elle n’en constitue pas moins un compromis que devront endurer et accepter les gouvernements qui, pour diverses raisons, persistent à refuser d’instaurer un système de services d’«avocats de garde selon *Brydges*».

(c) *The Obligation to Hold Off*

As this Court has stated on a number of occasions, s. 10(b) imposes both informational and implementational duties on state authorities who arrest or detain a person. (See *Bartle*, at pp. 192-94; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1241-42; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at p. 890; *Brydges*, at pp. 203-4.) Once a detainee has indicated a desire to exercise his or her right to counsel, the state is required to provide him or her with a reasonable opportunity in which to do so. In addition, state agents must refrain from eliciting incriminatory evidence from the detainee until he or she has had a reasonable opportunity to reach counsel. As the majority indicated in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, at p. 12, once a detainee asserts his or her right to counsel, the police cannot in any way compel him or her to make a decision or participate in a process which could ultimately have an adverse effect in the conduct of an eventual trial until that person has had a reasonable opportunity to exercise that right. In other words, the police are obliged to “hold off” from attempting to elicit incriminatory evidence from the detainee until he or she has had a reasonable opportunity to reach counsel.

In my view, what constitutes a “reasonable opportunity” will depend on all the surrounding circumstances. These circumstances will include the availability of duty counsel services in the jurisdiction where the detention takes place. As the majority in *Brydges* suggested (at p. 216), the existence of duty counsel services may affect what constitutes “reasonable diligence” of a detainee in pursuing the right to counsel, which will in turn affect the length the period during which the state authorities’ s. 10(b) implementational duties will require them to “hold off” from trying to elicit incriminatory evidence from the detainee. The non-existence of such services will also affect the determination of what, under the circumstances, is a “reasonable opportunity” to consult counsel. The

c) *Obligation de surseoir à l’enquête*

Comme notre Cour l’a mentionné à maintes reprises, l’al. 10b) impose aux autorités qui arrêtent une personne ou la placent en détention des obligations en matière d’information et en matière de mise en application. (Voir les arrêts *Bartle*, aux pp. 192 à 194; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, aux pp. 1241 et 1242; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, à la p. 890; *Brydges*, aux pp. 203 et 204.) Une fois qu’une personne détenue a exprimé le désir d’exercer son droit à l’assistance d’un avocat, l’État est tenu de lui fournir une possibilité raisonnable de le faire. En outre, les agents de l’État doivent s’abstenir de soutirer des éléments de preuve incriminants au détenu jusqu’à ce que celui-ci ait eu une possibilité raisonnable de joindre un avocat. Comme notre Cour à la majorité l’a dit dans l’arrêt *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, à la p. 12, dès qu’une personne détenue fait valoir son droit à l’assistance d’un avocat, les policiers ne peuvent en aucune façon, jusqu’à ce qu’elle ait eu une possibilité raisonnable d’exercer ce droit, la forcer à prendre une décision ou à participer à quelque chose qui pourrait finalement avoir un effet préjudiciable sur un éventuel procès. En d’autres termes, jusqu’à ce que cette personne ait eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat, la police est obligée de «surseoir» à toute mesure ayant pour objet de lui soutirer des éléments de preuve de nature incriminante.

À mon avis, ce qui constitue une «possibilité raisonnable» dépendra des circonstances de chaque espèce. Ces circonstances comprennent l’existence de services d’avocats de garde dans le ressort où la personne est placée en détention. Comme notre Cour à la majorité l’a affirmé dans l’arrêt *Brydges* (à la p. 216), l’existence de services d’avocats de garde peut avoir des conséquences sur ce qui constitue, pour une personne détenue, une «diligence raisonnable» à se prévaloir du droit à l’assistance d’un avocat, ce qui influera ensuite sur la durée de la période pendant laquelle les autorités de l’État sont, en vertu des obligations de mise en application visées à l’al. 10b), tenues de «surseoir» à toute mesure pour soutirer à cette personne des éléments de preuve incriminants. L’absence de tels services

absence of duty counsel in a jurisdiction does not give persons detained there more rights under s. 10(b) than those who are detained in jurisdictions which have duty counsel. It does, however, serve to extend the period in which a detainee will have been found to have been duly diligent in exercising his or her right to counsel. Similarly, if duty counsel exists but is simply unavailable at the time of detention, the “reasonable opportunity” given to detainees to contact counsel will have to reflect this fact.

In a situation such as the one in this case, where duty counsel services are available during regular office hours (although only to those eligible for legal aid) and a detainee expresses a desire to contact counsel and is duly diligent in exercising that right, but is prevented from doing so due to institutional factors beyond his or her control, s. 10(b) requires that the police hold off from trying to elicit incriminatory evidence from the detainee until he or she has had a reasonable opportunity to reach counsel. Similarly, the “reasonable opportunity” provided to detainees in jurisdictions lacking duty counsel might extend to when the local Legal Aid office opens, when a private lawyer willing to provide free summary advice can be reached, or when the detainee is brought before a justice of the peace for bail purposes and his or her needs can be properly assessed and accommodated. In determining what is a reasonable opportunity, the fact that the evidence may cease to be available as a result of a long delay is a factor to be considered.

influera également sur l'évaluation de ce qui, dans les circonstances, constitue une «possibilité raisonnable» de consulter un avocat. L'absence de services d'avocats de garde dans une province ou un territoire ne donnera pas plus de droits, en vertu de l'al. 10b), que ceux dont disposent les personnes détenues dans une province ou un territoire où de tels services existent. Cependant, cette absence servira à étendre la période pendant laquelle une personne détenue peut prétendre avec succès avoir été diligente dans l'exercice de son droit à l'assistance d'un avocat. De même, si un service d'avocats de garde est établi mais qu'il n'est tout simplement pas disponible au moment de la détention, on devra alors tenir compte de ce fait pour déterminer la «possibilité raisonnable» de communiquer avec un avocat accordée à la personne détenue.

Dans une situation comme celle de l'espèce, où des services d'avocats de garde sont disponibles durant les heures de bureau (même s'ils ne sont offerts qu'aux personnes qui peuvent se prévaloir de l'aide juridique) et où une personne détenue exprime le désir d'entrer en communication avec un avocat et fait preuve de diligence dans l'exercice de ce droit, mais en est empêchée en raison de facteurs institutionnels indépendants de sa volonté, l'al. 10b) exige que la police sursoie aux mesures visant à lui soutirer des éléments de preuve de nature incriminante, jusqu'à ce que la personne ait eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat. De même, la «possibilité raisonnable» accordée aux personnes détenues dans les provinces et territoires qui ne disposent pas de services d'avocats de garde pourrait s'étendre jusqu'à l'ouverture du bureau local de l'aide juridique, jusqu'à l'établissement de la communication avec un avocat de cabinet privé qui accepte de donner sans frais des conseils sommaires, ou jusqu'à la comparution de la personne détenue devant un juge de paix qui, à l'occasion d'une demande de mise en liberté sous caution, sera en mesure d'évaluer adéquatement ses besoins et d'y répondre. Pour déterminer ce qui constitue une possibilité raisonnable, le fait qu'un long délai puisse entraîner l'impossibilité d'obtenir la preuve est un facteur à prendre en considération.

The holding-off requirement described above flows logically from the two implementation duties. I am also satisfied that making the police hold off from trying to elicit incriminatory evidence from a detainee in jurisdictions where no duty counsel is available at the time of request, and where the detainee has been sufficiently diligent upon being informed of the right to counsel to trigger and sustain his or her ensuing rights under s. 10(b), is consistent with the underlying purposes of s. 10(b).

It is now well accepted that s. 10(b) serves to protect the privilege against self-incrimination, a basic tenet of our criminal justice system which has been recognized by members of this Court to be a "principle of fundamental justice" under s. 7 of the *Charter*: *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, and *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229. In *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 176-77, the relationship between s. 10(b) and the right to silence was acknowledged by the majority, at p. 176:

The first *Charter* right of importance in defining the scope of the right to silence under s. 7 of the *Charter* at the pre-trial stage is the right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*.

The scheme under the *Charter* to protect the accused's pre-trial right to silence may be described as follows. Section 7 confers on the detained person the right to choose whether to speak to the authorities or to remain silent. Section 10(b) requires that he be advised of his right to consult counsel and permitted to do so without delay.

The most important function of legal advice upon detention is to ensure that the accused understands his rights, chief among which is his right to silence. The detained suspect, potentially at a disadvantage in relation to the informed and sophisticated powers at the disposal of the state, is entitled to rectify the disadvantage by speaking to legal counsel at the outset, so that he is aware of his right not to speak to the police and obtains appropriate advice with respect to the choice he faces.

L'obligation de sursis décrite ci-dessus découle logiquement des deux obligations de mise en application. Je suis également convaincu que s'harmonise avec les objets sous-jacents de l'al. 10b) l'obligation faite à la police de surseoir à toute mesure pour soutirer des éléments de preuve de nature incriminante à une personne détenue dans les provinces et territoires où il n'y a pas de services d'avocats de garde disponibles au moment de la demande, et où la personne a fait preuve de suffisamment de diligence dès le moment où elle a été informée de son droit à l'assistance d'un avocat pour engager et maintenir ses droits sous le régime de l'al. 10b).

Il est maintenant généralement accepté que l'al. 10b) sert à protéger le privilège de ne pas s'incriminer, un précepte fondamental de notre système de justice criminelle que des membres de notre Cour ont reconnu comme «principe de justice fondamentale» sous le régime de l'art. 7 de la *Charte*: *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555 et *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229. Dans l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, aux pp. 176 et 177, la relation entre l'al. 10b) et le droit de garder le silence a été reconnue par la majorité, à la p. 176:

Le premier droit d'importance reconnu par la *Charte* dans la définition de la portée du droit qu'a une personne, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, de garder le silence avant la tenue du procès est le droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b) de la *Charte*.

Le régime de la *Charte* pour ce qui est de protéger le droit de l'accusé de garder le silence avant le procès peut être décrit de la façon suivante. L'article 7 confère à la personne détenue le droit de choisir de parler aux autorités ou de garder le silence. L'alinéa 10b) exige qu'elle soit avisée de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'elle puisse y avoir recours sans délai.

La fonction la plus importante de l'avis juridique au moment de la détention est d'assurer que l'accusé comprenne quels sont ses droits dont le principal est le droit de garder le silence. Le suspect détenu, exposé à se trouver en situation défavorable par rapport aux pouvoirs éclairés et sophistiqués dont dispose l'État, a le droit de rectifier cette situation défavorable en consultant un avocat dès le début afin d'être avisé de son droit de ne pas parler aux policiers et d'obtenir les conseils appro-

Read together, ss. 7 and 10(b) confirm the right to silence in s. 7 and shed light on its nature.

This point was confirmed in *Brydges*, where the majority held at p. 206 that:

A detainee is advised of the right to retain and instruct counsel without delay because it is upon arrest or detention that an accused is in immediate need of legal advice. [Emphasis in original.] As I stated in *Manninen*, *supra*, at p. 1243, one of the main functions of counsel at this early stage of detention is to confirm the existence of the right to remain silent and to advise the detainee about how to exercise that right. It is not always the case that immediately upon detention an accused will be concerned about retaining the lawyer that will eventually represent him at a trial, if there is one. Rather, one of the important reasons for retaining legal advice without delay upon being detained is linked to the protection of the right against self-incrimination. This is precisely the reason that there is a duty on the police to cease questioning the detainee until he has had a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. [Emphasis added.]

Making the police hold off in situations where a detainee has been reasonably diligent in exercising his or her right to counsel, including where appropriate trying to reach a private lawyer, and where “*Brydges* duty counsel” is not available would accommodate a detainee’s privilege against self-incrimination. The police investigation with respect to evidence in the construction of which a detainee must necessarily participate (e.g., confessions, identification evidence, and breath and blood samples) would have to be held in abeyance until such reasonable time as a detainee is able to make contact with a private lawyer or whatever duty counsel service is in existence in the jurisdiction.

With respect to the liberty interests of detainees, it should be remembered that s. 10(b) of the *Charter* is triggered by an act of “detention” (which includes arrest) by the state. That is, the duty on state agents to inform individuals of their right to

priés quant au choix qu’il doit faire. Pris ensemble, l’art. 7 et l’al. 10b) confirment le droit de garder le silence reconnu à l’art. 7 et nous éclairent sur sa nature.

a Ce point a été confirmé dans l’arrêt *Brydges*, où la majorité a déclaré, à la p. 206:

Une personne détenue est informée de son droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat parce que c’est en cas d’arrestation ou de détention qu’un accusé a immédiatement besoin de conseils juridiques. [Souligné dans l’original.] Ainsi que je l’ai dit dans l’arrêt *Manninen*, précité, à la p. 1243, une des fonctions principales de l’avocat, à cette étape initiale de la détention, est de confirmer l’existence du droit de garder le silence, puis de conseiller la personne détenue sur la manière de l’exercer. Il n’arrive pas toujours qu’un accusé se soucie, dès qu’il est placé en détention, de retenir les services de l’avocat qui le représentera éventuellement à son procès, si procès il y a. L’une des raisons majeures d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat après avoir été placé en détention tient plutôt à la protection du droit de ne pas s’incriminer. C’est précisément la raison pour laquelle les policiers ont l’obligation de cesser de questionner la personne détenue jusqu’à ce qu’elle ait eu une possibilité raisonnable d’avoir recours à l’assistance d’un avocat. [Je souligne.]

Oblier la police à surseoir à tout interrogatoire lorsqu’une personne détenue a été raisonnablement diligente dans l’exercice de son droit à l’assistance d’un avocat, y compris, s’il y a lieu, en tentant de communiquer avec un avocat d’un cabinet privé, et lorsque les services d’«avocats de garde selon *Brydges*» ne sont pas disponibles, respecterait le privilège de cette personne de ne pas s’incriminer. L’enquête policière permettant de recueillir des éléments de preuve à laquelle une personne détenue doit nécessairement participer (notamment par des aveux, par des preuves d’identité et par des échantillons d’haleine ou de sang) devrait être reportée pour une période raisonnable afin de lui permettre de communiquer avec un avocat d’un cabinet privé ou avec un service d’avocats de garde établi dans la province ou le territoire.

En ce qui a trait aux droits à la liberté des personnes détenues, il faut se rappeler que le droit garanti à l’al. 10b) de la *Charte* prend naissance par suite d’un acte de «détention» (qui comprend l’arrestation) de la part de l’État. Cela signifie que

counsel does not arise until a person has been “detained” within the meaning of s. 10. As this Court explained in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, *per Le Dain J.*, at pp. 641-42, detention involves some form of coercion or compulsion by the state which results in a deprivation of liberty. The physical constraint (or psychological perception of such constraint) which exists upon detention means that an individual loses his or her freedom of movement and, potentially at least, his or her access to services, including legal assistance, available in the wider community. Accordingly, it is clear that one of the purposes of the right to counsel under s. 10(b) is to safeguard the liberty interests of detainees, which are constitutionally protected under s. 7 of the *Charter*, and to assist detainees in regaining their freedom.

While it is true that detainees continue to be deprived of their freedom while the police hold off and they wait to be able to contact counsel, I am satisfied that any deprivation of liberty in these circumstances would be minimal and in accordance with the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. I would further note that the bail provisions under the *Code* lay down a strict procedural code dealing with detention in custody and with release. For example, s. 503(1)(a) of the *Code* ensures that a person who is detained is brought before a justice “to be dealt with according to law . . . without unreasonable delay” (emphasis added). Moreover, any delay which is considered excessive can be challenged under s. 9 of the *Charter*, which protects against arbitrary detention or imprisonment.

In sum, then, I find that s. 10(b) does not impose a positive obligation on governments to ensure that free, preliminary legal advice is available on a 24-hour, on-call basis. However, s. 10(b) does require, in situations where a detainee has asserted his or her right to counsel and been duly diligent in

l’obligation des agents de l’État d’informer les personnes de leur droit à l’assistance d’un avocat ne prend pas effet tant que la personne n’a pas été «détenue» au sens de l’art. 10. Comme notre Cour l’a expliqué dans l’arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, le juge Le Dain, aux pp. 641 et 642, la détention suppose de la part de l’État une certaine forme de coercition ou de contrainte qui entraîne une privation de liberté. La contrainte physique (ou la perception psychologique qu’il peut y en avoir) qui existe au moment de la détention signifie que la personne perd sa liberté de mouvement et, tout au moins potentiellement, son accès aux services, notamment à l’assistance d’un avocat, qui sont disponibles au sein de la société en général. Par conséquent, il est clair que l’un des objets visés par le droit à l’assistance d’un avocat garanti à l’al. 10b) est la sauvegarde du droit à la liberté des personnes détenues, qui est constitutionnellement protégé en vertu de l’art. 7 de la *Charte*, et l’aide au recouvrement de la liberté.

Tout en reconnaissant que les personnes détenues continuent à être privées de leur liberté pendant que la police sursoit à l’enquête et qu’elles tentent d’entrer en communication avec un avocat, je suis convaincu que toute perte de liberté dans de telles circonstances serait minime et respecterait les principes de justice fondamentale selon l’art. 7 de la *Charte*. Je ferais observer en outre que les dispositions relatives à la mise en liberté sous caution prévues dans le *Code* établissent un code de procédure strict portant sur la détention sous garde et sur la mise en liberté. À titre indicatif, l’al. 503(1)a) du *Code* prévoit qu’une personne qui est détenue doit être conduite devant un juge de paix «pour qu’elle soit traitée selon la loi [. . .] sans retard injustifié» (je souligne). En outre, tout retard qui est considéré excessif peut être contesté en invoquant l’art. 9 de la *Charte*, qui protège contre la détention ou l’emprisonnement arbitraires.

En somme, je conclus que l’al. 10b) n’impose pas aux gouvernements une obligation positive de faire en sorte qu’il soit possible d’obtenir des conseils juridiques préliminaires gratuits sur appel, 24 heures par jour. Cependant, dans les cas où la personne détenue a manifesté sa volonté de se préva-

exercising it, that the police hold off in order to provide the detainee with a reasonable opportunity to contact counsel. It must also be noted that, although there is no constitutional obligation on governments to provide duty counsel services, the nonexistence or unavailability of such services could, in some circumstances which I need not speculate on, give rise to issues of fair trial. Thus, in those situations, the state runs the risk of having evidence excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

In circumstances where a detainee has asserted his or her right to counsel and has been reasonably diligent in exercising it, yet has been unable to reach a lawyer because duty counsel is unavailable at the time of detention, courts must ensure that the *Charter*-protected right to counsel is not too easily waived. Indeed, I find that an additional informational obligation on police will be triggered once a detainee, who has previously asserted the right to counsel, indicates that he or she has changed his or her mind and no longer wants legal advice. At this point, police will be required to tell the detainee of his or her right to a reasonable opportunity to contact a lawyer and of the obligation on the part of the police during this time not to take any statements or require the detainee to participate in any potentially incriminating process until he or she has had that reasonable opportunity. This additional informational requirement on police ensures that a detainee who persists in wanting to waive the right to counsel will know what it is that he or she is actually giving up.

Given the importance of the right to counsel, I would also say with respect to waiver that once a detainee asserts the right there must be a clear indication that he or she has changed his or her mind,

loir de son droit à l'assistance d'un avocat et où elle a fait preuve de diligence dans l'exercice de ce droit, l'al. 10b) exige que la police sursoie à l'enquête afin de lui donner une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat. Il y a également lieu de signaler que, bien que les gouvernements n'aient aucune obligation constitutionnelle de fournir des services d'avocats de garde, l'absence de tels services ou l'impossibilité de s'en prévaloir pourrait, dans certaines circonstances sur lesquelles je n'ai pas à conjecturer, soulever des questions d'équité du procès. L'État court alors le risque de voir un élément de preuve exclu en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Dans les cas où la personne détenue a manifesté sa volonté de se prévaloir de son droit à l'assistance d'un avocat et où elle a été raisonnablement diligente dans l'exercice de ce droit sans pour autant réussir à joindre un avocat parce qu'aucun avocat de garde n'était disponible au moment de la détention, les tribunaux doivent s'assurer qu'on n'a pas conclu trop facilement à la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat garanti par la *Charte*. En fait, j'estime qu'il y aura naissance d'une obligation d'information supplémentaire de la part de la police dès que la personne détenue, qui a déjà manifesté son intention de se prévaloir de son droit à l'assistance d'un avocat, indique qu'elle a changé d'avis et qu'elle ne désire plus obtenir de conseils juridiques. À ce moment, la police sera tenue de l'informer de son droit d'avoir une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat et de l'obligation de la police, au cours de cette période, de s'abstenir, tant que la personne n'aura pas eu cette possibilité raisonnable de prendre toute déposition ou d'exiger qu'elle participe à quelque processus qui pourrait éventuellement être incriminant. Grâce à cette exigence supplémentaire en matière d'information imposée à la police, la personne détenue qui maintient qu'elle veut renoncer à son droit à l'assistance d'un avocat saura ce à quoi elle renonce.

Compte tenu de l'importance du droit à l'assistance d'un avocat, j'ajouterais à l'égard de la renonciation que, dès lors qu'une personne détenue a fait valoir son droit, il faut qu'elle donne par la

and the burden of establishing an unequivocal waiver will be on the Crown: *Ross*, at pp. 11-12. Further, the waiver must be free and voluntary and it must not be the product of either direct or indirect compulsion. This Court has indicated on numerous occasions that the standard required for an effective waiver of the right to counsel is very high: *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, *Manninen*, and *Evans*. As I said in *Bartle*, at pp. 192-94 and 206, a person who waives a right must know what he or she is giving up if the waiver is to be valid. That being said, it stands to reason that the right to counsel guaranteed under s. 10(b) must not be turned into an obligation on detainees to seek the advice of a lawyer.

Finally, I wish to point out that there may be compelling and urgent circumstances in which, despite a detainee's being unable to contact a lawyer due to the unavailability of a "Brydges duty counsel" system, police will not be required under s. 10(b) to hold off. However, in the context of impaired driving cases, I am satisfied that the existence of the two-hour evidentiary presumption available to the Crown under s. 258(1)(c)(ii) of the *Code* does not, by itself, constitute such a compelling or urgent circumstance. "Urgency" of the kind referred to by this Court in cases such as *Manninen*, *supra*, and *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, is not created by mere investigatory and evidentiary expediency in circumstances where duty counsel is unavailable to detainees who have asserted their desire to contact a lawyer and been duly diligent in exercising their s. 10(b) rights. A detainee's Charter-guaranteed right to counsel must take precedence over the statutory right afforded to the Crown which allows it to rely on an evidentiary presumption about what a breathalyser reading would have been at the time of care and control of a vehicle. Loss of the benefit of this presumption is simply one of the prices which has to be paid by governments which refuse to ensure that a system of "Brydges duty counsel" is available to give detainees free, preliminary legal advice on an on-call, 24-hour basis. In the circumstances

suite une indication claire qu'elle a changé d'avis, et il appartiendra au ministère public d'établir qu'elle y a clairement renoncé: *Ross*, aux pp. 11 et 12. En outre, la renonciation doit être libre et volontaire et elle ne doit pas avoir été donnée sous la contrainte, directe ou indirecte. Notre Cour a indiqué à maintes reprises que la norme requise pour établir l'existence d'une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat est très stricte: *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, *Manninen*, et *Evans*. Comme je le dis dans l'arrêt *Bartle*, aux pp. 192 à 194 et 206, la personne qui renonce à un droit doit savoir ce à quoi elle renonce pour que la renonciation soit valide. Cela dit, il va de soi que le droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b) ne doit pas se transformer en obligation pour les personnes détenues de demander l'assistance d'un avocat.

Enfin, je soulignerai qu'il peut y avoir des circonstances pressantes et urgentes où, même si la personne détenue est dans l'impossibilité de communiquer avec un avocat parce qu'il n'existe pas de système d'«avocats de garde selon *Brydges*», la police ne sera pas tenue de surseoir en vertu de l'al. 10b). Toutefois, lorsqu'il s'agit d'affaires de conduite avec facultés affaiblies, je suis convaincu que l'existence d'une présomption en matière de preuve à l'égard des échantillons pris dans les deux heures que peut invoquer le ministère public en vertu du sous-al. 258(1)c)(ii) du *Code* ne constitue pas en soi une circonstance pressante ou urgente. Une «urgence» comme celle qui est visée par notre Cour dans des arrêts comme *Manninen*, précité, et *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, ne naît pas de la seule recherche d'efficience en matière d'enquête et d'établissement de la preuve dans des circonstances où des services d'avocats de garde ne sont pas accessibles aux personnes détenues qui ont manifesté leur volonté de communiquer avec un avocat et qui ont fait preuve de diligence dans l'exercice des droits que leur garantit l'al. 10b). Le droit à l'assistance d'un avocat que la *Charte* garantit à toute personne détenue doit avoir préséance sur le droit d'origine législative qui permet au ministère public de se fonder sur une présomption en matière de preuve pour établir le degré d'alcoolémie qui aurait été décelé par l'alcootest si

presented in this case it is neither necessary nor appropriate to consider s. 1 of the *Charter*. However, if, for example, a section of the *Code* was to be enacted which required a person to take a breathalyser test within a fixed time whether or not a lawyer had been consulted, then a court might well be required to consider, depending on the time allotted amongst other factors, whether such a provision could be justified under s. 1 of the *Charter*.

I would also note as an aside that where the Crown is unable to rely on the presumption under s. 258(1)(c)(ii) of the *Code* due to the unavailability of duty counsel, the Crown can still try and prove the "over 80" breathalyser charge by adducing expert evidence which seeks to relate later and lower test results back to the blood-alcohol level at the time of the offence: see, e.g., *R. v. Burnison* (1979), 70 C.C.C. (2d) 38 (Ont. C.A.). As this Court said clearly in *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663, where it considered the breathalyser scheme under the *Code*, evidence obtained more than two hours after the alleged offence is still admissible.

It may be that on some occasions a detainee's reasonable opportunity to contact counsel, and the corresponding holding-off period, will extend to the point at which it is no longer possible to obtain breathalyser readings that can be accurately extrapolated backwards to provide information about the accused blood alcohol level at the time of the alleged offence. The question of whether or not the imminent loss of the chance to obtain any mean-

celui-ci avait été administré au moment de la garde et du contrôle du véhicule. L'impossibilité d'invoquer cette présomption constitue tout simplement une partie du prix qu'ont à payer les gouvernements qui refusent d'assurer l'existence d'un service d'«avocats de garde selon *Brydges*» permettant de fournir aux personnes détenues des conseils juridiques préliminaires gratuits sur demande, 24 heures par jour. Dans les circonstances de l'espèce, il n'est ni nécessaire ni opportun de prendre en considération l'article premier de la *Charte*. Toutefois, si, par exemple, on adoptait un article du *Code* qui obligerait un personne à subir un alcootest dans une période donnée, qu'un avocat ait été consulté ou non, alors il se pourrait fort bien qu'un tribunal ait à déterminer, selon, entre autres facteurs, la période fixée, si une telle disposition serait justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Je voudrais aussi faire remarquer en passant que lorsque le ministère public ne peut se fonder sur la présomption prévue au sous-al. 258(1)(c)(ii) du *Code* en raison de l'absence de services d'avocats de garde, il lui est néanmoins toujours loisible d'étayer l'accusation de conduite avec une alcoolémie «de plus de 80 mg» par un témoignage d'expert qui cherche à établir un lien entre une lecture subséquente inférieure et l'alcoolémie au moment de l'infraction: voir, par exemple, *R. c. Burnison* (1979), 70 C.C.C. (2d) 38 (C.A. Ont.). Ainsi que l'a clairement affirmé notre Cour dans l'arrêt *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663, dans lequel elle a examiné le régime d'éthylométrie prévu dans le *Code*, des éléments de preuve obtenus plus de deux heures après le moment où l'infraction aurait été commise sont toujours admissibles.

Il se peut que, dans certains cas, la possibilité raisonnable qu'il faut donner à une personne détenue de communiquer avec un avocat et la période de sursis correspondante qui doit lui être accordée à cette fin, s'étendent au point qu'il ne sera peut-être plus possible d'obtenir des lectures d'alcootest susceptibles d'être extrapolées avec exactitude pour obtenir des renseignements sur l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction reprochée.

ingful breathalyser data might constitute an “urgent circumstance” sufficient to curtail the holding-off period does not arise on facts of this appeal. In the case at bar, breathalyser readings were obtained roughly an hour after the appellant was detained, well before any sense of urgency connected to the loss of the opportunity to obtain useful breathalyser data would have developed. It is, therefore, unnecessary to decide in this case whether, under different circumstances, the prospect of the loss of all opportunity to obtain breathalyser data might justify abridging the holding-off period. Moreover, this question could not, in my view, be decided without considering the statutory provisions upon which the police’s ability to obtain breathalyser data rests. As I noted in *Bartle*, at p. 213, breathalyser evidence in impaired driving cases is often characterized as “statutorily compellable” by virtue of the fact that refusing to provide a breath sample in these circumstances is itself a criminal offence under s. 254(5) of the *Code*. The results of a breathalyser test are self-incriminatory evidence (*Bartle*, at pp. 213-14), and were it not for s. 254(5), a detainee would be free to choose not to assist the state’s investigation by providing a breath sample. In my view, any consideration of the question of whether the state’s interest in obtaining breathalyser readings was sufficiently pressing to constitute an “urgent circumstance” warranting the curtailment of a detainee’s s. 10(b) rights would, by inference, require an examination of the constitutionality of s. 254(5), an issue that was not raised directly on this appeal. For these reasons, I prefer not to decide this question at this time.

I should note, however, that whether or not breathalyser data is available it is always open to the Crown to proceed with a straight impaired driving charge under s. 253(a), as was customary before the advent of breathalyser machines and Parliament’s introduction in the late 1960’s of the

D’après les faits en l’espèce, on n’a pas à se demander si la perte imminente de la possibilité d’obtenir toute donnée significative sur l’alcoolémie d’une personne pourrait constituer une «circonstance urgente» suffisante pour justifier l’abrégement de la période de sursis. En l’espèce, les alcootests ont été effectués environ une heure après la mise en détention de l’appelant, bien avant qu’il existe une urgence quelconque liée à la perte de la possibilité d’obtenir des données utiles. Par conséquent, il n’est pas nécessaire de décider en l’espèce si, dans des circonstances différentes, le risque de perte de toute possibilité de procéder à un alcootest pourrait justifier l’abrégement de la période de sursis. En outre, cette question ne pourrait, à mon avis, être tranchée sans examen des dispositions législatives habilitant la police à procéder aux alcootests. Comme je l’ai fait remarquer dans l’arrêt *Bartle*, à la p. 213, on parle souvent de «contraignabilité prévue par la loi» à propos de la preuve obtenue par alcootest dans les cas de conduite avec facultés affaiblies puisque le refus de fournir un échantillon d’haleine dans ces circonstances constitue en soi une infraction criminelle en vertu du par. 254(5) du *Code*. Les résultats des alcootests sont auto-incriminants (voir l’arrêt *Bartle*, aux pp. 213 et 214); d’ailleurs, si ce n’était du par. 254(5), une personne détenue serait libre de décider de ne pas aider à l’enquête de l’État en fournissant un échantillon d’haleine. À mon avis, si l’on examine la question de savoir si l’intérêt de l’État relativement aux lectures d’alcootest est suffisamment pressant pour constituer une «circonstance urgente» justifiant l’atteinte aux droits garantis au détenu par l’al. 10b), il faudrait aussi, par déduction, examiner la validité constitutionnelle du par. 254(5), question non directement soulevée dans le présent pourvoi. Pour ces motifs, je préfère ne pas trancher cette question pour l’instant.

Cependant, que l’on possède ou non des données sur l’alcoolémie d’une personne, il est, je tiens à le préciser, toujours loisible au ministère public d’engager directement des poursuites sous le chef de la conduite avec facultés affaiblies en vertu de l’al. 253a), comme cela se faisait couramment avant l’arrivée des alcootests et l’introduction

“over 80” breathalyser charge under s. 253(b) of the *Code*.

(d) *Summary of Principles*

Section 10(b) of the *Charter* does not impose a substantive constitutional obligation on governments to ensure that duty counsel is available, or likewise, provide detainees with a guaranteed right to free and immediate preliminary legal advice upon request. However, in jurisdictions where a duty counsel service does exist but is unavailable at the precise time of detention, s. 10(b) does impose an obligation on state authorities to hold off from eliciting evidence from a detainee, provided that the detainee asserts his or her right to counsel and is reasonably diligent in exercising it. In other words, the police must provide the detainee with what, in the circumstances, is a reasonable opportunity to contact duty counsel. While this holding-off requirement does not apply in cases of urgency, the evidentiary presumption under s. 258(1)(d) of the *Code*, which provides that readings taken within two hours of an alleged offence are proof of the blood alcohol level at the time of the offence, is not a sufficiently “urgent” factor to override a detainee’s right to counsel under s. 10(b).

In addition, once a detainee asserts his or her right to counsel and is duly diligent in exercising it, thereby triggering the obligation on the police to hold off, the standard required to constitute effective waiver of this right will be high. Upon the detainee doing something which suggests he or she has changed his or her mind and no longer wishes to speak to a lawyer, police will be required to advise the detainee of his or her right to a reasonable opportunity to contact counsel and of their obligation during this time not to elicit incriminating evidence from the detainee.

par le législateur, vers la fin des années 1960, du chef d’accusation d’alcoolémie «de plus de 80 mg» en vertu de l’al. 253b) du *Code*.

a d) *Sommaire des principes*

L’alinéa 10b) de la *Charte* n’impose pas aux gouvernements une obligation constitutionnelle positive de faire en sorte qu’il soit possible d’obtenir sans délai des services d’avocats de garde, ni ne donne aux personnes détenues un droit garanti à des conseils juridiques préliminaires gratuits, sur demande. Toutefois, dans les provinces et territoires où des services d’avocats de garde existent mais où la personne ne peut y recourir au moment précis de sa mise en détention, l’al. 10b) impose aux agents de l’État l’obligation de surseoir aux mesures visant à lui soutirer des éléments de preuve, si elle a manifesté l’intention de se prévaloir de son droit à l’assistance d’un avocat et fait preuve d’une diligence raisonnable dans l’exercice de ce droit. Autrement dit, la police doit donner à la personne détenue ce qui, dans les circonstances, constitue une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat de garde. Bien que cette obligation de sursis ne s’applique pas dans les cas d’urgence, la présomption en matière de preuve prévue à l’al. 258(1)d) du *Code*, qui porte que les lectures d’alcooltest prises dans les deux heures suivant le moment où l’infraction aurait été commise font foi de l’alcoolémie de l’accusé au moment de cette infraction, ne constitue pas un facteur suffisamment «urgent» pour avoir préséance sur le droit d’une personne détenue à l’assistance d’un avocat que garantit l’al. 10b).

En outre, dès qu’une personne détenue invoque son droit à l’assistance d’un avocat et fait preuve de diligence dans l’exercice de ce droit, donnant ainsi naissance à l’obligation de sursis de la police, la norme exigée pour qu’il y ait renonciation valide de ce droit sera stricte. Quand la personne détenue fait quelque chose qui indique qu’elle a changé d’avis et qu’elle ne souhaite plus communiquer avec un avocat, les policiers devront l’informer de son droit à une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat et de leur obligation de ne pas lui soutirer des éléments de preuve de nature incriminante.

With respect to the initial information component of s. 10(b), I would reiterate what I said in *Bartle, supra* — namely, that a detainee is entitled under s. 10(b) to be advised of whatever system for free, preliminary legal advice exists in the jurisdiction at the time and of how such advice can be accessed (e.g., by dialling a 1-800 (toll-free) number). Where no such duty counsel system exists, as was the case here and in *Matheson*, a detainee must nevertheless be advised upon detention of his or her right to apply for legal aid under the applicable provincial or territorial legal-aid plan.

(e) *Application*

The appellant was arrested, cautioned and read the breathalyser demand late on a Saturday afternoon. He told the police that he wished to talk to a lawyer before taking the breathalyser tests. The police then took him to the Halifax police station and gave him a list of Legal Aid lawyers to call. Over a period of almost 40 minutes, the appellant tried, with the help of Constable Young, to reach the 12 lawyers on the list. The appellant failed to reach any of the lawyers because, just a few days earlier, they had announced a work-to-rule campaign in which they were refusing to accept any further after-hours calls from persons in detention. The appellant declined to make use of the telephone book which was offered to him by Constable Young, saying that he could not afford the legal fees of a private lawyer. The appellant agreed to take the breathalyser tests, both of which he failed.

I am satisfied that the appellant's s. 10(b) *Charter* rights were infringed in this case. Although the burden of establishing a s. 10(b) violation is always on the claimant of the right, I believe that Freeman J.A. below cast the burden too high when he stated at p. 170:

En ce qui a trait au volet information initial de l'al. 10b), je reprendrais ce que j'ai dit dans l'arrêt *Bartle*, précité — à savoir que la personne détenue a le droit, en vertu de l'al. 10b), d'être informée de l'existence de tout système lui permettant d'obtenir sans délai des conseils juridiques préliminaires gratuits dans la province ou le territoire, et des moyens à employer pour y avoir accès (par exemple, en composant sans frais un numéro 1-800). En l'absence d'un tel système d'avocats de garde, comme ce fut le cas en l'espèce et dans l'affaire *Matheson*, la personne détenue doit quand même être informée dès sa mise en détention de son droit de demander de l'aide juridique selon le régime applicable dans cette province ou ce territoire.

e) *Application*

L'appellant a été arrêté, mis en garde et notifié de la demande d'alcootests à la fin de l'après-midi, un samedi. Il a dit aux policiers qu'il souhaitait parler à un avocat avant de se soumettre aux alcootests. Les policiers l'ont ensuite conduit au poste de police de Halifax et lui ont donné une liste des numéros de téléphone des avocats de l'aide juridique. Avec l'aide de l'agent Young, l'appellant a tenté pendant près de 40 minutes de joindre les 12 avocats dont le nom figurait sur la liste. Il n'a pas réussi parce que, quelques jours plus tôt, ceux-ci avaient annoncé qu'ils feraient une grève du zèle et qu'ils refuseraient d'accepter d'autres appels de personnes détenues après les heures de bureau. L'appellant a refusé d'utiliser le bottin que lui avait remis l'agent Young, en disant ne pas avoir les moyens d'assumer les frais d'un avocat de cabinet privé. L'appellant a alors consenti à se soumettre aux alcootests, qui ont tous deux donné des résultats défavorables.

Je suis convaincu qu'il y a eu en l'espèce violation des droits que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appellant. Même si la charge d'établir une violation de l'al. 10b) incombe toujours à celui qui invoque le droit en cause, je crois que le juge Freeman de la Cour d'appel a établi une charge trop élevée lorsqu'il a dit, à la p. 170:

The burden was on [the appellant] to prove an infringement of his right to counsel. He did not testify. There is no evidence from him that he did not have a reasonable opportunity to seek counsel, nor that his consent to take the breathalyzer test was not a proper waiver of his right.

If it is apparent on the record that a *Charter* violation has occurred, which in this case I find it is, then it is not necessary for the defence to adduce independent, corroborating evidence of the violation.

Although the police in this case complied fully with their initial informational obligation under s. 10(b) and behaved admirably throughout, the testimony of Constable Young, the arresting police officer and the Crown's only witness, reveals that the appellant's *Charter*-guaranteed right to counsel was breached in two respects. First, after asserting his right and trying repeatedly to contact a lawyer, the appellant was not informed when he changed his mind and agreed to take the breathalyser test that the police had to hold off from their investigation until he had had a reasonable opportunity to contact counsel. Second, the police failed in fact to hold off and provide the appellant with the reasonable opportunity to contact counsel to which he was entitled under s. 10(b). That is, the police failed under the circumstances, where the appellant had clearly expressed his desire to speak to a lawyer, to put off administering the breathalyser tests until either the appellant contacted a Legal Aid lawyer, or was taken before a justice of the peace for a bail hearing and his situation could be assessed.

There were no urgent or compelling circumstances which justified the police in proceeding so precipitously with the breathalyser tests. In other words, I must respectfully disagree with Chipman J.A. for the majority below who held that the two-hour evidentiary presumption under s. 258(1)(d) of

[TRADUCTION] Il lui incombait [à l'appelant] de prouver que son droit à l'assistance d'un avocat avait été violé. Il n'a pas témoigné. Il n'a fourni aucun élément de preuve indiquant qu'il n'a pas eu une possibilité raisonnable de recourir aux services d'un avocat ou que, en acceptant de se soumettre à l'alcootest, il n'a pas renoncé à son droit.

S'il ressort clairement de l'examen du dossier qu'il y a eu violation de la *Charte*, conclusion que je tire en l'espèce, alors la défense n'est pas tenue de présenter pour fins de corroboration une preuve de violation indépendante.

Même si, en l'espèce, les policiers se sont acquittés en tous points de leur obligation initiale d'informer en vertu de l'al. 10b) et qu'ils ont eu en tout temps un comportement exemplaire, le témoignage de l'agent Young, l'agent de police qui a procédé à l'arrestation et le seul témoin du ministère public, révèle une double violation du droit à l'assistance d'un avocat que la *Charte* garantit à l'appelant. D'abord, après avoir invoqué son droit et tenté à plusieurs reprises d'entrer en communication avec un avocat, l'appelant n'a pas été informé, quand il a changé d'avis et accepté de se soumettre à l'alcootest, de l'obligation des policiers de surseoir à l'enquête jusqu'à ce qu'il ait une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat. Ensuite, les policiers ont effectivement omis de surseoir à l'enquête et de donner à l'appelant la possibilité raisonnable d'entrer en communication avec un avocat, comme c'était son droit en vertu de l'al. 10b). En d'autres termes, les policiers ont omis, dans des circonstances où l'appelant avait clairement exprimé son intention de parler à un avocat, de reporter l'administration des alcootests jusqu'à ce que l'appelant ait communiqué avec un avocat de l'aide juridique, ou ait comparu devant un juge de paix pour présenter une demande de mise en liberté sous caution et ait fait évaluer sa situation.

Il n'y avait aucune circonstance urgente ou pressante qui eut pu justifier l'administration aussi hâtive des alcootests par les policiers. En d'autres termes, je dois en toute déférence manifester mon désaccord avec le juge Chipman qui, dans les motifs qu'il a prononcés au nom de la Cour d'ap-

the *Criminal Code* created a situation of urgency which served to override the appellant's s. 10(b) rights. In this case where the appellant had clearly asserted his right to counsel but was prevented from exercising it because of institutional conditions entirely beyond his control, it would be inappropriate to allow a statutory provision benefitting the prosecution to trump the appellant's *Charter* rights.

As to whether the appellant acted with reasonable diligence in exercising his right to counsel, I am in agreement with the trial judge, Sherar Prov. Div. J., that the appellant acted with due diligence in trying to contact counsel. In my opinion, both Chipman and Freeman J.J.A. imposed too high a due diligence obligation on the appellant. For instance, while Chipman J.A. suggested at p. 162 that the appellant should have "[tried] his luck" by calling lawyers listed in the telephone book, Freeman J.A. spoke at p. 170 of how "vigorous pursuit" by the appellant of the one Legal Aid lawyer still accepting after-hours calls might have resulted in contact. As the majority of this Court said in *Ross, supra*, at p. 11, what is reasonable diligence in the exercise of the right to counsel will depend on the context. In this case, the appellant not only made 15 fruitless attempts to contact a Legal Aid lawyer over a period of almost 40 minutes, but also expressed his inability to afford a private lawyer when handed the Yellow Pages. To my mind, the appellant acted with due diligence in the circumstances and it would be entirely unreasonable to expect him to have done anything more than he did. To require the appellant, as a condition of safeguarding his s. 10(b) rights, to call at random lawyers listed in the Yellow Pages late on a Saturday afternoon and plead for free or cut-rate legal advice, as the respondent argues, would be exces-

pel à la majorité, a conclu que la présomption en matière de preuve de deux heures prévue à l'al. 258(1)d) du *Code criminel* a créé une situation d'urgence justifiant la dérogation aux droits de l'appellant sous le régime de l'al. 10b). Dans la présente espèce, où l'appellant avait clairement invoqué son droit à l'assistance d'un avocat sans pouvoir l'exercer en raison de conditions institutionnelles complètement indépendantes de sa volonté, il serait inadmissible de permettre qu'une disposition législative avantageant le ministère public vienne le priver des droits que lui garantit la *Charte*.

Quant à la question de savoir si l'appellant a agi avec une diligence raisonnable dans l'exercice de son droit à l'assistance d'un avocat, je partage la conclusion du juge du procès, le juge Sherar, portant que l'appellant a agi avec toute la diligence nécessaire lorsqu'il a tenté d'entrer en communication avec un avocat. À mon avis, les juges Chipman et Freeman de la Cour d'appel ont tous deux imposé à l'appellant une norme de diligence trop stricte. Tandis que le juge Chipman disait, à la p. 162, que l'appellant aurait dû «tenter sa chance» en appelant des avocats dont le nom figurait dans le bottin, le juge Freeman laissait entendre, à la p. 170, que si l'appellant avait été «plus tenace» dans sa tentative de joindre l'unique avocat de l'aide juridique qui acceptait encore des appels après les heures de bureau, il aurait peut-être pu réussir à entrer en communication avec lui. Comme l'a dit notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Ross*, précité, à la p. 11, la diligence raisonnable dans l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat dépend du contexte. En l'espèce, non seulement l'appellant a tenté sans succès à 15 reprises sur une période de près de 40 minutes d'entrer en communication avec un avocat de l'aide juridique, mais il a aussi déclaré ne pas avoir les moyens de recourir aux services d'un avocat d'un cabinet privé lorsqu'on lui a remis les Pages jaunes. Selon moi, l'appellant a fait preuve de toute la diligence nécessaire dans les circonstances, et il serait absolument déraisonnable de s'attendre à plus que ce qu'il a fait. Exiger de l'appellant comme condition du maintien de ses droits en vertu de l'al. 10b) qu'il appelle au hasard des avocats dont le nom figure dans les Pages

sive in a context where Legal Aid assistance exists, but not at the particular time in question.

With respect to waiver, I must again agree with the trial judge and disagree with the Court of Appeal. Sherar Prov. Div. J. found that when the appellant finally submitted to the breathalyser demand, he acted out of frustration. This is an inference of fact with which I am not prepared to interfere. As I have already emphasized above, in circumstances where a detainee asserts his or her right to counsel, the onus is on the Crown to establish that the detainee subsequently waived his or her right and the standard of proof will be high. Therefore, I cannot agree with the respondent's submission that, in the absence of any evidence suggesting the appellant did not change his mind and voluntarily agree to take the breathalyser test, the only reasonable inference is that the appellant chose to take the test with full knowledge of his s. 10(b) rights and with an appreciation of the consequences of waiving his right to counsel.

The record is unclear as to the exact circumstances surrounding the appellant's eventual submission to the breathalyser demand. Constable Young testified simply that, after he spoke to the duty prosecutor for the Crown and learned that Legal Aid lawyers were no longer taking after-hours calls, the appellant "agreed to take the breathalyzer test". This is the only evidence supporting the Crown's assertion of a valid waiver by the appellant. In light of where the burden of proof lies and given the state of the record, I am unable to agree with Chipman J.A., at p. 163, that "[i]t was the [appellant] who terminated the proceedings by volunteering to take the test" and "[i]t is clear that the [appellant] changed his mind about wanting to speak to counsel before he took the test". In addition, I respectfully do not agree with the Court of Appeal that, because the appellant had

jaunes à la fin de l'après-midi, un samedi, pour négocier des conseils juridiques gratuits ou à prix réduit, comme le prétend l'intimée, serait trop exiger de lui dans un contexte où, malgré l'existence de services d'aide juridique, ceux-ci n'étaient pas disponibles au moment précis qui nous occupe.

En ce qui a trait à la renonciation, je dois encore une fois exprimer mon accord avec le juge du procès et mon désaccord avec la Cour d'appel. Le juge Sherar a conclu que lorsque l'appelant a finalement obtempéré à l'ordre de se soumettre aux alcootests, c'est par pure frustration qu'il l'a fait. C'est là une inférence de fait que je ne suis pas prêt à modifier. Comme je l'ai déjà souligné, lorsqu'une personne détenue invoque son droit à l'assistance d'un avocat, c'est au ministère public qu'il appartient d'établir qu'il y a bien eu renonciation subséquente de cette personne à son droit, et la norme de preuve est stricte. Par conséquent, je ne puis accepter la prétention de l'intimée selon laquelle, en l'absence de tout élément de preuve établissant que l'appelant n'a pas changé d'avis ni consenti de son plein gré à se soumettre aux alcootests, la seule inférence raisonnable que l'on puisse tirer est que l'appelant a choisi de se soumettre aux tests en pleine connaissance des droits que lui garantit l'al. 10(b) et des conséquences de la renonciation à son droit à l'assistance d'un avocat.

Le dossier ne décrit pas clairement les circonstances exactes dans lesquelles l'appelant a finalement accepté d'obtempérer à l'ordre de se soumettre aux alcootests. Dans sa déposition, l'agent Young a tout simplement dit qu'après avoir parlé au procureur du ministère public de garde et avoir appris que les avocats de l'aide juridique ne prenaient plus d'appels en dehors des heures de bureau, l'appelant [TRADUCTION] «a accepté de se soumettre à l'alcootest». Il s'agit là du seul élément de preuve qui puisse étayer la prétention de l'intimée qu'il y a eu renonciation valide de la part de l'appelant. Compte tenu de la charge de la preuve et de l'état du dossier, je ne puis convenir avec le juge Chipman (à la p. 163) que «[c]'est l'[appellant] qui a mis fin au processus en offrant de son plein gré de se soumettre au test» et qu'«[i] est clair que l'[appellant] a changé d'avis au sujet

been told as part of the standard breathalyser demand delivered to him by the police approximately one hour before that, if he refused to comply with the demand he would be charged with the offence of refusal, one can safely draw the inference that the appellant must have understood the consequences of what he was doing when he agreed to take the test. The fact that the police advised the appellant of the broad parameters of the jeopardy in which he found himself is no substitute for legal advice from a lawyer whose duty it would have been to advise the appellant fully of his legal rights and obligations.

Moreover, given that the appellant was never properly informed of his rights under s. 10(b) when he changed his mind and indicated he was prepared to take the breathalyser tests without first speaking to a lawyer — specifically of his right to have the police hold off in order to provide him with a reasonable opportunity to contact a Legal Aid lawyer — one cannot say that he was in a position to know what he was giving up when he submitted to the breathalyser tests. In other words, the appellant cannot be said to have waived a right he did not know he had.

To conclude, I find that the appellant neither explicitly nor implicitly waived his right to counsel. His s. 10(b) rights were infringed by the police in two ways: first, when he was not properly informed of the obligation on the part of the police to hold off upon his changing his mind about speaking to a lawyer; and second, when, after asserting his right to counsel and exercising it with due diligence, the police did not provide him with a reasonable opportunity to contact counsel and refrain from having him participate in a potentially incriminating procedure until he had had this opportunity. It is to the issue of whether the incriminating breath samples obtained from the appellant following the violation of his *Charter*-

de son désir de parler à un avocat avant de se soumettre au test». En outre, en toute déférence, je ne puis souscrire à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle on peut raisonnablement inférer que l'appellant devait comprendre les conséquences de ce qu'il faisait en acceptant de se soumettre au test du fait qu'on lui avait dit, au moment de la signification de la demande type de se soumettre à l'alcootest qui lui avait été faite par la police environ une heure auparavant, que s'il refusait, il serait accusé de refus d'obtempérer. Le fait que la police ait informé l'appellant sommairement de la mauvaise situation dans laquelle il se trouvait ne peut d'aucune façon remplacer l'avis juridique qu'aurait pu lui donner un avocat, qui aurait eu le devoir de l'éclairer pleinement sur ses droits et obligations en vertu de la loi.

Qui plus est, comme l'appellant n'a jamais été informé adéquatement des droits que lui garantit l'al. 10(b) lorsqu'il a changé d'avis et manifesté qu'il était prêt à se soumettre aux alcootests sans avoir au préalable communiqué avec un avocat — plus précisément de son droit d'obliger la police à surseoir aux tests afin de lui donner une possibilité raisonnable d'entrer en communication avec un avocat de l'aide juridique — il est impossible d'affirmer qu'il était en mesure de savoir ce à quoi il renonçait lorsqu'il a accepté de se soumettre aux alcootests. En d'autres termes, l'appellant ne peut avoir renoncé à un droit dont il ignorait l'existence.

Je conclus finalement que l'appellant n'a ni explicitement ni implicitement renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. Les droits que l'al. 10(b) lui garantit ont été violés de deux manières par la police: d'abord lorsqu'il n'a pas été informé adéquatement de l'obligation de la police de surseoir aux tests après qu'il eut changé d'avis au sujet de son intention de communiquer avec un avocat; ensuite lorsque, après qu'il eut invoqué son droit à l'assistance d'un avocat et qu'il l'eut exercé avec toute la diligence nécessaire, la police ne lui a pas donné une possibilité raisonnable d'entrer en communication avec un avocat et qu'elle ne s'est pas abstenue, jusqu'à ce qu'il ait cette possibilité, de le faire participer à un processus qui risquait de l'in-

guaranteed right to counsel should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* that I now turn.

(f) *Exclusion of the Evidence*

The procedure for determining whether evidence, and particularly breathalyser evidence obtained in the impaired driving context, should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* is fully canvassed in my reasons in *Bartle*, which are released contemporaneously with these reasons. Accordingly, my comments here will be brief and to the point.

In my view, among the five s. 10(b) appeals heard together by this Court, the facts of this case present the most compelling basis for exclusion of evidence under s. 24(2). The breath samples were conscripted evidence which might not have been obtained had the appellant's s. 10(b) rights not been infringed. In other words, the breach of the appellant's right to counsel goes directly to his privilege against self-incrimination, and receipt of the breathalyser evidence resulting from this breach would undermine this privilege, thereby rendering the trial process unfair. Neither the undeniable good faith of the police, nor the relative seriousness of the drinking and driving offence with which the appellant was charged can compensate for the adjudicative unfairness which I find admission of the evidence would produce.

To conclude, I am fully satisfied that admission of the evidence in this case would adversely affect the fairness of the trial and bring the administration of justice into disrepute. The evidence was obtained by conscripting the appellant against himself and infringing his right against self-incrimination, a right which might have been protected had

criminer. J'aborderai maintenant la question de savoir si les échantillons d'haleine incriminants obtenus de l'appelant par suite de la violation du droit à l'assistance d'un avocat que lui garantit la *a* *Charte* devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

f) *Exclusion de la preuve*

J'examine en détail dans les motifs que j'ai prononcés dans l'arrêt *Bartle*, rendu simultanément, la procédure permettant de déterminer si, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, il y a lieu d'écarter des *c* éléments de preuve et, en particulier, les résultats d'alcootests obtenus dans les cas de conduite avec facultés affaiblies. Je me limiterai donc ici à des commentaires brefs et directs.

À mon avis, des cinq pourvois sous le régime de l'al. 10b) qui ont été entendus ensemble par notre Cour, ce sont les faits de la présente espèce qui *d* présentent le fondement le plus clair en faveur de l'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2). Les échantillons d'haleine étaient des éléments de *e* preuve obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même, qui n'auraient peut-être pas été disponibles s'il n'y avait pas eu violation des droits que l'al. 10b) *f* garantit à l'appelant. En d'autres termes, la violation du droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat porte directement atteinte à son privilège de ne pas s'incriminer, et l'utilisation des résultats des alcootests découlant de cette violation est susceptible de miner ce privilège et, partant, de rendre le processus judiciaire inéquitable. Ni l'indéniable *g* bonne foi de la police ni la gravité relative de l'infraction de conduite avec facultés affaiblies reprochée à l'appelant ne peuvent compenser le manque *h* d'équité qu'entraînerait selon moi l'utilisation de cet élément de preuve.

En conclusion, je suis absolument convaincu *i* que l'utilisation des éléments de preuve en l'espèce aurait pour effet de nuire à l'équité du procès et de déconsidérer l'administration de la justice. Les éléments de preuve ont été obtenus en mobilisant l'appelant contre lui-même et en portant *j* atteinte à son droit de ne pas s'incriminer, droit qui

he been provided with a reasonable opportunity to consult a Legal Aid lawyer.

(g) *Conclusion*

I find that the appellant's right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* was infringed and that, having regard to all of the circumstances of this case, the breathalyser evidence should not be admitted under s. 24(2) of the *Charter*.

Accordingly, the appeal should be allowed, the conviction quashed and a verdict of acquittal entered in its place.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting) — I would dispose of this appeal as proposed by my colleague, Justice L'Heureux-Dubé, for the reasons she gives regarding the alleged constitutional guarantee of state-funded duty counsel and the alleged breach of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the circumstances. I find it unnecessary, for the purposes of this case, however, to comment on the definition previously given by this Court of the term "detention". It is also in strictness unnecessary for me to comment on whether the breathalyser evidence should be excluded, but I observe that the failure of the police officer to comply with the duty set forth in *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, which was what impelled me in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, issued concurrently, to exclude the evidence, was not present here. The officer did everything he could do to facilitate the appellant's obtaining a lawyer.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This case and the four other cases heard at the same time (*R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; and *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328) and in which judgment is handed down con-

aurait pu être protégé si on lui avait donné une possibilité raisonnable de consulter un avocat de l'aide juridique.

a g) *Conclusion*

À mon avis, le droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) de la *Charte* a été violé et, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, la preuve obtenue par les alcootests ne devrait pas être utilisée.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et de la remplacer par un verdict d'acquittement.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) — Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, pour les motifs qu'elle donne relativement au droit que garantirait la Constitution d'avoir recours à un service d'avocats de garde financé par l'État et à la violation alléguée de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans les circonstances. Cependant, j'estime inutile en l'espèce de faire des commentaires sur la définition du terme «détention» déjà établie par notre Cour. Il est également à strictement parler inutile que j'examine s'il y a lieu d'écarter la preuve obtenue par alcootest, mais je tiens à préciser que le non-respect par le policier de l'obligation formulée dans l'arrêt *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, qui m'a incité dans l'affaire *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, rendu simultanément, à conclure qu'il y avait lieu d'écarter la preuve, ne se pose pas en l'espèce. Le policier a fait tout ce qu'il pouvait pour faciliter le recours à un avocat par l'appelant.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Cet appel et les quatre autres entendus en même temps (*R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; et *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328), dont les jugements sont rendus simultanément,

temporarily with this one, raise the issue of the scope of the guarantee provided for in s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that is the right of everyone on arrest or detention to "retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right". This case raises the particular issue of whether s. 10(b) of the *Charter* creates a positive constitutional obligation on governments to ensure that free and immediate temporary legal advice is available to all detainees. That question is raised here in the context of breathalyser tests administered to the appellant Prosper.

The appellant, who was acquitted at first instance, challenges his conviction by the Court of Appeal of Nova Scotia for the offence of having had care and control of a motor vehicle while his blood alcohol level was in excess of 80 mg of alcohol in 100 ml of blood, contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, on the basis that the police officers did not inform him, before he was asked to submit to the breathalyser tests, of his right to free legal advice and of a toll-free number to receive such legal advice. It so happens that the province of Nova Scotia did not have a toll-free number available 24 hours a day. Hence, this query whether governments have a constitutional obligation to provide free and immediate duty counsel services to detainees.

I agree with the Chief Justice that there is no such constitutional obligation under s. 10(b) of the *Charter*. To this end, I am particularly persuaded by the fact that the drafters of the *Charter* left out the following proposed section:

(d) if without sufficient means to pay for counsel and if the interests of justice so require, to be provided with counsel;

(See: *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, First Session of the Thirty-second Parliament, 1980-81, at pp. 46:125 and 127-135 (January 27, 1981).) In *R. v. Robinson* (1989), 73 C.R. (3d) 81,

ment, soulèvent la question de la portée de la garantie énoncée à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit le droit de toute personne, en cas d'arrestation ou de détention, «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit». La question plus précise qui se pose en l'espèce est de savoir si l'al. 10b) de la *Charte* impose aux gouvernements une obligation constitutionnelle positive de faire en sorte que toutes les personnes détenues aient accès à des conseils juridiques temporaires, sans délai et sans frais. Cette question est soulevée ici à propos des alcootests que l'appellant Prosper a dû subir.

L'appellant, qui a été acquitté en première instance, conteste sa déclaration de culpabilité par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse à l'égard de l'infraction prévue à l'al. 253b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, soit pour avoir eu la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, parce que les policiers ne l'ont pas informé, avant de lui demander de se soumettre aux alcootests, de son droit de recevoir des conseils juridiques gratuits et d'être informé du numéro d'appel sans frais à cet égard. Il se trouve que la province de la Nouvelle-Écosse ne disposait pas de numéro sans frais accessible 24 heures par jour. D'où la question de savoir si les gouvernements ont l'obligation constitutionnelle d'offrir aux personnes détenues des services immédiats et gratuits d'avocats de garde.

Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que l'al. 10b) de la *Charte* n'impose aucune telle obligation constitutionnelle. À cet égard, je suis particulièrement convaincue par le fait que les rédacteurs de la *Charte* ont délibérément choisi d'écarter le projet d'alinéa suivant:

d) d'avoir l'assistance d'un avocat s'il n'a pas de moyens suffisants et si l'intérêt de la justice l'exige;

(Voir: *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, Première session de la trente-deuxième législature, 1980-1981, aux pp. 46:125 et 46:127 à 46:135, le 27 janvier 1981.) Dans l'arrêt *R. c. Robinson* (1989), 73

at p. 113, McClung J.A., writing for the Alberta Court of Appeal, summarized the reasons underlying the rejection of s. 10(d) by the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada:

[Section 10(d)] was rejected after the joint committee heard evidence and weighed the competing articles found in the International Covenant on Civil and Political Rights, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the Sixth Amendment to the United States Constitution. It cannot be assumed that the committee was unmindful of the extended right-to-counsel jurisprudence of the U.S. federal courts that is relied upon by the applicants in this case, but which, as a Constitutional safeguard, has been consistently refused in Canada.

(Cited with approval by Freeman J.A. of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia in *R. v. Prosper*, (1992), 113 N.S.R. (2d) 156, at p. 169.)

Before us, counsel for the appellant Cyril Patrick Prosper in *Prosper*, *supra*, and counsel for the respondent Ross Nelson Matheson in *Matheson*, *supra*, referred to the “living tree” theory and argued that the *Charter* had grown to the point where state-funded duty counsel should be constitutionally guaranteed. While the “living tree” theory would perhaps let us by-pass the will of the legislature, that theory is usually used to put right an interpretation which is no longer in accordance with the current socio-economic context (see, *inter alia*: *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, at pp. 1029-30 (*per curiam*); *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 723 (Dickson J. (as he then was))). I doubt it can be used to interpret a constitutional document, such as the *Charter*, which is still in its infancy at a time when the socio-economic context has not evolved. Besides, the “living tree” theory has its limits and has never been used to transform completely a document or add a provision which was specifically rejected at the outset. It would be strange, and even dangerous, if courts could so alter the constitution of a country. Counsels’ arguments regarding the “liv-

C.R. (3d) 81, à la p. 113, le juge McClung, au nom de la Cour d’appel de l’Alberta, a résumé les motifs qui sous-tendent le rejet de l’al. 10d) par le Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada:

[TRADUCTION] [L’alinéa 10d)] a été rejeté après que le comité mixte eut entendu des témoignages et soupesé les articles correspondants du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales et du Sixième amendement à la Constitution des États-Unis. On ne peut pas présumer que le comité n’a pas tenu compte de la jurisprudence des tribunaux fédéraux américains consacrant le droit étendu à l’assistance d’un avocat que les requérants invoquent en l’espèce, mais que les tribunaux canadiens ont constamment refusé d’ériger en garantie constitutionnelle.

(Cité et approuvé par le juge Freeman de la Section d’appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l’arrêt *R. c. Prosper* (1992), 113 N.S.R. (2d) 156, à la p. 169.)

Devant nous, l’avocat de l’appellant Cyril Patrick Prosper dans l’arrêt *Prosper*, précité, et l’avocat de l’intimé Ross Nelson Matheson dans l’arrêt *Matheson*, précité, ont invoqué la théorie de l’«arbre vivant» et ont soutenu que la *Charte* s’était développée au point que le droit à des avocats de garde rémunérés par l’État devrait être garanti par la Constitution. La théorie de l’«arbre vivant» nous autoriserait peut-être à outrepasser la volonté du législateur, mais cette théorie est d’ordinaire utilisée pour corriger une interprétation qui n’est désormais plus conforme au contexte socio-économique (voir, entre autres, *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, aux pp. 1029 et 1030 (la Cour); *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, à la p. 723 (le juge Dickson (plus tard Juge en chef))). Je doute qu’elle puisse être utilisée pour interpréter un texte constitutionnel, comme la *Charte*, qui est encore dans l’enfance, quand les conditions sociales et économiques n’ont pas évolué. Du reste, la théorie de l’«arbre vivant» a ses limites et n’a jamais été utilisée pour transformer du tout au tout un document ou pour y ajouter une disposition qui avait été expressément écartée dès

ing tree" theory in the particular context of this case are not appropriate.

While one cannot ignore the plight of one of the most disadvantaged groups in society, the poor, on whose behalf The Charter Committee on Poverty Issues was granted intervener status in this case and in *Matheson* their concerns are alleviated by the availability of Legal Aid. However, the scope of services available through Legal Aid is generally not, in my opinion, for the courts to decide. The proper allocation of state resources is a matter for the legislature. In its choice of measures, given limited resources, a legislature may prefer to fund victims of crime rather than accused persons or vice versa — or may wish to reduce rather than increase Legal Aid funding. However, I do note, without deciding, that there may be certain minimum levels of Legal Aid imposed by s. 7 in the context of an accused who is being tried for an offence whose penalty might result in the deprivation of the accused's life, liberty or security of the person. However, access to 24-hour duty counsel services upon arrest or detention is clearly far above any such minimum threshold.

Therefore, I agree with the Chief Justice's conclusion that there is no constitutional obligation on governments under s. 10(b) of the *Charter* to provide free and immediate duty counsel services to detainees. There are no absolute rights, under the *Charter* or otherwise. This, in my view, should be the end of the matter and, consequently, the appeal should be dismissed and the conviction of the appellant under s. 253(b) of the *Criminal Code* upheld.

However, after having concluded that s. 10(b) does not require provinces to provide free and

le début. Il serait étrange, voire dangereux, que les tribunaux puissent modifier ainsi la constitution d'un pays. Les arguments des avocats au sujet de la théorie de l'«arbre vivant» dans le contexte particulier de la présente espèce sont mal fondés.

Même si on ne saurait demeurer insensible au sort de l'un des groupes les plus démunis de la société, les pauvres, au nom desquels le Comité de la Charte et des questions de pauvreté s'est vu reconnaître la qualité d'intervenant dans le présent pourvoi et dans le pourvoi *Matheson*, leur préoccupation est allégée par la possibilité de recourir à l'aide juridique. Il n'appartient toutefois pas aux tribunaux, à mon avis, de déterminer l'étendue des services d'aide juridique. Ce sont les législatures qui ont la responsabilité de faire une affectation judicieuse des ressources publiques. Dans son choix de mesures, une législature pourra, compte tenu du peu de ressources dont elle dispose, préférer financer les victimes d'actes criminels plutôt que les personnes accusées, ou le contraire — ou encore pourrait souhaiter réduire et non accroître les fonds consacrés à l'aide juridique. Je tiens cependant à ajouter, sans pour autant en décider, que l'art. 7 pourrait bien imposer certaines garanties minimales en matière d'aide juridique dans le contexte où un accusé subit son procès relativement à une infraction passible d'une peine susceptible de porter atteinte à sa vie, à sa liberté ou à sa sécurité. Lorsqu'une personne est arrêtée ou placée en détention, toutefois, l'accès à des services d'avocats de garde 24 heures par jour va bien au-delà d'une garantie minimale.

Pour ces raisons, je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que les gouvernements n'ont pas d'obligation constitutionnelle, en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*, d'offrir aux personnes détenues des services d'avocats de garde, sans délai et sans frais. Il n'y a pas de droits absolus, qu'ils soient garantis par la *Charte* ou autrement. Ceci, à mon avis, devrait mettre un terme à la présente instance, le pourvoi devrait être rejeté et la déclaration de culpabilité de l'appellant en application de l'al. 253b) du *Code criminel* maintenue.

Toutefois, après avoir conclu que l'al. 10b) n'exige pas des provinces qu'elles fournissent des

immediate duty counsel services, the Chief Justice went on, at p. 268, to adopt an alternative solution which he considered necessary in order to provide sufficient protection for the “the *Charter* rights and freedoms of detainees”. In my opinion, this alternative solution, which the Chief Justice referred to as the obligation to “hold off”, is neither warranted nor appropriate.

The Chief Justice bases his “holding-off” proposal on existing jurisprudence of this Court. This jurisprudence holds that, in order to comply with s. 10(b), the police must refrain from questioning a detainee who expresses an interest in consulting with counsel until such time as the detainee has had a reasonable opportunity to do so, provided, of course, that the detainee is duly diligent in attempting to contact counsel (*R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1241-44 (Lamer J. (as he then was)); *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435, at pp. 438-39 (Lamer J.); *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, at pp. 998-99 (Dickson C.J.); *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, at pp. 10-13 (Lamer J.); *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, at pp. 154-55 (Wilson J.); *R. v. Smith (Joey Leonard)*, [1989] 2 S.C.R. 368, at pp. 384-85 (Lamer J.); *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, at pp. 203, 206 (Lamer J.); *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at pp. 890-94 (McLachlin J.)).

However, the Chief Justice expands upon this principle in developing his requirement to “hold off” by stating that the length of the “reasonable opportunity” required under s. 10(b) will depend on whether or not free and immediate duty counsel services are available. As a result of this extension of the existing s. 10(b) jurisprudence, the required “reasonable opportunity” to consult with counsel will be longer in provinces without 24-hour duty counsel programs than in provinces with such programs. In fact, the Chief Justice concludes, at p. 270, that in provinces without 24-hour duty counsel services the reasonable opportunity to consult counsel can extend until such time as “when the local Legal Aid office opens, when a private lawyer willing to provide free summary advice can be

services d’avocats de garde sans frais et sans délai, le Juge en chef préconise, à la p. 268, le recours à une autre solution qu’il considère nécessaire pour protéger suffisamment «les droits et les libertés que la *Charte* [...] garantit» aux personnes détenues. Cette solution alternative, que le Juge en chef qualifie d’obligation de «sursis», n’est, dans mon opinion, ni justifiée ni appropriée.

Le Juge en chef fonde cette obligation de «sursis» sur la jurisprudence actuelle de notre Cour. Cette jurisprudence a établi que la police doit, pour se conformer à l’al. 10b), s’abstenir d’interroger une personne détenue qui manifeste le désir de consulter un avocat jusqu’à ce qu’elle ait une possibilité raisonnable de le faire, à condition, bien entendu, que cette personne fasse preuve de diligence raisonnable dans sa tentative de communiquer avec un avocat (*R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, aux pp. 1241 à 1244 (le juge Lamer (maintenant Juge en chef)); *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, aux pp. 438 et 439 (le juge Lamer); *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, aux pp. 998 et 999 (le juge en chef Dickson); *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, aux pp. 10 à 13 (le juge Lamer); *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, aux pp. 154 et 155 (le juge Wilson); *R. c. Smith (Joey Leonard)*, [1989] 2 R.C.S. 368, aux pp. 384 et 385 (le juge Lamer); *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, aux pp. 203 et 206 (le juge Lamer); *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, aux pp. 890 à 894 (le juge McLachlin)).

Le Juge en chef développe ce principe dans son analyse de l’exigence d’un «sursis» en précisant que la durée de ce qui constituera une «possibilité raisonnable» exigée en vertu de l’al. 10b) dépendra de l’existence de services d’avocats de garde sans frais et sans délai. Par suite de cet élargissement des règles que l’on trouve dans la jurisprudence actuelle sur l’al. 10b), la «possibilité raisonnable» de consulter un avocat sera plus longue dans les provinces où il n’existe pas de programmes d’avocats de garde accessibles 24 heures par jour que dans celles où il en existe. En fait le Juge en chef conclut, à la p. 270, que, dans les provinces ne disposant pas de services d’avocats de garde accessibles 24 heures par jour, cette possibilité raisonnable pourrait s’étendre «jusqu’à l’ouverture du

reached, or when the detainee is brought before a justice of the peace for bail purposes and his or her needs can be properly assessed and accommodated". In other words, the result can be a very lengthy "hold off" period.

Consequently, the Chief Justice's "hold off" proposal effectively rings the death knell of the breathalyser as a device to help take drunk drivers off the roads in provinces that do not have 24-hour duty counsel service programs or their equivalent. If police have to "hold off" from requiring detainees to take breathalyser tests in such provinces, one can foresee that drivers, from 5 p.m. to 9 a.m. on weekdays and on weekends, would be free to drink and drive at leisure, with the inevitable consequences of deaths and serious injuries on the roads (a carnage that the breathalyser device was designed to reduce substantially), all on the premise that they did not have access to 24-hour duty counsel, which, as I have already noted, is not even required by s. 10(b) of the *Charter*. In my view, the *Charter* was not enacted to produce such an aberrant result. To suggest that provinces which do not provide services which they are not constitutionally required to provide will be penalized in their means of promoting safety on their roads is to me unacceptable.

While I believe that the jurisprudence of this Court to date is correct, and that a detainee must be provided with a "reasonable opportunity" to consult with counsel where he or she expresses a desire to do so, I cannot accept that the duration of such a reasonable opportunity should depend on the existence or non-existence of duty counsel programs. The constitutional rights guaranteed under s. 10(b) of the *Charter* are uniform across the country and should not depend on the existence or non-existence of programs, such as 24-hour duty

bureau local de l'aide juridique, jusqu'à l'établissement de la communication avec un avocat de cabinet privé qui accepte de donner sans frais des conseils sommaires, ou jusqu'à la comparution de la personne détenue devant un juge de paix qui, à l'occasion d'une demande de mise en liberté sous caution, sera en mesure d'évaluer adéquatement ses besoins et d'y répondre». En d'autres termes, la période de «sursis» peut être très longue.

La proposition du Juge en chef concernant un «sursis» a comme conséquence de sonner en fait le glas de l'alcootest comme outil permettant d'aider à débarrasser les routes des conducteurs en état d'ébriété dans les provinces qui n'ont pas de services d'avocats de garde 24 heures par jour ou leur équivalent. Si, dans ces provinces, la police doit «surseoir» aux demandes d'alcootests qu'elle veut faire subir aux personnes détenues, on peut prévoir que, entre 17 heures et 9 heures la semaine, ainsi que durant les fins de semaine, les conducteurs seront libres de conduire et de boire tout à loisir, état de choses qui entraînera inévitablement des accidents de la route avec décès et blessures graves (carnage que l'alcootest était destiné à réduire sensiblement), tout cela parce qu'ils n'ont pas eu accès aux services d'un avocat de garde 24 heures par jour, ce que l'al. 10b) de la *Charte* n'exige même pas, comme je l'ai déjà fait remarquer. À mon avis, la *Charte* n'a pas été édictée pour produire un résultat aussi aberrant. Il est, selon moi, inacceptable de suggérer que les provinces qui ne fournissent pas les services qu'elles ne sont pas tenues de fournir en vertu de la Constitution seront pénalisées quant aux moyens dont elles disposent pour encourager la sécurité routière.

Je crois que la jurisprudence actuelle de notre Cour est correcte et qu'une personne détenue doit bénéficier d'une «possibilité raisonnable» de consulter un avocat si elle en manifeste le désir, mais je ne puis accepter que la durée de ce qui constituera une possibilité raisonnable doive dépendre de l'existence ou de l'inexistence de programmes d'avocats de garde. Les droits constitutionnels garantis par l'al. 10b) de la *Charte* sont uniformes dans tout le pays et ne devraient pas dépendre de l'existence ou de l'inexistence de programmes,

counsel services, that themselves are not mandated by the Constitution.

Furthermore, even if s. 10(b) did impose a long "holding-off" requirement in provinces without duty counsel programs, I do not believe that such a holding-off period would be required with respect to breathalyser tests. This Court has long recognized that in urgent or dangerous circumstances, the police need not provide detainees with a reasonable opportunity to consult counsel before questioning them (*R. v. Manninen* and *R. v. Strachan*). While, it goes without saying that it is not in every situation that urgent and dangerous circumstances will be present, I firmly believe that in the case of breathalyser tests there is such an urgency. The test must be administered "forthwith" and the timing for efficacy of that test is two hours, a time frame also required by law. I refer in particular to ss. 254(3) and 258(1)(c)(ii) of the *Code*:

254. . . .

(3) Where a peace officer believes on reasonable and probable grounds that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, as a result of the consumption of alcohol, an offence under section 253, the peace officer may, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require that person to provide then or as soon thereafter as is practicable

(a) such samples of the person's breath as in the opinion of a qualified technician, or

are necessary to enable proper analysis to be made in order to determine the concentration, if any, of alcohol in the person's blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such samples to be taken.

258. (1) In any proceedings under subsection 255(1) in respect of an offence committed under section 253 or in any proceedings under subsection 255(2) or (3),

comme les services d'avocats de garde 24 heures par jour, dont l'établissement n'est même pas exigé par la Constitution.

Par ailleurs, même si l'al. 10b) imposait une longue période de «sursis» dans les provinces où il n'existe pas de programmes d'avocats de garde, je ne crois pas qu'une telle période serait exigée en ce qui concerne les alcootests. Notre Cour reconnaît depuis longtemps que, en cas d'urgence ou de danger, la police n'est pas tenue de fournir à une personne détenue une possibilité raisonnable de consulter un avocat avant de l'interroger (voir les arrêts *R. c. Manninen* et *R. c. Strachan*). Il va sans dire qu'il n'y aura pas urgence ou danger dans tous les cas, mais je crois fermement que dans le cas de l'alcootest, il y a urgence. La police doit l'administrer «immédiatement» et son efficacité est nulle après deux heures, laps de temps qui est fixé par la loi. Je me réfère tout particulièrement au par. 254(3) et au sous-al. 258(1)(c)(ii) du *Code*:

254. . . .

(3) L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, par suite d'absorption d'alcool, une infraction à l'article 253 peut lui ordonner immédiatement ou dès que possible de lui fournir immédiatement ou dès que possible les échantillons suivants:

a) soit les échantillons d'haleine qui de l'avis d'un technicien qualifié sont nécessaires à une analyse convenable pour permettre de déterminer son alcoolémie;

Aux fins de prélever les échantillons de sang ou d'haleine, l'agent de la paix peut ordonner à cette personne de le suivre.

258. (1) Dans des poursuites engagées en vertu du paragraphe 255(1) à l'égard d'une infraction prévue à l'article 253 ou dans des poursuites engagées en vertu des paragraphes 255(2) ou (3):

(c) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if

c) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), la preuve des résultats des analyses fait foi, en l'absence de toute preuve contraire, de l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies:

a

b

(ii) each sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and, in the case of the first sample, not later than two hours after that time, with an interval of at least fifteen minutes between the times when the samples were taken,

(ii) chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction aurait été commise et, dans le cas du premier échantillon, pas plus de deux heures après ce moment, les autres l'ayant été à des intervalles d'au moins quinze minutes, [Je souligne.]

c

d

evidence of the results of the analyses so made is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was, where the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, where the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses; [Emphasis added.]

e

f

For all of the reasons explained above, I conclude that the appellant's rights under s. 10(b) of the *Charter* were not violated. To hold otherwise would be to penalize society for failing to provide a service which is not constitutionally required.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis qu'il n'y a pas eu violation des droits que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appelant. Prétendre le contraire serait pénaliser la société de ne pas offrir un service que la Constitution ne l'oblige pas à offrir.

g

In saying this, I am not in any way minimizing the importance of the s. 10(b) *Charter* guarantee. That guarantee is fully protected by providing the proper caution, as was done in this case, and by waiting a reasonable period of time before questioning a detainee who expresses a desire to consult with counsel. However, it is the detainee's responsibility to find counsel with whom to consult. The state is only required to provide the detainee with a reasonable opportunity to do so, which, was done in this case. Thus, I conclude that the appellant's s. 10(b) *Charter* rights were not violated.

h

i

j

En disant cela, je ne minimise en rien la garantie énoncée à l'al. 10b) de la *Charte*. Cette garantie est pleinement respectée lorsque la mise en garde est faite correctement, comme elle l'a été en l'espèce, et lorsque la police attend pendant une période raisonnable avant d'interroger une personne détenue qui a manifesté le désir de consulter un avocat. Cependant, il appartient à la personne détenue de trouver un avocat qu'elle peut consulter. L'État est seulement tenu de fournir à la personne détenue une possibilité raisonnable de le faire, ce qui a été fait en l'espèce. En conséquence, je conclus qu'il n'y a pas eu violation des droits que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appelant.

I cannot resist noting, however, that many of the problems the Court currently faces and will continue to face with respect to the scope of the right to counsel under s. 10(b) are partially the result of this Court's interpretation of the notion of "detention" provided for in the *Charter*. (See: *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at pp. 630-44 (Le Dain J.); *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, at pp. 630-33 (Le Dain J.); *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, at pp. 647-50 (Le Dain J.); *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at pp. 517-22 (Dickson C.J.) and pp. 537-41 (L'Heureux-Dubé J., dissenting); *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, at pp. 557-58 (Dickson C.J.); *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at pp. 1161-62 (Wilson J.); *R. v. Schmautz*, [1990] 1 S.C.R. 398, at pp. 407-12 (Gonthier J.); *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24, at pp. 51-71 (L'Heureux-Dubé J., dissenting); and *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139, at pp. 148-51 (Lamer C.J.)) I share Professor Hogg's view, expressed in *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 2, at p. 47-5, that:

It is difficult to identify any civil libertarian values that are served by the definition of detention that is applied in *Therens*, *Thomsen*, *Hufsky* and *Simmons*. These cases introduce a right to counsel into every situation, however brief or routine, in which there is a duty to comply with a demand by a police officer (or other official). In every case, the detained person has no choice but to obey the demand, and legal advice could only confirm that duty to obey. There is nothing that counsel could do to protect the innocent, who will in any case be exculpated by the breath test or other inspection or search that he or she is required by law to undergo. The sole effect of the right to counsel seems to be to create opportunities for delay by those who have reason to fear the outcome of the demanded test. Either that delay must be filled by custodial requirements that absorb police resources or the police must take the risk that incriminating evidence will disappear. Would it not be better to restrict the term "detention" to those official restraints that are neither routine nor transitory

Je ne peux m'empêcher ici de faire observer qu'un grand nombre des problèmes dont notre Cour est aujourd'hui saisie et dont elle continuera d'être saisie, quant à l'étendue du droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10b), ont en partie été créés par l'interprétation que notre Cour a donnée à la notion de « détention » que comporte la *Charte*. (Voir *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, aux pp. 630 à 644 (le juge Le Dain); *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, aux pp. 630 à 633 (le juge Le Dain); *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, aux pp. 647 à 650 (le juge Le Dain); *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, aux pp. 517 à 522 (le juge en chef Dickson) et aux pp. 537 à 541 (le juge L'Heureux-Dubé, dissidente); *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, aux pp. 557 et 558 (le juge en chef Dickson); *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, aux pp. 1161 et 1162 (le juge Wilson); *R. c. Schmautz*, [1990] 1 R.C.S. 398, aux pp. 407 à 412 (le juge Gonthier); *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, aux pp. 51 à 71 (le juge L'Heureux-Dubé, dissidente), et *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139, aux pp. 148 à 151 (le juge en chef Lamer).) Je partage le point de vue exprimé par le professeur Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), vol. 2, à la p. 47-5:

[TRADUCTION] Il est difficile de déterminer les libertés civiles que favorise la définition de la détention qui est appliquée dans les arrêts *Therens*, *Thomsen*, *Hufsky* et *Simmons*. Ces arrêts établissent un droit à l'assistance d'un avocat dans chaque situation, si brève ou courante soit-elle, où il y a une obligation d'obtempérer à une sommation faite par un policier (ou tout autre représentant de l'État). Dans chaque cas, la personne détenue n'a pas d'autre choix que d'obtempérer, et l'avocat ne pourrait que confirmer cette obligation. L'avocat ne peut rien faire pour protéger une personne innocente, qui sera de toute façon disculpée par l'alcootest ou autre inspection ou perquisition à laquelle elle doit s'astreindre en vertu de la loi. Le seul effet du droit à l'assistance d'un avocat semble être de créer des possibilités de délai pour les personnes qui ont des raisons de craindre le résultat du test demandé. S'il y a un tel délai, les ressources policières devront être utilisées pour assurer le respect des exigences en matière de garde ou la police court le risque que des éléments de preuve incriminants disparaissent. Ne serait-il pas mieux de restreindre le terme « détention » aux cas de détentions officielles où il ne s'agit d'une détention ni courante ni provisoire et où la

and in which the detained person faces choices that could be assisted by legal advice?

On the facts of this case, had I agreed with the Chief Justice and McLachlin J. that the appellant's s. 10(b) rights were violated, I would have held that the breathalyser evidence should not have been excluded under s. 24(2) of the *Charter* for the following reasons.

On the basis of the factors set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the *Charter* violation, had there been one, would not have been a serious one so as to mandate the exclusion of the evidence. Such exclusion rather than its admission, on the facts of this case, would bring the administration of justice into disrepute.

First, the factors concerning the fairness of the trial favour the admission of the evidence. I cannot agree with the Chief Justice, at p. 284, that "the breach of the appellant's right to counsel goes directly to his privilege against self-incrimination, and receipt of the breathalyser evidence resulting from this breach would undermine this privilege, thereby rendering the trial process unfair". As I said in *Bartle*, *supra*, the breathalyser tests cannot be simply characterized as self-incriminating evidence in the same way as a confession. Rather, they are *indicia* of a physical condition which existed and could have been discovered by other means, whether or not the police denied to the appellant his s. 10(b) rights. The following comments of Chipman J.A. of the Court of Appeal, at p. 166, are a proper statement of the law:

In the present case, while the breath sample is more correctly categorized as self-incriminating evidence than real evidence, it is to be distinguished from a confession which is truly a case of an accused being conscripted against himself and creating evidence which did not exist before and which he was not required to give.

personne détenue a des choix à faire relativement auxquels l'assistance d'un avocat pourrait être utile?

Par ailleurs étant donné les faits de l'espèce, si j'avais été d'accord avec le Juge en chef et le juge McLachlin pour dire qu'il y a eu violation des droits que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appellant, j'aurais décidé que la preuve obtenue au moyen de l'alcootest n'aurait pas dû être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour les motifs qui suivent.

Compte tenu des facteurs énumérés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, la violation de la *Charte*, si violation il y avait eu, n'aurait pas été d'une gravité telle qu'elle aurait commandé l'exclusion des éléments de preuve. Vu les faits de l'espèce, c'est l'exclusion plutôt que l'admission de ces éléments qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Premièrement, les facteurs touchant l'équité du procès militent en faveur de l'admission des éléments de preuve. Je ne saurais souscrire à l'opinion du Juge en chef selon laquelle, à la p. 284, «la violation du droit de l'appellant à l'assistance d'un avocat porte directement atteinte à son privilège de ne pas s'incriminer, et l'utilisation des résultats des alcootests découlant de cette violation est susceptible de miner ce privilège et, partant, de rendre le processus judiciaire inéquitable». Comme je le dis dans l'arrêt *Bartle*, précité, les résultats des alcootests ne peuvent pas être simplement qualifiés de preuve auto-incriminante dans le même sens qu'un aveu. Ils sont plutôt des indices d'une condition physique préexistante qui aurait facilement pu être découverte par d'autres moyens, que les policiers aient ou non violé les droits que l'al. 10b) garantit à l'appellant. Les observations qui suivent du juge Chipman de la Cour d'appel, à la p. 166, constituent un énoncé correct du droit:

[TRADUCTION] En l'espèce, bien que l'échantillon d'haleine puisse plus correctement être qualifié de preuve auto-incriminante que de preuve matérielle, il faut faire la distinction d'avec un aveu; dans ce dernier cas, l'accusé agit contre lui-même et crée un élément de preuve qui n'existait pas auparavant et qu'il n'était pas tenu de fournir.

In these circumstances, the admission of the results of the two breathalyser tests would not render the trial unfair.

The second set of factors focusing on the seriousness of the violation of the *Charter* would also militate towards admission rather than exclusion of the appellant's breathalyser tests results. Chipman J.A. commented, at p. 166, on this aspect as follows:

The breach was technical in nature.

The conduct of the police in this instance was beyond reproach. Constable Young provided the [appellant] with the very service that the Legal Aid officers had directed the law enforcement agencies not to provide. He assisted the [appellant] in every reasonable way and put no pressure on him of any kind. Judge Sherar [the trial judge] said:

"In fairness, Constable Young is not to be faulted since personally he attempted, within the resources he had at his disposal to assist the [appellant] in obtaining legal assistance." [Emphasis added.]

I agree and mention that the Chief Justice himself recognizes, at p. 284, that the police acted with an "undeniable good faith". Therefore, the admission of the evidence is favoured by this second set of factors.

Finally, as to the disrepute to the administration of justice, the appellant was convicted of the offence under s. 253(b) of the *Code*, that is to have had the care and control of a motor vehicle while his blood alcohol level was in excess of 80 mg of alcohol in 100 ml of blood. The seriousness of the offence of operating a motor vehicle while impaired cannot be disregarded as this Court has pointed out in numerous occasions (*R. v. Hufsky*; *R. v. Thomsen*; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291; and *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615) and as I have reiterated in my reasons in *Bartle*. Given the nature of the *Charter* violation and its minimal incidence on the fairness of the trial, if any, the seriousness of offences against s. 253(b) of the *Code* militates in favour of the admission of the evidence rather than its exclusion. Its exclusion, in my view, would bring the administration of justice into dis-

Vu les circonstances, l'utilisation des résultats des deux alcootests ne rendrait pas le procès inéquitable.

^a Le deuxième groupe de facteurs portant sur la gravité de la violation de la *Charte* milite aussi en faveur de l'admission plutôt que de l'exclusion des résultats des alcootests de l'appelant. Le juge Chipman fait à ce sujet les observations suivantes (à la p. 166):

[TRADUCTION] La violation n'était que de pure forme.

^c La conduite des policiers en l'espèce a été irréprochable. L'agent Young a fourni à l'[appellant] le service même que les responsables de l'aide juridique avaient ordonné aux organismes chargés de l'application de la loi de ne pas fournir. Il a aidé l'[appellant] de toutes les manières raisonnables et n'a exercé sur lui aucune pression quelle qu'elle soit. Le juge Sherar [juge du procès] a dit:

^e «En toute équité, l'agent Young n'avait rien à se reprocher car il a tenté lui-même, en employant les ressources à sa disposition, d'aider l'[appellant] à obtenir l'assistance d'un avocat.» [Je souligne.]

^f Je suis d'accord et je remarque que le Juge en chef reconnaît lui-même, à la p. 284, que la police a agi avec une «indéniable bonne foi». Par conséquent, le deuxième groupe de facteurs favorise l'utilisation des éléments de preuve.

^g Enfin, quant à la déconsidération de l'administration de la justice, l'appelant a été déclaré coupable de l'infraction prévue à l'al. 253b) du *Code*, c'est-à-dire avoir eu la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang. La gravité de l'infraction de conduite d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies ne saurait être mise en doute, comme notre Cour l'a souligné à maintes reprises (*R. c. Hufsky*; *R. c. Thomsen*; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291; et *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615) et je le répète moi-même dans mes motifs de l'arrêt *Bartle*. Étant donné la nature de la violation de la *Charte* et de son incidence minimale sur l'équité du procès, s'il en est, la gravité des infractions prévues à l'al. 253b) du *Code* milite en faveur de l'admission des éléments de preuve plutôt que de leur exclusion. C'est leur exclusion, à

repute. I agree with the following comments of Chipman J.A., at pp. 166-67:

As to the third group of factors, I am satisfied that the exclusion of this evidence would bring the law into extreme disrepute in the eyes of any reasonable person, dispassionate and fully apprised of all of the circumstances. Among the factors that such a person would take into consideration are: (a) the reasonable and probable grounds which existed from making the breathalyzer demand; (b) had the [appellant] spoken to counsel, he would undoubtedly [have] been advised that it was an offence to refuse the breathalyzer samples; and (c) in view of Judge Sherar's dismissal of the impairment charge, no evidence other than that obtained pursuant to the statutory procedure was available to prove any offence arising out of the occurrence. While in view of the [appellant]'s waiver no urgency was involved, if this is not a case of waiver, then a degree of urgency arose as the two hour period began to draw a close.

That the respondent was a menace to himself, the police officers and any other user of the highway on the afternoon of May 18, 1991 is beyond question. Most reasonably dispassionate and fully informed persons would be appalled and dismayed at the exclusion of this evidence which so fully confirmed the officer's viva voce testimony of the [appellant]'s impairment. [Emphasis added.]

Accordingly, I would have had no hesitation in admitting the breathalyser evidence, had I found a breach of s. 10(b) of the *Charter*, which I do not.

In the result, I would dismiss the appeal and uphold the conviction of the appellant on the charge of violating s. 253(b) of the *Code*.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. (dissenting) — While I share the views of the Chief Justice as to the scope of the obligation of the police regarding disclosure upon arrest or detention of existing and available duty counsel services, I agree with the reasons of Jus-

mon avis, qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Je souscris aux observations qui suivent du juge Chipman (aux pp. 166 et 167):

[TRANSDUCTION] Quant au troisième groupe de facteurs, je suis convaincu que l'exclusion de ces éléments de preuve jetterait le discrédit total sur le système juridique aux yeux de toute personne raisonnable, impartiale et bien au fait de toutes les circonstances. Parmi les facteurs qu'une telle personne prendrait en considération, on compte: a) les motifs raisonnables et probables qu'avaient les policiers d'exiger les échantillons d'haleine; b) le fait que, si l'[appellant] avait communiqué avec un avocat, celui-ci lui aurait certainement dit que le refus de fournir les échantillons d'haleine constituait une infraction; c) vu que le juge Sherar a rejeté l'accusation de conduite avec facultés affaiblies, le seul élément de preuve relativement au fait constitutif de l'infraction consistait dans l'élément obtenu par le moyen prévu par la loi. Bien qu'il n'y ait pas eu d'urgence à cause de la renonciation de l'[appellant], s'il ne s'agit pas d'un cas de renonciation, alors il y avait une certaine urgence car le délai de deux heures tirait à sa fin.

Il est incontestable que l'intimé était un danger pour lui-même, pour les policiers et pour tous les autres automobilistes l'après-midi du 18 mai 1991. La plupart des personnes impartiales et bien informées seraient consternées par l'exclusion de cet élément de preuve, qui confirme en tous points le témoignage oral du policier relativement aux facultés affaiblies de l'[appellant]. [Je souligne.]

Je n'aurais, en conséquence, eu aucune hésitation à admettre la preuve obtenue au moyen des alcootests, si j'avais conclu à la violation de l'al. 10b) de la *Charte*, ce qui n'est pas le cas.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de maintenir la déclaration de culpabilité de l'appellant à l'égard de l'inculpation d'avoir enfreint l'al. 253b) du *Code*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) — Quoique je souscrive aux propos du Juge en chef quant à l'étendue de l'obligation qu'a la police d'informer toute personne arrêtée ou mise en détention de l'existence de services d'avocats de garde, je suis

tice L'Heureux-Dubé as to the reasonable opportunity to be given a detainee to retain and instruct counsel, particularly as applied in the case of a demand for a breathalyser test pursuant to s. 254 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Like her, I conclude that appellant's rights under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were not infringed and would, in any event, hold that the breathalyser evidence should not be excluded.

I would therefore dismiss the appeal and uphold the conviction of the appellant.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — This appeal, heard together with *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; and *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343, requires this Court to consider the ambit of the right of a detained person to “retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right” guaranteed by s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree with Chief Justice Lamer that the state is not constitutionally obliged to set up a state-funded duty counsel system. I also agree that when a duty counsel system exists, the authorities should advise the detained person of that fact. Thus I would answer what were styled as the main questions on the appeal in the same way as does the Chief Justice. The reasoning which leads me to these conclusions, however, differs somewhat from that of the Chief Justice.

I. The Ambit of the Right to Counsel in s. 10(b)

Section 10(b) guarantees the detained person the right “to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right”. The right is conferred on every detained person, regardless of rank

d'accord avec les propos du juge L'Heureux-Dubé touchant la possibilité raisonnable à accorder à une personne détenue d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, plus particulièrement dans le cas d'un ordre de subir un alcootest donné conformément à l'art. 254 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Comme elle, je conclus qu'il n'y a pas eu violation des droits que l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'appellant et qu'il n'y a pas lieu de toute façon d'écarter la preuve obtenue au moyen de l'alcootest.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité de l'appellant.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Dans le cadre du présent pourvoi, entendu en même temps que les affaires *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; et *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343, notre Cour doit examiner l'étendue du droit d'une personne détenue «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé[e] de ce droit», que lui garantit l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. J'estime, comme le juge en chef Lamer, que l'État n'est pas tenu, en vertu de la Constitution, d'établir un système d'avocats de garde, dont il assurerait le financement. Je reconnais également que les autorités doivent informer toute personne détenue de l'existence, le cas échéant, d'un système d'avocats de garde. En conséquence, je suis d'avis de répondre aux principales questions soulevées dans le présent pourvoi de la même manière que le Juge en chef. Cependant, mon raisonnement diffère quelque peu du sien.

I. La portée du droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10b)

L'alinéa 10b) garantit à toute personne détenue le droit «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé[e] de ce droit». Ce droit est accordé à toute personne détenue, sans

or wealth or the availability of counsel at a particular time and place.

By its express wording, s. 10(b) has two components: (1) an informational component, and (2) an implementational component. The informational component entitles the detainee to information as to the nature of his or her right to retain and instruct counsel. Having been informed of his or her right to counsel and having been provided with the information necessary to the effective exercise of that right, the accused has a further right to be given an opportunity in fact to retain and instruct counsel, whether by use of the telephone or other means. If either the informational or implementational requirements are not satisfied, a breach of s. 10(b) may occur. Any evidence taken before the breach is remedied may be rendered inadmissible under s. 24(2) of the *Charter*. The answers to the questions posed on this appeal flow from these simple propositions.

The Obligation to Provide Duty Counsel

The first question is whether this Court should hold that each province has a constitutional obligation under s. 10(b) of the *Charter* to establish a free system of duty counsel available to detainees at all times — to ensure, as the Chief Justice puts it, at p. 247, “that free and immediate preliminary legal advice is available upon arrest or detention”. I would answer this question in the negative, for two reasons. First, I find no power in the Court to make such an order. Second, such an order is, in my view, unnecessary.

First, I can see no authorization in the *Charter* for a judicial order requiring the provincial or federal government to adopt a program of duty counsel. The framers of the *Charter* carefully defined the remedial powers of the Court for *Charter* breaches. In the case of legislation which offends the *Charter*, the court may so declare, rendering the law invalid under s. 52 of the *Constitution Act*,

distinction de rang ou de richesse ou quelle que soit la possibilité de recourir aux services d'un avocat à une heure et à un lieu donnés.

De par son libellé, l'al. 10b) comporte deux volets: (1) un volet information, et (2) un volet mise en application. En vertu du premier, une personne détenue peut obtenir des renseignements sur la nature de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Après avoir été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et avoir reçu les renseignements requis pour lui permettre de bien exercer ce droit, l'accusé a ensuite le droit de se voir accorder la possibilité d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, que ce soit par téléphone ou autrement. Si l'une de ces exigences n'est pas respectée, il peut y avoir violation de l'al. 10b). Tout élément de preuve recueilli avant réparation de la violation peut être déclaré inadmissible en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Les réponses aux questions soulevées dans le présent pourvoi découlent de ces simples propositions.

L'obligation de fournir les services d'avocats de garde

La première question est de savoir si notre Cour devrait statuer que chaque province a l'obligation constitutionnelle d'établir, en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*, un système gratuit d'avocats de garde, dont pourrait en tout temps bénéficier une personne détenue — «pour qu'une personne mise en état d'arrestation ou placée en détention puisse obtenir sans frais et sans délai des conseils juridiques préliminaires», pour reprendre les propos du Juge en chef, à la p. 247. Je suis d'avis de répondre par la négative à cette question. Premièrement, selon moi, notre Cour n'a aucun pouvoir de rendre une telle ordonnance. Deuxièmement, une telle ordonnance serait, à mon avis, inutile.

En premier lieu, la *Charte* n'autorise pas un tribunal à exiger d'un gouvernement, provincial ou fédéral, qu'il adopte un programme d'avocats de garde. Les auteurs de la *Charte* ont soigneusement défini les pouvoirs de notre Cour en matière de réparation en cas de violations de la *Charte*. Dans le cas d'une loi contraire à la *Charte*, le tribunal peut rendre un jugement déclaratoire en ce sens,

1982. In the case of evidence obtained in contravention of rights guaranteed by the *Charter*, the remedy lies under s. 24(2). The court may exclude such evidence, if it is satisfied that to receive it would bring the administration of justice into disrepute. The final power of the court is the granting under s. 24(2) of such remedy as the court may find appropriate and just in the circumstances on the application of a person whose rights have been infringed.

None of these provisions empowers a court to require the government of a province or any other agency to set up a program aimed at avoiding *Charter* breaches. The remedy envisioned by the *Charter* for breaches such as those alleged in this case is a decision by a judge under s. 24(2) to exclude or admit the evidence obtained in contravention of the applicant's rights.

This brings me to the second reason for rejecting the submission that this Court should "compel" provinces to implement duty counsel systems. No such order is necessary because the *Charter* provides its own scheme of enforcement. It does not require governments to take anticipatory action to prevent *Charter* breaches, although in the spirit of lawful compliance they ordinarily do so. Rather, it sets up a scheme which puts governments to a choice. It defines the rights of each individual and stipulates the consequences of violation. The state may choose to take measures to prevent *Charter* breaches, knowing that as a consequence evidence obtained will be receivable against the accused, provided it meets general criteria of admissibility. On the other hand, if the state fails to take such measures and permits *Charter* breaches, it faces the prospect that the evidence obtained in violation of the *Charter* may be ruled inadmissible under s. 24(2). Only in this sense does the *Charter* impose "requirements" on the state. Since the prospect of being unable to adduce evidence against an accused often means that the prosecution cannot proceed, the net effect of the

déclarant la loi inopérante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans le cas d'éléments de preuve obtenus en contravention des droits garantis par la *Charte*, réparation peut être demandée en vertu du par. 24(2). Le tribunal peut écarter ces éléments de preuve s'il est convaincu que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Enfin, un tribunal peut, sur demande de la personne victime d'une violation, accorder la réparation qu'il estime convenable et juste, en application du par. 24(2), eu égard aux circonstances.

Aucune de ces dispositions n'autorise un tribunal à exiger d'un gouvernement provincial ou de tout autre organisme qu'il établisse un programme destiné à empêcher les violations de la *Charte*. Dans le cas de violations comme celles qui auraient été commises en l'espèce, la réparation prévue par la *Charte* est la décision d'un juge d'écarter, en vertu du par. 24(2), les éléments de preuve obtenus en contravention des droits du requérant, ou encore d'en permettre l'utilisation.

Cela m'amène au second motif pour lequel il y a lieu de rejeter l'idée selon laquelle notre Cour devrait «forcer» les provinces à mettre en œuvre des systèmes d'avocats de garde. Il n'est pas nécessaire de rendre une telle ordonnance parce que la *Charte* renferme son propre mécanisme d'application. Elle n'exige pas des gouvernements qu'ils prennent des mesures par anticipation pour empêcher les violations de la *Charte*, ce qu'ils font d'ailleurs habituellement par souci du respect de la loi. La *Charte* établit plutôt un régime qui offre un choix aux gouvernements. Elle définit les droits de chaque personne et prévoit quelles sont les conséquences d'une violation. L'État peut choisir de prendre des mesures pour empêcher les violations de la *Charte*, sachant que, de ce fait, la preuve obtenue sera recevable à l'encontre de l'accusé, si elle répond aux critères généraux d'admissibilité. Par contre, si l'État omet de prendre de telles mesures et permet les violations de la *Charte*, il risque que la preuve obtenue en contravention de la *Charte* soit jugée inadmissible en vertu du par. 24(2). Ce n'est qu'en ce sens que la *Charte* impose des «exigences» à l'État. Puisque la possibilité

scheme which Parliament has set up in the *Charter* is substantial compliance.

This mechanism has worked well in other areas where the manner in which the administration of justice was operating tended systematically to produce breaches of the *Charter*. In *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, this Court concluded that the system of justice in some areas of the country was violating the rights of accused persons under s. 11(b) to be tried within a reasonable time. It was not suggested in that case that the solution lay in ordering provinces to comply. Rather, the solution lay in ordering a stay of proceedings in cases of abuse under s. 24(1) of the *Charter*. As a result, the time in which accused persons are brought to trial appears to have been dramatically reduced.

It will be seen that I do not see the need for a judicially imposed “holding-off” period when counsel cannot immediately be made available. In my view, there is nothing in the language of s. 10(b) that authorizes this Court to dilute the right to counsel by imposing a “holding-off” period. The words of s. 10(b) clearly state that a detainee has the right to retain and instruct counsel without delay. It is problematic to suggest that courts can extend the period of “delay” for up to 48 hours or more. For example, if an accused is arrested on a Friday evening, it cannot be said that “allowing” the detainee to wait in detention until the Legal Aid offices open on Monday morning provides the detainee with the opportunity to retain and instruct counsel “without delay”.

While the police may choose to “hold off” — for example, where it appears that counsel will become available shortly — they are not obliged to do so. Ultimately, whether or not they “hold off”, if they take evidence from the detainee in violation of his or her rights, the authorities must be prepared to accept the risk that the evidence may not

qu’un élément de preuve ne soit pas présenté contre un accusé signifie souvent que le ministère public ne pourra pas continuer la procédure en question, le régime établi par le législateur dans la *a Charte* a donc pour effet d’en favoriser grandement le respect.

Ce mécanisme a bien fonctionné dans d’autres domaines où l’administration même de la justice avait systématiquement tendance à donner lieu à des violations de la *Charte*. Dans l’arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, notre Cour a conclu que, dans certaines régions du pays, le système de justice avait pour effet de contrevenir au droit d’un accusé d’être jugé dans un délai raisonnable en vertu de l’al. 11b). Dans cet arrêt, on n’a pas proposé que la solution était d’ordonner aux provinces de se conformer à la disposition en question. La solution est plutôt d’ordonner un arrêt des procédures, en vertu du par. 24(1) de la *Charte* dans les cas où il y a eu abus. À la suite de cet arrêt, il paraît y avoir eu une importante réduction des délais antérieurs au procès.

Comme on pourra le constater, je ne vois pas la nécessité qu’un tribunal impose un «sursis» dans les cas où aucun avocat n’est disponible immédiatement. À mon avis, le libellé de l’al. 10b) n’autorise pas notre Cour à réduire la portée du droit à l’assistance d’un avocat en imposant un «sursis». L’alinéa 10b) indique clairement que toute personne détenue a le droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat. Il est problématique de laisser entendre que les tribunaux peuvent prolonger le «délai» de 48 heures ou plus. Par exemple, si une personne est arrêtée le vendredi soir, on ne peut affirmer que c’est lui donner la possibilité d’avoir recours «sans délai» à l’assistance d’un avocat que de lui «permettre» d’attendre en détention jusqu’à l’ouverture des bureaux de l’aide juridique le lundi matin.

Bien que la police puisse choisir de «surseoir» à toute mesure — par exemple, dans les cas où il appert qu’un avocat sera disponible sous peu — elle n’est pas tenue de le faire. En fin de compte, que les autorités «sursoient» ou non à toute mesure, si elles obtiennent une preuve d’une personne détenue en contravention de ses droits, elles

be admissible against the detainee at trial. The question of the receivability of such evidence is for the trial judge under s. 24(2) of the *Charter*, to be exercised in accordance with the principles generally applicable to s. 24(2) as outlined in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. This applies in all cases, even where the *Criminal Code* prescribes that evidence must be taken within a stipulated time period, as for breathalyser tests. A detainee's constitutional rights are not attenuated simply because Parliament chooses to set a time limit for gathering a particular kind of evidence. At the same time, the urgency of the situation may be a factor weighing in favour of reception of the evidence when s. 24(2) is applied.

The *Charter* thus places the authorities who detain a person in the following situation: if they wish to be certain that evidence obtained can be used subsequently against the detainee, they must take steps to ensure that the detained person is told of his or her right to retain and instruct counsel without delay, and, if a request for counsel is made, must provide the detainee with an opportunity to exercise that right. One way of ensuring the latter may be by instituting a system of free duty counsel. But other means may exist; for example, it may be that the provincial bar arranges for someone to be available at all times to accused persons, as we were told was the case in Alberta. If the authorities find it impractical or impossible to grant the detainee his or her right to counsel without delay, they run the risk that any evidence taken in the interim may be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. They may as a consequence choose not to take evidence from the detainee in the interim. Or they may choose to do so, knowing that the evidence may be ruled inadmissible at the trial, and that they subsequently may be held to

doivent être disposées à courir le risque que cette preuve ne soit pas admissible contre cette personne au procès. Il appartient au juge de première instance de trancher la question de la recevabilité de ces éléments de preuve en conformité avec les principes généralement applicables au par. 24(2) de la *Charte*, formulés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Cela s'applique dans tous les cas, même lorsque le *Code criminel* prévoit que des éléments de preuve doivent être recueillis à l'intérieur d'un délai stipulé, comme dans le cas des alcootests. Les droits que la Constitution garantit à toute personne détenue ne sont pas moindres du seul fait que le législateur a choisi de fixer un délai pour recueillir un type particulier de preuve. Par ailleurs, l'urgence de la situation peut constituer un facteur militant en faveur de l'utilisation de la preuve lorsque l'on applique le par. 24(2).

La *Charte* place les autorités qui détiennent une personne dans la situation suivante: si elles désirent s'assurer que les éléments de preuve obtenus pourront être utilisés ultérieurement contre la personne détenue, elles doivent prendre des mesures pour que la personne en détention soit informée de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et, si elle demande à parler à un avocat, lui fournir la possibilité d'exercer ce droit. Une façon d'assurer l'exercice de ce droit est d'établir un système d'avocats de garde. Cependant, il peut aussi exister d'autres moyens; par exemple, le barreau d'une province peut prendre des dispositions pour que tout accusé ait en tout temps accès à un avocat, ce qui, selon les témoignages, serait le cas en Alberta. Si les autorités estiment qu'il n'est pas pratique ou possible de permettre à une personne détenue d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, elles courent le risque que toute preuve obtenue entre-temps soit écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Elles peuvent donc de ce fait décider de ne pas obtenir entre-temps de preuve de la personne détenue. Elles peuvent aussi décider d'obtenir une preuve, sachant fort bien qu'elle risque d'être déclarée inadmissible au procès, et qu'elles auront de ce fait à en rendre compte; voir les commentaires du juge

public account for such a result: see comments of Cory J. in *Askov*, *supra*, at pp. 1223-24.

Cory dans l'arrêt *Askov*, précité, aux pp. 1223 et 1224.

The Informational Component of s. 10(b) of the Charter

Le volet information de l'al. 10b) de la Charte

The second question raised on this appeal is what s. 10(b) requires a detainee to be told about the right to retain and instruct counsel without delay. The answer to this question depends on the content of the right. Section 10(b) states that the detainee is entitled to be informed of "that right", referring back to the right to retain and instruct counsel.

La deuxième question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir ce qu'il faut dire à une personne détenue, en vertu de l'al. 10b), quant à son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. La réponse à cette question dépend du contenu de ce droit. L'alinéa 10b) précise que toute personne détenue a le droit d'être informée de «ce droit», c'est-à-dire du droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat.

As I noted earlier, the right to retain and instruct counsel without delay is conferred on every detained person, regardless of rank or wealth or the availability of counsel at a particular time and place. This does not mean that even detainees who can afford private counsel are constitutionally entitled to free legal advice on detention, nor does it mean that there is a constitutional obligation on the part of provincial governments to supply 24-hour duty counsel systems. Rather, it means that the *Charter* right to counsel cannot be denied to some Canadian citizens merely because their financial situation prevents them from being able to afford private legal assistance. The poor are not constitutional castaways. Nor can detainees be denied their s. 10(b) rights by reason of the time or place of their detention. A person arrested in a province in which no duty counsel system exists has the same rights under s. 10(b) as a person arrested in a province in which duty counsel can be contacted on a 24-hour basis. The scope and content of the right to retain and instruct counsel does not vary geographically. As a matter of practice, however, the actual availability of counsel may vary from province to province. Where no system of free and immediate, preliminary legal assistance has been

Comme je l'ai fait remarquer, toute personne détenue a le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, sans distinction de rang ou de richesse ou encore quelle que soit la possibilité d'avoir recours aux services d'un avocat à une heure et dans un lieu donnés. Cela ne signifie pas qu'une personne détenue qui a les moyens de recourir aux services d'un avocat de cabinet privé a, en vertu de la Constitution, le droit d'avoir recours à des services juridiques gratuits en cas de détention, ni qu'il existe une obligation constitutionnelle pour les gouvernements provinciaux d'offrir des systèmes d'avocats de garde 24 heures par jour. Cela signifie plutôt qu'on ne peut refuser à des citoyens canadiens le droit à l'assistance d'un avocat, prévu dans la *Charte*, simplement parce qu'ils n'ont pas les moyens de recourir aux services d'un avocat de cabinet privé. Les personnes démunies ne sont pas des parias constitutionnels. En outre, une personne détenue ne peut, à cause de l'heure ou du lieu de sa détention, être privée des droits que lui garantit l'al. 10b). Une personne arrêtée dans une province où il n'existe pas de système d'avocats de garde a, en vertu de l'al. 10b), les mêmes droits qu'une personne arrêtée dans une province où un avocat de garde peut être joint 24 heures par jour. La portée et le contenu du droit à l'assistance d'un avocat ne varie pas d'une région à l'autre. Cependant, en pratique, la possibilité réelle d'avoir recours aux services d'un avocat varie d'une province à l'autre. Dans les cas où il n'existe pas de services juridiques gratuits et

put in place, violations of the right to retain and instruct counsel without delay may occur.

This Court has emphasized that the purpose of s. 10(b) is to allow a detainee not only to be informed of his rights and obligations, but also to obtain advice as to how to exercise those rights: *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1242-43. The detained person is entitled to this advice in a “timely and comprehensible” manner: *R. v. Dubois* (1990), 54 C.C.C. (3d) 166, [1990] R.J.Q. 681 (Que. C.A.). This suggests that to comply with the *Charter*, the caution given on detention must, at a minimum, convey the following information to a detainee about the scope of his or her right to counsel under s. 10(b):

(1) It must convey to the detainee that he or she has the right to contact counsel without delay. Phrases such as “You have the right to contact a lawyer immediately” or “You have the right to call a lawyer now” are examples of ways in which this aspect of the right might be communicated to detainees.

(2) It must convey to the detainee that his or her right to contact counsel immediately is a right which does not depend on the ability to afford private counsel.

This comprises the minimum information that must be given to all detainees in all jurisdictions, whether or not duty counsel actually exists in the jurisdiction at the time of detention. In jurisdictions where no such systems exist, the information component need only impart information about the right to retain and instruct counsel immediately and regardless of financial means. The detainee has the right to be informed of this right, even if it is apparent that there is no means by which it can be achieved. At very least, a detainee so advised will know that the police are thereafter acting in

immédiats, il peut se produire des violations du droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat.

Notre Cour a fait ressortir que l’objet de l’al. 10(b) est de permettre à la personne détenue non seulement d’être informée de ses droits et obligations, mais aussi d’obtenir des conseils sur la façon d’exercer ces droits: *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, aux pp. 1242 et 1243. La personne détenue a le droit d’obtenir des conseils [TRADUCTION] «en temps utile et de façon compréhensible»: *R. c. Dubois* (1990), 54 C.C.C. (3d) 166, [1990] R.J.Q. 681 (C.A. Qué.). Ce qui suppose que, pour être conforme à la *Charte*, la mise en garde doit tout au moins donner à la personne détenue les renseignements suivants sur l’étendue de son droit à l’assistance d’un avocat en vertu de l’al. 10b):

(1) La personne détenue doit être informée qu’elle a le droit de communiquer sans délai avec un avocat. Des formulations comme: «Vous avez le droit de communiquer immédiatement avec un avocat» ou «Vous avez le droit de communiquer maintenant avec un avocat» constituent de bonnes façons de communiquer cet aspect du droit garanti à une personne en détention.

(2) La personne détenue doit être informée que son droit de communiquer immédiatement avec un avocat est un droit qui n’est pas lié à sa capacité d’assumer les frais d’un avocat de cabinet privé.

Ce sont là les renseignements minimaux qui doivent être transmis à toute personne détenue dans un ressort donné, qu’il y existe ou non un système d’avocats de garde au moment de la détention. Dans les ressorts où un tel système n’existe pas, le volet information se limite à fournir des renseignements sur le droit de la personne détenue d’avoir recours à l’assistance d’un avocat immédiatement, quels que soient ses moyens financiers. Toute personne détenue a le droit d’être informée de ce droit, même s’il est évident qu’il n’existe aucun moyen de s’en prévaloir. La personne détenue sait

violation of his or her rights and be able to conduct him or herself accordingly.

The majority of this Court ruled in *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, that where a duty counsel system exists, the accused should also be informed of that fact. Thus, in those jurisdictions in which there exists some provision for free and immediate, preliminary legal advice, there is an additional requirement under the informational component of s. 10(b) to inform a detainee of the existence and availability of such services in the jurisdiction at the time of detention, including the means by which counsel can be accessed: see reasons of Lamer C.J. in *Bartle*, *supra*, released concurrently.

The Implementational Component of s. 10(b) of the Charter

Once the detainee has been informed of the right to retain and instruct counsel without delay and indicates that he or she wishes to retain counsel, we enter the “implementational” stage of s. 10(b). The *Charter* does not guarantee that the detainee will in fact consult counsel. It does, however, guarantee the detainee an opportunity to consult counsel. This must mean, if the words of s. 10(b) are taken at their face value, that the detainee is to be afforded the means of consulting counsel. (The rights conferred by s. 10(b), unlike the right to be free from unreasonable search and seizure and the right to be tried within a reasonable time, are not conditioned by the word “reasonable” or any other limitation.) If the detainee does not avail himself or herself of these means, his or her rights are not breached. If, on the other hand, the means of retaining and instructing counsel without delay are denied the detainee, his or her s. 10(b) rights are breached.

There may be many reasons why a detainee, properly informed of his s. 10(b) right, is unable to implement it. The question of whether the accused has established this (the onus of establishing a *Charter* breach lies on the accused), is one of fact for resolution by the trial judge on all of the evi-

alors tout au moins qu’il y a violation de ses droits par la police, et elle peut se comporter en conséquence.

Dans l’arrêt *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, notre Cour, à la majorité, a statué que, s’il existe un système d’avocats de garde, l’accusé doit aussi en être informé. En conséquence, dans les ressorts où il existe des services juridiques préliminaires gratuits et immédiats, le volet information de l’al. 10b) impose une obligation supplémentaire d’informer une personne détenue de l’existence de ces services à l’intérieur du ressort au moment de la détention ainsi que de la façon d’y avoir accès: voir les motifs du juge en chef Lamer dans l’arrêt *Bartle*, précité, rendu simultanément.

Le volet mise en application de l’al. 10b) de la Charte

Une fois que la personne détenue a été informée de son droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et qu’elle indique son désir de le faire, nous passons à l’étape de la «mise en application» du droit garanti à l’al. 10b). La *Charte* ne garantit pas que la personne détenue consultera en fait un avocat. Elle garantit cependant à la personne détenue une possibilité de le faire. Cela signifie, selon la lettre même de l’al. 10b), qu’il faut offrir à la personne détenue les moyens de consulter un avocat. (Contrairement au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives et au droit d’être jugé dans un délai raisonnable, les droits conférés par l’al. 10b) ne sont pas nuancés par le mot «raisonnable» ou par toute autre restriction.) Si la personne détenue ne profite pas des moyens qui lui sont offerts, il n’y a pas violation de ses droits. Par contre, si l’on n’offre pas à cette personne les moyens d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat, il y a violation des droits que lui garantit l’al. 10b).

Il peut exister bien des raisons pour lesquelles une personne détenue, convenablement informée de son droit en vertu de l’al. 10b), ne sera pas en mesure de l’exercer. La question de savoir si l’accusé s’est acquitté de la charge (qui lui incombe) d’établir qu’il y a eu violation de la *Charte* est une

dence. The question in each case is whether the detainee has been effectively informed of his or her rights and has been given the opportunity, or the means, to retain and instruct counsel without delay.

If a breach of s. 10(b) is established, the further question arises of whether any evidence taken before the breach was remedied should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. I agree with the Chief Justice's comments on s. 24(2). I would, however, add this. As Cory J. emphasized in *Askov*, *supra*, at p. 1225, "the lack of institutional facilities can never be used as a basis for rendering [a *Charter*] guarantee meaningless". To justify systematically the breach of a detainee's right to counsel on the basis that it is too difficult or too expensive to provide the means by which the right may be exercised would seriously undermine a right which the *Charter* enshrines.

Summary

Every person detained by the police has the right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right. This means that every detainee is entitled to an opportunity to retain and instruct counsel without delay, regardless of the time and place of the detention or the fact that the detainee has no money.

The right consists of an informational component and an implementational component. Under the informational component, the duty of the police is to tell the detainee about his or her actual constitutional right, even where the means by which it can be exercised may not seem to be at hand. At the very least, police must inform all detainees that they are entitled to have an opportunity to contact counsel immediately, and that their right to do so is not dependent on their ability to afford a private lawyer. In those jurisdictions which provide some system of free, preliminary legal advice, the police must additionally inform

question de fait à trancher par le juge du procès en fonction de l'ensemble de la preuve. Dans chaque cas, la question est de savoir si la personne détenue a été bien informée de ses droits et si elle a eu la possibilité ou les moyens d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat.

Si l'on fait la preuve qu'il y a eu violation de l'al. 10b), la question est ensuite de savoir si la preuve obtenue avant réparation de la violation devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Je suis d'accord avec les commentaires que le Juge en chef fait relativement au par. 24(2). Cependant, j'aimerais ajouter ceci. Comme le juge Cory l'a souligné dans l'arrêt *Askov*, précité, à la p. 1225, «la pénurie d'installations institutionnelles ne peut pas servir à vider de tout sens la garantie fournie par [la *Charte*]». Justifier systématiquement la violation du droit d'une personne détenue à l'assistance d'un avocat, en soutenant qu'il est trop difficile ou trop coûteux de mettre en œuvre les moyens d'exercer ce droit, viendrait sérieusement contrecarrer un droit garanti par la *Charte*.

Sommaire

Toute personne détenue par la police a le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informée de ce droit. Ce qui signifie que cette personne doit avoir une possibilité d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, quels que soit l'heure et le lieu de la détention ou indépendamment du fait que la personne détenue n'a pas d'argent.

Le droit en question comprend un volet information et un volet mise en application. Dans le premier cas, la police a le devoir d'informer la personne détenue du droit que lui garantit la Constitution, même si les moyens de l'exercer ne semblent pas exister. La police doit tout au moins informer toute personne détenue qu'elle a le droit d'avoir la possibilité de communiquer immédiatement avec un avocat, et que ce droit n'est pas lié à la capacité d'assumer les frais d'un avocat de cabinet privé. Dans les ressorts qui offrent un système de conseils juridiques préliminaires gratuits, la police doit aussi informer toute personne détenue de l'exis-

detainees of the existence and availability of these services, as well as the means by which such advice can be accessed.

Under the implementational component, s. 10(b) ^a requires that the detainee be given an opportunity, or the means, to “retain and instruct counsel without delay”. If the detainee chooses not to contact counsel, no breach results. If the legal system fails to provide the detainee with the opportunity to ^b consult counsel without delay for whatever reason — be it lack of facilities, information, willing counsel or some other impediment — breach of s. 10(b) is established. If evidence is taken in contra- ^c vention of this duty, its admissibility falls to be decided under s. 24(2) of the *Charter*.

II. Application of the Law to the Facts of this Case

The Informational Component of s. 10(b)

The appellant was arrested for theft of a motor vehicle at 3:38 p.m. on a Saturday afternoon. The arresting officer, Constable Young, advised the appellant of his right to counsel, reading from a ^f card as follows:

... you have the right to retain and instruct counsel without delay. You may call any lawyer you wish. You have the right to apply for legal assistance without ^g charge through the Provincial Legal Aid Program.

Constable Young further advised the appellant that a list of Legal Aid lawyers' home telephone numbers ^h would be provided to him should he wish to contact one of them. The officer was unaware at the time of the detention that the Legal Aid lawyers had entered into a work-to-rule campaign two days earlier, refusing to take calls from detainees ⁱ after regular office hours.

Following the primary caution, which the appel- ^j lant indicated he understood, Constable Young observed signs of impairment and concluded that

tence et de l'accessibilité de ces services, ainsi que des moyens d'y avoir accès.

Pour ce qui est du volet mise en application, il faut, en vertu de l'al. 10b), donner à la personne détenue la possibilité ou les moyens «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat». Si la personne détenue décide de ne pas communiquer avec un avocat, il n'y a pas de violation. Si, pour une raison quelconque, le système juridique ne permet pas d'offrir à la personne détenue la possi- ^b bilité de communiquer sans délai avec un avocat — que ce soit à cause d'un manque d'installations, de renseignements, d'avocats intéressés à offrir ces services ou de tout autre empêchement — la viola- ^c tion de l'al. 10b) se trouve établie. Si des éléments de preuve sont obtenus en contravention de cette ^d obligation, il faut en déterminer l'admissibilité en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

II. Application du droit aux faits de l'espèce

Le volet information de l'al. 10b)

L'appelant a été arrêté pour vol d'un véhicule à moteur à 15 h 38, un samedi après-midi. L'agent Young l'a avisé de son droit à l'assistance d'un ^f avocat, lui lisant la mise en garde suivante:

[TRADUCTION] . . . vous avez le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Vous pouvez télé- ^g phoner à l'avocat de votre choix. Vous avez le droit de demander des conseils gratuits dans le cadre du régime d'aide juridique de la province.

L'agent Young a ensuite fait savoir à l'appelant qu'il lui remettrait, s'il le désirait, une liste des ^h numéros de téléphone à domicile des avocats de l'aide juridique. Au moment de la détention, l'agent ne savait pas que les avocats de l'aide juri- ⁱ dique avaient commencé une grève du zèle deux jours auparavant, et qu'ils refusaient de prendre des appels des personnes détenues après les heures de bureau.

Après la mise en garde initiale, que l'appelant a ^j dit avoir comprise, l'agent Young a observé des signes de facultés affaiblies et conclu que la capa-

the appellant's ability to drive was impaired by alcohol. At this point he made a breathalyser demand on the appellant, and asked him whether he would take the test or if he would like to talk to a lawyer first. The appellant stated that he wanted to consult a lawyer prior to giving a breath sample.

In my view, the primary caution, combined with the secondary instructions which accompanied the breath demand, effectively communicated to the appellant that he was entitled to contact a lawyer immediately, and that his right to do so was not dependent on his ability to afford private counsel. Although there was no effective system of duty counsel in the jurisdiction at the time of the detention because of a work-to-rule campaign among Legal Aid lawyers, Constable Young was unaware of this fact at the time the demand was read. As such, he correctly informed the appellant that he would be given a list of Legal Aid lawyers' telephone numbers if such was requested. In all the circumstances, I would find that requirements of the informational component of s. 10(b) were met in this case.

The Implementational Component of s. 10(b)

Having been properly informed of his rights, the appellant promptly indicated a desire to speak to counsel. He was then taken to a cubicle, provided with a telephone, and given a list of home phone numbers of Legal Aid lawyers. After trying for approximately 37 minutes, the appellant was unable to reach any of the 12 lawyers on the list. Upon exhausting the list provided to him, the appellant was asked by Constable Young if he would like to try to contact other lawyers, and was offered a phone book. The appellant declined to use the telephone book, indicating that he could not afford a lawyer on his own. Shortly thereafter, the appellant agreed to take the breathalyser tests. Both tests registered blood-alcohol readings well above the legal limit.

In my opinion, the requirements of the implementational component of s. 10(b) were not satisfied in this case. The appellant clearly indicated a

cité de conduire de l'appelant était affaiblie par l'alcool. L'agent a alors ordonné à l'appelant de subir un alcootest et il lui a demandé s'il préférait se soumettre au test ou parler tout d'abord à un avocat. L'appelant a dit qu'il voulait parler à un avocat avant de donner un échantillon d'haleine.

  mon avis, la mise en garde initiale et les directives secondaires qui accompagnaient la demande d'alcootest ont effectivement transmis à l'appelant qu'il avait le droit de communiquer immédiatement avec un avocat et que ce droit n'était pas lié à sa capacité d'assumer les frais d'un avocat de cabinet privé.   l'époque de la mise en détention, il n'existait dans le ressort en question aucun véritable système d'avocats de garde à cause d'une grève du zèle chez les avocats de l'aide juridique, chose qu'ignorait l'agent Young lorsqu'il a lu l'ordre relatif à l'alcootest. En conséquence, il a correctement informé l'appelant qu'on lui remettrait une liste des numéros de téléphone des avocats de l'aide juridique s'il le désirait. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, je suis d'avis que les exigences du volet information de l'al. 10b) ont été respectées en l'espèce.

Le volet mise en application de l'al. 10b)

Une fois convenablement informé de ses droits, l'appelant a indiqué avec diligence qu'il souhaitait communiquer avec un avocat. Il a ensuite été conduit dans une petite pièce où il y avait un téléphone et où on lui a remis une liste des numéros de téléphone à domicile des avocats de l'aide juridique. Après environ 37 minutes, l'appelant n'avait réussi à joindre aucun des 12 avocats dont le nom figurait sur la liste. Par la suite, l'agent Young lui a demandé s'il souhaitait appeler d'autres avocats et il lui a remis un bottin. L'appelant a refusé de l'utiliser et a dit   l'agent qu'il n'avait pas les moyens de recourir aux services d'un avocat. Peu après, l'appelant a accepté de se soumettre aux alcootests. Les deux tests indiquaient que l'alcoolémie de l'appelant était bien au-dessus des limites permises.

  mon avis, les exigences du volet mise en application de l'al. 10b) n'ont pas été respectées en l'espèce. L'appelant avait clairement indiqué qu'il

desire to speak to counsel prior to giving evidence, and he was diligent in pursuing his right. He tried at length to contact a Legal Aid lawyer, eventually exhausting the list provided to him. When offered the use of the Yellow Pages, he declined, expressing his concern that he could not afford private counsel. I agree with Lamer C.J. that in the circumstances it would be unreasonable to expect the appellant to have done anything more than he did. I also agree with the Chief Justice's conclusion that the appellant did not waive his right to counsel when — "out of frustration" — he finally agreed to submit to the breathalyser tests. As Lamer C.J. puts it (at p. 281), the appellant was prevented from exercising his right to counsel, "because of institutional conditions entirely beyond his control". This violated s. 10(b) of the *Charter*.

Section 24(2)

Having concluded that the appellant's right to counsel was infringed, the question remains whether the breathalyser evidence obtained following the breach of the right to counsel should be excluded. For the reasons given by Lamer C.J., I am in agreement that the admission of the breathalyser evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute.

Accordingly, I would dispose of the appeal in the same manner as Lamer C.J.

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. (dissenting) — I have read and agree with the principles expressed by the Chief Justice but disagree in his conclusion that the appeal be allowed.

I agree with the Court of Appeal for Nova Scotia that the accused in the circumstances was properly advised and had a reasonable opportunity to

souhaitait parler à un avocat avant de fournir des éléments de preuve et il a fait preuve de diligence dans l'exercice de son droit. Il a longuement tenté de communiquer avec un avocat de l'aide juridique, utilisant tous les noms sur la liste qui lui avait été remise. Lorsqu'on lui a demandé s'il voulait consulter les Pages jaunes, il a refusé, indiquant qu'il craignait ne pas avoir les moyens de recourir aux services d'un avocat de cabinet privé. Comme le juge en chef Lamer, j'estime que, dans les circonstances, il serait déraisonnable de s'attendre à plus de la part de l'appelant que ce qu'il a fait. Je conviens également avec le Juge en chef que l'appelant n'a pas renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat lorsqu'il a, «par pure frustration», obtempéré à l'ordre de se soumettre aux alcootests. Comme l'affirme le juge en chef Lamer (à la p. 281), l'appelant a été empêché d'exercer son droit à l'assistance «en raison de conditions institutionnelles complètement indépendantes de sa volonté». Il y a eu violation de l'al. 10(b) de la *Charte*.

e Le paragraphe 24(2)

Puisque j'ai conclu qu'il y a eu violation du droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat, il me reste maintenant à déterminer s'il y a lieu d'écartier la preuve des alcootests obtenue après la violation du droit à l'assistance d'un avocat. Pour les motifs formulés par le juge en chef Lamer, je suis d'accord pour dire que l'utilisation de la preuve sous forme d'échantillons d'haleine est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

En conséquence, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la même façon que le juge en chef Lamer.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — Je suis d'accord avec les principes que le Juge en chef expose dans ses motifs. Je ne suis toutefois pas d'accord avec sa conclusion que le pourvoi devrait être accueilli.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse pour dire que, dans les circonstances, l'accusé a reçu un avis suffisant et a eu une

contact counsel prior to taking the breathalyser test in accordance with his s. 10(b) rights.

The police officers advised him of the legal aid program in Nova Scotia as they understood it. However, it was unknown to them at the time that lawyers forming the legal aid system in Nova Scotia were effectively on strike and unavailable for consultation.

Once aware of this the police officers provided the appellant with a list of lawyers not part of legal aid. The accused, as he was entitled to, chose not to attempt to reach any of them. That was a decision he was entitled to make and having done so is now precluded from alleging a breach of his s. 10(b) rights.

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Nova Scotia Legal Aid, Dartmouth.

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

Solicitors for the intervener: McCarthy, Tétrault, Toronto.

possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat avant de subir l'alcootest, conformément aux droits que lui garantit l'al. 10b).

Les policiers l'ont informé de ce qu'ils savaient du programme d'aide juridique en Nouvelle-Écosse. Cependant, ils ignoraient alors que les avocats de l'aide juridique en Nouvelle-Écosse étaient en grève et ne pouvaient être consultés.

Après avoir été mis au courant de cette situation, les policiers ont fourni à l'appelant une liste d'avocats ne faisant pas partie de l'aide juridique. Comme il en avait le droit, l'accusé a choisi de ne pas tenter d'en joindre un. C'était une décision qu'il avait le droit de prendre et, l'ayant prise, il ne peut donc plus alléguer une violation des droits que lui garantit l'al. 10b).

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et MAJOR sont dissidents.

Procureur de l'appelant: Nova Scotia Legal Aid, Dartmouth.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureurs de l'intervenant: McCarthy, Tétrault, Toronto.

Walter Pozniak *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. POZNIAK

File No.: 23642.

1994: March 2, 3; 1994: September 29.

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 — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Free duty counsel — Impaired driving — Arrest made outside normal working hours — Rights read to person under arrest mentioning availability of legal aid — Appellant not advised of toll-free number for immediate free legal advice — Appellant confused and not knowing whether to contact lawyer — Breathalyser tests failed — Whether disclosure of toll-free number needed to be made under the information component of s. 10(b) of the Charter — Whether the breathalyser evidence should be excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 253(b).

The appellant was arrested for impaired driving at about 4:00 a.m., was read the breath demand and a caution describing his right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*. The arresting officer advised the appellant of the right to free legal advice from a legal aid lawyer, and of the right to apply for legal assistance under the provincial legal aid plan but made no mention of the 24-hour toll-free number printed on the caution card. The appellant, when asked if he wanted to call a lawyer "now", replied that he wasn't sure. He voiced his confusion as to whether he should contact his lawyer on two other occasions at the police station. The arresting officer, however, disputed one such occurrence. After the appellant indicated he did want to call a lawyer, he was seen to pick up a phone and then hang up without dialling. The appellant then took two breathalyser tests, which he failed. He testified that had he been advised of

Walter Pozniak *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. POZNIAK

N^o du greffe: 23642.

^b

1994: 2, 3 mars; 1994: 29 septembre.

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

^c

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit — Service gratuit d'avocats de garde — Conduite avec facultés affaiblies — Arrestation après les heures de bureau — Personne arrêtée informée de ses droits, avec mention de la possibilité de faire appel à l'aide juridique — Appellant non informé du numéro sans frais lui permettant d'obtenir immédiatement et gratuitement des conseils juridiques — Appellant désorienté et ne sachant pas s'il devait communiquer avec un avocat — Alcootests positifs — Est-il nécessaire de divulguer le numéro sans frais dans le cadre du volet information de l'art. 10b) de la Charte? — La preuve fournie par l'alcootest devrait-elle être écartée en application de l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253b).

^g

L'appellant a été arrêté pour conduite avec facultés affaiblies vers 4 heures du matin. On lui a lu la demande d'échantillon d'haleine ainsi que la mise en garde décrivant son droit à un avocat en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*. Le policier qui a procédé à l'arrestation a informé l'appellant de son droit d'obtenir des conseils gratuits d'un avocat de l'aide juridique et de faire une demande d'aide juridique en vertu du programme provincial, sans toutefois qu'il soit fait mention du numéro sans frais accessible 24 heures par jour qui figurait sur le carton où était imprimée la mise en garde. Lorsqu'on lui a demandé s'il voulait appeler un avocat «maintenant», l'appellant a répondu qu'il n'en était pas certain. À deux autres occasions au poste de police, il a dit qu'il n'était pas certain s'il devait ou non communiquer avec son avocat. Le policier qui l'a arrêté a toutefois contesté une de ces affirmations. Lorsque l'appellant a effectivement

the toll-free duty counsel number he probably would have used it.

The appellant was charged with having care or control of a motor vehicle while his blood alcohol level was above the legal limit, contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*. The trial judge refused to exclude the breathalyser evidence and convicted the appellant. The Ontario Court, General Division, allowed appellant's appeal and quashed the conviction, concluding that the appellant's rights under s. 10(b) of the *Charter* had been infringed and that the breathalyser evidence ought to have been excluded. The Court of Appeal for Ontario allowed the respondent's appeal and restored the appellant's conviction. The issue here was whether the information component of s. 10(b) of the *Charter* required disclosure of the existence of duty counsel service and whether the breathalyser evidence should be excluded under s. 24(2).

Held (L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

The issues are decided as follows:

Section 10(b) of the Charter

Section 10(b) of the *Charter* requires that a detainee be advised, under its information component, of whatever system for free and immediate, preliminary legal advice exists in the jurisdiction at the time of detention and of how such advice can be accessed (*per* Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. (L'Heureux-Dubé J. dissenting); McLachlin J. held that this information had to be given on detention; La Forest J. reiterated his reasons in *R. v. Bartle*).

Section 24(2) of the Charter

Admission of the impugned evidence would bring the administration of justice into disrepute and should be excluded (*per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. (L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting)).

indiqué qu'il voulait appeler un avocat, on l'a vu décrocher le téléphone puis raccrocher sans avoir signalé. Il s'est alors soumis à deux alcootests, auxquels il a échoué. Dans son témoignage, il a déclaré que s'il avait été informé du numéro sans frais permettant de joindre un avocat de garde, il y aurait probablement eu recours.

L'appelant a été accusé d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait la limite permise, en contravention de l'al. 253b) du *Code criminel*. Le juge du procès a refusé d'écarter la preuve fournie par l'alcootest et a déclaré l'appelant coupable. La Cour de l'Ontario (Division générale) a accueilli l'appel de l'appelant et annulé la déclaration de culpabilité. Elle a conclu qu'il y avait eu atteinte aux droits que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appelant et que les éléments de preuve fournis par l'alcootest devaient être écartés. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel de l'intimée et rétabli la déclaration de culpabilité de l'appelant. La question en litige en l'espèce était de savoir s'il y avait obligation de communiquer l'existence de services d'avocats de garde en vertu du volet information de l'al. 10b) de la *Charte* et s'il devait y avoir exclusion, en application du par. 24(2), de la preuve fournie par l'alcootest.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les questions sont tranchées comme suit:

L'alinéa 10b) de la Charte

Dans le cadre de son volet information, l'al. 10b) de la *Charte* exige qu'une personne détenue soit informée sans délai de l'existence, dans la province ou le territoire, de tout système permettant d'obtenir gratuitement des conseils juridiques préliminaires au moment de la détention et de la façon d'y avoir accès (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente); le juge McLachlin a estimé que ces renseignements devaient être fournis lors de la mise en détention; le juge La Forest a réitéré les motifs qu'il a formulés dans l'arrêt *R. c. Bartle*).

Le paragraphe 24(2) de la Charte

L'utilisation de la preuve contestée est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et elle devrait être écartée (le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major (les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents)).

(1) Section 10(b) of the Charter

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: A detainee is entitled under the information component of s. 10(b) of the *Charter* to be advised of whatever system for free and immediate, preliminary legal advice exists in the jurisdiction at the time of detention and of how such advice can be accessed. Because the breach of the appellant's s. 10(b) rights was complete when the police failed to discharge their informational obligations properly under s. 10(b), the appellant's subsequent conduct became irrelevant to the analysis under s. 10(b).

Per La Forest J.: The appeal should be allowed for the reasons given in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173.

Per Gonthier J.: Agreement was expressed with the reasons of Lamer C.J. as to the scope of the obligation of the police regarding disclosure upon arrest or detention of existing and available duty counsel services and with the conclusion that appellant's s. 10(b) rights were infringed.

Per McLachlin J.: All detainees must be told, at a minimum, that they are entitled to an opportunity to contact counsel immediately, and that their right to do so is conferred upon them even if they cannot afford private counsel. In addition, in those jurisdictions where the state or local bar association has established some system of free and immediate, preliminary legal advice for all detainees, the authorities must also provide detainees with information about the existence and availability of these services. Such information should include details about how to access duty counsel services.

The caution failed to convey adequately to appellant that he was entitled to contact counsel immediately, prior to providing incriminating evidence. Moreover, the caution failed to inform him properly that the right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* is not a right restricted to those who can afford private counsel. As the breach of the informational component of s. 10(b) is established upon the failure to meet these two minimum requirements, it was not strictly necessary to show that the police failed to meet the additional requirement of informing appellant of the duty counsel scheme which existed at the time of his detention. The police were under an obligation to provide appellant with information about the existing duty counsel system and how to

(1) L'alinéa 10b) de la Charte

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Une personne détenue a le droit, en vertu du volet information de l'al. 10b) de la *Charte*, d'être informée sans délai de l'existence, dans la province ou le territoire, de tout système permettant d'obtenir gratuitement des conseils juridiques préliminaires au moment de la détention et de la façon d'y avoir accès. Étant donné que, du fait que la police ne s'est pas acquittée adéquatement de ses obligations en matière d'information, il y avait déjà eu atteinte aux droits que l'al. 10b) garantit à l'appellant, sa conduite subséquente n'est pas pertinente aux fins de l'analyse au regard de l'al. 10b).

Le juge La Forest: Le pourvoi devrait être accueilli pour les motifs formulés dans l'arrêt *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173.

Le juge Gonthier: Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés quant à l'étendue de l'obligation qu'a la police d'informer toute personne arrêtée ou mise en détention de l'existence de services d'avocats de garde et quant à la conclusion qu'il y a eu violation des droits que l'al. 10b) garantit à l'appellant.

Le juge McLachlin: Toute personne détenue a, tout au moins, le droit d'être informée qu'elle peut communiquer immédiatement avec un avocat, et que ce droit lui est accordé même si elle ne peut assumer les frais d'un avocat de cabinet privé. En outre, dans les ressorts où le gouvernement provincial ou encore l'association locale du barreau a établi un régime qui permet d'offrir immédiatement et gratuitement des conseils juridiques préliminaires à toutes les personnes détenues, les autorités doivent aussi leur fournir des renseignements sur l'existence et l'accessibilité de ces services. Ces renseignements doivent inclure des détails sur la façon d'avoir accès aux services d'avocats de garde.

La mise en garde n'était pas suffisante pour informer adéquatement l'appellant qu'il avait le droit de communiquer immédiatement avec un avocat, avant de faire des déclarations incriminantes, et que le droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10b) de la *Charte* n'est pas limité aux personnes qui ont les moyens de recourir aux services d'un avocat de cabinet privé. Puisqu'il y a manquement au volet information de l'al. 10b) si l'on ne satisfait pas à ces deux exigences minimales, il n'était pas, à strictement parler, nécessaire d'établir que la police ne s'est pas acquittée de l'obligation supplémentaire qu'elle avait d'informer l'appellant des services d'avocats de garde qui existaient au moment de sa mise en détention. La police était tenue de fournir à

access it. The breach of s. 10(b) was complete upon the failure of the police to inform appellant properly of his right to counsel; appellant's subsequent conduct was irrelevant.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The informational component of s. 10(b) of the *Charter* does not require that a detainee be advised of whatever system for free, preliminary legal advice exists in the jurisdiction at the time of the detention and of how such advice can be accessed. While it may be desirable to provide a detainee with such information, it is not constitutionally mandated. In light of the above, the appellant was fully advised of his constitutional right to counsel. Furthermore, although given every reasonable opportunity to telephone his lawyer, he chose not to do so. Section 10(b) of the *Charter* accordingly was not breached and no remedy was available under s. 24(2).

(2) Section 24(2) of the *Charter*

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Admission of the evidence in this case would bring the administration of justice into disrepute. The breath samples obtained from the appellant were in the nature of conscripted evidence and their admission would negatively impact on the fairness of the trial. Since the evidence was unclear as to whether the appellant would have contacted duty counsel if he had been properly informed of the service and the toll-free 24-hour number, the Crown did not discharge its burden of proving on a balance of probabilities that the evidence would have been obtained even if appellant's rights had been respected. It was uncertain what appellant would have done had his rights been respected and the Crown did not prove that he would not have acted otherwise. Admission of the evidence therefore would render the trial unfair and neither the good faith of the police in this case nor the relative seriousness of the offence could override this fact.

Per McLachlin J.: The evidence should be excluded under s. 24(2) because its admission would bring the administration of justice into disrepute.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Even if a *Charter* breach had occurred, the breathalyser evidence should not have been excluded under s. 24(2). First, the

l'appelant des renseignements sur l'existence d'un système d'avocats de garde et sur la façon d'y avoir accès. La violation de l'al. 10b) était complète dès que la police a omis de s'acquitter adéquatement de son obligation d'informer l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat; la conduite subséquente de l'appelant n'était pas pertinente.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Le volet information de l'al. 10b) de la *Charte* n'exige pas qu'une personne mise en détention soit informée sans délai de l'existence, dans la province ou le territoire, de tout système permettant d'obtenir gratuitement des conseils juridiques préliminaires au moment de la détention et de la façon d'y avoir accès. Bien qu'il soit souhaitable de fournir ces renseignements à une personne détenue, ils ne sont pas constitutionnellement requis. L'appelant a donc été pleinement informé de son droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat. En outre, bien qu'il ait eu toutes les possibilités raisonnables de téléphoner à son avocat, il a choisi de ne pas le faire. Il n'y a donc pas eu violation de l'al. 10b) de la *Charte* et l'appelant n'avait droit à aucune réparation sous le régime du par. 24(2).

(2) Le paragraphe 24(2) de la *Charte*

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: L'utilisation de la preuve en l'espèce est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les échantillons d'haleine obtenus de l'appelant constituent une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et leur utilisation porterait atteinte à l'équité du procès. La preuve n'indiquant pas clairement si l'appelant aurait communiqué avec un avocat de garde s'il avait été dûment informé de l'existence de ce service et du numéro sans frais accessible 24 heures par jour, le ministère public ne s'est pas acquitté de la charge de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la preuve aurait été obtenue même si les droits de l'appelant avaient été respectés. L'incertitude entoure la question de savoir ce que l'appelant aurait fait si ses droits avaient été respectés et le ministère public n'a pas prouvé qu'il n'aurait pas agi différemment. L'utilisation de la preuve rendrait donc le procès inéquitable et ni la bonne foi des policiers en l'espèce ni la gravité relative de l'infraction n'y peuvent rien changer.

Le juge McLachlin: La preuve devrait être écartée en application du par. 24(2) parce que son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Même s'il y avait eu violation de la *Charte*, la preuve obtenue au moyen de l'alcootest n'aurait pas dû être écartée en

admission of the breathalyser results would not render the trial unfair. Breathalyser test results cannot simply be characterized as self-incriminating evidence in the same sense as confessions. Rather, they are *indicia* of a physical condition which existed and could have been easily discovered by other means. Second, the seriousness of the *Charter* breach, had there been one, would also militate towards admission rather than exclusion of the evidence. There is no doubt the police acted in good faith. Finally, the offence of operating a motor vehicle while impaired is serious and therefore, in light of the nature of the *Charter* violation and its minimal incidence on the fairness of the trial, excluding the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Per Gonthier J. (dissenting): In agreement with L'Heureux-Dubé J., the evidence should not be excluded under s. 24(2).

Cases Cited

By Lamer C.J.

Followed: *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; **referred to:** *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190.

By La Forest J.

Followed: *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173.

By McLachlin J.

Followed: *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; **referred to:** *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Bartle, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615.

Statutes and Regulations Cited

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

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 253(b) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 36; rep. & sub. c. 32 (4th Supp.), s. 59].

application du par. 24(2). Premièrement, l'utilisation des résultats de l'alcootest ne rendrait pas le procès inéquitable. Les résultats des alcootests ne peuvent pas être simplement qualifiés de preuve auto-incriminante de la même façon qu'un aveu. Il s'agit plutôt d'indices d'une condition physique préexistante qui aurait facilement pu être découverte par d'autres moyens. Deuxièmement, la gravité de la violation de la *Charte* milite en faveur de l'admission plutôt que de l'exclusion des éléments de preuve. Il n'y a aucun doute que les policiers ont agi de bonne foi. Enfin, l'infraction de conduite avec facultés affaiblies est grave et, par conséquent, étant donnée la nature de la violation de la *Charte* et son incidence minime sur l'équité du procès, l'exclusion de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le juge Gonthier (dissident): Comme le dit le juge L'Heureux-Dubé, il n'y a pas lieu d'écarter la preuve en application du par. 24(2).

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt suivi: *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; **arrêts mentionnés:** *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190.

Citée par le juge La Forest

Arrêt suivi: *R. v. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt suivi: *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; **arrêts mentionnés:** *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Bartle, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615.

Lois et règlements cités

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

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253(b) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 36; abr. & rempl. ch. 32 (4^e suppl.), art. 59].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 81 C.C.C. (3d) 353, 63 O.A.C. 109, 22 C.R. (4th) 1, 15 C.R.R. 212, 45 M.V.R. (2d) 107, allowing an appeal from a judgment of Noble J. allowing an appeal from summary conviction by Greco Prov. Div. J. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.

Anil K. Kapoor, for the appellant.

Ian R. Smith, for the respondent.

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

LAMER C.J. — The issues raised in this appeal are essentially the same as those raised in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, and *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343. They concern disclosure of available duty counsel systems under the information component of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Charter*. Because reasons for judgment in *Bartle* are being handed down contemporaneously with those in the present appeal and these issues are fully canvassed in *Bartle*, my comments here will necessarily be brief.

I. Facts

On September 13, 1990, at approximately 4 a.m., Sergeant Smith arrested the appellant for impaired driving and read him the breath demand. Sergeant Smith then read the appellant his s. 10(b) rights under the *Charter*. The caution which he read was as follows:

You have the right to retain and instruct counsel without delay. You have the right to telephone any lawyer you wish. You also have the right to free advice from a legal-aid lawyer. If you are charged with an offence, you may apply to the Ontario Legal-Aid Plan for legal assistance.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 81 C.C.C. (3d) 353, 63 O.A.C. 109, 22 C.R. (4th) 1, 15 C.R.R. 212, 45 M.V.R. (2d) 107, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Noble, qui avait accueilli l'appel de la déclaration de culpabilité par voie de procédure sommaire prononcée par le juge Greco de la Cour de l'Ontario (Division provinciale). Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.

Anil K. Kapoor, pour l'appelant.

Ian R. Smith, pour l'intimée.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER — Les questions que soulève le présent pourvoi sont essentiellement les mêmes que celles soulevées dans les arrêts *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, et *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343. Elles portent sur la communication de l'existence de systèmes d'avocats de garde dans le cadre du volet information de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi que sur l'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Étant donné que les motifs de l'arrêt *Bartle* et ceux du présent pourvoi sont déposés simultanément et que ces questions y sont analysées en détail, mes commentaires en l'espèce seront nécessairement brefs.

I. Les faits

Le 13 septembre 1990, vers 4 heures du matin, le sergent Smith a arrêté l'appelant pour conduite avec facultés affaiblies et lui a lu la demande d'échantillon d'haleine. Il l'a ensuite informé des droits que lui garantit l'al. 10b) de la *Charte* en lui lisant la mise en garde suivante:

Vous avez le droit de retenir les services d'un avocat et de le consulter sans délai. Vous avez le droit de téléphoner à l'avocat de votre choix. Vous avez également droit aux conseils gratuits d'un avocat de l'aide juridique. Si une accusation est portée contre vous, vous pouvez faire une demande d'aide auprès du Régime d'aide juridique de l'Ontario.

Sergeant Smith then asked the appellant whether he understood and the appellant answered that he did. Sergeant Smith cautioned the appellant about his right to silence and then advised the appellant of the charge and asked him if he wanted to call a lawyer "now". The appellant answered, "I'm not sure. Do you think it's necessary?" Sergeant Smith told the appellant that the decision was his. At no time did Sergeant Smith advise the appellant of the 24-hour, 1-800 legal aid number which was printed on his caution card.

At the police station, the appellant was again asked if he wanted to call a lawyer. He testified that he answered: "I'm a little confused. The lawyer I know, that I normally deal with, I wouldn't know where he'd be at this time." Sergeant Smith, however, denies that the appellant said this. The appellant asked and was allowed to call a friend with whom he was going on a fishing trip and who was expecting him.

Later, Constable Carscadden took the appellant to the sergeant's office to make a call after the appellant indicated that he wanted to call his lawyer. The appellant was seen to pick up the telephone and then hang up without dialling. The appellant then agreed to take two breathalyser tests which he failed. The appellant stated that he indicated to the breathalyser technician, Constable Fortin, that he was confused as to whether he should call his lawyer or not, and that he did not know where his lawyer lived and that his lawyer was probably on holidays. The appellant testified that if he had been told about the toll-free service he would "probably" have used it.

The appellant was charged with having care or control of a motor vehicle while his blood alcohol level was in excess of 80 mg of alcohol in 100 ml of blood, contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. On September 10, 1991, Greco Prov. Div. J. of the Ontario Court, Provincial Division dismissed the appellant's application for exclusion of the breathalyser evidence reading. On February 13, 1992, Greco Prov. Div. J. convicted the appellant. On November 4,

Le sergent Smith a ensuite demandé à l'appelant s'il comprenait et celui-ci a répondu affirmativement. Il l'a informé de son droit de garder le silence ainsi que de l'accusation qui pesait sur lui, et il lui a demandé s'il voulait appeler un avocat «maintenant». L'appelant a répondu: [TRADUCTION] «Je ne suis pas certain. Pensez-vous que c'est nécessaire?», sur quoi le sergent Smith lui a dit que la décision lui appartenait. En aucun moment le sergent Smith n'a donné à l'appelant le numéro 1-800 de l'aide juridique accessible 24 heures par jour qui figurait sur le carton où était imprimée la mise en garde.

Au poste de police, on a de nouveau demandé à l'appelant s'il voulait appeler un avocat. Il a témoigné avoir répondu: [TRADUCTION] «Je suis un peu perdu. L'avocat que je consulte habituellement, je ne sais pas où il se trouve en ce moment.» Le sergent Smith nie toutefois que l'appelant ait tenu ces propos. L'appelant a demandé et obtenu la permission d'appeler un ami avec qui il devait faire une expédition de pêche et qui l'attendait.

Plus tard, l'appelant ayant indiqué qu'il voulait appeler son avocat, l'agent Carscadden l'a conduit dans le bureau du sergent. On l'a vu décrocher le téléphone puis raccrocher sans avoir signalé. L'appelant a alors accepté de se soumettre à deux alcootests, auxquels il a échoué. Il a déclaré avoir dit au technicien responsable, l'agent Fortin, qu'il n'était pas certain s'il devait appeler ou non son avocat, qu'il ne savait pas où celui-ci habitait et qu'il était d'ailleurs probablement en vacances. Dans son témoignage, l'appelant a déclaré que s'il avait été mis au courant du service d'appel sans frais, il y aurait «probablement» eu recours.

L'appelant a été accusé d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, en contravention de l'al. 253b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le 10 septembre 1991, le juge Greco de la Division provinciale de la Cour de l'Ontario a rejeté la requête de l'appelant, qui lui demandait d'écarter la preuve fournie par l'alcootest. Le 13 février 1992, le juge Greco a déclaré l'appelant coupable. Le 4 novembre 1992,

1992, Noble J. of the Ontario Court, General Division, allowed the appellant's appeal and quashed the conviction, concluding that the appellant's rights under s. 10(b) of the *Charter* had been infringed and that the breathalyser evidence ought to have been excluded. On May 28, 1993, the Court of Appeal for Ontario allowed the respondent's appeal and restored the appellant's conviction.

II. Judgments Below

Ontario Court (Provincial Division) (Greco Prov. Div. J.)

Greco Prov. Div. J. found that "one must come away from a hearing of the evidence with the impression, distinct impression, that [the appellant] was being afforded every reasonable opportunity to use the telephone". He reviewed the decision of this Court in *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, and claimed that it did not require specific wording to be used by the police. He stated:

... if the accused demonstrates to the police officer one way or another that he wants to exercise his right to call counsel, you know, standing on his head or just saying 'I want to call a Legal Aid lawyer', then, by all means, the officer has a duty which is positive in nature to facilitate the calling of a Legal Aid lawyer for the accused. But if the accused shows no interest and look, it's up to the accused to communicate with the police officer what it is that he wants to do. The police officer is not a seer, he is not a warlock, he cannot second-guess what is going on in the mind of the accused.

Greco Prov. Div. J. found that from the appellant's responses it could be inferred that the appellant understood that he had the right to retain and instruct his own counsel and that, if he could not afford his own counsel or for any reason did not want to call his own counsel, he could call legal aid. He concluded that the appellant was "indecisive" regarding contacting counsel. Greco Prov. Div. J. further noted that the appellant had indicated that he had his own lawyer "which tells very much as to whether or not he was interested at all, at all, in calling a Legal Aid lawyer". Greco Prov. Div. J. then pointed out that, when given the opportunity, the appellant called a friend. Further-

le juge Noble de la Division générale de la Cour de l'Ontario a accueilli l'appel de l'appelant et annulé la déclaration de culpabilité. Il a conclu qu'il y avait eu atteinte aux droits que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appelant et que les éléments de preuve fournis par l'alcootest devaient être écartés. Le 28 mai 1993, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel de l'intimée et rétabli la déclaration de culpabilité de l'appelant.

II. Les juridictions inférieures

La Cour de l'Ontario (Division provinciale) (le juge Greco)

Le juge Greco a estimé qu'[TRADUCTION] «après analyse de la preuve, on ne peut qu'avoir l'impression, la nette impression, que [l'appelant] a eu toutes les possibilités raisonnables de se servir du téléphone». Après avoir analysé l'arrêt de notre Cour *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, il a dit que rien n'exigeait l'emploi de mots particuliers par les policiers. Il a ajouté:

[TRADUCTION] ... si l'accusé indique d'une façon ou d'une autre au policier qu'il veut exercer son droit d'appeler un avocat, que ce soit en se tenant sur la tête ou simplement en disant «Je veux appeler un avocat de l'aide juridique», alors le policier a l'obligation positive de lui faciliter la tâche. Si, par contre, l'accusé ne manifeste aucun intérêt, il lui revient de dire au policier ce qu'il veut faire. Le policier n'est pas un devin, ce n'est pas un sorcier, il ne peut deviner ce qui se passe dans la tête de l'accusé.

Le juge Greco a estimé qu'on pouvait déduire des réponses de l'appelant qu'il comprenait qu'il avait le droit de recourir à l'assistance de son propre avocat et, s'il n'en avait pas les moyens ou que pour toute autre raison il ne voulait pas l'appeler, il pouvait recourir à l'aide juridique. Il a conclu que l'appelant était «indécis» sur la question de contacter un avocat. De plus, a-t-il souligné, l'appelant a indiqué qu'il avait son propre avocat [TRADUCTION] «ce qui est très révélateur pour ce qui est de savoir s'il était le moins intéressé ou non à appeler un avocat de l'aide juridique». Il a fait remarquer que, lorsqu'il en a eu l'occasion, l'appelant a appelé un ami. Par surcroît, lorsqu'il a

more, the appellant was later given the opportunity to contact his own lawyer when he asked to do so, but he changed his mind and said nothing further about calling a lawyer. Greco Prov. Div. J. concluded: "I can't see how his right to consult with counsel was infringed."

Ontario Court (General Division) (Noble J.)

Noble J. considered the *Brydges* decision, as well as the decision of Cavarzan J. in *R. v. Bartle* (see *Bartle*, released concurrently), and held that Cavarzan J.'s decision represented the law in Ontario. He noted that there "is in place in Ontario a 24-hour duty counsel service through a 1-800 number known to the police, which should routinely be made available to accused persons on arrest or detention, as part of the standard 10(b) caution". He suggested that it was of no legal consequence whether or not the appellant expressed interest in contacting a lawyer because the information component of s. 10(b) had not been complied with.

The appropriate remedy, according to Noble J., was to refuse to admit the breathalyser evidence. He concluded that, although the police officers acted in good faith and "their failure to provide complete access to duty counsel and to [the] Legal Aid system, by supplying the toll free number, was inadvertent", to admit the breathalyser evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Court of Appeal (1993), 81 C.C.C. (3d) 353 (Grange, Finlayson and McKinlay JJ.A.)

The Court of Appeal for Ontario heard six appeals together, including this case and the related case of *Bartle* which are now before this Court. In all six cases it was argued that Ontario's new s. 10(b) caution introduced in the wake of *Brydges* did not comply with the informational requirements laid down in *Brydges*. The general principles of law stated by the Court are summarized at pp. 188-90 of my reasons for judgment in

demandé par la suite à communiquer avec son propre avocat, il a eu la possibilité de le faire, mais il a changé d'avis et n'a plus abordé la question. Le juge Greco a conclu: [TRADUCTION] «Je ne puis voir en quoi il y a eu atteinte à son droit de consulter un avocat.»

La Cour de l'Ontario (Division générale) (le juge Noble)

Après avoir examiné l'arrêt *Brydges*, ainsi que le jugement du juge Cavarzan dans l'affaire *R. c. Bartle* (voir *Bartle*, rendu simultanément), le juge Noble a conclu que la décision du juge Cavarzan reflétait le droit en Ontario. Il a souligné qu'[TRADUCTION] «il existe en Ontario un service d'avocats de garde accessible 24 heures par jour par un numéro 1-800 connu de la police et qui devrait être fourni systématiquement aux prévenus en cas d'arrestation ou de détention dans le cadre de la mise en garde type faite en application de l'al. 10b)». À son avis, la question de savoir si l'appelant s'était montré intéressé à communiquer avec un avocat n'avait aucune incidence juridique puisqu'il n'a pas été satisfait au volet information de l'al. 10b).

Selon le juge Noble, la réparation qui s'imposait était d'écarter la preuve fournie par l'alcootest. Il a conclu que, bien que les policiers aient agi de bonne foi et que [TRADUCTION] «leur omission de donner complètement accès à un avocat de garde et au régime d'aide juridique en fournissant le numéro de téléphone sans frais a[it] été involontaire», l'utilisation des éléments de preuve découlant de l'alcootest était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

La Cour d'appel (1993), 81 C.C.C. (3d) 353 (les juges Grange, Finlayson et McKinlay)

La Cour d'appel de l'Ontario a entendu ensemble six appels, dont la présente affaire et l'affaire connexe *Bartle* dont notre Cour est présentement saisie. Dans chacune des six causes, on a soutenu que la nouvelle mise en garde relative à l'al. 10b) adoptée en Ontario dans la foulée de l'arrêt *Brydges* n'était pas conforme aux exigences en matière d'information énoncées dans cet arrêt. On trouvera aux pp. 188 à 190 de mes motifs de l'arrêt

Bartle and need not be repeated here. With respect to their application to *Pozniak*, the Court of Appeal agreed with Greco Prov. Div. J. that the appellant showed no interest in calling legal aid and “so no need for elaboration arose” (p. 384). It disagreed with Noble J. that it was of no legal consequence that the appellant expressed little or no interest in contacting a lawyer. Instead, it stated at p. 384:

... it is of vital importance whether the accused shows some interest in immediate legal assistance. If he does, the police must facilitate such contact. If he did not, as here, no such obligation (other than the initial caution) is imposed on the police.

III. Analysis

(a) Section 10(b)

As I state in *Bartle*, a detainee is entitled under the information component of s. 10(b) of the *Charter* to be advised of whatever system for free and immediate, preliminary legal advice exists in the jurisdiction at the time of detention and of how such advice can be accessed. I am satisfied in this case that the appellant suffered an infringement of his s. 10(b) rights. At the time of his arrest, Ontario had a 24-hour duty counsel system in place which could be reached by dialling a toll-free number. However, in cautioning the appellant, the police neglected to provide him with this information. Furthermore, the appellant did not waive his right to receive this information: see *Bartle* at pp. 203-7. Because the breach of the appellant's s. 10(b) rights was thus complete when the police failed to discharge their informational obligations properly under s. 10(b), the appellant's subsequent conduct is not relevant to the analysis under s. 10(b).

Bartle les principes généraux de droit que notre Cour a dégagés à cet égard; point n'est donc besoin de les reprendre ici. Quant à leur application à l'affaire *Pozniak*, la Cour d'appel s'est dite d'accord avec le juge Greco que l'appellant ne s'était aucunement montré intéressé à recourir à l'aide juridique et qu' [TRADUCTION] «il n'y avait donc pas lieu d'entrer dans les détails» (p. 384). Contrairement au juge Noble, la Cour d'appel a estimé que le fait que l'appellant n'a manifesté que peu ou pas d'intérêt à communiquer avec un avocat n'était pas sans incidence juridique. Au contraire, elle a dit, à la p. 384:

[TRADUCTION] ... il est essentiel de savoir si l'accusé manifeste quelque intérêt pour une aide juridique immédiate. Dans l'affirmative, la police doit faciliter ce contact. Dans la négative, comme en l'espèce, aucune obligation (autre que celle de faire la mise en garde initiale) ne lui incombe à cet égard.

III. Analyse

a) L'alinéa 10b)

Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Bartle*, une personne détenue a le droit, en vertu du volet information de l'al. 10b) de la *Charte*, d'être informée sans délai de l'existence, dans la province ou le territoire, de tout système permettant d'obtenir gratuitement des conseils juridiques préliminaires au moment de la détention et de la façon d'y avoir accès. En l'espèce, je suis persuadé que l'appellant a subi une atteinte aux droits que lui confère l'al. 10b). Au moment de son arrestation, il existait en Ontario un système d'avocats de garde 24 heures par jour qu'on pouvait joindre en composant un numéro sans frais. Or, en lui faisant la mise en garde, la police a omis de fournir cette information à l'appellant. De plus, l'appellant n'a pas renoncé à son droit de recevoir cette information: voir *Bartle*, aux pp. 203 à 207. Étant donné que, du fait que la police ne s'est pas acquittée adéquatement de ses obligations en matière d'information, il y avait donc déjà eu atteinte aux droits que l'al. 10b) garantit à l'appellant, sa conduite subséquente n'est pas pertinente aux fins de l'analyse au regard de l'al. 10b).

(b) *Section 24(2)*

As with *Bartle*, I am satisfied that admission of the evidence in this case would bring the administration of justice into disrepute.

With respect to adjudicative fairness, I find that the breath samples obtained from the appellant were in the nature of conscripted evidence and that their admission would negatively impact on the fairness of the trial. I further find that it is unclear from the evidence whether the appellant would have contacted duty counsel if he had been properly informed of its existence and of the 1-800 number by which it could be accessed. Therefore, as I explained in *Bartle* at pp. 209-13, I must conclude that the Crown has not discharged its burden of proving, on a balance of probabilities, that the evidence would have been obtained even if the appellant's s. 10(b) rights had been fully respected.

The trial judge based his finding that s. 10(b) had not been infringed on the fact that the accused had not specifically indicated an interest in consulting duty counsel. As a result, he did not turn his mind to the question of whether the breathalyser evidence should be excluded under s. 24(2). As I have explained, the trial judge (who, of course, did not have the benefit of the judgment of this Court now being rendered) was in error in this regard. When considering whether the accused would not have behaved any differently if his s. 10(b) rights had not been violated, however, it is unnecessary for this Court to second-guess any findings of the trial judge regarding the weight that should be attached to particular items of the evidence before him. I am satisfied that the evidence on the record, even when viewed in the light most favourable to the Crown, does not support a finding, on the balance of probabilities, that the accused would not have acted any differently had he been informed of the existence of 24-hour duty counsel services. Even if it is accepted that the accused was "indecisive" about whether or not he was going to call his own lawyer, this does not support the inference that he would not have called duty counsel if he had known of the existence of

b) *Le paragraphe 24(2)*

Comme dans l'arrêt *Bartle*, je suis persuadé que l'utilisation de la preuve en l'espèce est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

En ce qui a trait à l'équité de la décision, j'estime que les échantillons d'haleine obtenus de l'appelant constituent une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et que leur utilisation porterait atteinte à l'équité du procès. J'estime également que, d'après la preuve, il n'est pas clair si l'appelant aurait communiqué avec un avocat de garde s'il avait été dûment informé de l'existence de ce service et du numéro 1-800 par lequel il pouvait y avoir accès. Par conséquent, comme je l'explique dans *Bartle*, aux pp. 209 à 213, force m'est de conclure que le ministère public ne s'est pas acquitté de la charge de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que la preuve aurait été obtenue même si les droits que confère à l'appelant l'al. 10b) avaient été pleinement respectés.

Le juge du procès a fondé ses conclusions que l'al. 10b) n'avait pas été enfreint sur le fait que l'accusé n'avait pas expressément indiqué qu'il voulait consulter un avocat de garde. Par conséquent, il n'a pas examiné la question de savoir si la preuve fournie par l'alcootest devrait être écartée en application du par. 24(2). Comme je l'ai expliqué, le juge du procès (qui, il va sans dire, ne pouvait bénéficier du jugement que notre Cour rend maintenant) a commis une erreur à cet égard. Toutefois, pour tenter de déterminer si l'accusé aurait ou non agi différemment s'il n'y avait pas eu violation des droits que lui garantit l'al. 10b), il est inutile que notre Cour fasse des hypothèses sur les conclusions du juge du procès quant au poids à accorder à des éléments particuliers de la preuve qui lui a été présentée. Je suis convaincu que, selon la preuve au dossier, même en la considérant de la façon la plus favorable pour le ministère public, il est impossible de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé n'aurait pas agi différemment s'il avait été informé de l'existence du service d'avocats de garde accessible 24 heures par jour. Même si l'on accepte que l'accusé était «indécis» pour ce qui est de savoir s'il allait appeler son propre avocat, cela n'appuie pas l'inférence

the 1-800 number. To my mind, the fact that the appellant wanted to call his lawyer but was seen to hang up without dialling when in the phone booth, together with the fact that it was 4 a.m. at the time, suggests that he might have used the toll-free service if he had known about it. In light of the uncertainty which exists as to what the appellant would have done if his s. 10(b) rights had not been violated, I am compelled for the reasons I gave in *Bartle* at pp. 209-13 to find in favour of the appellant and against the Crown on the issue of trial fairness. In other words, the Crown has not satisfied me on a balance of probabilities that the appellant would not have behaved any differently if he had been properly informed of his right to duty counsel.

I would add that neither the good faith of the police in this case nor the relative seriousness of the offence with which the appellant was charged can override what I believe would be an unfair trial if the evidence were admitted. In other words, I am satisfied that admission of the impugned evidence could bring the administration of justice into disrepute and, therefore, it should not be admitted under s. 24(2).

(c) *Conclusion*

In light of my conclusion that the appellant's s. 10(b) rights were infringed and that the breathalyser evidence obtained as a result of this breach should not be admitted under s. 24(2) of the *Charter*, I would allow the appeal, quash the conviction and substitute a verdict of acquittal.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. — For the reasons I have set forth in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, issued concurrently, I would dispose of this appeal in the manner proposed by the Chief Justice.

selon laquelle il n'aurait pas appelé un avocat de garde s'il avait su qu'il existait un numéro 1-800. À mon sens, le fait que l'appelant a voulu appeler son avocat, qu'on l'a vu raccrocher sans composer de numéro une fois rendu dans la boîte téléphonique et que, de plus, il était 4 heures du matin, donne à penser qu'il aurait pu recourir au service sans frais s'il en avait connu l'existence. Étant donné l'incertitude entourant la question de savoir ce que l'appelant aurait fait si les droits que lui garantit l'al. 10b) n'avaient pas été violés, je me vois dans l'obligation, pour les motifs énoncés aux pp. 209 à 213 de l'arrêt *Bartle*, de conclure en faveur de l'appelant et à l'encontre du ministère public sur la question de l'équité du procès. Autrement dit, le ministère public ne m'a pas convaincu selon la prépondérance des probabilités que l'appelant n'aurait pas agi différemment s'il avait été bien informé de son droit à l'assistance d'un avocat de garde.

J'ajouterai que ni la bonne foi des policiers en l'espèce ni la gravité relative de l'infraction dont l'appelant a été accusé ne saurait prévaloir sur ce qui, à mon sens, serait un procès inéquitable si la preuve était utilisée. En d'autres termes, je suis convaincu que l'utilisation de la preuve contestée est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et, par conséquent, qu'en application du par. 24(2) cette preuve ne devrait pas être utilisée.

c) *Conclusion*

Étant donné ma conclusion qu'il y a eu atteinte aux droits que l'al. 10b) garantit à l'appelant et qu'en application du par. 24(2) de la *Charte* la preuve obtenue au moyen de l'alcootest par suite de cette atteinte ne devrait pas être utilisée, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'y substituer un verdict d'acquiescement.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — Pour les motifs que j'ai formulés dans l'arrêt *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, rendu simultanément, je suis d'avis de trancher le présent pourvoi de la manière proposée par le Juge en chef.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This case and the four other cases heard at the same time (*R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343, and *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328) and in which judgment is handed down contemporaneously with this one, raise the issue of the scope of the guarantee provided for in s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that is the right of everyone on arrest or detention to “retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right”. This case raises the particular issue of the disclosure of available duty counsel systems under the information component of s. 10(b) of the *Charter* and the exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Charter*, an issue also raised in *Bartle* and *Harper*. I therefore refer to my reasons in those cases as if herein at length recited.

I have had the opportunity to read the reasons of both the Chief Justice and McLachlin J. I do not agree, however, with either the results they reach or the reasons they offer. In particular, I do not agree that, to use the Chief Justice's words, as a constitutional requirement, “a detainee is entitled under the information component of s. 10(b) of the *Charter* to be advised of whatever system for free and immediate, preliminary legal advice exists in the jurisdiction at the time of detention and of how such advice can be accessed” (p. 319). While it may be desirable to provide a detainee with such information, as I explain in *Bartle*, it is not constitutionally mandated.

As the trial judge and the Court of Appeal found, the appellant in this case expressed no desire to contact duty counsel and voiced no concern about his ability to afford or find a lawyer. The appellant's answers rather led the police officers to infer that he had his own lawyer and would consult him or her. The appellant was offered every reasonable opportunity to use the

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Cet appel et les quatre autres entendus en même temps (*R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343, et *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328), dont les jugements sont rendus simultanément, soulèvent la question de la portée de la garantie énoncée à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit le droit de toute personne, en cas d'arrestation ou de détention, «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit». La question plus précise qui se pose en l'espèce porte sur la divulgation de l'existence de services d'avocats de garde en vertu de l'al. 10b) de la *Charte* et de l'information y requise, ainsi que sur l'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*, question également soulevée dans les arrêts *Bartle* et *Harper*. Je me réfère donc à mes motifs dans ces deux affaires comme s'ils étaient ici intégralement reproduits.

J'ai eu l'occasion de lire les motifs du Juge en chef et ceux du juge McLachlin. Cependant, je ne souscris ni à leurs conclusions ni à leurs motifs. De façon plus particulière, je ne suis pas d'accord pour dire, pour reprendre les mots du Juge en chef, que, en vertu de la Constitution, «une personne détenue a le droit, en vertu du volet information de l'al. 10b) de la *Charte*, d'être informée sans délai de l'existence, dans la province ou le territoire, de tout système permettant d'obtenir gratuitement des conseils juridiques préliminaires au moment de la détention et de la façon d'y avoir accès» (p. 319). Bien qu'il soit souhaitable de fournir ces renseignements à une personne détenue, comme je l'explique dans l'arrêt *Bartle*, ils ne sont pas constitutionnellement requis.

Selon les constatations du juge de première instance et de la Cour d'appel, l'appelant en l'espèce n'a pas exprimé le désir de communiquer avec un avocat de garde et il ne s'est pas préoccupé de sa capacité de joindre un avocat ou d'en assumer les frais. Ses réponses ont plutôt conduit les policiers à conclure qu'il avait son propre avocat et qu'il le consulterait. Il a eu toutes les possibilités raison-

telephone. When given a first opportunity, the appellant called a friend. When he later asked to contact his own lawyer, he was given an opportunity to do so. Without any explanation, the appellant chose not to call a lawyer. Greco Prov. Div. J. made a finding that the appellant understood his right to counsel. In these circumstances, the appellant was fully advised of his constitutional right to counsel and no breach of s. 10(b) of the *Charter* occurred. Consequently, no remedy is available under s. 24(2) of the *Charter*.

Had I agreed with the Chief Justice and McLachlin J. that the appellant's rights under s. 10(b) of the *Charter* were violated, I would have held that the breathalyser evidence should not have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*. In that, I agree entirely with the Court of Appeal when it says at pp. 358-59:

The facts in the appeals before us are substantially different [from those of *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190]. The obvious intent of the police officers in these cases was to afford the accused access to counsel: they followed a procedure specifically established for the purpose of complying with the decision of the Supreme Court of Canada in *Brydges*. If we are incorrect, and failure of the police in these cases to provide the 1-800 number and to advise the accused of the availability of 24-hour duty counsel constitutes a breach of the accused's s. 10(b) rights, then we are of the view that the facts in all of these cases fit precisely within the words of Dickson C.J.C. quoted above [*R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980], and that exclusion rather than admission of evidence obtained in the circumstances of these cases would tend to bring the administration of justice into disrepute. [Emphasis added.]

I note that the impugned evidence here consists only of the results of two breathalyser tests taken by the appellant. There was no incriminating statement from the appellant, as was the case in *Bartle*.

On the basis of the factors set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the *Charter* violation,

nables de se servir du téléphone. La première fois qu'il en a eu l'occasion, l'appelant a appelé un ami. Plus tard, lorsqu'il a demandé de communiquer avec son propre avocat, on lui a donné la possibilité de le faire. Sans explication aucune, il a choisi de ne pas appeler d'avocat. Le juge Greco a conclu que, d'après les faits, l'appelant comprenait qu'il avait droit aux services d'un avocat. Dans les circonstances, l'appelant a donc été pleinement informé de son droit constitutionnel d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et il n'y a pas eu violation de l'al. 10b) de la *Charte*. En conséquence, il n'a droit à aucune réparation sous le régime du par. 24(2) de la *Charte*.

Même si j'avais convenu avec le Juge en chef et le juge McLachlin qu'il y a eu violation des droits que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appelant, j'aurais conclu que la preuve obtenue au moyen de l'alcootest n'aurait pas dû être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. En cela, je souscris entièrement à l'opinion de la Cour d'appel lorsqu'elle dit, aux pp. 358 et 359:

[TRADUCTION] Les faits des appels portés devant nous diffèrent considérablement [de ceux de l'arrêt *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190]. Dans les présentes espèces, les policiers avaient manifestement l'intention de donner aux accusés accès à un avocat: ils ont suivi la procédure spécialement établie en conformité avec l'arrêt *Brydges* de la Cour suprême du Canada. Si nous avons tort et que l'omission de la police de donner le numéro 1-800 et d'informer les accusés de la possibilité d'avoir recours à un avocat de garde 24 heures par jour constitue une violation des droits que leur garantit l'al. 10b), nous sommes d'avis que les faits dans toutes ces affaires correspondent précisément au passage cité ci-dessus du juge en chef Dickson [*R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980], et que c'est l'exclusion des éléments de preuve obtenus dans les circonstances et non leur utilisation qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. [Je souligne.]

Notons qu'en l'espèce, les éléments de preuve attaqués consistent uniquement dans les résultats de deux alcootests subis par l'appelant. Il n'y a eu de sa part aucune déclaration incriminante, comme c'était le cas dans l'arrêt *Bartle*.

Compte tenu des facteurs énumérés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, la violation de

had there been one, would not have been a serious one so as to mandate the exclusion of the evidence. Such exclusion rather than its admission, on the facts of this case, would bring the administration of justice into disrepute.

First, the factors concerning the fairness of the trial favour the admission of the evidence. As I said in *Bartle*, the breathalyser tests cannot be simply characterized as self-incriminating evidence in the same way as a confession. Rather, they are *indicia* of a physical condition which existed and could have been discovered by other means, whether or not the police informed the appellant of his s. 10(b) rights. In these circumstances, the admission of the results of the two breathalyser tests would not render the trial unfair, whether or not the appellant would have used the toll-free service if he had known about it.

The second set of factors focusing on the seriousness of the violation of the *Charte* would also militate towards admission rather than exclusion of the appellant's breathalyser tests. Noble J. commented on this aspect as follows:

... I am satisfied that the police officers acted in good faith and their failure to provide complete access to duty counsel and to Legal Aid system, by supplying the toll free number, was inadvertent. [Emphasis added.]

Sergeant Smith, Constable Carscadden and Constable Fortin gave the appellant every reasonable opportunity to use the telephone. I do not fault the behaviour of the police and believe, as the Chief Justice states, that they acted in "good faith". Therefore the admission of the evidence is favoured by this second set of factors.

Finally, with respect to the final group of factors concerning the potential for disrepute to the administration of justice, the appellant was charged under s. 253(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, that is to have had the care and control of a motor vehicle while his blood alcohol level was in excess of 80 mg of alcohol in

la *Charte*, si violation il y avait eu, n'aurait pas été d'une gravité telle qu'elle aurait commandé l'exclusion de la preuve. Vu les faits de l'espèce, c'est une telle exclusion de la preuve, et non son utilisation, qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

En premier lieu, les facteurs relatifs à l'équité du procès favorisent l'admission de la preuve. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Bartle*, les alcootests ne peuvent pas être simplement qualifiés de preuve auto-incriminante de la même façon qu'une confession. Il s'agit plutôt d'indices d'une condition physique préexistante qui aurait facilement pu être découverte par d'autres moyens, que la police ait informé ou non l'appelant des droits que lui garantit l'al. 10b). Dans les circonstances, l'admission en preuve des résultats des deux alcootests n'est pas susceptible de rendre le procès inéquitable, indépendamment de la question de savoir si l'appelant aurait eu recours au service d'avocats sans frais s'il en avait connu l'existence.

La deuxième série de facteurs portant sur la gravité de la violation de la *Charte* milite également en faveur de l'admission plutôt que de l'exclusion des alcootests de l'appelant. Le juge Noble a fait à ce sujet le commentaire suivant:

[TRADUCTION] ... je suis convaincu que les policiers ont agi de bonne foi et que c'est involontairement qu'ils ont omis de donner complètement accès à un avocat de garde et au régime d'aide juridique en fournissant le numéro de téléphone sans frais. [Je souligne.]

Le sergent Smith et les agents Carscadden et Fortin ont donné à l'appelant toutes les possibilités raisonnables de se servir du téléphone. Il n'y a rien à redire sur la conduite des policiers et, comme le Juge en chef, je crois qu'ils ont agi «de bonne foi». Cette deuxième série de facteurs favorise donc l'admission de la preuve.

Enfin, en ce qui a trait à la dernière série de facteurs concernant la possibilité que l'administration de la justice soit déconsidérée, l'appelant a été accusé en vertu de l'al. 253b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, d'avoir eu la garde et le contrôle d'un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de

100 ml of blood. He was found guilty. The seriousness of the offence of operating a motor vehicle while impaired cannot be disregarded as this Court has pointed out in numerous occasions (*R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Wilson*, [1990] 1 S.C.R. 1291; and *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615) and as I have reiterated in my reasons in *Bartle*. Given the nature of the *Charter* violation and its minimal incidence on the fairness of the trial, if any, the seriousness of offences against s. 253(b) of the *Criminal Code* militates in favour of the admission of the evidence rather than its exclusion. Its exclusion, in my view, would bring the administration of justice into disrepute. Accordingly, I would have had no hesitation in admitting the breathalyser evidence, had I found a breach of s. 10(b) of the *Charter*, which I do not.

For these reasons, I would dismiss the appeal and uphold the conviction of the appellant.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. (dissenting) — I share the views of the Chief Justice as to the scope of the obligation of the police regarding disclosure upon arrest or detention of existing and available duty counsel services and his conclusion that the appellant's rights under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have been infringed.

However, in agreement with Justice L'Heureux-Dubé, I would not exclude the breathalyser evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

I would therefore dismiss the appeal and uphold the conviction of the appellant.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — Although I am in substantial agreement with the reasons of the Chief Justice,

sang. Il a été déclaré coupable. La gravité de l'infraction de conduite d'un véhicule à moteur avec facultés affaiblies ne saurait être mise en doute, comme notre Cour l'a à maintes reprises souligné (*R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Wilson*, [1990] 1 R.C.S. 1291; et *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615) et comme je le répète dans mes motifs de l'arrêt *Bartle*. Étant donné la nature de la violation de la *Charte* et son incidence minime sur l'équité du procès, s'il en est, la gravité des infractions prévues par l'al. 253b) du *Code criminel* milite en faveur de l'admission des éléments de preuve plutôt que de leur exclusion. C'est leur exclusion, à mon avis, qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. En conséquence, je n'aurais eu aucune hésitation à admettre la preuve obtenue au moyen des alcootests si j'avais conclu à la violation de l'al. 10b) de la *Charte*, ce qui n'est pas le cas.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité de l'appellant.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) — Je souscris aux propos du Juge en chef quant à l'étendue de l'obligation qu'a la police d'informer toute personne arrêtée ou mise en détention de l'existence de services d'avocats de garde et je conclus comme lui qu'il y a eu violation des droits que l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'appellant.

Cependant, à l'instar du juge L'Heureux-Dubé, je n'écarterais pas, en application du par. 24(2) de la *Charte*, la preuve obtenue au moyen de l'alcootest.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité de l'appellant.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Je suis dans l'ensemble d'accord avec les motifs du Juge en chef; cepen-

given my reasons in *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, released concurrently, I wish to make some additional remarks.

The issues to be determined in this appeal are essentially the same as those raised in the companion cases of *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173 and *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343, namely: (1) what information must be provided on detention in jurisdictions where there exists some system of free and immediate, preliminary legal advice for all detainees?; and (2) if the informational component is not satisfied on the facts of the appeal, should the evidence obtained as a result of the breach of s. 10(b) be excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

As I note in my reasons in *Prosper*, all detainees must be told, at a minimum, that they are entitled to an opportunity to contact counsel immediately, and that their right to do so is conferred upon them even if they cannot afford private counsel. In addition, in those jurisdictions where the province or local bar association has established some system of free and immediate, preliminary legal advice for all detainees, the authorities must also provide detainees with information about the existence and availability of these services. Such information should include details about how to access duty counsel services.

As in *Bartle*, the caution given to the appellant failed to convey to him adequately that he was entitled to contact counsel immediately, prior to providing incriminating evidence. Moreover, the caution failed to inform the appellant properly that the right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* is not a right which is restricted to those who can afford private counsel. As the breach of the informational component of s. 10(b) is established upon the failure to meet these two minimum requirements, it is not strictly necessary to show that the police failed to meet the additional requirement of informing the appellant of the duty counsel

dant, j'aimerais ajouter certains commentaires à la lumière de mes motifs de l'arrêt *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, dont jugement est rendu simultanément.

Les questions en litige en l'espèce sont essentiellement les mêmes que dans les arrêts connexes *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173 et *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343: (1) quels renseignements faut-il fournir à une personne mise en détention dans les ressorts où il existe un système permettant à toute personne détenue d'obtenir immédiatement des conseils juridiques préliminaires gratuits? et (2) si, eu égard aux faits de l'appel, l'on n'a pas satisfait au volet information, les éléments de preuve obtenus à l'occasion de la violation de l'al. 10(b) doivent-ils être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Comme je le fais remarquer dans mes motifs de l'arrêt *Prosper*, toute personne détenue a, tout au moins, le droit d'être informée qu'elle peut communiquer immédiatement avec un avocat, et que ce droit lui est accordé même si elle ne peut assumer les frais d'un avocat de cabinet privé. En outre, dans les ressorts où le gouvernement provincial ou encore l'association locale du barreau a établi un régime qui permet d'offrir immédiatement et gratuitement des conseils juridiques préliminaires à toutes les personnes détenues, les autorités doivent aussi leur fournir des renseignements sur l'existence et l'accessibilité de ces services. Ces renseignements doivent inclure des détails sur la façon d'avoir accès aux services d'avocats de garde.

Comme dans l'affaire *Bartle*, la mise en garde donnée à l'appellant n'était pas suffisante pour l'informer adéquatement qu'il avait le droit de communiquer immédiatement avec un avocat, avant de faire des déclarations incriminantes, et que le droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10(b) de la *Charte* n'est pas un droit limité aux personnes qui ont les moyens de recourir aux services d'un avocat de cabinet privé. Puisqu'il y a manquement au volet information de l'al. 10(b) si l'on ne satisfait pas à ces deux exigences minimales, je n'ai pas, à strictement parler, à établir que la police ne s'est pas acquittée de l'obligation supplémentaire

scheme which existed at the time of his detention. It is clear, however, that in the circumstances the police were under an obligation to provide the appellant with information about the existing duty counsel system, and should have provided the appellant with the toll-free number by which free and immediate, preliminary legal advice might have been obtained.

I agree with the Chief Justice's conclusion that the breach of s. 10(b) was complete upon the failure of the police to inform the appellant properly of his right to counsel, and that the appellant's subsequent conduct is therefore irrelevant.

I further agree with the Chief Justice's analysis and conclusion with respect to the exclusion of evidence under s. 24(2). I, too, am satisfied that the admission of the evidence in question in this case would bring the administration of justice into disrepute.

Accordingly, I would dispose of the appeal in the same manner as the Chief Justice.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Anil K. Kapoor, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

qu'elle avait d'informer l'appelant des services d'avocats de garde qui existaient au moment de sa mise en détention. Cependant, il est clair que, dans les circonstances, la police était tenue de fournir à l'appelant des renseignements sur l'existence d'un système d'avocats de garde, et qu'elle aurait dû fournir à l'appelant le numéro sans frais pour lui permettre d'obtenir immédiatement et gratuitement des conseils juridiques préliminaires.

Je suis d'accord avec la conclusion du Juge en chef que la violation de l'al. 10b) était complète dès l'omission de la police de s'acquitter adéquatement de son obligation d'informer, et que la conduite subséquente de l'appelant n'est en conséquence pas pertinente.

Je souscris également à l'analyse et à la conclusion du Juge en chef pour ce qui est de l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2). À son instar, je suis convaincue que l'utilisation de la preuve en l'espèce serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

En conséquence, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la même façon que le Juge en chef.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents.

Procureur de l'appelant: Anil K. Kapoor, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ross Nelson Matheson *Respondent*

and

The Charter Committee on Poverty Issues
Intervener

INDEXED AS: R. v. MATHESON

File No.: 23312.

1994: March 2 and 3; 1994: September 29.

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
PRINCE EDWARD ISLAND

Constitutional law — Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Refusal to blow — Province without duty counsel system — Caution read but mention made of availability of legal aid but not of duty counsel — Whether informational component of s. 10(b) violated when no mention made of duty counsel — If so, whether evidence of refusal to blow nevertheless admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(a), 254(5).

The respondent was charged with impaired driving, contrary to s. 253(a) of the *Criminal Code* and with refusal to comply with a breathalyser demand, contrary to s. 254(5) of the *Code*. In the very early morning two police constables came upon his car which was parked at the side of the road. The keys were in the ignition, the engine was running and the respondent was asleep behind the wheel. One of the constables testified that he could smell a strong odour of alcohol on the respondent's breath, noticed that his speech was slurred and rambling and that his eyes appeared to be glassy and bloodshot. The second constable gave the respondent the standard *Charter* caution, which included advising of the right to counsel and of the availability of legal aid. Prince Edward Island did not have a "Brydges duty

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Ross Nelson Matheson** *Intimé*

et

^b **Le Comité de la Charte et des questions de pauvreté** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. MATHESON

^c N° du greffe: 23312.

1994: 2 et 3 mars; 1994: 29 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de recourir aux services d'un avocat et d'être informé de ce droit — Refus de se soumettre à l'alcootest — Province n'offrant pas de service d'avocats de garde — Lecture d'une mise en garde mentionnant la possibilité de recourir à l'aide juridique, mais non celle d'obtenir les services d'un avocat de garde — Le volet information de l'art. 10b) a-t-il été violé du fait que les services d'avocats de garde n'ont pas été mentionnés? — Dans l'affirmative, la preuve du refus de se soumettre à l'alcootest peut-elle néanmoins être utilisée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253a), 254(5).*

^f L'intimé a été accusé de conduite avec facultés affaiblies, en contravention de l'al. 253a) du *Code criminel*, et de refus d'obtempérer à un ordre et de se soumettre à l'alcootest, en contravention du par. 254(5) du *Code*. Aux petites heures du matin, deux policiers se sont approchés de sa voiture, immobilisée au bord de la route. Les clés étaient sur le contact, le moteur était en marche et l'intimé dormait au volant. L'un des agents a témoigné que l'haleine de l'intimé exhalait une forte odeur d'alcool, que l'intimé avait du mal à articuler, que ses propos étaient incohérents et que ses yeux semblaient vitreux et injectés de sang. L'autre agent a fait à l'intimé la mise en garde type concernant les droits garantis par la *Charte*, dont celui de recourir aux services d'un avocat et d'obtenir des conseils juridiques

counsel” service available to detainees upon request and irrespective of means, and the constable accordingly made no mention of such service. The respondent, who was given time to consider each question, answered that he understood the caution and, when asked if he wished to call a lawyer, replied, “No”. The officer then made a demand for samples of his breath.

At trial, the evidence of the respondent’s refusal to provide a breath sample was excluded under s. 24(2) of the *Charter* and the refusal charge was dismissed. The trial judge also found that the Crown had not proven the impaired driving charge beyond a reasonable doubt and acquitted the respondent. The Crown was unsuccessful in its appeal of both acquittals to the Provincial Supreme Court and to the Court of Appeal. This appeal dealt only with respect to the charge of refusing to give a breath sample, contrary to s. 254(5) of the *Criminal Code*.

Held (McLachlin J. dissenting): The appeal should be allowed.

The issues are decided as follows:

Section 10(b) of the Charter

Section 10(b) of the *Charter* does not impose a positive obligation on governments to provide a system of “*Brydges duty counsel*” or likewise afford all detainees a corresponding right to free, 24-hour, preliminary legal advice. No breach of s. 10(b) occurred (*per* Lamer C.J. and La Forest, L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major J.J.). McLachlin J. (dissenting) found that the caution failed to meet the requirements of the informational component of s. 10(b) as set out in her reasons in *R. v. Prosper*.

Section 24(2) of the Charter

Lamer C.J. and La Forest, L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major J.J. did not need to address this issue. McLachlin J. (dissenting) found that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

gratuits. L’île-du-Prince-Édouard ne mettant pas à la disposition des personnes détenues, sur demande et sans égard à leur situation financière, un service d’«avocats de garde selon *Brydges*», l’agent n’a pas fait mention de ce service. L’intimé, qui a eu le temps de réfléchir à chaque question, a répondu qu’il avait compris la mise en garde et, lorsqu’on lui a demandé s’il voulait appeler un avocat, il a répondu «non». L’agent a alors ordonné à l’intimé de lui fournir des échantillons de son haleine.

Au procès, la preuve du refus de l’intimé de fournir un échantillon d’haleine a été écartée en application du par. 24(2) de la *Charte* et l’accusation de refus d’obtempérer a été rejetée. En ce qui concerne l’accusation de conduite avec facultés affaiblies, le juge du procès a conclu que le ministère public n’avait pas établi la culpabilité hors de tout doute raisonnable et il a acquitté l’intimé. Le ministère public en a appelé, sans succès, des deux acquittements devant la Cour suprême de la province, puis devant la Cour d’appel. Le présent pourvoi concerne uniquement l’accusation de refus de fournir un échantillon d’haleine, fondée sur le par. 254(5) du *Code criminel*.

Arrêt (le juge McLachlin est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Les questions sont tranchées comme suit:

L’alinéa 10b) de la Charte

L’alinéa 10b) de la *Charte* n’a pas pour effet d’imposer aux gouvernements une obligation positive de fournir un système d’«avocats de garde selon *Brydges*», ou encore d’accorder à toute personne détenue le droit correspondant à des conseils juridiques gratuits et préliminaires 24 heures par jour. L’alinéa 10b) n’a pas été enfreint (le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major). Le juge McLachlin (dissidente) a conclu que la mise en garde n’avait pas satisfait aux exigences en matière d’information de l’al. 10b) énoncées dans ses motifs de l’arrêt *R. c. Prosper*.

Le paragraphe 24(2) de la Charte

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L’Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major n’avait pas à se prononcer sur cette question. Le juge McLachlin (dissidente) a conclu que l’utilisation de la preuve était susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

(1) *Section 10(b) of the Charter*

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Section 10(b) of the *Charter* does not impose a positive obligation on governments to provide a system of “*Brydges* duty counsel” or likewise afford all detainees a corresponding right to free, 24-hour, preliminary legal advice.

The s. 10(b) caution complied with the informational requirements in that the respondent was informed not only of his right to retain and instruct counsel without delay, but also of his right to apply for Legal Aid. Given that there was, at the time of his detention, no system of 24-hour, on-call duty counsel in the province, the respondent did not need to be advised of any right to duty counsel. Having complied with the informational requirements under s. 10(b), the police were under no further obligation until such time as the respondent asserted his right to counsel by expressing some desire to speak to a lawyer.

Nothing indicated that respondent did not understand his rights. By clearly and unequivocally answering “No” when asked whether he wanted to call a lawyer, he failed to trigger any further obligations on the police under s. 10(b), such as the duty to provide him with a reasonable opportunity to contact counsel and to refrain from eliciting evidence until he had that opportunity. Absent a violation of s. 10(b), the evidence of the respondent’s refusal to comply with the breathalyser demand was admissible.

Per L’Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Section 10(b) of the *Charter* does not impose a positive obligation on governments to provide a system of “*Bridges* duty counsel” or likewise afford all detainees a corresponding right to free, preliminary legal advice 24 hours a day. In light of this, the police properly informed the respondent of his s. 10(b) rights, as expanded by the jurisprudence. Since the respondent indicated that he did not want a lawyer, there was no obligation on the part of the police to facilitate the retention of a lawyer, be it free Legal Aid or otherwise. Absent a *Charter* breach, it was not necessary to deal with s. 24(2) of the *Charter*.

(1) *L’alinéa 10b) de la Charte*

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: L’alinéa 10b) de la *Charte* n’a pas pour effet d’imposer aux gouvernements une obligation positive de fournir un système d’«avocats de garde selon *Brydges*», ou encore d’accorder à toute personne détenue le droit analogue à des conseils juridiques gratuits et préliminaires 24 heures par jour.

La mise en garde qui a été faite relativement à l’application de l’al. 10b) satisfaisait aux exigences en matière d’information puisque l’intimé a été informé non seulement de son droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat, mais également de celui de présenter une demande d’aide juridique. Puisque, au moment de sa détention, il n’existait aucun service d’avocats de garde exerçant leurs fonctions sur demande 24 heures par jour, il n’était pas nécessaire d’informer l’intimé d’un droit aux services d’un avocat de garde. Ayant satisfait aux exigences du volet information de l’al. 10b), les policiers n’étaient tenus à aucune autre obligation tant que l’intimé ne faisait pas valoir son droit à l’assistance juridique en demandant à parler à un avocat.

Aucun élément ne permet de conclure que l’intimé n’a pas compris quels étaient ses droits. L’intimé ayant répondu «non» de manière claire et non équivoque lorsqu’on lui a demandé s’il désirait appeler un avocat, il a soustrait les policiers à toute obligation supplémentaire aux termes de l’al. 10b), comme celle de lui donner une possibilité raisonnable de joindre un avocat et de s’abstenir de lui soutirer des éléments de preuve jusqu’à ce qu’il ait eu cette possibilité. Puisqu’il n’y a eu aucune violation de l’al. 10b), la preuve du refus de l’intimé de se soumettre à l’alcooltest est recevable.

Le juge L’Heureux-Dubé et le juge Gonthier: L’alinéa 10b) de la *Charte* n’a pas pour effet d’imposer aux gouvernements une obligation positive de fournir un système d’«avocats de garde selon *Brydges*», ou encore d’accorder à toute personne détenue un droit analogue à des conseils juridiques gratuits et préliminaires 24 heures par jour. Par conséquent, la police a bien informé l’intimé des droits que lui garantit l’al. 10b), tel qu’interprété par la jurisprudence. Puisque l’intimé a indiqué qu’il ne voulait pas consulter d’avocat, l’agent n’était pas tenu de lui faciliter le recours à l’assistance d’un avocat, qu’il soit rémunéré par l’aide juridique ou non. Comme il n’y a pas eu violation de la *Charte*, il n’est pas nécessaire de se prononcer sur l’effet du par. 24(2) de la *Charte*.

Per McLachlin J. (dissenting): The caution failed to meet the requirements of the informational component of s. 10(b) as set out in *R. v. Prosper*. Although no system of duty counsel existed in the jurisdiction, the police were obliged to inform the respondent both that he had a right to try to contact counsel immediately and that this right was not dependent on his ability to afford a lawyer. The caution, although it adequately communicated to the respondent that he had the right to retain and instruct counsel without delay, conveyed the impression that an impecunious accused was only entitled to the opportunity to consult counsel on application to the provincial legal aid program. The breach of s. 10(b) was complete on the failure of the police to inform the respondent properly of the content and scope of his right to counsel. The breach occurred at the informational stage; questions as to the required elements of the implementational component, diligence and waiver did not arise for consideration.

(2) Section 24(2) of the Charter

Per McLachlin J. (dissenting): The admission of evidence of respondent's refusal to provide a breath sample affected his right to a fair trial. First, the evidence at issue was conscripted and self-incriminatory. Second, the evidence formed the *actus reus* of the offence itself. Finally, it was not known what respondent would have done had he been properly informed of his s. 10(b) rights. Where it is not possible to make a finding one way or another as to what the accused would have done had his s. 10(b) rights not been infringed, the Crown must suffer the consequences of this uncertainty. In such circumstances, courts will assume that the incriminating evidence would not have been obtained but for the violation.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Referred to: *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173.

By L'Heureux-Dubé J.

Followed: *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; **referred to:** *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343.

Le juge McLachlin (dissidente): La mise en garde ne satisfait pas aux exigences formulées dans l'arrêt *R. c. Prosper* relativement au volet information de l'al. 10b). Il n'existait pas dans le ressort en question de système d'avocats de garde, mais la police était néanmoins tenue d'informer l'intimé d'une part, qu'il avait le droit de tenter de communiquer immédiatement avec un avocat et d'autre part, que ce droit ne dépendait pas de sa capacité d'en assumer le coût. Si la mise en garde donnée à l'intimé l'a convenablement informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, elle donnait l'impression qu'un accusé impecunieux avait seulement le droit de consulter un avocat s'il présentait une demande dans le cadre du régime d'aide juridique de la province. La violation de l'al. 10b) était complète au moment où la police a négligé d'informer convenablement l'intimé de la teneur et de l'étendue de son droit à l'assistance d'un avocat. La violation s'est produite à l'étape du volet information; les questions quant aux éléments requis du volet mise en application du droit, à la diligence et à la renonciation ne se présentent pas.

(2) Le paragraphe 24(2) de la Charte

Le juge McLachlin (dissidente): L'utilisation de la preuve du refus de l'intimé de fournir un échantillon d'haleine a porté atteinte à son droit à un procès équitable. Premièrement, la preuve en cause a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et est incriminante. Deuxièmement, la preuve constitue l'*actus reus* de l'infraction même. Enfin, le dossier n'indique pas ce que l'intimé aurait fait s'il avait été convenablement informé des droits que lui confère l'al. 10b). Lorsqu'il n'est pas possible de conclure que l'accusé aurait agi d'une manière ou d'une autre s'il n'y avait pas eu violation de l'al. 10b), c'est au ministère public qu'il revient de subir les conséquences de cette incertitude. Dans ces circonstances, les tribunaux supposeront que la preuve incriminante n'aurait pas été obtenue s'il n'y avait pas eu violation.

h Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt suivi: *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; **arrêts mentionnés:** *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Prosper, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24.

Statutes and Regulations Cited

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

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(a), 254(5).

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Court of Appeal (1992), 105 Nfld. & P.E.I.R. 120, 78 C.C.C. (3d) 70, 42 M.V.R. (2d) 293, dismissing an appeal from a judgment of DesRoches J. (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 210, dismissing an appeal from acquittal by Fitzgerald Prov. Ct. J. Appeal allowed, McLachlin J. dissenting.

Darrell E. Coombs, for the appellant.

John K. Mitchell, for the respondent.

Mark J. Freiman, for the intervener.

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

LAMER C.J. — The issue in this appeal is the same as the one in the related case of *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, which was heard at the same time and is being handed down concurrently with judgment in this case. Specifically, does s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* create a positive constitutional obligation on governments to ensure that free and immediate, preliminary legal advice is available to all detainees?

I. Facts

The respondent was charged with impaired driving, contrary to s. 253(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and with refusal to comply with a breathalyser demand, contrary to s. 254(5) of the *Code*. Shortly after 1 a.m. on March 31,

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Prosper, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24.

Lois et règlements cités

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

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253a), 254(5).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard (1992), 105 Nfld. & P.E.I.R. 120, 78 C.C.C. (3d) 70, 42 M.V.R. (2d) 293, qui a rejeté un appel contre une décision du juge DesRoches (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 210, qui avait rejeté l'appel d'un acquittement prononcé par le juge Fitzgerald de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli, le juge McLachlin est dissidente.

Darrell E. Coombs, pour l'appelante.

John K. Mitchell, pour l'intimé.

Mark J. Freiman, pour l'intervenant.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER — La question en litige aux fins du présent pourvoi est la même que dans l'affaire *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, entendue en même temps et dans laquelle jugement est rendu simultanément. Plus précisément, il s'agit de déterminer si l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* impose aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de faire en sorte que toute personne détenue puisse obtenir sans frais et sans délai des conseils juridiques préliminaires.

I. Les faits

L'intimé a été accusé de conduite avec facultés affaiblies, en contravention de l'al. 253a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et de refus d'obtempérer à un ordre et de se soumettre à l'alcootest, en contravention du par. 254(5) du *Code*. Le

1991, two police constables came upon a car parked at the side of the road. The keys were in the ignition, the engine was running and the respondent was asleep behind the wheel. Constable Dyck awakened the respondent and took him back to the police vehicle. At trial, the Constable testified that he could smell a strong odour of alcohol on the respondent's breath, noticed his speech was slurred and rambling and that his eyes appeared to be glassy and bloodshot.

Constable Millard gave the respondent the standard *Charter* caution and made a demand for samples of his breath. The wording of his caution was as follows:

... I am arresting you for impaired driving. You have the right to retain and instruct counsel without delay. You may call any lawyer that you wish. You have the right to apply for legal assistance without charge through the Provincial Legal Aid Program, do you understand ... ?

After a few minutes, the respondent answered that he understood. When asked if he wished to call a lawyer, he replied, "No".

The appellant testified at trial that he had lost quite a bit of sleep during the two weeks preceding the date of the charge, as he was spending a great deal of time in the hospital with his mother who was ill. He explained that on the date of the charge he consumed "a few bottles of beer" with a friend, then got into his car and fell asleep for two-and-a-half hours.

At the time of the alleged offence, Prince Edward Island did not have a "Brydges duty counsel" service available to detainees upon request and irrespective of means. According to counsel for the appellant, a form of duty counsel under the Provincial Legal Aid Plan had been briefly available from July 1990 to January 18, 1991, but had been discontinued because of a shortage of funds. At the time of hearing this appeal, there continued

31 mars 1991, peu après une heure du matin, deux policiers se sont approchés d'une voiture immobilisée au bord de la route. Les clés étaient sur le contact, le moteur était en marche et l'intimé dormait au volant. L'agent Dyck a réveillé l'intimé et lui a fait prendre place dans l'auto-patrouille. Au procès, l'agent a témoigné que l'haleine de l'intimé exhalait une forte odeur d'alcool, que l'intimé avait du mal à articuler, que ses propos étaient incohérents et que ses yeux semblaient vitreux et injectés de sang.

Après la mise en garde type concernant les droits garantis par la *Charte*, l'agent Millard a ordonné à l'intimé de lui fournir des échantillons de son haleine. Voici le texte de la mise en garde:

[TRADUCTION]... je vous arrête pour conduite avec facultés affaiblies. Vous avez droit à l'assistance d'un avocat sans délai. Vous pouvez appeler l'avocat de votre choix. Vous pouvez obtenir des conseils juridiques gratuits en application du Régime d'aide juridique de la province, avez-vous compris ... ?

Après quelques minutes, l'intimé a répondu qu'il avait compris. Lorsqu'on lui a demandé s'il voulait appeler un avocat, il a répondu «non».

Au procès, l'intimé a témoigné que, au cours des deux semaines qui avaient précédé la date de l'accusation, il avait manqué de sommeil du fait qu'il avait dû passer beaucoup de temps à l'hôpital au chevet de sa mère malade. Il a expliqué que, le jour où les faits en cause se sont déroulés, après avoir bu quelques bières avec un ami, il était monté dans son auto, s'était assoupi et avait dormi pendant deux heures et demie.

Au moment de la présumée infraction, l'Île-du-Prince-Édouard ne mettait pas à la disposition des personnes détenues, sur demande et sans égard à leur situation financière, un service d'«avocats de garde selon *Brydges*». D'après l'avocat de l'appelante, un service de cette nature avait été momentanément offert, du mois de juillet 1990 au 18 janvier 1991, dans le cadre du régime provincial d'aide juridique, mais avait été supprimé à la suite de compressions budgétaires. À la date de l'audition du présent pourvoi, il n'y avait toujours pas,

to be no established, after-hours system of duty counsel in P.E.I.

At trial, the evidence of the respondent's refusal to provide a breath sample was excluded under s. 24(2) of the *Charter* and the refusal charge was dismissed. With respect to the impaired driving charge, the trial judge found that the Crown had not proven its case beyond a reasonable doubt and acquitted the respondent. The Crown made no argument on the application to exclude the evidence. However, the Crown appealed the acquittal on both charges to the Provincial Supreme Court and to the Court of Appeal. The appeal to the Supreme Court, Trial Division was dismissed as was the appeal to the Court of Appeal. Before this Court, the Crown appeals only with respect to the charge of refusing to give a breath sample, contrary to s. 254(5) of the *Code*.

II. Judgments Below

Provincial Court (Fitzgerald Prov. Ct. J.)

Fitzgerald Prov. Ct. J. granted the motion to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter* on the basis that the respondent had not been properly advised of his *Charter* right to counsel. He held that the police were required:

... to make it abundantly clear to [the respondent] that he has the option at that very point in time, before he [did] anything that would incriminate him, to avail himself of legal aid service within the Province.

He stated that he was not satisfied that the respondent would reasonably have understood that he had the right to contact legal aid immediately. The reference to legal aid service in the caution provided suggested that the respondent could make an application at some time in the future. Fitzgerald Prov. Ct. J. concluded that the wording of the caution delivered to the respondent did not satisfy the requirements laid down in *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190.

dans cette province, de système d'avocats de garde en dehors des heures de bureau.

Au procès, la preuve du refus de l'intimé de fournir un échantillon d'haleine a été écartée en application du par. 24(2) de la *Charte* et l'accusation de refus d'obtempérer a été rejetée. En ce qui concerne l'accusation de conduite avec facultés affaiblies, le juge du procès a conclu que le ministère public n'avait pas établi la culpabilité hors de tout doute raisonnable et il a acquitté l'intimé. Le ministère public n'a pas présenté d'argument relativement à la demande d'exclusion de la preuve en cause. Il en a néanmoins appelé de l'acquittement quant aux deux chefs d'accusation devant la Cour suprême de la province, section de première instance, puis devant la Cour d'appel. Les deux appels ont été rejetés. Quant au pourvoi dont notre Cour est saisie, le ministère public en appelle uniquement de l'accusation de refus de fournir un échantillon d'haleine, fondée sur le par. 254(5) du *Code*.

e II. Les juridictions inférieures

La Cour provinciale (le juge Fitzgerald)

Le juge Fitzgerald a accueilli la requête visant à écartier un élément de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*, pour le motif que l'intimé n'avait pas été convenablement informé du droit à l'assistance d'un avocat garanti par la *Charte*. Il a statué que les policiers étaient tenus:

[TRADUCTION] ... de faire en sorte qu'il soit tout à fait clair [pour l'intimé] qu'il a la possibilité, à ce moment précis, avant qu'il ne fasse quoi que ce soit qui puisse l'incriminer, de faire appel au service d'aide juridique offert dans la province.

Il n'était pas convaincu qu'il était raisonnable de croire que l'intimé avait compris qu'il avait le droit de faire appel à l'aide juridique sans délai. La mention du service d'aide juridique dans la mise en garde laissait entendre que l'intimé pourrait faire une demande à un moment ultérieur. Le juge Fitzgerald a conclu que le libellé de la mise en garde faite à l'intimé ne satisfaisait pas aux exigences établies dans l'arrêt *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190.

Supreme Court, Trial Division (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 210 (DesRoches J.)

DesRoches J. noted that this Court's decision in *Brydges* created a duty on the police to inform a person arrested or detained of the existence of duty counsel and of the ability to apply for legal aid. He found at p. 215 that even though the remarks of the majority on this point were *obiter dicta*, they "were obviously deliberately made and intended to serve as a future guide to the police and the courts". He cited authority for the proposition that *obiter* statements of the Supreme Court of Canada are binding on lower courts.

DesRoches J. concluded at pp. 217-18:

Surely the scope of the right to counsel as guaranteed by s. 10(b) of the *Charter* is not dependent on the decision of provincial authorities respecting the provision of the means whereby arrested or detained persons can avail themselves of legal advice without delay. . . .

The absence of duty counsel service in this jurisdiction means that in the many cases of arrest or detention which occur outside of normal working hours those persons who cannot afford a lawyer, or those who do not know a lawyer, are effectively denied the right to immediate but temporary advice and assistance. In other words, they are denied the right to counsel.

It is not for the courts to dictate to provincial authorities in a case such as this the priorities to be placed on what is, without doubt, a limited financial budget. The Supreme Court of Canada in . . . [*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679] held that where s. 52 of the *Constitution Act, 1982* is not engaged, a remedy under s. 24(1) of the *Charter* may nonetheless be available. This will be the case where, as in the instant case, the statute or provision in question is not in and of itself unconstitutional, but some action taken under it infringes a person's *Charter* rights. It is properly left to trial courts to determine in individual cases whether the right to counsel is infringed, and, if so, what remedy, if any, is appro-

La Cour suprême, section de première instance (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 210 (le juge DesRoches)

Le juge DesRoches a fait remarquer que la décision de notre Cour dans l'arrêt *Brydges*, imposait aux policiers l'obligation d'informer toute personne arrêtée ou détenue de l'existence des services d'avocats de garde et de la possibilité de présenter une demande d'aide juridique. À son avis, même si les remarques formulées à ce sujet par les juges majoritaires étaient incidentes, elles [TRADUCTION] «étaient manifestement faites dans le but de guider la police et les tribunaux à l'avenir» (p. 215). À cet égard, il a invoqué certains arrêts et ouvrages selon lesquels les remarques incidentes de la Cour suprême du Canada lient les tribunaux d'instance inférieure.

Le juge DesRoches a conclu, aux pp. 217 et 218:

[TRADUCTION] Certes, la portée du droit à l'assistance d'un avocat, garanti par l'al. 10b) de la *Charte*, n'est pas tributaire de la décision des autorités provinciales de prévoir ou non des modalités grâce auxquelles toute personne arrêtée ou détenue peut obtenir sans délai des conseils juridiques . . .

L'inexistence de services d'avocats de garde dans ce ressort fait en sorte que, dans plusieurs cas où une arrestation ou une mise en détention se produit en dehors des heures de bureau habituelles, la personne qui n'a pas les moyens de recourir aux services d'un avocat ou qui n'en connaît aucun se voit dans les faits privée du droit à des conseils et à une aide juridiques immédiats, mais temporaires. En d'autres termes, elle se voit privée du droit à l'assistance d'un avocat.

Il n'appartient pas aux tribunaux, dans un cas comme celui-ci, de se substituer aux autorités provinciales et d'établir les priorités de l'État compte tenu de ressources financières qui sont, sans aucun doute, limitées. [Dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679], la Cour suprême du Canada a statué que même lorsque l'application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'est pas déclenchée, il peut y avoir une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Cela peut se produire quand, comme dans la présente affaire, la loi ou la disposition législative n'est pas inconstitutionnelle en soi, mais qu'elle donne lieu à une mesure prise en contravention des droits garantis par la *Charte*. Il incombe

priate in the circumstances. Having decided that duty counsel services will not be provided, it must be taken that provincial authorities are prepared to accept whatever legal consequences flow from that decision.

In the circumstances of this case I am not prepared to overturn the decision of the trial judge. The appeal is dismissed.

Court of Appeal (1992), 105 Nfld. & P.E.I.R. 120 (Carruthers C.J.P.E.I., Mitchell J.A. and Mullally J. (*ad hoc*))

Mitchell J.A. found that s. 10(b) of the *Charter* made it incumbent on the police to advise a detainee that he has the right to have access to immediate although temporary, advice from duty counsel, irrespective of financial status. He added at p. 121 that it was “up to those responsible for the administration of justice in the Province to ensure that the service is available”. He held that the essence of *Brydges* is that a detainee must be informed that he has the right to temporary free legal assistance immediately. Mitchell J.A. concluded that the advice given to the respondent fell short of this standard because it failed to make it clear that the respondent was entitled to have immediate legal advice without charge on a temporary basis. He also upheld the decision to exclude the impugned evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

III. Analysis

As I explain in the related case of *Prosper*, s. 10(b) of the *Charter* does not impose a positive obligation on governments to provide a system of “*Brydges* duty counsel”, or likewise, afford all detainees a corresponding right to free, preliminary legal advice 24 hours a day.

aux tribunaux de première instance, à juste titre d’ailleurs, de déterminer, dans chaque cas d’espèce, s’il y a violation du droit à l’assistance d’un avocat et, le cas échéant, quelle réparation, s’il en est, s’impose vu les circonstances. Force est de conclure que les autorités provinciales qui décident de ne pas offrir les services d’un avocat de garde sont prêtes à assumer les conséquences juridiques de leur décision, quelles qu’elles soient.

Vu les circonstances de la présente affaire, je ne suis pas disposé à renverser la décision du juge du procès. L’appel est rejeté.

La Cour d’appel (1992), 105 Nfld. & P.E.I.R. 120 (le juge en chef Carruthers, le juge Mitchell et le juge Mullally (*ad hoc*))

Le juge Mitchell a conclu que l’al. 10b) de la *Charte* obligeait les policiers à informer toute personne détenue de son droit aux conseils immédiats, quoique temporaires, d’un avocat de garde, sans égard à sa situation financière. Il a ajouté, à la p. 121, qu’il appartenait [TRADUCTION] «aux responsables de l’administration de la justice dans la province de veiller à ce que de tels services soient offerts». Selon lui, il découlait essentiellement de l’arrêt *Brydges* que toute personne détenue devait être informée de son droit à une assistance juridique immédiate, temporaire et gratuite. Il en arrive à la conclusion que la mise en garde servie à l’intimé n’était pas conforme à cette exigence parce qu’elle n’informait pas clairement l’intimé qu’il pouvait obtenir gratuitement des conseils juridiques immédiats, de façon temporaire. Il a par ailleurs confirmé la décision d’écarter l’élément de preuve en cause en application du par. 24(2) de la *Charte*.

III. Analyse

Comme je l’explique dans l’arrêt connexe *Prosper*, l’al. 10b) de la *Charte* n’a pas pour effet d’imposer aux gouvernements une obligation positive de fournir un système d’«avocats de garde selon *Brydges*», ou encore d’accorder à toute personne détenue le droit analogue à des conseils juridiques gratuits et préliminaires 24 heures par jour.

The respondent in this case was detained in the very early hours of the morning. The s. 10(b) caution which he received complied with the informational requirements laid down by the majority of this Court in *Brydges* and confirmed in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173. That is, he was informed not only of his right to retain and instruct counsel without delay, but also of his right to apply for Legal Aid. Since there was, at the time of his detention, no system of 24-hour, on-call duty counsel in existence in Prince Edward Island, it was clearly not necessary or appropriate to advise the respondent of any right to duty counsel. Having complied with the informational requirements under s. 10(b), the police were under no further obligation until such time as the respondent asserted his right to counsel by expressing some desire to speak to a lawyer.

Although the respondent was slow in responding to the police, nothing in the record suggests that he did not understand his rights. Indeed, the police appear to have acted cautiously by waiting for an answer to each question before proceeding to the next question. The respondent in this case clearly and unequivocally said "No" when asked whether he wanted to call a lawyer. By so doing, he failed to trigger any further obligations on the police under s. 10(b) (i.e., to provide him with a reasonable opportunity to contact counsel and to refrain from eliciting evidence until he had that opportunity). Accordingly, no violation of s. 10(b) has been made out on the facts of this case and the evidence of the respondent's refusal to comply with the breathalyser demand is admissible.

In the result, the appeal is allowed and a new trial ordered as requested by the appellant.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

Dans la présente espèce, l'intimé a été mis en détention aux petites heures du matin. La mise en garde qui lui a été servie relativement à l'application de l'al. 10b) satisfaisait aux exigences en matière d'information énoncées par les juges majoritaires de notre Cour dans l'arrêt *Brydges*, lesquelles ont été confirmées dans l'arrêt *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173. Ainsi, l'intimé a été informé non seulement de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, mais également de celui de présenter une demande d'aide juridique. Puisque, au moment de sa détention, il n'existait à l'Île-du-Prince-Édouard aucun service d'avocats de garde exerçant leurs fonctions sur demande 24 heures par jour, il n'était manifestement pas nécessaire ni opportun d'informer l'intimé d'un droit aux services d'un avocat de garde. Ayant satisfait aux exigences du volet information de l'al. 10b), les policiers n'étaient tenus à aucune autre obligation tant que l'intimé ne faisait pas valoir son droit à l'assistance juridique en demandant à parler à un avocat.

Même si l'intimé a mis du temps à répondre aux policiers, aucun élément du dossier ne permet de conclure qu'il n'a pas compris quels étaient ses droits. De fait, les policiers semblent avoir agi avec circonspection et avoir attendu que l'intimé réponde à chacune des questions avant de poser la suivante. En l'espèce, lorsqu'on lui a demandé s'il désirait appeler un avocat, l'intimé a répondu «non» de manière claire et non équivoque. Ce faisant, il a soustrait les policiers à toute obligation supplémentaire aux termes de l'al. 10b) (c.-à-d. lui donner une possibilité raisonnable de joindre un avocat et s'abstenir de lui soutirer des éléments de preuve jusqu'à ce qu'il ait eu cette possibilité). Par conséquent, aucune violation de l'al. 10b) ne ressort des faits de la présente espèce et la preuve du refus de l'intimé de se soumettre à l'alcootest est recevable.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès comme le demande l'appelante.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case and the four other cases heard at the same time (*R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310, and *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343), and in which judgment is handed down contemporaneously with this one, raise the issue of the scope of the guarantee provided for in s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that is the right of everyone on arrest or detention “to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right”. This case raises the particular issue of whether s. 10(b) of the *Charter* creates a positive constitutional obligation on governments to ensure that free and immediate temporary legal advice is available to all detainees, an issue also raised in *Prosper*.

I have had the opportunity to read the reasons of the Chief Justice and McLachlin J. I agree with the Chief Justice that the appeal should be allowed and a new trial ordered and refer to my reasons in *Prosper*, as if herein recited at length. Like the Chief Justice, I am of the view that s. 10(b) of the *Charter* “does not impose a positive obligation on governments to provide a system of ‘Brydges duty counsel’, or likewise, afford all detainees a corresponding right to free, preliminary legal advice 24 hours a day” (p. 336). Consequently, the only remaining question is whether the police properly informed the respondent of his s. 10(b) rights, as expanded by the jurisprudence. In my view, the police officer so did when he gave the respondent the following caution:

... I am arresting you for impaired driving. You have the right to retain and instruct counsel without delay. You may call any lawyer that you wish. You have the right to apply for legal assistance without charge through the Provincial Legal Aid Program, do you understand ... ?

Since the respondent indicated that he did not want a lawyer, there was no obligation on the part of

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Cet appel et les quatre autres entendus en même temps (*R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310, et *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343), dont les jugements sont rendus simultanément, soulèvent la question de la portée de la garantie énoncée à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit le droit de toute personne, en cas d'arrestation ou de détention, «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit». La question plus précise qui se pose en l'espèce est de savoir si l'al. 10b) de la *Charte* impose aux gouvernements une obligation constitutionnelle positive de faire en sorte que toutes les personnes détenues puissent obtenir sans frais et sans délai des conseils juridiques préliminaires, question qui a également été soulevée dans l'arrêt *Prosper*.

J'ai eu l'occasion de lire les motifs du Juge en chef et ceux du juge McLachlin. Je partage l'avis du Juge en chef qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès et, à cet égard, je me réfère aux motifs que j'ai formulés dans l'arrêt *Prosper*, comme s'ils étaient ici intégralement reproduits. Comme le Juge en chef, je suis d'avis que l'al. 10b) de la *Charte* «n'a pas pour effet d'imposer aux gouvernements une obligation positive de fournir un système d'«avocats de garde selon *Brydges*», ou encore d'accorder à toute personne détenue le droit analogue à des conseils juridiques gratuits et préliminaires 24 heures par jour» (p. 336). Par conséquent, la seule question qui reste à trancher est de savoir si la police a bien informé l'intimé des droits que lui garantit l'al. 10b), tel qu'interprété par la jurisprudence. À mon avis, le policier a rempli l'obligation qui lui incombait lorsqu'il a fait la mise en garde suivante à l'intimé:

[TRADUCTION] ... je vous arrête pour conduite avec facultés affaiblies. Vous avez droit à l'assistance d'un avocat sans délai. Vous pouvez appeler l'avocat de votre choix. Vous pouvez obtenir des conseils juridiques gratuits en application du Régime d'aide juridique de la province, avez-vous compris ... ?

Puisque l'intimé a indiqué qu'il ne voulait pas consulter d'avocat, l'agent Millard n'était pas tenu de

Constable Millard to facilitate the retention of a lawyer, be it free Legal Aid or otherwise.

Since there was no breach of s. 10(b) of the *Charter*, it is not necessary to deal with s. 24(2) of the *Charter*. The trial judge and the Court of Appeal, consequently, erred in finding a *Charter* breach and in excluding the breathalyser evidence. A new trial is in order.

I would dispose of the appeal as proposed by the Chief Justice.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — Following the principles discussed in my reasons in *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, released concurrently with judgment in this appeal, I would find that s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was breached and that the evidence should not have been admitted under s. 24(2). Accordingly, I would confirm the order of acquittal.

I. Facts

The facts and judgments below have been set out in full by the Chief Justice. To summarize, the respondent was arrested at approximately 1:20 a.m. on March 31, 1991, after being found by two police constables asleep behind the wheel of his running car at the side of the road. The respondent was awakened and given the following caution at the scene:

... I am arresting you for impaired driving. You have the right to retain and instruct counsel without delay. You may call any lawyer that you wish. You have the right to apply for legal assistance without charge through the Provincial Legal Aid Program, do you understand ...

A few minutes after the caution was read, the respondent indicated that he understood. When asked if he wanted to call a lawyer, the respondent replied, "No". He then refused to provide a breath sample.

lui faciliter le recours à l'assistance d'un avocat, qu'il soit rémunéré par l'aide juridique ou non.

Comme il n'y a pas eu violation de l'al. 10b) de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur l'effet du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge du procès et la cour d'appel ont donc commis une erreur en concluant à la violation de la *Charte* et en excluant la preuve obtenue au moyen de l'alcootest. Il y a donc lieu d'ordonner un nouveau procès.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi comme le propose le Juge en chef.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Conformément aux principes que j'ai formulés dans l'arrêt *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, rendu simultanément, je suis d'avis qu'il y a eu violation de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que, en application du par. 24(2), la preuve ne devait pas être utilisée. En conséquence, je suis d'avis de confirmer l'ordonnance d'acquiescement.

I. Les faits

Les faits et les décisions des juridictions inférieures ont été exposés en détail par le Juge en chef. En résumé, le 31 mars 1991, l'intimé a été arrêté vers 1 h 20 par deux policiers qui l'ont trouvé endormi au volant de sa voiture en marche, immobilisée au bord de la route. L'intimé a été réveillé et a, sur les lieux, reçu lecture de la mise en garde suivante:

[TRADUCTION] ... je vous arrête pour conduite avec facultés affaiblies. Vous avez droit à l'assistance d'un avocat sans délai. Vous pouvez appeler l'avocat de votre choix. Vous pouvez obtenir des conseils juridiques gratuits en application du Régime d'aide juridique de la province, avez-vous compris ...

Quelques minutes plus tard, l'intimé a fait savoir qu'il avait compris. Lorsqu'on lui a demandé s'il voulait appeler un avocat, il a répondu «non». Il a ensuite refusé de fournir un échantillon d'haleine.

The trial judge found that the respondent suffered an infringement of his right to retain and instruct counsel without delay guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*. He further found that the admission of the evidence of the respondent's statement of refusal to comply with the breathalyser demand would bring the administration of justice into disrepute. The evidence was excluded under s. 24(2) of the *Charter* and the respondent was acquitted. The acquittal was upheld by the provincial Supreme Court, Trial Division (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 210, and the Court of Appeal (1992), 105 Nfld. & P.E.I.R. 120.

II. Analysis

Section 10(b)

In my view, the caution given to the accused in this case failed to meet the requirements of the informational component of s. 10(b) as set out in *Prosper*. There was at the time of the respondent's detention no system of duty counsel in existence in the jurisdiction. Nevertheless, the police were obliged to inform the respondent both that he had a right to try to contact counsel immediately and that this right was not dependent on his ability to afford a lawyer. The caution given to the respondent in this case, although it adequately communicated to the respondent that he had the right to retain and instruct counsel without delay, conveyed the impression that an impecunious accused was only entitled to the opportunity to consult counsel on application to the Provincial Legal Aid Program. As was the case in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, released concurrently with this judgment, the charge's reference to Legal Aid implied that the free legal assistance was available only on application, thereby suggesting that the right to retain and instruct counsel was immediate only if the detainee could afford private counsel.

The breach of s. 10(b) was complete on the failure of the police to inform the respondent properly of the content and scope of his right to counsel. I emphasize that the breach occurred in this case at

Le juge du procès a conclu qu'il y avait eu violation du droit de l'intimé d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat que lui garantit l'al. 10b) de la *Charte*. Il a aussi conclu que l'utilisation de la preuve du refus de l'intimé d'obtempérer à l'ordre de soumettre un échantillon d'haleine était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La preuve a été écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et l'intimé a été acquitté. La Cour suprême de la province, section de première instance (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 210, et la Cour d'appel (1992), 105 Nfld. & P.E.I.R. 120, ont confirmé l'acquittement.

II. Analyse

L'alinéa 10b)

À mon avis, la mise en garde donnée à l'accusé en l'espèce ne permet pas de satisfaire aux exigences formulées dans l'arrêt *Prosper* relativement au volet information de l'al. 10b). À l'époque de la mise en détention de l'intimé, il n'existait pas dans le ressort en question de système d'avocats de garde. Néanmoins, la police était tenue d'informer l'intimé d'une part, qu'il avait le droit de tenter de communiquer immédiatement avec un avocat et d'autre part, que ce droit ne dépendait pas de sa capacité d'en assumer le coût. En l'espèce, si la mise en garde donnée à l'intimé l'a convenablement informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, elle donnait l'impression qu'un accusé impecunieux avait seulement le droit de consulter un avocat s'il présentait une demande dans le cadre du régime d'aide juridique de la province. Comme dans l'affaire *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, dont jugement est rendu simultanément, la mention dans l'accusation du régime d'aide juridique laissait entendre que l'aide juridique gratuite était seulement offerte à la suite d'une demande, laissant supposer que le droit à l'assistance immédiate d'un avocat existait seulement si la personne détenue avait les moyens de recourir aux services d'un avocat de cabinet privé.

La violation de l'al. 10b) était complète au moment où la police a négligé d'informer convenablement l'intimé de la teneur et de l'étendue de son droit à l'assistance d'un avocat. J'insiste sur le

the informational stage; since the respondent was not properly cautioned, the required elements of the implementational component do not arise for consideration. Similarly, questions of diligence and waiver do not arise on this appeal.

It remains to be determined whether the evidence obtained following the breach should be excluded under s. 24(2).

Section 24(2)

In determining whether evidence obtained in the course of a s. 10(b) violation ought to be admitted, a court must balance factors relating to the effect of admission on the fairness of the trial, the seriousness of the breach, and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 284-86.

The first factor to be considered under the *Collins* test is whether the admission of the impugned evidence would adversely affect the fairness of the trial. In the circumstances of this case, I am satisfied that the admission of the respondent's refusal to provide a breath sample would in fact affect his right to a fair trial. First, the evidence at issue was conscripted and self-incriminatory. Second, the evidence forms the *actus reus* of the offence itself. Finally, there is nothing on the record to indicate what the respondent would have done had he been properly informed of his s. 10(b) rights. I share the view set out by Lamer C.J. in *Bartle*, *supra*, at p. 211, that where it is not possible to make a finding one way or another as to what the accused would have done had his s. 10(b) rights not been infringed, it is the Crown which must suffer the consequences of this uncertainty. In such circumstances, courts will assume that the incriminating evidence would not have been obtained but for the violation.

Having concluded that the admission of the statement of refusal would render the trial unfair, it

fait que la violation s'est produite à l'étape du volet information; puisque l'intimé n'a pas été convenablement mis en garde, les éléments requis du volet mise en application du droit n'ont pas à être examinés. De même, les questions de diligence et de renonciation ne se présentent pas en l'espèce.

Il reste à déterminer si les éléments de preuve obtenus à la suite de la violation devraient être écartés en vertu du par. 24(2).

Le paragraphe 24(2)

Pour déterminer si les éléments de preuve obtenus à l'occasion d'une violation de l'al. 10b) devraient être utilisés, un tribunal doit soupeser l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès, la gravité de la violation et l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, aux pp. 284 à 286.

Le premier facteur formulé dans l'arrêt *Collins* est de savoir si l'utilisation de la preuve attaquée porterait atteinte à l'équité du procès. Dans les circonstances de l'espèce, je suis convaincue que l'utilisation du refus de l'intimé de fournir un échantillon d'haleine porterait en fait atteinte à son droit à un procès équitable. Premièrement, la preuve en cause a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et est incriminatoire. Deuxièmement, la preuve constitue l'*actus reus* de l'infraction même. Enfin, le dossier n'indique pas ce que l'intimé aurait fait s'il avait été convenablement informé des droits que lui confère l'al. 10b). Je suis d'accord avec le point de vue exprimé par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Bartle*, précité, à la p. 211, selon lequel lorsqu'il n'est pas possible de conclure que l'accusé aurait agi d'une manière ou d'une autre s'il n'y avait pas eu violation de l'al. 10b), c'est au ministère public qu'il revient de subir les conséquences de cette incertitude. Dans ces circonstances, les tribunaux supposeront que la preuve n'aurait pas été obtenue s'il n'y avait pas eu violation.

Puisque j'ai conclu que l'utilisation du refus aurait pour effet de rendre le procès inéquitable, je

is unnecessary to examine the second branch of the *Collins* test, which looks at the seriousness of the breach. This Court in *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24, at p. 43, emphasized that the first two factors in the *Collins* test are alternative grounds for the exclusion of evidence, not for its admission.

Turning to the third element of the *Collins* test, I am satisfied that in all the circumstances the exclusion of the impugned evidence is in the long-term interests of the administration of justice. Although the evidence was central to the prosecution of a serious, continuing social problem, to admit self-incriminatory evidence which was conscripted following a breach of s. 10(b) would, on the whole, bring the administration of justice into disrepute. Accordingly, the respondent's statement of refusal to comply with the breathalyser demand should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

III. Disposition

I would dismiss the appeal and confirm the order of acquittal.

Appeal allowed, MCLACHLIN J. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Prince Edward Island, Charlottetown.

Solicitors for the respondent: Stewart, McKelvey, Stirling, Scales, Charlottetown.

Solicitors for the intervener: McCarthy, Tétrault, Toronto.

n'ai pas à examiner le deuxième volet du critère formulé dans l'arrêt *Collins*, qui concerne la gravité de la violation. Dans l'arrêt *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, à la p. 43, notre Cour a fait ressortir que les deux premiers facteurs formulés dans l'arrêt *Collins* sont deux motifs utilisés en faveur de l'exclusion des éléments de preuve, et non de leur utilisation.

En ce qui concerne le troisième élément du critère formulé dans l'arrêt *Collins*, je suis convaincue que, compte tenu de toutes les circonstances, l'exclusion de la preuve attaquée sert à long terme l'intérêt de l'administration de la justice. Même si la preuve en cause était essentielle dans une poursuite visant à enrayer un problème social grave et constant, l'utilisation d'une preuve auto-incriminante obtenue à l'occasion d'une violation de l'al. 10(b) serait, dans l'ensemble, susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. En conséquence, la preuve du refus de l'intimé d'obtempérer à l'ordre de fournir un échantillon d'haleine devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

III. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance d'acquiescement.

Pourvoi accueilli, le juge MCLACHLIN est dissidente.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.

Procureurs de l'intimé: Stewart, McKelvey, Stirling, Scales, Charlottetown.

Procureurs de l'intervenant: McCarthy, Tétrault, Toronto.

Marcel George Harper *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HARPER

File No.: 23160.

1994: March 2, 3; 1994: September 29.

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 MANITOBA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Inculpatory statement made on arrival of police — Second inculpatory statement made after arrest and advised of rights to counsel and to silence — Rights as read mentioning availability of legal aid — Whether or not breach of s. 10(b) of the Charter — If so, whether or not statements should be excluded under s. 24(2).

The police, responding to a call of wife battering, were met at the door by the appellant who stated, "I'm the guy you want. Just take me away." The arresting officer advised the appellant of his right to retain and instruct counsel without delay, and of the availability of legal aid if he could not afford counsel. The officer then advised him of his right to remain silent. On both occasions appellant appeared to understand and answered that he knew. Appellant made a second inculpatory statement: "Shit. I did that to her, and she's pregnant too. How much time do you think I'll get? About nine months?"

The appellant did not testify on the *voir dire* dealing with the admissibility of his statements and the defence called no evidence at trial. The complainant testified that she could not recall how she suffered the injuries which were the subject matter of the charge. The Crown called no eye witness evidence to show how the complainant sustained her injuries.

Marcel George Harper *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HARPER

^b N° du greffe: 23160.

1994: 2, 3 mars; 1994: 29 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

^d *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit — Déclaration incriminante faite à l'arrivée de la police — Seconde déclaration incriminante faite après l'arrestation et l'avis du droit à l'assistance d'un avocat et du droit de garder le silence — Lecture des droits mentionnant l'existence d'un service d'aide juridique — Y a-t-il eu violation de l'art. 10b) de la Charte? — Dans l'affirmative, les déclarations doivent-elles être écartées en application de l'art. 24(2)?*

^e La police a été appelée pour violence conjugale. L'appelant a ouvert aux policiers et leur a déclaré: [TRADUCTION] «C'est moi que vous recherchez. Emmenez-moi.» Le policier qui a procédé à l'arrestation a informé l'appelant qu'il avait le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et que s'il ne pouvait pas en assumer les frais, il pouvait se prévaloir de l'aide juridique. Il l'a avisé en outre qu'il avait le droit de garder le silence. L'appelant a semblé comprendre les deux interventions et a répondu qu'il était au courant. L'appelant a ensuite fait une seconde déclaration incriminante: [TRADUCTION] «Merde. Je lui ai fait ça, et elle est enceinte en plus. Combien de temps penses-tu qu'on va m'envoyer en prison. Neuf mois à peu près?»

^f L'appelant n'a pas témoigné au cours du *voir-dire* portant sur l'admissibilité de ses déclarations et la défense n'a présenté aucune preuve au procès. La plaignante a témoigné qu'elle ne pouvait se rappeler comment lui avaient été infligées les blessures faisant l'objet de l'accusation. Le ministère public n'a présenté aucun témoin oculaire pour établir comment la plaignante avait été blessée.

The appellant's conviction of assault causing bodily harm was based on his second inculpatory statement. The first one was found not to be determinative of guilt because there had been an outstanding warrant for the appellant's arrest at the time. The Manitoba Court of Appeal dismissed the appellant's appeal. At issue here was whether the confession should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter* because it was obtained following a breach of s. 10(b) of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

The issues are decided as follows:

Section 10(b) of the Charter

Section 10(b) of the *Charter* was violated (Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ., although McLachlin J. differed as to when it occurred; Major J. found that the s. 10(b) informational rights had been waived and L'Heureux-Dubé J. found no violation occurred).

Section 24(2) of the Charter

The evidence should be admitted under s. 24(2) of the *Charter* (Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.; Major J. did not address this issue).

(1) Section 10(b) of the Charter

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: A detainee is entitled under the information component of s. 10(b) of the *Charter* to be advised of whatever system for free and immediate, preliminary legal advice exists in the jurisdiction and how such advice can be accessed. Here, there was a 24-hour, on-call service maintained by Legal Aid Manitoba. On the necessary balance of probabilities it was established that the appellant was denied his full informational rights under s. 10(b). He had done more than merely raise a doubt as to whether the arresting police officer fully complied with the informational obligations of

Le verdict de culpabilité prononcé à l'égard de l'accusation de voies de fait ayant causé des lésions corporelles reposait sur la seconde déclaration incriminante. La première a été jugée non déterminante quant à la culpabilité parce que l'appelant faisait alors l'objet d'un mandat d'arrestation non exécuté. La Cour d'appel du Manitoba a rejeté l'appel interjeté par l'appelant. Il s'agit en l'espèce de déterminer si l'aveu aurait dû être écarté en application du par. 24(2) de la *Charte* parce qu'il a été obtenu en contravention de l'al. 10b) de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les questions sont tranchées comme suit:

L'alinéa 10b) de la Charte

Il y a eu violation de l'alinéa 10b) de la *Charte* (le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci, mais le juge McLachlin diffère d'opinion quant au moment où la violation s'est produite; le juge Major a conclu qu'il y avait eu renonciation au droit d'être informé prévu à l'al. 10b), et le juge L'Heureux-Dubé a conclu qu'il n'y a pas eu violation).

Le paragraphe 24(2) de la Charte

La preuve peut être utilisée en application du par. 24(2) de la *Charte* (le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci; le juge Major ne s'est pas prononcé sur cette question.)

(1) L'alinéa 10b) de la Charte

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: Une personne détenue a le droit, en vertu du volet information de l'al. 10b) de la *Charte*, d'être renseignée sur l'existence, dans la province ou le territoire, de tout système permettant d'obtenir gratuitement et sans délai des conseils juridiques préliminaires et sur la façon d'y avoir accès. En l'espèce, la Commission d'aide juridique du Manitoba offrait un service sur appel 24 heures par jour. Il a été établi selon la norme nécessaire de la prépondérance des probabilités que l'appelant a été privé du droit d'être pleinement informé prévu à l'al. 10b). Il a fait plus que

s. 10(b). The appellant's statements to the effect that he knew of his rights did not amount to a waiver.

Per McLachlin J.: In jurisdictions where some system of free and immediate, preliminary legal advice exists, the police must inform detainees of the existence and availability of these services and how they can be accessed. Even in jurisdictions where no duty counsel scheme has been established, police are obliged to inform all detainees fully of their right to try to contact counsel immediately on detention, and that the right to do so is not restricted to persons who can afford private counsel. The caution given here did not satisfy the minimum requirements.

The violation occurred even before the failure by the police to inform the appellant of the existence and availability of duty counsel. The violation of the informational component of s. 10(b) was complete once the police failed to convey properly to the appellant that he had a right to have an opportunity to consult counsel immediately, even if he could not afford the services of a private lawyer. As there was a system of duty counsel in the jurisdiction at the time of the appellant's detention, the police were under the additional duty to inform the appellant of the existence and availability of free and immediate, preliminary legal advice.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting on this issue): Even though the appellant was not informed of the availability of immediate, free and preliminary legal advice from duty counsel, he was not denied his full informational rights under s. 10(b) of the *Charter*. Section 10(b) of the *Charter* does not make it a constitutional imperative to provide an accused or detainee with immediate free legal advice from Legal Aid or duty counsel.

Per Major J. (dissenting on this issue): The accused's s. 10(b) rights were not breached. The accused must be advised of his right to counsel and if duty counsel is available, that too, must be communicated. Here, the appellant was advised of his rights as they existed in Manitoba and clearly understood that legal aid was

simplement soulever un doute sur la question de savoir si le policier qui a procédé à l'arrestation s'est pleinement acquitté de l'obligation d'informer découlant de l'al. 10b). Les déclarations de l'appellant affirmant qu'il connaissait ses droits ne constituaient pas une renonciation.

Le juge McLachlin: Dans les ressorts où il existe un système permettant d'obtenir gratuitement et sans délai des conseils juridiques préliminaires, la police est tenue d'informer les personnes détenues de l'existence de ce service et de la façon d'y avoir accès. Même dans les ressorts où il n'existe pas de système d'avocats de garde, la police doit informer pleinement toute personne détenue qu'elle a le droit de tenter de communiquer dès sa mise en détention avec un avocat et que ce droit n'est pas limité aux personnes qui peuvent assumer les frais d'un avocat de cabinet privé. La mise en garde donnée en l'espèce n'a pas satisfait aux exigences minimales.

La violation a été commise avant même que la police omette d'informer l'appellant de l'existence et de l'accessibilité d'un système d'avocats de garde. La violation du volet information de l'al. 10b) était complète dès le moment où la police n'a pas bien informé l'appellant qu'il avait le droit de communiquer immédiatement avec un avocat, même s'il n'avait pas les moyens de recourir aux services d'un avocat de cabinet privé. Puisqu'il y avait un système d'avocats de garde dans le ressort en question à l'époque de la mise en détention de l'appellant, la police avait l'obligation supplémentaire d'informer l'appellant qu'il pouvait obtenir gratuitement et sans délai des conseils juridiques préliminaires.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente sur ce point): Même s'il n'a pas été informé de la possibilité d'avoir accès immédiatement et sans frais à des conseils juridiques préliminaires dispensés par des avocats de garde, l'appellant n'a pas été privé du droit d'être pleinement informé prévu à l'al. 10b) de la *Charte*. Cet alinéa n'a pas pour effet d'imposer une obligation constitutionnelle de fournir aux personnes accusées ou détenues des renseignements sur les conseils juridiques dispensés sans frais par l'aide juridique ou par des avocats de garde.

Le juge Major (dissident sur ce point): Il n'y a eu aucune violation des droits que l'al. 10b) garantit à l'appellant. L'accusé doit être avisé de son droit à l'assistance d'un avocat et, si un avocat de garde est disponible, ce fait doit aussi lui être communiqué. En l'espèce, l'appellant a été avisé de ses droits tels qu'ils existaient

available. He, however, was not interested in pursuing these rights.

(2) Section 24(2) of the Charter

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, and Iacobucci JJ.: A clear distinction must be drawn between the appellant's two self-incriminatory statements. The appellant's first statement had nothing to do with the alleged s. 10(b) violation because the police had not yet arrested him and had had no opportunity to inform him of his rights, so as to trigger s. 10(b). The second statement fell within the first branch of s. 24(2) of the *Charter* because it was made as part of the "chain of events" in which the s. 10(b) violation occurred.

On the balance of probabilities, the failure by the police to comply fully with the informational requirements under s. 10(b) did not affect the appellant's behaviour. He appeared to have had an almost irresistible desire to confess. While the applicant seeking exclusion of the impugned evidence bears the ultimate burden of persuasion in satisfying the court on a balance of probabilities that its admission could bring the administration of justice into disrepute, the burden on particular contested issues may and, indeed, will shift to the Crown. Here, the Crown discharged its burden of proving the accused would not have acted any differently absent a violation of his rights. Admission of the appellant's second inculpatory statement would not significantly affect the fairness of his trial, and the breach of his s. 10(b) rights was a minor one.

Per McLachlin J.: The appellant did not show on a balance of probabilities that his behaviour was affected by the failure of the police to comply fully with the informational requirements of s. 10(b). It was reasonable to conclude that the impugned evidence would have been obtained in any event. The admission of the appellant's second inculpatory statement would not accordingly affect the fairness of his trial in a significant way and should be admitted under s. 24(2) of the *Charter*.

Per L'Heureux-Dubé J.: Absent a *Charter* violation, the remedy under s. 24(2) of the *Charter* is not availa-

au Manitoba et il a manifestement compris que l'aide juridique était disponible. Il n'était pas intéressé, cependant, à faire valoir ces droits.

^a (2) Le paragraphe 24(2) de la Charte

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: Il faut établir une distinction nette entre les deux déclarations incriminantes faites par l'appelant. La première déclaration n'a rien à voir avec la prétendue violation de l'al. 10b), car l'appelant l'a faite avant d'avoir été arrêté et sans avoir laissé aux policiers l'occasion de l'informer de ses droits, les conditions donnant ouverture à l'application de l'al. 10b). La seconde déclaration est visée par le premier volet du par. 24(2) de la *Charte* parce qu'elle fait partie de la «suite des événements» au cours de laquelle s'est produite la violation de l'al. 10b).

^d Il appert, selon la prépondérance des probabilités, que l'omission de la police de s'acquitter pleinement de l'obligation d'informer découlant de l'al. 10b) n'a pas influencé la conduite de l'appelant, qui semble avoir éprouvé un désir presque irréprensible de faire des aveux. Bien qu'il appartienne en dernier lieu à celui qui demande l'exclusion des éléments de preuve visés de convaincre le tribunal, selon la prépondérance des probabilités, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, il se peut et, de fait, ^f il arrive que, relativement à certains points litigieux, la charge de la preuve revienne au ministère public. En l'espèce, le ministère public s'est acquitté de sa charge de prouver que l'accusé n'aurait pas agi différemment si ses droits n'avaient pas été violés. L'utilisation de la seconde déclaration incriminante de l'appelant ne compromettrait pas de façon significative l'équité de son procès et l'atteinte aux droits que lui garantit l'al. 10b) était mineure.

^h *Le juge McLachlin:* L'appelant n'a pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, que l'omission de la police de satisfaire pleinement au volet information de l'al. 10b) a influencé sa conduite. Il était raisonnable de conclure que la preuve contestée aurait quand même été obtenue. L'utilisation de la seconde déclaration incriminante de l'appelant ne compromettrait donc pas de façon significative l'équité de son procès, et elle devrait être utilisée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

^j *Le juge L'Heureux-Dubé:* En l'absence d'une violation de la *Charte*, on ne peut se prévaloir de la répara-

ble. If it had been, the evidence of the second inculpatory statement should not be excluded because its admission would not have significantly affected the fairness of the trial and the breach of his s. 10(b) rights was a minor one.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Referred to: *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Schmutz*, [1990] 1 S.C.R. 398.

By L'Heureux-Dubé J.

Followed: *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; **referred to:** *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

By McLachlin J.

Followed: *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; **referred to:** *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310.

By Major J.

Followed: *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173.

Statutes and Regulations Cited

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

Authors Cited

Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Summary Report* (April 1993).

Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Technical Report* (April 1993).

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1992), 78 Man. R. (2d) 227, 16 W.A.C. 227, dismissing an appeal from conviction by Darichuk J. Appeal dismissed.

Bill Armstrong, for the appellant.

Donna J. Miller, Q.C., for the respondent.

tion prévue au par. 24(2) de la *Charte*. S'il y avait eu violation, la seconde déclaration incriminante ne devrait pas être écartée parce que son utilisation ne compromettrait pas de façon significative l'équité du procès et que l'atteinte aux droits garantis par l'al. 10(b) était mineure.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Schmutz*, [1990] 1 R.C.S. 398.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts suivis: *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; **arrêts mentionnés:** *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt suivi: *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; **arrêts mentionnés:** *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310.

Citée par le juge Major

Arrêt suivi: *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173.

Lois et règlements cités

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

Doctrine citée

Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Summary Report* (April 1993).

Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Technical Report* (April 1993).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1992), 78 Man R. (2d) 227, 16 W.A.C. 227, qui a rejeté l'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Darichuk. Pourvoi rejeté.

Bill Armstrong, pour l'appellant.

Donna J. Miller, c.r., pour l'intimée.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

LAMER C.J. — As in the cases of *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, and *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310, which are handed down concurrently with judgment in this case, the issues raised here have to do with disclosure of available duty counsel systems under the information component of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Charter*. Because I consider these issues at length in my reasons for judgment in *Bartle*, my comments in this case are abbreviated.

I. Facts

The appellant was convicted of assault causing bodily harm following a trial without a jury. The police were called to attend at the residence of the complainant, the appellant's common law wife and mother of his two children, who had suffered substantial facial injuries. Upon arrival, the police were met by the appellant at the door who stated, "I'm the guy you want. Just take me away." The police officer who arrested the appellant testified that he told the appellant that, "He had the right to retain and instruct counsel without delay, and if he could not afford a counsel, legal aid was available to him". The police officer said that the appellant appeared to understand and replied, "Yeah, I know that." The police officer then advised the appellant of his right to remain silent, to which the appellant again responded, "Yeah, I know." While the officer was taking background information from the appellant, the appellant stated, "Shit. I did that to her, and she's pregnant too. How much time do you think I'll get? About nine months?"

The appellant did not testify on the *voir dire* dealing with the admissibility of his statements. As well, the defence called no evidence at trial. The complainant testified that she could not recall how

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER — La présente affaire soulève, comme les affaires *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, et *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310, dont les jugements sont rendus simultanément, la question de la communication, en vertu du volet information de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de l'existence de services d'avocats de garde et celle de l'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Comme j'ai examiné ces questions en détail dans mes motifs de l'arrêt *Bartle*, je me contenterai ici de quelques brèves observations.

I. Les faits

L'appelant a été reconnu coupable de voies de fait ayant causé des lésions corporelles, par suite d'un procès sans jury. La police a été appelée au domicile de la plaignante, conjointe de fait de l'appelant et mère des deux enfants de celui-ci, qui avait été blessée gravement au visage. L'appelant a ouvert aux policiers à leur arrivée et leur a déclaré: [TRADUCTION] «C'est moi que vous recherchez. Emmenez-moi.» Dans son témoignage, le policier qui a procédé à l'arrestation a déclaré avoir informé l'appelant qu' [TRADUCTION] «il avait le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et que s'il ne pouvait pas en assumer les frais, il pouvait se prévaloir de l'aide juridique». Le policier a ajouté que l'appelant a semblé comprendre et a répondu: [TRADUCTION] «Ouais, je sais ça.» Il l'a alors informé de son droit de garder le silence, ce qui a encore suscité la réponse: [TRADUCTION] «Ouais, je sais.» Pendant que le policier demandait des renseignements généraux à l'appelant, ce dernier a tenu les propos suivants: [TRADUCTION] «Merde. Je lui ai fait ça, et elle est enceinte en plus. Combien de temps penses-tu qu'on va m'envoyer en prison. Neuf mois à peu près?»

L'appelant n'a pas témoigné au cours du *voir dire* portant sur l'admissibilité de ses déclarations. La défense n'a pas non plus présenté de preuve au cours du procès. La plaignante a témoigné qu'elle

she suffered the injuries which were the subject matter of the charge. No eye witness evidence was called by the Crown to show how the complainant sustained her injuries.

The basis for conviction was the confession the appellant made to police officers after his arrest when he said, "Shit. I did that to her . . .". In convicting the appellant, the trial judge indicated that, in the absence of this second statement, the evidence was "of an equivocal nature". For example, the trial judge did not view the appellant's spontaneous first statement to the police, "I'm the guy you want", as determinative of guilt because there was an outstanding warrant for the appellant's arrest at the time. Without the second statement, the trial judge said reasonable doubt would have existed.

The appellant appealed from his conviction. Counsel for the appellant submitted that the confession should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter* because it was obtained following a breach of the provisions of s. 10(b) of the *Charter*. The Court of Appeal for Manitoba dismissed the appeal.

II. Judgments Below

Manitoba Court of Queen's Bench (Darichuk J.)

At the conclusion of the *voir dire*, Darichuk J. admitted the appellant's inculpatory statements to the police. He understood *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, as only applying where the detainee has expressed some concern about affordability. He stated that he was satisfied that the accused understood his rights to counsel and that Legal Aid was available.

As to whether the second statement should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* if he were

ne pouvait se rappeler comment lui avaient été infligées les blessures faisant l'objet de l'accusation, et le ministère public n'a présenté aucun témoin oculaire pour établir comment la plaignante avait été blessée.

Le verdict de culpabilité a reposé sur l'aveu que l'appellant a fait à la police lorsqu'il a dit: [TRADUCTION] «Merde. Je lui ai fait ça . . .» En déclarant l'appellant coupable, le juge du procès a mentionné que, sans cette seconde déclaration, la preuve serait [TRADUCTION] «de nature ambiguë». Le juge était d'avis, par exemple, que la première déclaration spontanée de l'appellant à la police: [TRADUCTION] «C'est moi que vous recherchez», n'était pas déterminante quant à la culpabilité parce que celui-ci faisait alors l'objet d'un mandat d'arrestation non exécuté. Il estimait qu'en l'absence de la seconde déclaration, un doute raisonnable aurait subsisté.

L'appellant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité. Son avocat a fait valoir que l'aveu aurait dû être écarté en application du par. 24(2) de la *Charte*, parce qu'il a été obtenu en contravention de l'al. 10(b) de la *Charte*. La Cour d'appel du Manitoba a rejeté l'appel.

II. Les juridictions inférieures

La Cour du Banc de la Reine du Manitoba (le juge Darichuk)

À l'issue du *voir-dire*, le juge Darichuk a permis l'utilisation des déclarations incriminantes que l'appellant avait faites à la police. Selon lui, l'arrêt *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, ne s'appliquait que lorsque la personne détenue avait exprimé des préoccupations relativement à ses moyens financiers. Il s'est dit convaincu que l'accusé comprenait la portée de son droit à l'assistance d'un avocat et savait qu'il pouvait recourir à l'aide juridique.

Quant à la question de savoir si, dans l'éventualité où serait erronée sa conclusion voulant qu'il n'y ait pas eu atteinte aux droits que l'al. 10(b) garantit à l'appellant, la seconde déclaration devrait

wrong that the appellant's s. 10(b) rights had not been infringed, Darichuk J. concluded:

The circumstances as presented suggests that the evidence would not be excluded. There was no suggestion whatsoever, firstly that he misunderstood the officer, that he was not aware of his entitlement to Legal Aid; he was fully responsive and totally sober. And in those circumstances I would not exclude the statement . . .

Court of Appeal (1992), 78 Man. R. (2d) 227 (O'Sullivan, Huband and Lyon J.J.A.)

In referring to what the police officer advised the appellant, O'Sullivan J.A. held for the Court at p. 228:

In my opinion, this was a sufficient compliance with the requirement of s. 10(b) as interpreted in *R. v. Brydges, supra*. The duty to inform does not depend on the use of "magic words" such as "duty counsel". In substance, the accused was informed of his right to counsel without delay. He said he knew his rights and did not ask for counsel.

He gave his incriminating statement spontaneously and not in response to an interrogation.

Because he found no breach of s. 10(b), O'Sullivan J.A. held that there was no need to consider whether the statement should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

III. Analysis

(a) *Section 10(b)*

As I have said in *Bartle*, a detainee is entitled under the information component of the right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* to be advised of whatever system for free and immediate, preliminary legal advice which exists in the jurisdiction at the time and of how such advice can be accessed. I am satisfied that there was in existence in Manitoba at the relevant time a system of "Brydges duty counsel" — indeed, given that the appellant was arrested in Winnipeg, I assume from what counsel for the parties said at the hearing and from the Reports of the Prairie Research Associ-

être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*, le juge Darichuk a affirmé:

[TRADUCTION] Les circonstances, telles qu'elles ont été présentées, me portent à penser que l'élément de preuve ne serait pas écarté. Absolument rien n'indique, d'abord, qu'il n'a pas compris le policier et qu'il n'était pas au courant de son droit d'avoir recours à l'aide juridique; il était tout à fait réceptif et n'était pas du tout ivre. Dans ces circonstances, je n'écarterais pas la déclaration . . .

La Cour d'appel (1992), 78 Man. R. (2d) 227 (les juges O'Sullivan, Huband et Lyon)

Le juge O'Sullivan, au nom de la Cour, s'est exprimé ainsi au sujet des renseignements donnés à l'appelant par le policier, à la p. 228:

[TRADUCTION] À mon avis, ce qu'a fait le policier était suffisant au regard de l'exigence découlant de l'al. 10b), telle qu'elle a été interprétée dans l'arrêt *R. c. Brydges*, précité. L'exécution de l'obligation d'informer ne dépend pas de l'emploi d'une «formule magique» comme «avocat de garde». En substance, l'accusé a été informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Il a affirmé qu'il connaissait ses droits et n'a pas demandé les services d'un avocat.

Il a fait sa déclaration incriminante spontanément et non dans le cadre d'un interrogatoire.

Concluant qu'il n'y avait pas eu violation de l'al. 10b), le juge O'Sullivan a statué qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur l'exclusion de la déclaration en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

III. Analyse

a) *L'alinéa 10b)*

Ainsi que je l'ai mentionné dans l'arrêt *Bartle*, la personne détenue a le droit, en vertu du volet information du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte*, d'être renseignée sur l'existence, dans la province ou le territoire, de tout système permettant d'obtenir gratuitement et sans délai des conseils juridiques préliminaires et sur la façon d'y avoir accès. On a établi qu'à l'époque visée, il existait au Manitoba un système offrant des services d'«avocats de garde selon *Brydges*» — en fait, comme l'appelant a été arrêté à Winnipeg, je déduis des propos tenus

ates that there was a 24-hour, on-call service maintained by Legal Aid Manitoba: Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Summary Report* (April 1993), at p. 34, and *Duty Counsel Systems: Technical Report* (April 1993), at p. 4-95. ^a

Moreover, I am satisfied on the necessary balance of probabilities that the appellant was in fact denied his full informational rights under s. 10(b). In other words, I do not agree with the respondent Crown's submission that the appellant has merely succeeded in raising a doubt as to whether the arresting police officer fully complied with his informational obligations under s. 10(b), to wit his duty to inform the appellant about the existence and availability of free and immediate, preliminary legal advice. The record clearly reveals that the arresting police officer did not advise the appellant of the availability of duty counsel. The relevant exchange between defence counsel and the police officer is reproduced here, with the pertinent passages underlined:

Q. And what did you tell him specifically with respect to obtaining legal aid? ^f

A. That — just let me think here. He had the right to retain and instruct counsel without delay, and if he could not afford a counsel, legal aid was available to him. ^g

Q. And that was the extent of it?

A. I believe so.

Q. So if he couldn't afford counsel, legal aid was available? ^h

A. Yes.

Q. And you're basing that solely on your memory now, after some 12 months, because the exact words aren't on your notebook? ⁱ

A. Yes, I am.

Q. Aren't in here; is that correct? No reference was made to how he might obtain a lawyer through other

par les avocats des parties à l'audience et des rapports du groupe Prairie Research Associates que la Commission d'aide juridique du Manitoba offrait un service sur appel 24 heures par jour: Prairie Research Associates. *Duty Counsel Systems: Summary Report* (avril 1993), à la p. 34, et *Duty Counsel Systems: Technical Report* (avril 1993), à la p. 4-95.

En outre, je suis convaincu, selon la norme nécessaire de la prépondérance des probabilités, que l'appelant a effectivement été privé du droit d'être pleinement informé prévu à l'al. 10b). Autrement dit, je ne puis souscrire à l'argument du ministère public voulant que l'appelant n'ait fait que soulever un doute sur la question de savoir si le policier qui a procédé à l'arrestation s'est pleinement acquitté de l'obligation d'informer découlant de l'al. 10b), c'est-à-dire de son devoir de renseigner l'appelant sur la possibilité d'avoir accès immédiatement et sans frais à des conseils juridiques préliminaires. Il appert du dossier que le policier n'a pas informé l'appelant de l'existence d'un service d'avocats de garde. On trouvera ci-dessous un extrait pertinent des propos qui ont été échangés entre l'avocat de la défense et le policier, dont les passages significatifs sont soulignés:

[TRADUCTION] Q. Et que lui avez-vous dit précisément concernant le recours à l'aide juridique?

R. Que — attendez que j'y pense. Qu'il avait le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et que s'il ne pouvait pas en assumer les frais, il pouvait se prévaloir de l'aide juridique.

Q. Et c'est tout ce que vous lui avez dit?

R. Je crois que oui.

Q. S'il ne pouvait pas assumer les frais d'un avocat, il pouvait se prévaloir de l'aide juridique?

R. Oui.

Q. Et vous vous basez simplement sur votre mémoire maintenant, après quelque douze mois, parce que vous n'avez pas consigné dans votre carnet ce que vous lui avez dit exactement?

R. Oui, c'est ça.

Q. Ça n'est pas là-dedans, n'est-ce pas? Vous n'avez pas mentionné comment il pourrait obtenir les services

independently — through legal aid outside of what you said?

A. I don't believe so. [Emphasis added.]

Admittedly, it would have been preferable had the appellant come forward and testified on the *voir dire* into the admissibility of his statements (where he would have been protected from general cross-examination) that he was not advised of his right to contact duty counsel and that, had he been, he would have sought legal advice. However, given the police officer's testimony, the fact that the trial judge made no contrary finding to the effect that the appellant was actually told about duty counsel, and the Court of Appeal's acknowledgment that there was no mention of duty counsel, I accept that the appellant was not properly informed of his right to immediate, free and preliminary legal advice from duty counsel. Furthermore, the appellant's comments regarding his knowledge of his rights did not constitute a valid waiver of his informational s. 10(b) rights: *Bartle*, at pp. 203-7. Accordingly, I find that he suffered a violation of his s. 10(b) rights.

(b) *Section 24(2)*

At the outset of my discussion of s. 24(2) of the *Charter*, it is necessary to draw a clear distinction between the two self-incriminatory statements which were made by the appellant.

The first statement by the appellant, "I'm the guy you want. Just take me away", was made spontaneously upon his opening the door and discovering two police officers standing before him. This statement, which the trial judge found to be voluntary but not determinative of guilt in light of the outstanding warrant for the appellant's arrest which existed at the time, has nothing to do with the alleged s. 10(b) violation. Not only had the police not yet been given an opportunity to inform the appellant of his right to counsel, but more importantly, they had not even arrested or detained

d'un avocat par d'autres, indépendamment — par l'entremise de l'aide juridique autrement que suivant ce que vous avez dit?

R. Je ne crois pas. [Je souligne.]

Il aurait certes été préférable que l'appelant témoigne, au cours du voir-dire concernant l'admissibilité de ses déclarations (où il n'aurait pas eu à subir de contre-interrogatoire général), du fait qu'il n'avait pas été informé de son droit de communiquer avec un avocat de garde et que, s'il l'avait été, il aurait eu recours aux services d'un avocat. Toutefois, compte tenu du témoignage du policier, du fait que le juge du procès n'a pas conclu que l'appelant avait effectivement été informé de l'existence d'un service d'avocats de garde et du fait que la Cour d'appel a reconnu qu'il n'avait pas été question de ce service, je conclus que l'appelant n'a pas été correctement informé de son droit d'obtenir immédiatement et sans frais les conseils juridiques préliminaires d'un avocat de garde. En outre, les commentaires de l'appelant concernant le fait qu'il connaissait ses droits ne constituait pas une renonciation valide des droits que lui garantit l'al. 10b) en matière d'information: *Bartle*, aux pp. 203 à 207. En conséquence, je suis d'avis qu'il y a eu violation des droits que l'al. 10b) garantit à l'appelant.

b) *Le paragraphe 24(2)*

Il me faut, en abordant l'analyse du par. 24(2) de la *Charte*, établir une distinction nette entre les deux déclarations incriminantes faites par l'appelant.

La première déclaration: «C'est moi que vous recherchez. Emmenez-moi» a été faite spontanément lorsque l'appelant a ouvert la porte et s'est trouvé face à deux policiers. Cette déclaration, qui d'après le juge du procès revêtait un caractère spontané mais n'était pas déterminante quant à la culpabilité parce qu'un mandat d'arrestation visant l'appelant était en vigueur à l'époque, n'a rien à voir avec la prétendue violation de l'al. 10b). Non seulement l'appelant l'a-t-il faite sans laisser aux policiers l'occasion de l'informer de son droit à l'assistance d'un avocat, mais, ce qui est plus

the appellant, which are the triggering events for s. 10(b).

The second statement, “Shit. I did that to her, and she’s pregnant too. How much time do you think I’ll get? About nine months?”, was held by the trial judge to be determinative of the appellant’s guilt. I find that it falls within the first branch of s. 24(2) of the *Charter*. That is, it was made as part of the “chain of events” in which the s. 10(b) violation occurred: *Bartle*, at pp. 208-10, and *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, per Dickson C.J. at pp. 1005-6.

However, under the second branch of s. 24(2), where it must be determined whether admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute following the test laid down by this Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, I must admit to having certain reservations about the causal connectedness of the appellant’s second statement with the alleged breach of s. 10(b). Specifically, I would note that not only was it not responsive to police questions dealing with general background information, but also it followed immediately on the heels of the appellant being advised by police of his right to remain silent and the appellant expressly stating that he understood his right to silence. However, in light of this Court’s warnings about the dangers of speculating as to whether an incriminating statement, such as the one in issue here, would have been made irrespective of the breach of s. 10(b) (see *Bartle*, at pp. 211-13), I am not prepared to admit the appellant’s statement on the basis that it might have been made even if the appellant had consulted counsel.

What I am prepared to say, however, is that in all the circumstances of this case, I am satisfied on the balance of probabilities that the police’s failure to comply fully with the informational requirements under s. 10(b) did not affect the appellant’s behaviour. That is, the appellant appears to have

important, il l’a faite avant d’avoir été arrêté ou placé en détention, les conditions donnant ouverture à l’application de l’al. 10b).

Quant à la seconde déclaration: «Merde. Je lui ai fait ça, et elle est enceinte en plus. Combien de temps penses-tu qu’on va m’envoyer en prison. Neuf mois à peu près?», le juge du procès a conclu qu’elle était déterminante relativement à la culpabilité de l’appellant. Je suis d’avis qu’elle est visée par le premier volet du par. 24(2) de la *Charte*. C’est-à-dire qu’elle fait partie de la «suite des événements» au cours de laquelle s’est produite la violation de l’al. 10b): *Bartle*, aux pp. 208 à 210, et *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, le juge en chef Dickson, aux pp. 1005 et 1006.

Toutefois, il me faut reconnaître que lorsqu’il s’agit d’examiner le second volet du par. 24(2) et de déterminer, en appliquant le critère établi dans notre arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, si l’utilisation de l’élément de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, j’ai certaines réserves pour ce qui est de l’existence d’un lien de causalité entre la seconde déclaration et la prétendue violation de l’al. 10b). Je ferais remarquer, plus précisément, que l’appellant a fait cette déclaration alors que les questions du policier visaient l’obtention de renseignements généraux et, de plus, qu’il l’a faite tout de suite après avoir été informé de son droit de garder le silence et après avoir mentionné expressément qu’il comprenait la portée de ce droit. Cependant, compte tenu des avertissements que notre Cour a formulés à propos du danger qu’il y a à conjecturer sur la question de savoir si une déclaration incriminante, comme celle qui est visée en l’espèce, aurait été faite même en l’absence de violation de l’al. 10b) (voir *Bartle*, aux pp. 211 à 213), je ne suis pas prêt à permettre l’utilisation de la déclaration de l’appellant parce qu’il l’aurait peut-être faite même s’il avait consulté un avocat.

Ce que je suis prêt à conclure, toutefois, c’est que, compte tenu de l’ensemble des circonstances de l’espèce, je suis convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que l’omission de la police de s’acquitter pleinement de l’obligation d’informer découlant de l’al. 10b) n’a pas influencé la

had an almost irresistible desire to confess — both when he first opened the door and subsequently, after he received his s. 10(b) caution (albeit a defective one) and was advised of his right to silence. After both warnings he stated clearly that he understood.

In *Bartle*, at pp. 211-13, I discussed at length the issue of burden of proof under s. 24(2) in the context of right to counsel cases. I stated that while the applicant seeking exclusion of the impugned evidence bears the ultimate burden of persuasion in satisfying the court on a balance of probabilities that admission could bring the administration of justice into disrepute, the burden on particular contested issues may and, indeed, will shift to the Crown. In particular, I considered which party should bear the burden of establishing that the applicant would not (or might) have conducted him or herself differently if there had been no violation of s. 10(b) and, therefore, that the evidence would (or might not) have been obtained. I concluded that the legal burden (the burden of persuasion) on this issue should be borne by the Crown.

In the case at bar, I am satisfied that the Crown has discharged this burden. The evidence before me establishes on a balance of probabilities that the accused would not have acted any differently had the police fulfilled their informational duty. The appellant never testified on the *voir dire*, nor did he tender any evidence showing that he would have contacted duty counsel had he been informed of their existence and how to access the service. Consequently, I am satisfied that his incriminating statement would have been made even if his s. 10(b) rights had not been violated. Accordingly, I am of the view that admission of the appellant's second inculpatory statement would not significantly affect the fairness of his trial and that the breach of his s. 10(b) rights was a minor one: see

conduite de l'appelant. Je veux dire par là que l'appelant semble avoir éprouvé un désir presque irrésistible de faire des aveux — quand il a ouvert la porte et, par la suite, quand il a reçu la mise en garde faite en application de l'al. 10b) (même si celle-ci était insuffisante) et a été informé de son droit de garder le silence. Après chacune des deux mises en garde, il a clairement indiqué qu'il avait compris.

Dans l'arrêt *Bartle* (aux pp. 211 à 213), j'ai examiné en profondeur la question de la charge de la preuve imposée par le par. 24(2) dans le contexte du droit à l'assistance d'un avocat. J'ai indiqué que, bien qu'il appartienne en dernier lieu à celui qui demande l'exclusion des éléments de preuve visés de convaincre le tribunal selon la prépondérance des probabilités que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, il se peut et, de fait, il arrive que, relativement à certains points litigieux, la charge de la preuve revienne au ministère public. J'ai examiné, en particulier, la question de savoir quelle partie doit établir que le requérant ne se serait pas conduit (ou aurait peut-être pu se conduire) différemment s'il n'y avait pas eu violation de l'al. 10b) et si, par conséquent, les éléments de preuve auraient été obtenus (ou ne l'auraient peut-être pas été). J'ai conclu que la charge ultime (la charge de persuasion) sur cette question devrait incomber au ministère public.

En l'espèce, je suis convaincu que le ministère public s'est acquitté de cette charge. La preuve présentée établit selon la prépondérance des probabilités que l'accusé n'aurait pas agi différemment si la police avait respecté son obligation en matière d'information. L'appelant n'a pas témoigné au cours du *voir-dire* pas plus qu'il n'a présenté d'éléments de preuve indiquant qu'il aurait communiqué avec un avocat de garde s'il avait été informé de l'existence d'un tel service et sur la façon de s'en prévaloir. Par conséquent, je suis convaincu qu'il aurait fait sa déclaration incriminante même s'il n'y avait pas eu violation des droits que lui garantit l'al. 10b). Par conséquent, je suis d'avis que l'utilisation de la seconde déclaration incriminante de l'appelant ne compromettrait

R. v. Schmautz, [1990] 1 S.C.R. 398, *per* Lamer J. (as he then was) at p. 423.

(c) *Conclusion*

I conclude, therefore, that while the appellant suffered a violation of his right to counsel under s. 10(b), his inculpatory statement should nevertheless be admitted under s. 24(2) of the *Charter*.

For the foregoing reasons, the appeal should be dismissed.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case and the four other cases heard at the same time (*R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310, and *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328) and in which judgment is handed down contemporaneously with this one, raise the issue of the scope of the guarantee provided for in s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that is, the right of everyone on arrest or detention “to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right . . .”. This case raises the particular issue of the disclosure of available duty counsel systems under the information component of s. 10(b) of the *Charter* and the exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

Although I agree with the Chief Justice and McLachlin J. that the appeal should be dismissed and the conviction of the appellant upheld, I disagree with their reasons and, to that extent, I refer to my opinions in *Bartle* and *Prosper*, as if herein recited at length.

In particular, I do not agree that the appellant was denied his informational rights under s. 10(b). Constable Bellingham testified that he told the appellant, upon his arrest, that “[h]e had the right

pas de façon significative l'équité de son procès et que l'atteinte aux droits garantis par l'al. 10b) était mineure: voir *R. c. Schmautz*, [1990] 1 R.C.S. 398, le juge Lamer (maintenant Juge en chef), à la p. 423.

c) *Conclusion*

Je conclus donc que la déclaration incriminante de l'appellant peut être utilisée aux termes du par. 24(2) de la *Charte* malgré le fait que son droit à l'assistance d'un avocat, garanti par l'al. 10b) de la *Charte*, a été violé.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Cet appel et les quatre autres entendus en même temps (*R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310, et *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328), dont les jugements sont rendus simultanément, soulèvent la question de la portée de la garantie énoncée à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit le droit de toute personne, en cas d'arrestation ou de détention, «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit . . .» La question plus précise qui se pose en l'espèce porte sur la divulgation de l'existence de services d'avocats de garde en vertu de l'al. 10b) de la *Charte* et de l'information y requise, ainsi que sur l'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Je partage l'avis du Juge en chef et du juge McLachlin qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi et de maintenir la déclaration de culpabilité de l'appellant, mais je ne puis souscrire à leurs motifs et, à cet égard, je me réfère à ceux que j'ai formulés dans les arrêts *Bartle* et *Prosper*, comme s'ils étaient ici intégralement reproduits.

Je ne puis souscrire, en particulier, à la conclusion selon laquelle l'appellant a été privé du droit d'être informé que lui garantit l'al. 10b). L'agent Bellingham a déclaré dans son témoignage avoir,

to retain and instruct counsel without delay, and if he could not afford a counsel, legal aid was available to him." In my opinion, this is sufficient. While the appellant was not informed of the availability of immediate, free and preliminary legal advice from duty counsel, as I said in *Bartle, supra*, s. 10(b) of the *Charter* does not make it a constitutional imperative to provide an accused or detainee with information about free legal advice from Legal Aid or duty counsel, absent an expression of concern by the accused or detainee over his or her ability to afford a lawyer. As Darichuk J. of the Manitoba Court of Queen's Bench said:

Again, my understanding [of *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190] was that it is only in those instances where a concern has been expressed by an accused individual, as the accused in *Brydges*, about his ability to afford a lawyer that then there was a duty to inform the accused of the existence of duty counsel and the availability of Legal Aid.

In the present case, the appellant expressed no concern relating to duty counsel or to his ability to afford or find a lawyer. In these circumstances, there was no breach of s. 10(b) of the *Charter*. Consequently, the remedy under s. 24(2) of the *Charter* is not available and there is no need to consider the factors outlined in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

Had I agreed with the Chief Justice and McLachlin J. that the appellant's s. 10(b) *Charter* rights were violated, I would have held, as the Chief Justice and McLachlin J. do, that the inculpatory statement should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Specifically, had I found a violation of the appellant's s.10(b) rights, I would have agreed with the Chief Justice's statement that the "admission of the appellant's second inculpatory statement would not significantly affect the fairness of his trial and that the breach of his s.

au moment de son arrestation, informé l'appelant qu' [TRADUCTION] «il avait le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et que s'il ne pouvait pas en assumer les frais, il pouvait se prévaloir de l'aide juridique». À mon avis, cela est suffisant. L'appelant n'a pas été informé de la possibilité d'avoir accès immédiatement et sans frais à des conseils juridiques préliminaires dispensés par des avocats de garde mais, comme je l'ai mentionné dans l'arrêt *Bartle*, précité, l'al. 10b) de la *Charte* n'a pas pour effet d'imposer une obligation constitutionnelle de fournir aux personnes accusées ou détenues des renseignements sur les conseils juridiques dispensés sans frais par l'aide juridique ou par des avocats de garde, sauf si elles ont manifesté leur préoccupation quant à leur capacité d'assumer les frais d'un avocat. Ainsi que l'a affirmé le juge Darichuk de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba:

[TRADUCTION] Ce que je comprends, encore une fois [de l'arrêt *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190], c'est que ce n'est que dans les cas où l'accusé a exprimé des préoccupations relativement à sa capacité d'assumer les frais d'un avocat, comme l'a fait l'accusé dans l'arrêt *Brydges*, qu'il doit être informé de l'existence des services d'avocats de garde et de la possibilité d'avoir recours à l'aide juridique.

L'appelant, en l'espèce, n'a exprimé aucune telle préoccupation au sujet des avocats de garde ou de sa capacité d'assumer les frais d'un avocat ou d'en trouver. Dans ces circonstances, les dispositions de l'al. 10b) de la *Charte* ont été respectées. L'appelant ne peut donc se prévaloir de la réparation prévue au par. 24(2) de la *Charte*, et il n'est pas nécessaire de considérer les facteurs énumérés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Eus-je été de l'avis du Juge en chef et du juge McLachlin, qu'il y a eu violation des droits que l'al. 10b) de la *Charte* garantit à l'appelant, j'aurais conclu, comme le font le Juge en chef et le juge McLachlin, que la déclaration incriminante ne devrait pas être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. Plus particulièrement, si j'en étais venue à la conclusion que les droits que l'al. 10b) garantit à l'appelant avaient été violés, j'aurais été d'accord avec la déclaration du Juge en chef selon laquelle «l'utilisation de la seconde déclaration

10(b) rights was a minor one" (p. 354). Accordingly, I would have found that the statement was admissible.

In the result, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — As in the cases of *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, and *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310 both of which were heard at the same time as this appeal, and which are released concurrently with judgment in this case, I find myself in substantial agreement with the analysis and conclusion of the Chief Justice. That is to say, I agree that it is a requirement of the informational component of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that police disclose to detainees the existence and availability of duty counsel systems, where such services exist. As in *Bartle* and *Pozniak*, however, I find it necessary to discuss the case briefly in light of my reasons in *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236.

I state in *Prosper* that in jurisdictions in which the province or the local bar has implemented some system of free and immediate, preliminary legal advice, there is an obligation on the part of police to inform detainees of the existence and availability of these services. This information should include readily available details about how to access duty counsel (e.g., 1-800 numbers). However, I emphasize in *Prosper* that even in jurisdictions where no duty counsel scheme has been established, police are obliged to inform all detainees fully of their right to try to contact counsel immediately on detention, and that the right to do so is not restricted to persons who can afford private counsel.

On this approach to the informational component of s. 10(b), it is evident that the caution given in this case did not satisfy the minimum requirements. The arresting officer testified at trial that he

incriminante de l'appelant ne compromettrait pas de façon significative l'équité de son procès et que l'atteinte aux droits garantis par l'al. 10b) était mineure» (pp. 354 et 355). J'aurais alors conclu que la déclaration était admissible.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Comme dans les affaires *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, et *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310, qui ont été entendues en même temps que le présent pourvoi et dont les jugements sont rendus simultanément, je suis, dans l'ensemble, d'accord avec l'analyse et la conclusion du Juge en chef. À son instar, je reconnais que, dans le cadre du volet information de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la police doit informer toute personne détenue de l'existence de services d'avocats de garde et de la possibilité d'y recourir. Cependant, comme dans les arrêts *Bartle* et *Pozniak*, j'estime nécessaire d'analyser succinctement l'affaire, vu mes motifs dans l'arrêt *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236.

Dans l'arrêt *Prosper*, j'affirme que la police est tenue, lorsqu'un gouvernement provincial ou une association locale du barreau met en oeuvre un système permettant d'obtenir gratuitement et sans délai des conseils juridiques préliminaires, d'informer les personnes détenues de l'existence et de l'accessibilité de ce service. Ces renseignements devraient comporter des détails sur l'accès aux avocats de garde (par exemple, les numéros 1-800). Cependant, dans l'arrêt *Prosper*, je fais ressortir que la police est obligée, même dans les ressorts où il n'existe pas de système d'avocats de garde, d'informer pleinement toute personne détenue qu'elle a le droit de tenter de communiquer dès sa mise en détention avec un avocat, et que ce droit n'est pas limité aux personnes qui peuvent assumer les frais d'un avocat de cabinet privé.

À partir de cette formulation du volet information de l'al. 10b), on peut de toute évidence affirmer que la mise en garde donnée en l'espèce n'a pas satisfait aux exigences minimales. Lors du pro-

told the appellant that “[h]e had the right to retain and instruct counsel without delay, and if he could not afford a counsel, legal aid was available to him”. In my view, this caution did not adequately communicate that the appellant was entitled to call a lawyer immediately, nor did it sufficiently convey to the appellant that his right to call a lawyer was not dependent on an ability to afford private counsel. Further, the police failed to inform the appellant properly of the existence and availability of duty counsel in the jurisdiction.

Thus, while I agree with the Chief Justice that the appellant’s s. 10(b) rights were breached in this case, in my view, the violation occurred even before the failure by the police to inform the appellant of the existence and availability of duty counsel. The violation of the informational component of s. 10(b) was complete once the police failed to convey properly to the appellant that he had a right to have an opportunity to consult counsel immediately, even if he could not afford the services of a private lawyer. As there was a system of duty counsel in the jurisdiction at the time of the appellant’s detention, the police were under the additional duty to inform the appellant of the existence and availability of free and immediate, preliminary legal advice.

Notwithstanding that the appellant’s right to counsel was infringed in this case, I agree with Lamer C.J. that in all the circumstances of the case, the appellant has not shown on a balance of probabilities that his behaviour was affected by the failure of the police to comply fully with the informational requirements of s. 10(b). It is reasonable to conclude that the impugned evidence would have been obtained in any event, and therefore I agree with the Chief Justice’s conclusion that the admission of the appellant’s second inculpatory statement would not significantly affect the fairness of his trial. In the result, I agree that the inculpatory statement, though taken in violation of the

cès, le policier qui a procédé à l’arrestation a déclaré avoir informé l’appelant qu’ [TRADUCTION] «il avait le droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et que s’il ne pouvait pas en assumer les frais, il pouvait se prévaloir de l’aide juridique». À mon avis, cette mise en garde n’était pas suffisante pour informer l’appelant qu’il avait le droit de communiquer immédiatement avec un avocat et que son droit à l’assistance d’un avocat n’était pas lié à sa capacité d’assumer les frais d’un avocat de cabinet privé. Par ailleurs, la police n’a pas convenablement informé l’appelant de l’existence d’un système d’avocats de garde dans le ressort en question.

À l’instar du Juge en chef, je reconnais donc qu’il y a eu violation des droits que l’al. 10b) garantit à l’appelant; cependant, je suis d’avis que cette violation a été commise avant même que la police omette d’informer l’appelant de l’existence et de l’accessibilité d’un système d’avocats de garde. La violation du volet information de l’al. 10b) était complète dès le moment où la police n’a pas bien informé l’appelant qu’il avait le droit de communiquer immédiatement avec un avocat, même s’il n’avait pas les moyens de recourir aux services d’un avocat de cabinet privé. Puisqu’il y avait un système d’avocats de garde dans le ressort en question à l’époque de la mise en détention de l’appelant, la police avait l’obligation supplémentaire d’informer l’appelant qu’il pouvait obtenir gratuitement et sans délai des conseils juridiques préliminaires.

Même s’il y a eu violation du droit de l’appelant à l’assistance d’un avocat, je suis d’accord avec le Juge en chef pour dire que, compte tenu de l’ensemble des circonstances de l’espèce, l’appelant n’a pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, que l’omission de la police de satisfaire pleinement au volet information de l’al. 10b) a influencé sa conduite. Il est raisonnable de conclure que la preuve contestée aurait quand même été obtenue; c’est pourquoi je reconnais, comme le Juge en chef, que l’utilisation de la seconde déclaration incriminante de l’appelant ne compromettrait pas de façon significative l’équité de son procès. En définitive, je reconnais que la déclaration

appellant's right, should nevertheless be admitted under s. 24(2) of the *Charter*.

Accordingly, I would dispose of the appeal in the same manner as the Chief Justice.

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. — I agree with the result reached by the Chief Justice, however, I disagree that the accused s. 10(b) rights were breached.

The Chief Justice in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, released concurrently, defined the rights of an accused upon detention. As stated the accused must be advised of his right to counsel and if duty counsel is available, that too, must be communicated.

In this appeal the appellant was advised of his rights as they existed in Manitoba. The response of the appellant made it clear he understood legal aid was available. He was not interested in pursuing these rights under the circumstances. Accordingly, I find no violation of the appellant's s. 10(b) rights; if I am wrong, I would dismiss the appeal for the reasons of the Chief Justice.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Bill Armstrong, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

incriminante, quoique recueillie en contravention du droit de l'appelant, devrait néanmoins être utilisée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

En conséquence, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le Juge en chef.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR — Je suis d'accord avec le résultat auquel arrive le Juge en chef, mais non avec sa conclusion qu'il y a eu violation des droits que l'al. 10b) garantit à l'accusé.

Dans l'arrêt *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, rendu simultanément, le Juge en chef a défini les droits d'un accusé mis en détention: celui-ci doit être avisé de son droit à l'assistance d'un avocat et, si un avocat de garde est disponible, ce fait doit aussi lui être communiqué.

En l'espèce, l'appelant a été avisé de ses droits tels qu'ils existaient au Manitoba. La réponse de l'appelant montre clairement qu'il comprenait que l'aide juridique était disponible. Il n'était pas intéressé à faire valoir ces droits dans les circonstances. Par conséquent, je ne vois aucune violation des droits que l'al. 10b) garantit à l'appelant. Si j'ai tort, je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs exposés par le Juge en chef.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Bill Armstrong, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Donald Edison Cobham *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. COBHAM

File No.: 23585.

1994: May 27; 1994: September 29.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Free duty counsel — Detainee refusing to blow for breathalyser test and arrested — Rights as read informing of right to counsel and advising of availability of legal aid but not mentioning availability of free and immediate duty counsel and method of accessing this service — Whether s. 10(b) of Charter includes right to be informed of duty counsel services and how to access that service — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(3)(a).

The appellant was charged with unlawfully refusing to comply with a breathalyser demand. He had been stopped in the early morning by a police constable, who, based on his observations of the appellant and the appellant's acknowledgement that he had had a few beers, requested a roadside breath test. The appellant failed the test. The constable advised the appellant that he was under arrest for impaired driving and informed him of his s. 10(b) rights by reading from a card. The constable did not refer to the existence of free and immediate preliminary legal advice from duty counsel even though such a service was in place in Alberta at the time. He then made two breathalyser demands, both of which the appellant refused to comply with because appellant did not think the roadside machine was accurate.

The appellant testified that, while he knew he could speak to a lawyer, he did not know that 24-hour, free

Donald Edison Cobham *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. COBHAM

^b N° du greffe: 23585.

1994: 27 mai; 1994: 29 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit — Services gratuits d'avocats de garde — Arrestation de la personne détenue après son refus de se soumettre à un alcootest — Lecture de la mise en garde l'informant de son droit à l'assistance d'un avocat et de la possibilité de présenter une demande d'aide juridique, mais non de la possibilité d'obtenir immédiatement et sans frais les services d'un avocat de garde et des moyens d'y recourir — L'article 10(b) de la Charte inclut-il le droit d'être informé de l'existence d'un service d'avocats de garde et des moyens d'y recourir? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(3)a).

^d L'appellant a été accusé d'avoir illégalement refusé d'obtempérer à l'ordre de se soumettre à un alcootest. Il avait été interpellé aux petites heures du matin par un policier qui, après l'avoir observé et après que l'appellant eut reconnu avoir consommé quelques bières, lui a ordonné de se soumettre à un alcootest routier. L'appellant a échoué à ce test. L'agent l'a informé qu'il était en état d'arrestation pour conduite avec facultés affaiblies et lui a lu les droits que lui garantit l'al. 10b) à partir d'un texte imprimé sur un carton. L'agent ne lui a pas parlé de la possibilité d'obtenir immédiatement et sans frais des conseils juridiques préliminaires d'un avocat de garde, même si un tel service existait en Alberta à ce moment-là. Il lui a alors ordonné à deux reprises de fournir des échantillons d'haleine et l'appellant a refusé d'obtempérer parce qu'il ne croyait pas que l'appareil routier était fiable.

^e L'appellant a témoigné qu'il savait qu'il pouvait communiquer avec un avocat, mais qu'il ignorait qu'il pou-

legal advice from duty counsel was available to him. Had he been aware of this, he claimed he would have exercised his right to speak to duty counsel. The Crown did not cross-examine or otherwise challenge the appellant on this assertion.

The appellant was convicted. The summary conviction appeal judge allowed an appeal and entered an acquittal on the basis of a breach of s. 10(b) and exclusion under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* of the refusal evidence. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and restored the earlier conviction. At issue here was whether detainees have the right to be informed under s. 10(b) of the existence and availability of duty counsel services which provide free and immediate, preliminary legal advice.

Held: The appeal should be allowed.

The issues are decided as follows:

Section 10(b) of the Charter

Section 10(b) of the *Charter* was violated (unanimous).

Section 24(2) of the Charter

Admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute (unanimous).

(1) *Section 10(b) of the Charter*

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: A detainee is entitled under the information component of s. 10(b) of the *Charter* to be advised of whatever system for free and immediate, preliminary legal advice exists in the jurisdiction, if one indeed exists, and of how such advice can be accessed. The police need not provide detailed information about the system in place, provided they clearly inform the detainee of its existence and how it can be accessed. Since such a system was in place and since appellant was not informed of its existence or how to access it, the appellant's s. 10(b) right to counsel was infringed. The appellant did not waive this right.

Although the burden of establishing a violation of a *Charter* right always falls on the applicant, the applicant need not formally prove every single fact upon which his or her claim of a violation is based, including one

vait avoir accès aux conseils juridiques d'un avocat de garde sans frais 24 heures par jour. Il a prétendu que s'il l'avait su, il aurait exercé son droit de consulter un avocat de garde. Le ministère public n'a pas contre-interrogé l'appelant sur ce sujet ni contesté son affirmation.

L'appelant a été déclaré coupable. Le juge d'appel en matière de poursuites sommaires a fait droit à l'appel et inscrit un acquittement, pour le motif que l'al. 10b) avait été violé et que la preuve du refus devait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a fait droit à l'appel du ministère public et rétabli la déclaration de culpabilité. La question en litige en l'espèce est de savoir si les personnes détenues ont, conformément à l'al. 10b), le droit d'être informées de l'existence d'un service d'avocats de garde leur permettant d'obtenir immédiatement et sans frais, des conseils juridiques préliminaires, et de la possibilité d'y recourir.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les questions sont tranchées comme suit:

L'alinéa 10b) de la Charte

Il y a eu violation de l'al. 10b) de la *Charte* (unanime).

Le paragraphe 24(2) de la Charte

L'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice (unanime).

(1) *L'alinéa 10b) de la Charte*

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: Conformément au volet information de l'al. 10b) de la *Charte*, une personne détenue a le droit d'être informée de l'existence de tout système permettant d'obtenir des conseils juridiques immédiats mais préliminaires, sans frais, dans la province ou le territoire, et, s'il en existe effectivement un, d'être informée de la manière d'y avoir accès. Il n'est pas nécessaire que les policiers donnent des renseignements détaillés sur le système existant, pourvu qu'ils informent clairement la personne détenue de son existence et de la façon d'y recourir. Comme il existait un tel système et que l'appelant n'a pas été informé de son existence et de la manière d'y recourir, il y a eu violation du droit à l'assistance d'un avocat que l'al. 10b) lui garantit. L'appelant n'a pas renoncé à son droit.

Bien qu'il incombe toujours au requérant de prouver la violation d'un droit garanti par la *Charte*, cela ne signifie pas qu'il doive prouver formellement chacun des faits qui fondent sa prétention, y compris un fait sur

which is not in dispute between the parties and should be common knowledge amongst members of the criminal bar and those on the bench. Here, the appellant did not need to prove the existence of duty counsel services. Duty counsel and legal aid services are an intrinsic part of the practice of criminal law in this country and, as such, courts are entitled to take judicial notice of the broad parameters of these services, such as their existence and how they are generally accessed. If there were, for some unusual reason, no duty counsel system available at the time of detention in a jurisdiction known to have such a system, the party alleging the exceptional circumstance, be it the Crown or the applicant, must prove that the ordinarily routine service was in fact not operational at the relevant time and place. It would be unjust to uphold a conviction on the narrow, technical basis that the appellant failed to prove that there was in fact a duty counsel service available to him.

Per La Forest J.: The reasons of Lamer C.J. were agreed with, subject to comments made in *R. v. Bartle*.

Per McLachlin J.: The caution given here failed to fulfil any of the three elements required to satisfy the informational component of s. 10(b) of the *Charter*. It did not sufficiently convey to the appellant that he was entitled to an opportunity to contact a lawyer immediately, prior to providing self-incriminating evidence. Nor did it adequately communicate to the appellant that his right to seek immediate legal advice was not dependent on his ability to afford private counsel. As the minimum requirements of the informational component were not met, the violation of s. 10(b) was complete at this point. Even had these preliminary elements been satisfied, the police further failed to meet the additional duty in the circumstances to inform the appellant of the duty counsel system in place at the time.

Since the minimum requirements of the informational component of s. 10(b) were not met here, it was not strictly necessary to decide the evidentiary issue. Nevertheless, the existence of duty counsel services generally does not require independent proof by the appellant. Duty counsel and legal aid services are an intrinsic aspect of the criminal law process in Canada and courts

lequel les parties s'entendent et qui devrait être de notoriété publique parmi les membres du barreau et de la magistrature. En l'espèce, l'appelant n'était pas tenu de prouver l'existence de services d'avocats de garde. Les services d'avocats de garde et d'aide juridique font partie intégrante de l'exercice du droit criminel dans notre pays et, pour cette raison, les tribunaux sont habilités à prendre connaissance d'office des caractéristiques générales de ces services, par exemple, pour ce qui est de savoir s'il en existe et comment on peut y recourir en général. Si, pour une raison exceptionnelle, aucun service d'avocats de garde n'était assuré au moment où une personne a été mise en détention dans une province ou territoire où l'on sait qu'un tel système existe, il incombe alors à la partie qui allègue la circonstance exceptionnelle, que ce soit le ministère public ou le requérant, de prouver que le service qui était d'ordinaire assuré systématiquement n'était, en fait, pas offert à l'heure ou à l'endroit en cause. Il serait injuste de maintenir une déclaration de culpabilité fondée sur ce motif restreint et de pure forme, à savoir que l'appelant n'a pas prouvé qu'il existait de fait un service d'avocats de garde auquel il aurait pu recourir.

Le juge La Forest: Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés, sous réserve des commentaires formulés dans *R. c. Bartle*.

Le juge McLachlin: La mise en garde donnée en l'espèce ne satisfait à aucun des trois éléments qu'exige le volet information de l'al. 10b) de la *Charte*. La mise en garde n'était pas suffisante pour faire savoir à l'appelant qu'il avait le droit de communiquer immédiatement avec un avocat, avant de fournir une preuve incriminante. En outre, cette mise en garde n'informait pas suffisamment l'appelant que son droit d'obtenir des conseils juridiques immédiats ne dépendait pas de sa capacité d'assumer les frais d'un avocat de cabinet privé. Puisque les exigences minimales du volet information n'ont pas été respectées, la violation de l'al. 10b) était dès lors complète. Même si l'on avait satisfait à ces exigences préliminaires, la police ne s'est pas acquittée de l'obligation supplémentaire qu'elle avait dans les circonstances d'informer l'appelant du système d'avocats de garde qui existait à l'époque.

Puisque les exigences minimales du volet information de l'al. 10b) n'ont pas été respectées, il n'est pas, à strictement parler, nécessaire de trancher la question de la preuve. Néanmoins, l'appelant n'a généralement pas à produire une preuve indépendante de l'existence de services d'avocats de garde. Les services d'avocats de garde et d'aide juridique font partie intégrante de l'exer-

accordingly are entitled to take judicial notice of their existence and of the means by which they are accessed.

(2) Section 24(2) of the Charter

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Admission of the impugned evidence would negatively affect the fairness of the trial. The appellant's refusal was self-incriminating evidence of a particularly serious nature in that it was evidence which itself constituted the crime. The direct connection between the incriminating refusal evidence and the offence creates a strong presumption that its admission would render the trial unfair: the appellant may not have refused to take the breathalyser test if he had been properly advised under s. 10(b) of his right to duty counsel. There is no basis in the evidence on which to conclude that the appellant would have persisted in refusing to take the test even if fully informed of his s. 10(b) rights. The better interests of the administration of justice required that the evidence of refusal not be admitted under s. 24(2) of the *Charter*.

Per La Forest J.: The reasons of Lamer C.J. were agreed with, subject to comments made in *R. v. Bartle*.

Per McLachlin J.: Admitting the evidence of refusal to comply with the breathalyser demand would bring the administration of justice into disrepute. The evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Followed: *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; **referred to:** *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Harke* (1990), 110 A.R. 53; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236.

By La Forest J.

Followed: *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173.

By McLachlin J.

Followed: *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; **referred to:** *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343.

cice du droit criminel au Canada et, en conséquence, les tribunaux sont habilités à prendre connaissance d'office de l'existence de ces services et des moyens d'y recourir.

^a (2) Le paragraphe 24(2) de la Charte

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: L'utilisation de la preuve contestée porterait préjudice à l'équité du procès. Le refus de l'appelant est une preuve auto-incriminante de nature particulièrement grave puisque c'est une preuve qui constitue en soi le crime reproché. Le lien direct entre l'infraction et la preuve incriminante du refus crée une forte présomption que son utilisation rendrait le procès inéquitable: l'appelant n'aurait peut-être pas refusé de se soumettre à l'alcootest s'il avait été bien informé, conformément à l'al. 10b), de son droit à l'assistance d'un avocat de garde. Aucun élément de preuve n'autorise à conclure que l'appelant aurait persisté dans son refus de se soumettre au test même s'il avait été pleinement informé des droits que lui garantit l'al. 10b). Il y va de l'intérêt de l'administration de la justice d'écarter la preuve du refus en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Le juge La Forest: Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés, sous réserve des commentaires formulés dans *R. c. Bartle*.

Le juge McLachlin: L'utilisation de la preuve du refus d'obtempérer à l'ordre de se soumettre à un alcootest est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La preuve devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

^g **Jurisprudence**

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt suivi: *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; **arrêts mentionnés:** *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Harke* (1990), 110 A.R. 53; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236.

Citée par le juge La Forest

ⁱ **Arrêt suivi:** *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt suivi: *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; **arrêts mentionnés:** *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(3)(a).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1993), 135 A.R. 249, 33 W.A.C. 249, 80 C.C.C. (3d) 449, 15 C.R.R. (2d) 79, 44 M.V.R. (2d) 1, allowing an appeal from a judgment of McDonald J. (1992), 124 A.R. 136, 11 C.R. (4th) 122, 35 M.V.R. (2d) 176, allowing an appeal from summary conviction by Saks Prov. Ct. J. Appeal allowed.

R. S. Prithipaul, for the appellant.

Bart Rosborough, for the respondent.

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

LAMER C.J. — The fundamental issue in this case is whether detainees have the right to be informed under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* of the existence and availability of duty counsel services which provide free and immediate, preliminary legal advice. Given that this issue is dealt with in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, and the related cases of *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310, and *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343, all of which were heard together and are handed down with judgment in this case, my comments here will be brief.

I. Facts

The appellant was charged with unlawfully refusing to comply with a breathalyser demand, contrary to s. 254(3)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. At about 12:30 a.m. on March 24, 1991, he was stopped in the city of Edmonton by a police constable, who, based on his observations of the appellant and the appellant's acknowledgement that he had had a few beers,

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(3)a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1993), 135 A.R. 249, 33 W.A.C. 249, 80 C.C.C. (3d) 449, 15 C.R.R. (2d) 79, 44 M.V.R. (2d) 1, qui a accueilli l'appel contre une décision du juge McDonald (1992), 124 A.R. 136, 11 C.R. (4th) 122, 35 M.V.R. (2d) 176, qui avait accueilli l'appel de la déclaration de culpabilité par voie de procédure sommaire prononcée par le juge Saks de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli.

R. S. Prithipaul, pour l'appelant.

Bart Rosborough, pour l'intimée.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER — La question fondamentale en litige en l'espèce est de savoir si les personnes détenues ont, conformément à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le droit d'être informées de l'existence d'un service d'avocats de garde leur permettant d'obtenir immédiatement et sans frais, des conseils juridiques préliminaires, et de la possibilité d'y recourir. Comme cette question a été étudiée dans l'arrêt *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173 et dans les arrêts connexes *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310 et *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343, qui ont été entendus ensemble et dont les jugements sont rendus simultanément, je ne ferai que quelques brèves observations.

I. Les faits

L'appelant a été accusé d'avoir illégalement refusé d'obtempérer à l'ordre de se soumettre à un alcootest, infraction prévue à l'al. 254(3)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Vers minuit trente le 24 mars 1991, il a été interpellé dans la ville d'Edmonton par un policier qui, après l'avoir observé et après qu'il eut reconnu avoir consommé quelques bières, lui a ordonné de se

requested a roadside breath test. The appellant failed the test. The constable advised the appellant that he was under arrest for impaired driving and cautioned him by reading from a card. According to the constable's testimony, he told the appellant the following:

It's my duty to inform you you have the right to retain and instruct counsel without delay. You may contact Legal Aid and a Legal Aid lawyer will be supplied if you cannot afford one. Do you understand? And I received the response, Yes. Do you wish to call a lawyer, and I received the response, No.

The constable did not refer to the existence of free and immediate, preliminary legal advice from duty counsel even though such a service was in place at the time. The constable then made two breathalyser demands, both of which the appellant refused to comply with. When asked why he was refusing to take the breathalyser test, the appellant indicated that he did not think the roadside machine was accurate.

The appellant testified that, while he knew he could speak to a lawyer, he did not know that 24-hour, free legal advice from duty counsel was available to him. Had he been aware of this, he claimed he would have exercised his right to speak to duty counsel. The Crown did not cross-examine or otherwise challenge the appellant on this assertion.

The appellant was convicted at his trial which took place on June 11, 1991. After hearing the appellant's appeal, the summary conviction appeal judge wrote to counsel and requested certain information regarding the duty counsel system in place in Alberta and the standard police warning in use in other jurisdictions. Neither side objected and supplementary memoranda were filed by the respondent and the appellant. On January 17, 1992, the appellate judge allowed the appeal and entered an acquittal on the basis of a breach of s. 10(b) and exclusion under s. 24(2) of the *Charter* of the refusal evidence. On March 22, 1993, the respondent's appeal to the Court of Appeal was allowed

soumettre à un alcootest routier. L'appelant a échoué à ce test. L'agent l'a informé qu'il était en état d'arrestation pour conduite avec facultés affaiblies et lui a fait une mise en garde en se servant d'un carton préimprimé. L'agent a témoigné lui avoir dit ceci:

[TRADUCTION] J'ai le devoir de vous informer que vous avez le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Vous pouvez communiquer avec l'aide juridique et un avocat de l'aide juridique vous sera fourni si vous n'avez pas les moyens de recourir aux services d'un avocat. Avez-vous compris? Il a répondu: «Oui». Voulez-vous appeler un avocat? Il a répondu: «Non».

L'agent ne lui a pas parlé de la possibilité d'obtenir immédiatement et sans frais des conseils juridiques préliminaires d'un avocat de garde, même si un tel service existait à ce moment-là. Il lui a alors ordonné à deux reprises de fournir des échantillons d'haleine et l'appelant a refusé d'obtempérer. Quand on lui a demandé pourquoi il refusait, l'appelant a dit qu'il ne croyait pas que l'appareil routier était fiable.

L'appelant a témoigné qu'il savait qu'il pouvait communiquer avec un avocat, mais qu'il ignorait qu'il pouvait avoir accès aux conseils juridiques d'un avocat de garde sans frais 24 heures par jour. Il a prétendu que s'il l'avait su, il aurait exercé son droit de consulter un avocat de garde. Le ministère public n'a pas contre-interrogé l'appelant sur ce sujet ni contesté son affirmation.

L'appelant a été déclaré coupable à l'issue de son procès, le 11 juin 1991. Le juge d'appel en matière de poursuites sommaires a écrit aux avocats et leur a demandé certains renseignements sur le système d'avocats de garde existant en Alberta et sur la mise en garde normalement utilisée par la police dans d'autres provinces et territoires. Aucune des parties ne s'y est opposé et l'intimée et l'appelant ont déposé des mémoires supplémentaires. Le 17 janvier 1992, le juge a fait droit à l'appel et inscrit un acquittement, pour le motif que l'al. 10(b) avait été violé et que la preuve du refus devait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. Le 22 mars 1993, la Cour d'ap-

and the earlier conviction restored, with Conrad J.A. dissenting.

II. Judgments Below

Provincial Court (Criminal Division) (Saks Prov. Ct. J.)

Saks Prov. Ct. J. handed down judgment as follows:

I might say that because the police constable didn't make complete notes, has no bearing on this. He says he recalls, and I think that's the crux of the matter, he recalls. The [appellant] doesn't recall very much. He seems a little bit hazy. But the police constable says that he arrested the [appellant] for impaired driving. He read the rights and the caution and the Legal Aid requirement out to the [appellant] and the [appellant] said he did not wish to call a lawyer. A demand for a breathalyzer was read, and the response was, No, I won't. The [appellant] was again advised that he should provide this, and he was asked once more. The [appellant] considered it for a moment and then said, No, I won't. And the reason is I don't think that thing is right, indicating the Alco-Sur machine. On being questioned by the Crown, the [appellant] says he knew he had the right to call a lawyer, but he didn't ask at any time to use the phone or call a lawyer.

In my opinion, the constable did all that he was required to do, and there's absolutely no doubt whatsoever in my mind that the [appellant] is guilty as charged under this section.

Court of Queen's Bench (1992), 124 A.R. 136 (McDonald J.)

McDonald J. considered *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, and the warnings prescribed for use by police forces in Alberta since that case was decided in February 1990. Having asked counsel to ascertain exactly what the duty counsel system in place in the province at the time of the appellant's arrest was and having received supplementary memoranda from defence and Crown counsel, he noted that while there was no 24-hour or after-business-hours toll-free Legal Aid telephone number, each police force had a list of local lawyers

pel a fait droit à l'appel de l'intimée et rétabli la déclaration de culpabilité, le juge Conrad étant dissidente.

a II. Les juridictions inférieures

La Cour provinciale (Section criminelle) (le juge Saks)

b Le juge Saks a rendu jugement en ces termes:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que le fait que le policier n'a pas tout pris en note, n'a aucune incidence sur la question. Il dit se souvenir et, à mon sens, c'est là le point crucial, il se souvient. L'[appelant] ne se souvient pas de grand chose. Il semble avoir une idée un peu vague. Mais l'agent dit qu'il a arrêté l'[appelant] pour conduite avec facultés affaiblies. Il lui a fait lecture de ses droits et de la mise en garde, ainsi que de ce qui est exigé en ce qui concerne l'aide juridique et l'[appelant] lui a dit qu'il ne voulait pas appeler un avocat. L'ordre de se soumettre à un alcootest lui a été lu et il a répondu: Non, je ne le ferai pas. L'[appelant] s'est fait conseiller une seconde fois de fournir un échantillon et il en a reçu l'ordre de nouveau. L'[appelant] y a réfléchi un instant puis a dit: Non, je ne le ferai pas. Pour toute raison, il a expliqué qu'il ne croyait pas que cette chose était fiable, en indiquant l'appareil Alco-Sur. Interrogé par le ministre public, l'[appelant] a répondu qu'il savait qu'il avait le droit d'appeler un avocat, mais il n'a jamais demandé la permission de téléphoner ou d'appeler un avocat.

À mon avis, l'agent a fait tout ce qu'il était tenu de faire et je suis absolument certain que l'[appelant] est coupable de l'infraction qui lui est reprochée conformément à cette disposition.

La Cour du Banc de la Reine (1992), 124 A.R. 136 (le juge McDonald)

h Le juge McDonald a examiné l'arrêt *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, et les mises en garde que doivent utiliser les forces de police en Alberta depuis que cet arrêt a été rendu en février 1990. Après avoir demandé aux avocats de vérifier la nature précise du système d'avocats de garde existant dans la province au moment de l'arrestation de l'appelant et après avoir reçu des mémoires supplémentaires de la défense et du ministère public, il a fait remarquer que, bien qu'il n'y avait pas de numéro sans frais permettant de joindre

who volunteer to accept telephone calls from persons detained or arrested, including after business hours and on weekends. He stated at p. 141 that, "I think that it is reasonable to describe the Alberta system as a 'Duty Counsel system' so long as, in its application by the police forces, the person detained or arrested is not limited to one phone call."

McDonald J. found at p. 141 that the appellant's s. 10(b) rights had been violated:

In my view, the purpose of s. 10(b) cannot be met by the words used by police to a person arrested or detained unless those words effectively explain the right to retain and instruct counsel without delay. Such an effective explanation, it is clear from *Brydges*, cannot occur unless the person arrested or detained receives an effective explanation of the fact that, if he cannot afford a lawyer, he may be able to obtain a lawyer's advice under the provincial Legal Aid plan, and that he can obtain free advice from a lawyer under whatever duty counsel system exists, at any time of the day or night. [Emphasis in original.]

He found that the police officer had not informed the appellant that he could obtain free advice immediately from a Legal Aid lawyer irrespective of whether he could afford a lawyer. What was said was, therefore, open to be understood as indicating that the appellant could obtain advice from a Legal Aid lawyer only if he could not afford a lawyer. In this respect, McDonald J. found at p. 146:

That was not only an inaccurate description of the "24-hour Legal Advice" plan that is and was then in effect in Alberta, but misleading information which effectively failed to comply with the requirement laid down in *R. v. Brydges* that "information about the existence and availability of duty counsel and Legal Aid plans should be part of the standard s. 10(b) caution upon arrest or

l'aide juridique 24 heures par jour ou après les heures de bureau, chaque service de police disposait d'une liste des avocats de l'endroit qui acceptaient bénévolement de recevoir des appels téléphoniques des personnes détenues ou arrêtées, y compris après les heures de bureau et durant la fin de semaine. Il a ajouté, à la p. 141: [TRADUCTION] «je crois qu'il est raisonnable de décrire le système albertain comme un «système d'avocats de garde» dans la mesure où, selon la manière dont les forces de police l'appliquent, la personne détenue ou arrêtée n'est pas limitée à un seul appel».

Le juge McDonald a conclu, à la p. 141, à la violation des droits que l'al. 10b) garantit à l'appelant:

[TRADUCTION] À mon avis, le but visé par l'al. 10b) ne peut être atteint que si les policiers expliquent bien à la personne arrêtée ou détenue en quoi consiste son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Une telle explication suppose, ce qui ressort clairement de l'arrêt *Brydges*, qu'on explique bien à la personne arrêtée ou détenue que, si elle n'a pas les moyens de recourir aux services d'un avocat, elle peut obtenir des conseils juridiques dans le cadre du régime provincial d'aide juridique ou des conseils gratuits en vertu d'un système d'avocats de garde, à toute heure du jour ou de la nuit. [Souligné dans l'original.]

Il a ajouté que le policier n'avait pas informé l'appelant qu'il pouvait obtenir immédiatement des conseils gratuits d'un avocat de l'aide juridique, sans égard à sa capacité d'en assumer le coût. L'appelant pouvait donc interpréter les mots employés comme indiquant qu'il pouvait bénéficier de l'aide juridique seulement s'il n'avait pas les moyens de retenir les services d'un avocat. À cet égard, le juge McDonald a conclu, à la p. 146:

[TRADUCTION] Ce n'était pas seulement une description inexacte du service de «conseils juridiques 24 heures par jour» qui existait alors et qui existe encore aujourd'hui en Alberta, mais une information trompeuse qui, effectivement, ne satisfaisait pas à l'exigence énoncée dans l'arrêt *R. c. Brydges*, c'est-à-dire que «les renseignements sur l'existence des régimes d'avocats de garde et d'aide juridique et de la possibilité d'y recourir devraient faire partie de la mise en garde normalement donnée en vertu de l'al. 10b) lors de l'arrestation ou de la mise en détention d'une personne». La mise en garde

detention". The words used did not effectively communicate the required information.

Accordingly, he allowed the appeal and quashed the conviction, saying there was no point in ordering a new trial because the evidence of refusing to provide breath samples would be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Court of Appeal (1993), 135 A.R. 249 (Fraser C.J.A. and Kerans and Conrad J.J.A.)

Kerans J.A. (for the majority)

Kerans J.A. interpreted *Brydges, supra*, as not imposing on governments a constitutional obligation to arrange for lawyers to offer free telephone advice to detainees, everywhere in Canada and at all hours. Rather, he interpreted *Brydges* as saying that if such a service is offered, then in the right circumstances, the detaining officer must offer the detainee enough information about the service to allow the detainee to take advantage of it.

Kerans J.A. suggested that this case is about the law of evidence, not constitutional law. He stated at p. 252: "It is now trite law that an accused who alleges that he was deprived of his constitutional rights must prove it." He noted that in order to prove deprivation of his right under s. 10(b) of the *Charter* to information about existing programs which provide immediate legal advice, either the appellant must by evidence show, or the trial judge must take notice of, the existence of such a program. He held that the appellant failed to establish at trial the preliminary fact that such a service existed at the time of his arrest. Kerans J.A. stated that he would not take judicial notice of the existence of any form of duty counsel at the material time. He also held that the decision in *Brydges* did not have the effect of binding judges to take notice of the existence of duty counsel. He suggested at p. 252 that the appellant:

... could only have sought to fill the hiatus with a fresh evidence motion on appeal. He did not do that before

qui a été faite n'a pas bien communiqué les renseignements exigés.

Par conséquent, il a fait droit à l'appel et annulé la déclaration de culpabilité, disant qu'il était inutile d'ordonner la tenue d'un nouveau procès car la preuve du refus de fournir des échantillons d'haleine serait écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

La Cour d'appel (1993), 135 A.R. 249 (le juge en chef Fraser et les juges Kerans et Conrad)

Le juge Kerans (pour la majorité)

Le juge Kerans a interprété l'arrêt *Brydges*, précité, comme n'imposant pas aux gouvernements l'obligation constitutionnelle d'instaurer un service offrant des conseils juridiques gratuits aux détenus dans toutes les régions du pays et à toute heure. À son avis, cet arrêt dit plutôt que, lorsqu'un tel service est offert, le policier qui met une personne en détention doit, si les circonstances s'y prêtent, lui donner suffisamment d'information sur le service pour lui permettre d'y recourir.

D'après le juge Kerans, cette affaire concerne le droit de la preuve et non le droit constitutionnel. Il a dit à ce sujet, à la p. 252: [TRADUCTION] «Il est maintenant bien établi qu'il incombe à l'accusé qui allègue la violation de ses droits constitutionnels de le prouver.» Il a fait observer que pour faire la preuve de la violation du droit, garanti par l'al. 10b) de la *Charte*, de recevoir des renseignements sur les programmes existants qui offrent des conseils juridiques immédiats, soit l'appelant présente une preuve de l'existence d'un tel programme, soit le juge du procès en prend connaissance d'office. Il a conclu que l'appelant n'avait pas établi au procès le fait préliminaire de l'existence d'un tel service au moment de son arrestation. Le juge Kerans a dit qu'il n'admettait pas d'office l'existence de quelque système que ce soit d'avocats de garde à l'époque en cause. Il a dit en outre que l'arrêt *Brydges* n'avait pas pour effet d'obliger les juges à admettre d'office l'existence d'avocats de garde. Selon lui (à la p. 252), l'appelant:

[TRADUCTION] ... pouvait seulement chercher à combler cette lacune par le dépôt d'une requête tendant à présen-

Queen's Bench, nor before us. I do not criticize the learned Queen's Bench appellate justice for raising the issue on his own motion. But he fell into error when he did not suggest to the [appellant] that a fresh evidence motion was the proper procedure. He compounded his error when he called upon the Crown to produce evidence. And he failed to apply the fresh evidence rules. I think he fell into this error because his focus was on what was appropriate advice, not what was the established scheme. Nevertheless, as I have said, the former follows the latter and is dependent on it.

Kerans J.A., therefore, chose to ignore the evidence before the summary conviction appeal judge and to allow the appeal.

Conrad J.A. (dissenting)

With respect to the appeal judge's request for further evidence, Conrad J.A. concluded at p. 258 as follows:

While the judge has a discretion to admit evidence he must do so in accordance with established principles. The evidence here did not pass the fresh evidence rules. Moreover it was not considered by the justice with input from counsel. It was an error of law for the appellate court judge to become involved in the process and admit new materials at the appellate stage on the facts and circumstances of this case.

She then considered whether, without the fresh evidence, the appellant met the onus on him to prove a breach of s. 10(b) of the *Charter*. She agreed with the appellant's contention that the breach was proven because the words of the officer failed to state the "extended Brydges warning" adequately. She held at pp. 260-61:

I am satisfied that at a minimum there is a requirement to inform the detainee of the plan in existence in the jurisdiction. Failure to advise is a breach of s. 10(b). On its face the caution extended to [the appellant] did not advise of any duty counsel program, and proof of that fact satisfies the onus of proving a breach. In my

ter une nouvelle preuve en appel. Il n'en a pas déposé devant la Cour du Banc de la Reine ni devant nous. Je ne critique pas la décision du juge de la Cour du Banc de la Reine de soulever la question de sa propre initiative. Mais il a commis une erreur en ne disant pas à l'[appelant] que ce qu'il convenait de faire, c'était de déposer une requête tendant à présenter une nouvelle preuve. Il a aggravé son erreur en demandant au ministère public de produire une preuve. Et il n'a pas appliqué les règles concernant les nouvelles preuves. Je crois que son erreur découle du fait qu'il s'est concentré sur les conseils à donner et non sur le régime qui était établi. Néanmoins, je le répète, la première suit la seconde et elle y est subordonnée.

Le juge Kerans a donc choisi de ne pas tenir compte de la preuve présentée devant le juge d'appel en matière de poursuites sommaires et de faire droit à l'appel.

Le juge Conrad (dissidente)

Au sujet de la demande de nouvelle preuve faite par le juge d'appel, le juge Conrad a conclu, à la p. 258:

[TRADUCTION] Le juge peut, à sa discrétion, admettre des éléments de preuve, mais il doit le faire en conformité avec les principes établis. Les éléments de preuve ne remplissaient pas en l'occurrence les conditions posées par les règles en matière de nouvelle preuve. Au surplus, le juge n'a pas entendu les observations des avocats au sujet de ces éléments de preuve. Le juge d'appel a commis une erreur de droit en intervenant dans le processus et en admettant en appel des éléments nouveaux sur les faits et circonstances de cette affaire.

Puis, elle a examiné la question de savoir si, abstraction faite de la nouvelle preuve, l'appellant s'était acquitté de la charge de prouver la violation de l'al. 10b) de la *Charte*. Elle a souscrit à l'argument de l'appellant selon lequel la violation avait été prouvée parce que la mise en garde faite par l'agent ne correspondait pas à la [TRADUCTION] «mise en garde élargie selon *Brydges*». Elle a ajouté, aux pp. 260 et 261:

[TRADUCTION] Je suis convaincue qu'il y a à tout le moins obligation d'informer la personne détenue du système existant dans la province. Sinon, il y a violation de l'al. 10b). À première vue, la mise en garde faite à l'[appelant] ne faisait aucune mention d'un programme d'avocats de garde, et la preuve de ce fait répond à l'exi-

view, it is not necessary for [the appellant] to prove that there is a duty counsel program in place in Alberta. Lamer, J., found in *Brydges* that there is a duty counsel system in place in every province. I am satisfied [the appellant] and the courts can rely on that.

[The appellant] was entitled to be advised of whatever system for free temporary advice did exist in Alberta at the time of his arrest. If anything turns on the type of program in place (such as a plan which cannot be accessed until morning) surely it is for the Crown to raise. If they allege advice would not have made any difference because there was no duty counsel available at the particular time, or all the lawyers were on strike, or some other fact, it should be for them to prove. [The appellant] satisfies his onus by eliciting evidence that he was not given advice as to the system that was in place.

In the result, Conrad J.A. would have found a breach of s. 10(b) and ruled the evidence inadmissible under s. 24(2) of the *Charter*.

III. Analysis

(a) Section 10(b)

In *Bartle*, I make it clear that a detainee is entitled under the information component of s. 10(b) of the *Charter* to be advised of whatever system for free and immediate, preliminary legal advice exists in the jurisdiction, if indeed one exists, and of how such advice can be accessed. There is no need for police to provide detailed information about the system in place. For instance, it is sufficient for the police simply to inform a detainee that there is a duty counsel system in place and that it can be reached, depending on the system, by dialling a toll-free number or by calling lawyers on a list provided by police.

Because I am satisfied that at the time of the appellant's arrest there was in place in Alberta a duty counsel system by which detainees could receive free and immediate, preliminary legal advice by calling lawyers who were on lists pro-

gence relative à la preuve d'une violation. À mon avis, il n'est pas nécessaire que [l'appellant] prouve qu'il existe un programme d'avocats de garde en Alberta. Selon le juge Lamer, dans l'arrêt *Brydges*, il existe un système d'avocats de garde dans chaque province. Je suis convaincu que [l'appellant] et les tribunaux peuvent se fier à cette affirmation.

[L'appellant] avait le droit d'être informé de la nature et de l'existence de tout système permettant d'obtenir des conseils gratuits temporaires en Alberta au moment de son arrestation. Si une question dépend du type de programme existant (par exemple, si les services n'étaient accessibles que le lendemain matin), c'est sûrement au ministère public qu'il incombe de le faire valoir. Si celui-ci allègue que le renseignement n'aurait rien changé parce qu'aucun avocat de garde ne pouvait être joint à cette heure-là ou que tous les avocats étaient en grève, ou pour un autre motif, il lui appartient de le prouver. [L'appellant] s'acquitte de sa charge en établissant qu'il n'a pas été informé de la nature du système existant.

En conséquence, le juge Conrad aurait conclu à la violation de l'al. 10b) et déclaré la preuve inadmissible au regard du par. 24(2) de la *Charte*.

III. L'analyse

a) L'alinéa 10b)

Dans l'arrêt *Bartle*, je précise bien que, conformément au volet information de l'al. 10b) de la *Charte*, une personne détenue a le droit d'être informée de l'existence de tout système permettant d'obtenir sans frais des conseils juridiques immédiats préliminaires dans la province ou le territoire, et, s'il en existe effectivement un, d'être informée de la manière d'y avoir accès. Il n'est pas nécessaire que les policiers donnent des renseignements détaillés sur le système existant. Par exemple, il suffit qu'ils informent simplement la personne détenue qu'il y a un système d'avocats de garde et qu'elle peut y avoir accès en composant un numéro sans frais ou en appelant des avocats inscrits sur une liste fournie par la police.

Comme je suis convaincu qu'au moment de l'arrestation de l'appellant, l'Alberta avait un système d'avocats de garde permettant aux personnes détenues de recevoir sans frais des conseils juridiques immédiats préliminaires en appelant des avocats

vided by police, and that the appellant was not informed of the existence of this system and how to access it, I find that the appellant's s. 10(b) right to counsel was infringed. On its face, the *Charter* caution received by the appellant appropriately referred to the right to obtain legal assistance through Legal Aid. However, it failed to mention any right to immediate, albeit temporary, free legal advice irrespective of ability to pay, or that a list of lawyers to call would be provided for this purpose. Furthermore, the appellant did not waive his right to be fully informed of his s. 10(b) rights, as explained in *Bartle*, at pp. 203-7. Accordingly, I am unable to agree with the majority of the Court of Appeal that no s. 10(b) violation has been made out in this case.

In light of the importance attached by the Court of Appeal and by the Crown to the question of evidentiary burden, a few brief comments on this matter are in order. At the hearing of this appeal, the respondent conceded that there was in existence at the time and place of detention a system by which detainees could contact a lawyer immediately and without charge for preliminary advice. Quoting from p. 64 of the transcript of the proceedings before this Court, counsel for the Crown stated:

... I am not disagreeing with you with respect to the fact that the existence of the concept of 24-hour, immediate, free legal advice is an indisputable fact. It was admitted at trial and it was admitted on summary conviction, it was admitted in the court of appeal. [Emphasis added.]

The respondent nonetheless insisted that the burden of proving that duty counsel in fact existed falls on the appellant, as the party claiming that the caution received was inaccurate in terms of its description of available legal services. In short, I disagree.

inscrits sur des listes fournies par la police, et que l'appellant n'a pas été informé de l'existence de ce système et de la manière d'y recourir, je conclus qu'il y a eu violation du droit à l'assistance d'un avocat que l'al. 10b) garantit à l'appellant. À première vue, la mise en garde exigée par la *Charte* que l'appellant a reçue faisait bien mention du droit d'obtenir l'assistance d'un avocat grâce à l'aide juridique. Toutefois, elle ne faisait pas mention de son droit de recevoir sans frais des conseils juridiques immédiats mais temporaires, sans égard à sa capacité d'en assumer le coût, ou de la possibilité de consulter une liste d'avocats qu'il pouvait appeler pour obtenir ces conseils. En outre, l'appellant n'a pas renoncé au droit d'être pleinement informé des droits que lui garantit l'al. 10b), comme je l'explique dans l'arrêt *Bartle*, aux pp. 203 à 207. Par conséquent, je ne saurais souscrire à l'avis majoritaire de la Cour d'appel selon lequel aucune violation de l'al. 10b) n'a été établie en l'espèce.

Vu l'importance attachée par la Cour d'appel et par le ministère public à la question de la charge de présentation, il convient de faire quelques brèves remarques sur ce point. Lors de l'audition du présent pourvoi, l'intimée a concédé qu'il existait au moment et au lieu de la mise en détention un système permettant aux personnes détenues de communiquer avec un avocat immédiatement et sans frais pour obtenir des conseils préliminaires. Je citerai la transcription des débats devant notre Cour, à la p. 64, où le substitut du procureur général dit:

[TRADUCTION] ... je ne conteste pas l'existence indiscutable d'un service offrant, 24 heures par jour, des conseils juridiques, immédiatement et sans frais. Ce fait a été admis au procès, il a été admis lors de l'appel en matière de poursuites sommaires, et il l'a été devant la cour d'appel. [Je souligne.]

L'intimée a néanmoins maintenu qu'il incombait à l'appellant de prouver qu'il existait un système d'avocats de garde, car c'est lui qui soutient que la mise en garde était insuffisante quant à la description des services juridiques accessibles. En un mot, je ne suis pas de cet avis.

Although it is, by now, well established that the burden of establishing a violation of a *Charter* right always falls on the applicant, this does not mean that the applicant must formally prove every single fact upon which his or her claim of a violation is based, including one which is not in dispute between the parties and is (or should be) common knowledge amongst members of the criminal bar and those on the bench. In my view, the existence of duty counsel services in this case was not a matter which required independent proof by the appellant. Duty counsel and legal aid services are an intrinsic part of the practice of criminal law in this country and, as such, courts are entitled to take judicial notice of the broad parameters of these services, such as their existence and how they are generally accessed. Moreover, as counsel for the appellant pointed out, there was at the time of the appellant's trial at least one reported decision in which a provincial court judge noted the existence in Edmonton, the place of the appellant's arrest, of a system capable of giving telephone advice to detainees: *R. v. Harke* (1990), 110 A.R. 53 (Prov. Ct.), at p. 58.

If there were, for some unusual reason, no duty counsel system available at the time of detention in a jurisdiction known to have such a system, perhaps because the bar had just gone on strike as in the case of *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236 (released concurrently), then it is up to the party alleging the exceptional circumstance, be it the Crown or the applicant, to prove that the service that was routinely available was in fact not operational at the relevant time and place.

In other words, I do not agree with the Court of Appeal that the summary conviction appeal judge is to be faulted for asking counsel for exact details regarding available duty counsel services in Alberta at the time of the appellant's arrest. Indeed, I would go further and note that, by proceeding as he did, the appeal judge avoided the necessity of ordering a new trial, thereby conserv-

Bien qu'il soit maintenant bien établi qu'il incombe toujours au requérant de prouver la violation d'un droit garanti par la *Charte*, cela ne signifie pas qu'il doive prouver formellement chacun des faits qui fondent sa prétention, y compris un fait sur lequel les parties s'entendent et qui est (ou devrait être) de notoriété publique parmi les membres du barreau et de la magistrature. À mon avis, l'existence de services d'avocats de garde n'était pas en l'espèce une question au sujet de laquelle l'appelant devait produire une preuve indépendante. Les services d'avocats de garde et d'aide juridique font partie intégrante de l'exercice du droit criminel dans notre pays et, pour cette raison, les tribunaux sont habilités à prendre connaissance d'office des caractéristiques générales de ces services, telles leur existence et la façon générale d'y recourir. Par surcroît, comme l'avocat de l'appelant l'a souligné, il y avait au moment du procès de l'appelant au moins une décision publiée dans laquelle un juge de la cour provinciale avait fait mention de l'existence, à Edmonton, où l'appelant a été arrêté, d'un système permettant aux personnes détenues d'obtenir des conseils par téléphone: *R. c. Harke* (1990), 110 A.R. 53 (C. prov.), à la p. 58.

Si, pour une raison exceptionnelle, aucun service d'avocats de garde n'était assuré au moment où une personne a été mise en détention dans une province ou territoire où l'on sait qu'un tel système existe, peut-être parce que le barreau s'est mis en grève comme dans l'arrêt *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236 (rendu simultanément), il incombe alors à la partie qui allègue la circonstance exceptionnelle, que ce soit le ministère public ou le requérant, de prouver que le service qui était ordinairement assuré systématiquement n'était, en fait, pas disponible à l'heure ou à l'endroit en cause.

Autrement dit, je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel qui reproche au juge d'appel en matière de poursuites sommaires d'avoir demandé à l'avocat des détails précis concernant les services d'avocats de garde disponibles en Alberta au moment de l'arrestation de l'appelant. En fait, j'irais plus loin et ferais remarquer qu'en procédant comme il l'a fait, le juge a évité la tenue d'un

ing court resources and avoiding further inconvenience to everybody involved.

Given the Crown's failure to challenge the existence of duty counsel at trial and to object to the appeal judge's request for further information, as well as the Crown's admission at all levels on appeal that duty counsel services were in place at the material time, it would be unjust to uphold a conviction on the narrow, technical basis that the appellant failed to prove that there was in fact a duty counsel service available to him. The breach of s. 10(b) in this case is clear on the face of the caution — the appellant was not advised of his right to free and immediate, preliminary legal advice by duty counsel.

(b) *Section 24(2)*

In light of the violation of the appellant's s. 10(b) *Charter* right to counsel, it is necessary to decide whether the evidence of his refusal to comply with the breathalyser demand should be admitted under s. 24(2) of the *Charter*. In my view, this is a clear case in which admission of the evidence would negatively affect the fairness of the trial. The appellant's refusal is self-incriminating evidence of a particularly serious nature in that it is evidence which itself constitutes the crime. That is, unlike a confession which may only be some evidence upon which a conviction is based, a refusal to blow is itself commission of the offence of refusing to "blow" under s. 254(3)(a) of the *Code*. The direct connection between the incriminating refusal evidence and the offence creates a strong presumption that its admission would render the trial unfair. This is because the appellant may not have refused to take the breathalyser test if he had been properly advised under s. 10(b) of his right to duty counsel. What would have happened thereafter is not a matter upon which I am prepared to speculate.

nouveau procès, économisant ainsi les ressources de l'administration de la justice et évitant d'autres inconvénients à tous les intéressés.

a Comme le ministère public n'a pas contesté au procès l'existence des avocats de garde et qu'il ne s'est pas opposé à la demande de renseignements supplémentaires faite par le juge d'appel, et
b comme il a reconnu à tous les paliers d'appel que les services d'avocats de garde existaient à l'époque en cause, il serait injuste de maintenir une déclaration de culpabilité fondée sur ce motif restreint et de pure forme, à savoir que l'appellant
c n'a pas prouvé qu'il existait de fait un service d'avocats de garde auquel il aurait pu recourir. Il ressort nettement de la teneur même de la mise en garde faite en l'espèce que l'al. 10(b) a été violé —
d l'appellant n'a pas été informé de son droit d'obtenir des conseils juridiques gratuits et immédiats, quoique temporaires, d'avocats de garde.

b) *Le paragraphe 24(2)*

e Vu que le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat prévu par l'al. 10(b) de la *Charte* a été violé, il faut décider si la preuve de son refus d'obtempérer à l'ordre de se soumettre à un alcootest doit être utilisée au regard du par. 24(2) de la *Charte*. À
f mon avis, la présente affaire est nettement un cas dans lequel l'utilisation de la preuve porterait préjudice à l'équité du procès. Le refus de l'appellant est une preuve auto-incriminante de nature particulièrement grave puisque c'est une preuve qui constitue en soi le crime reproché. C'est-à-dire que,
g contrairement à un aveu qui peut ne représenter qu'un élément de preuve pouvant justifier la déclaration de culpabilité, le refus de fournir un échantillon constitue en soi la perpétration de l'infraction consistant à refuser de se soumettre à l'alcootest, prévue à l'al. 254(3)(a) du *Code*. Le lien direct entre l'infraction et la preuve incriminante du refus crée une forte présomption que son
i utilisation rendrait le procès inéquitable. Cela s'explique par le fait que l'appellant n'aurait peut-être pas refusé de se soumettre à l'alcootest s'il avait été bien informé, conformément à l'al. 10(b), de son droit à l'assistance d'un avocat de garde. Je ne suis pas disposé à conjecturer sur ce qui se serait produit par la suite.

Moreover, there is no basis in the evidence on which to conclude that the appellant would have persisted in refusing to take the test even if fully informed of his s. 10(b) rights. Rather, he testified that he did not know free legal advice was available to him 24 hours a day and that, had he known it was, he would have exercised his right to contact duty counsel. The Crown did not cross-examine or otherwise challenge him on this assertion.

Accordingly and notwithstanding the undoubted good faith of the police officer in this case and the seriousness of impaired driving offences, I am of the opinion that it is in the better interests of the administration of justice not to admit the evidence of refusal under s. 24(2) of the *Charter*.

(c) *Conclusion*

The appellant's s. 10(b) *Charter* rights were violated. Under the circumstances of this case, I find that the repute of the administration of justice requires that the evidence of the appellant's refusal to comply with the breathalyser demand not be admitted under s. 24(2) of the *Charter*.

The appeal is, therefore, allowed and an acquittal entered in place of the conviction.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. — Subject to what I have said in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 364, issued concurrently, I agree with the Chief Justice.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — As in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 364; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; and *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343 all of which are released concurrently with judgment in this appeal, I am in substantial agreement with the reasons of the Chief Justice. I wish to add some brief

De plus, aucun élément de preuve ne nous autorise à conclure que l'appelant aurait persisté dans son refus de se soumettre au test même s'il avait été pleinement informé des droits que lui garantit l'al. 10b). Il a plutôt témoigné qu'il ignorait qu'il pouvait recourir sans frais aux services d'un avocat 24 heures par jour et que, s'il l'avait su, il aurait exercé son droit de communiquer avec un avocat de garde. Le ministère public ne l'a pas contre-interrogé sur ce sujet et n'a pas contesté son affirmation.

Par conséquent, malgré l'indéniable bonne foi du policier en l'espèce et la gravité des infractions qui se rattachent à la conduite avec facultés affaiblies, je suis d'avis qu'il y va de l'intérêt de l'administration de la justice d'écarter la preuve du refus en application du par. 24(2) de la *Charte*.

(c) *Conclusion*

Les droits que l'al. 10b) garantit à l'appelant ont été violés. Vu les circonstances de l'espèce, je suis d'avis qu'il convient, en application du par. 24(2) de la *Charte*, d'écarter la preuve du refus de l'appelant d'obtempérer à l'ordre de se soumettre à l'alcootest, parce que son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Par conséquent, le pourvoi est accueilli et un acquittement est inscrit au lieu de la déclaration de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — Sous réserve de mes commentaires dans l'arrêt *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 364, rendu simultanément, je suis d'accord avec le Juge en chef.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Comme dans les arrêts *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 364; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; et *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343, rendus simultanément, je suis dans l'ensemble d'accord avec les motifs du Juge en chef. Cependant, je tiens à ajouter quelques brefs

comments, however, in light of my reasons in *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236.

The appellant was stopped by a police constable at approximately 12:30 a.m. on March 24, 1991. The constable, after observing and talking with the appellant, made a demand for a roadside breath test. The appellant failed the test, and was subsequently arrested for impaired driving. The police officer issued the appellant the following caution:

... you have the right to retain and instruct counsel without delay. You may contact Legal Aid and a Legal Aid lawyer will be supplied if you cannot afford one. Do you understand?

The appellant indicated that he understood the caution. When asked if he wanted to call a lawyer, he replied "No". He then refused to comply with two breathalyser demands. It is the admission of this statement of refusal which is in question on this appeal.

Applying the principles set out in my reasons in *Prosper, supra*, it is apparent that the caution in this case failed to fulfil any of the three elements required to satisfy the informational component of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in these circumstances. The caution did not sufficiently convey to the appellant that he was entitled to an opportunity to contact a lawyer immediately, prior to providing self-incriminating evidence. Nor did it adequately communicate to the appellant that his right to seek immediate legal advice was not dependent on his ability to afford private counsel. As the minimum requirements of the informational component were not met, the violation of s. 10(b) was complete at this point. I note, however, that even had these preliminary elements been satisfied, the police further failed to meet the additional duty in the circumstances to inform the appellant of the duty counsel system which was in place in Alberta at the time of the appellant's detention, by which he could have received free and immediate, preliminary legal advice.

commentaires à la lumière de mes motifs de l'arrêt *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236.

Vers minuit trente le 24 mars 1991, l'appellant a été arrêté par un policier qui, après l'avoir observé et lui avoir parlé, lui a ordonné de se soumettre à un alcootest routier. L'appellant a échoué à ce test et a par la suite été arrêté pour conduite avec facultés affaiblies. Le policier lui a fait la mise en garde qui suit:

[TRADUCTION] ... vous avez le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Vous pouvez communiquer avec l'aide juridique et un avocat de l'aide juridique vous sera fourni si vous n'avez pas les moyens de recourir aux services d'un avocat. Avez-vous compris?

L'appellant a répondu qu'il avait compris la mise en garde. Lorsqu'on lui a demandé s'il voulait appeler un avocat, il a répondu «non». Il a ensuite à deux reprises refusé de fournir des échantillons d'haleine. C'est l'utilisation de la preuve de ce refus qui est en litige en l'espèce.

A partir des principes que je formule dans l'arrêt *Prosper*, précité, je conclus que la mise en garde donnée en l'espèce ne satisfait de toute évidence à aucun des trois éléments qu'exige, dans ces circonstances, le volet information de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La mise en garde n'était pas suffisante pour faire savoir à l'appellant qu'il avait le droit de communiquer immédiatement avec un avocat, avant de fournir une preuve incriminante. En outre, cette mise en garde n'informait pas suffisamment l'appellant que son droit d'obtenir des conseils juridiques immédiats ne dépendait pas de sa capacité d'assumer les frais d'un avocat de cabinet privé. Puisque les exigences minimales du volet information n'ont pas été respectées, la violation de l'al. 10b) était dès lors complète. Cependant, même si l'on avait satisfait à ces exigences préliminaires, il y a lieu d'ajouter que la police ne s'est pas acquittée de l'obligation supplémentaire qu'elle avait, dans les circonstances, d'informer l'appellant du système d'avocats de garde qui existait en Alberta à l'époque de sa mise en détention et qui lui aurait permis d'obtenir gratuitement et sans délai des conseils juridiques préliminaires.

Because I have found that the minimum requirements of the informational component of s. 10(b) were not met on the facts of this case, it is not strictly necessary for me to decide the evidentiary issue. Nevertheless, for the purposes of future guidance, I agree with the Chief Justice's conclusion that the existence of duty counsel services generally will not require independent proof by the appellant. As the Chief Justice explains, duty counsel and legal aid services are an intrinsic aspect of the criminal law process in Canada, and as such, courts are entitled to take judicial notice of the existence of these services and the means by which they are accessed.

For the reasons given by the Chief Justice, I agree that the admission of the evidence of refusal to comply with the breathalyser demand would bring the administration of justice into disrepute. The evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Accordingly, I would dispose of the appeal in the same manner as Lamer C.J.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Gunn & Prithipaul, Edmonton.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Puisque j'ai conclu, eu égard aux faits, que les exigences minimales du volet information de l'al. 10b) n'ont pas été respectées, je n'ai pas, à strictement parler, à trancher la question de la preuve. Néanmoins, pour fins de consultation future, je tiens à préciser que je suis d'accord avec la conclusion du Juge en chef qui dit que l'appellant n'a pas à produire une preuve indépendante de l'existence de services d'avocats de garde. Comme l'explique le Juge en chef, les services d'avocats de garde et d'aide juridique font partie intégrante de l'exercice du droit criminel au Canada et, en conséquence, les tribunaux sont habilités à prendre connaissance d'office de l'existence de ces services et des moyens d'y recourir.

Pour les motifs formulés par le Juge en chef, je conviens que l'utilisation de la preuve du refus d'obtempérer à l'ordre de se soumettre à un alcootest est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La preuve devrait être écartée en application du par. 24(2).

Par conséquent, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge en chef Lamer.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Gunn & Prithipaul, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 1994 Vol. 3

3^e cahier, 1994 Vol. 3

Cited as [1994] 3 S.C.R. 377-548

Renvoi [1994] 3 R.C.S. 377-548

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

Gaudet v. Marchand 514

Prerogative writs — Habeas corpus — Inmate transferred to special handling unit — Motion for writ of habeas corpus dismissed.

Hodgkinson v. Simms 377

Fiduciary duty — Non-disclosure — Damages — Financial adviser — Client insisting that adviser not be involved in promoting — Adviser not disclosing involvement in projects — Client investing in projects suggested by adviser — Ultimate decision as to whether or not to invest that of client — Substantial losses incurred during period of economic downturn — Whether or not fiduciary duty on part of adviser — If so, calculation of damages.

Contracts — Contract for independent services — Breach by failure to disclose — Calculation of damages.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

Arrêstistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

Gaudet c. Marchand 514

Brefs de prérogative — Habeas corpus — Détenu transféré dans une unité spéciale de détention — Requête pour la délivrance d'un bref d'habeas corpus rejetée.

Hodgkinson c. Simms 377

Obligation fiduciaire — Non-divulgence — Dommages-intérêts — Conseiller financier — Client insistant pour que le conseiller ne fasse pas de la promotion — Non-divulgence par le conseiller de sa participation à des projets — Client investissant dans des projets recommandés par le conseiller — Décision ultime d'investir ou non revenant au client — Pertes importantes subies au cours d'une récession économique — Y avait-il obligation fiduciaire de la part du conseiller? — Dans l'affirmative, quel mode de calcul des dommages-intérêts y a-t-il lieu d'adopter?

Contrats — Contrat de services indépendants — Inexécution par omission de divulguer — Calcul des dommages-intérêts.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Haughton	516
Criminal law — Charge to jury — Murder — Trial judge erring in instructions concerning included offence of manslaughter — No substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).	
R. v. K. (A.)	520
Criminal law — Charge to jury — Credibility — Accused convicted of incest — Whether trial judge's instructions to jury regarding reasonable doubt constituted misdirection.	
R. v. Levasseur	518
Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Credibility — Crown's case hinging on testimony of accomplice — Accused denying participating in killing — Trial turning on credibility of accused and of accomplice — Whether trial judge erred in not instructing jury on application of reasonable doubt to issue of credibility in charge or in response to jury's questions.	
R. v. Swietlinski	481
Criminal law — Parole eligibility hearing with jury after 15 years of prison term served — Factors to be considered listed and ultimate decision at jury's discretion — Inflammatory comments by Crown — Whether comments rendering hearing unfair — Whether victim impact statements admissible — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 735(1.1), 744, 745(1)(a), (b), (2), (3), (4)(a), (b).	
R. v. S. (W.D.)	521
Criminal law — Charge to jury — Recharge — Trial judge responding to question from jury regarding reasonable doubt — Whether trial judge erred in recharge — If so, whether error constitutes grounds for retrial if main charge free from error — Whether verdict convicting accused unreasonable.	

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Haughton	516
Droit criminel — Exposé au jury — Meurtre — Erreur du juge du procès dans ses directives concernant l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable — Aucun tort important ou erreur judiciaire grave — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).	
R. c. K. (A.)	520
Droit criminel — Exposé du juge au jury — Crédibilité — Accusé déclaré coupable d'inceste — Les directives que le juge du procès a données au jury concernant le doute raisonnable étaient-elles erronées?	
R. c. Levasseur	518
Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Crédibilité — Preuve du ministère public reposant sur le témoignage du complice — Accusé niant avoir participé au meurtre — Crédibilité de l'accusé et du complice au cœur du procès — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne présentant pas dans ses directives ou en réponse aux questions du jury la question de l'application du doute raisonnable à la crédibilité?	
R. c. Swietlinski	481
Droit criminel — Audition de révision devant jury de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle après 15 ans d'emprisonnement — Liste des facteurs à considérer et décision finale à la discrétion du jury — Remarques incendiaires faites par le ministère public — Ces remarques ont-elles rendu l'audition inéquitable? — Les déclarations des victimes sont-elles admissibles? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 735(1.1), 744, 745(1)a), b), (2), (3), 4a), b).	
R. c. S. (W.D.)	521
Droit criminel — Exposé au jury — Exposé supplémentaire — Réponse du juge du procès à une question du jury portant sur le doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans l'exposé supplémentaire? — Dans l'affirmative, l'erreur constitue-t-elle un motif en faveur de la tenue d'un nouveau procès si l'exposé principal était exempt d'erreur? — Le verdict concluant à la culpabilité de l'accusé était-il déraisonnable?	

Robert L. Hodgkinson *Appellant*

v.

David L. Simms and Jerry S. Waldman,
 carrying on business as **Simms & Waldman,**
 and the said **Simms & Waldman,** a
 partnership *Respondents*

INDEXED AS: HODGKINSON v. SIMMS

File No.: 23033.

1993: December 6; 1994: September 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
 BRITISH COLUMBIA

Fiduciary duty — Non-disclosure — Damages — Financial adviser — Client insisting that adviser not be involved in promoting — Adviser not disclosing involvement in projects — Client investing in projects suggested by adviser — Ultimate decision as to whether or not to invest that of client — Substantial losses incurred during period of economic downturn — Whether or not fiduciary duty on part of adviser — If so, calculation of damages.

Contracts — Contract for independent services — Breach by failure to disclose — Calculation of damages.

Appellant, a stock broker who was inexperienced in tax planning, wanted an independent professional to advise him respecting his tax planning and tax sheltering needs. He hired respondent Simms, an accountant, who specialized in providing general tax shelter advice, and specifically, real estate tax shelter investments. Appellant relied heavily on the respondent's advice, a reliance assiduously fostered by the respondent. The relationship was such that the appellant did not really question him about the reasons underlying the advice given. Respondent advised appellant to invest in MURBs, real estate investment projects which, by the conventional wisdom, were safe and conservative. Appellant bought 4 MURBs (income tax sheltered properties) on the accountant's advice and lost heavily

Robert L. Hodgkinson *Appellant*

c.

^a **David L. Simms et Jerry S. Waldman,**
 exploitant une entreprise sous la raison
 sociale **Simms & Waldman,** et ladite **Simms**
 & **Waldman,** une société en nom
^b collectif *Intimés*

RÉPERTORIÉ: HODGKINSON c. SIMMS

N^o du greffe: 23033.

^c 1993: 6 décembre; 1994: 30 septembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
 Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major.

^d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
 BRITANNIQUE

*Obligation fiduciaire — Non-divulgence — Dom-
 mages-intérêts — Conseiller financier — Client insis-
 tant pour que le conseiller ne fasse pas de la promotion
 — Non-divulgence par le conseiller de sa participation
 à des projets — Client investissant dans des projets
 recommandés par le conseiller — Décision ultime d'in-
 vestir ou non revenant au client — Pertes importantes
 subies au cours d'une récession économique — Y avait-
 il obligation fiduciaire de la part du conseiller? — Dans
 l'affirmative, quel mode de calcul des dommages-
 intérêts y a-t-il lieu d'adopter?*

Contrats — Contrat de services indépendants — Inexécution par omission de divulguer — Calcul des dommages-intérêts.

L'appellant, un courtier en valeurs mobilières, sans expérience dans le domaine de la planification fiscale, était à la recherche d'un professionnel indépendant qui le conseillerait relativement à ses besoins en matière de planification fiscale et d'abris fiscaux. Il a engagé l'intimé Simms, un comptable spécialisé dans la prestation de conseils généraux en matière d'abris fiscaux et, plus précisément, en matière de placements immobiliers à titre d'abris fiscaux. L'appellant se fiait énormément aux conseils de l'intimé et ce dernier encourageait assidûment cette confiance. Il n'interrogeait pas vraiment l'intimé au sujet des motifs sous-jacents des conseils fournis. L'intimé a conseillé à l'appellant d'investir dans des IRLM, des projets d'investissement immobilier qui, traditionnellement, étaient sûrs et conservateurs. Sur le

when the value of the four MURBs fell during a decline in the real estate market.

The gravamen of appellant's action lay in the fact that respondent was acting for the developers during the relevant period in the "structuring" of each of these MURB projects and did not disclose this. Fraud and deceit were not at issue. Appellant got the investments he paid for from the developers, but the same could not be said of his relationship with his accountant. He looked to the respondent as an independent professional advisor, not a promoter, and would not have invested in the impugned projects had he known the true nature and extent of respondent's relationship with the developers.

Appellant brought an action in the Supreme Court of British Columbia for breach of fiduciary duty, breach of contract and negligence to recover all his losses on the four investments recommended by the respondent accountant. The claim in negligence was dismissed at trial and was not pursued before the Court of Appeal. The trial judge, however, allowed his action for breach of fiduciary duty and breach of contract and awarded him damages. The British Columbia Court of Appeal upheld the trial judge on the breach of contract issue, but reversed on the issue of fiduciary duties. It also varied the damages award, setting damages at an amount equal to the fees received by respondent accountant from the developers on account of the four projects, prorated as between the various investors in those projects. This, therefore, was a case of material non-disclosure in which the appellant alleged breach of fiduciary duty and breach of contract against the respondent in the performance of a contract for investment advice and other tax-related financial services.

Held (Sopinka, McLachlin and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Liability here flows from the principles underlying the notion of fiduciary duty, one of a species of a more generalized duty by which the law seeks to protect vulnerable people in transactions with others. This generalized duty unites such related causes of action as breach of fiduciary duty, undue influence, unconscionability and

conseil du comptable, l'appelant a acheté quatre IRLM (propriétés servant d'abris fiscaux) et a subi de lourdes pertes lorsque la valeur des quatre IRLM a chuté en raison d'un ralentissement du marché immobilier.

L'action de l'appelant repose, pour l'essentiel, sur le fait qu'à l'époque en cause l'intimé agissait pour le compte des promoteurs dans la «structuration» de chacun de ces projets d'IRLM, sans avoir divulgué cet état de choses. Il n'était pas question de fraude ou de dol. L'appelant obtenait des promoteurs les placements qu'il payait, mais on ne pouvait en dire autant de ses rapports avec son comptable. L'appelant considérait l'intimé comme un conseiller professionnel indépendant et non comme un promoteur et il n'aurait pas investi dans les projets en cause s'il avait connu la nature et l'étendue véritables de la relation de l'intimé avec les promoteurs.

Pour recouvrer toutes ses pertes relatives aux quatre placements recommandés par le comptable intimé, l'appelant a intenté, devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, une action pour manquement à une obligation fiduciaire, inexécution de contrat et négligence. La demande fondée sur la négligence a été rejetée en première instance et n'a pas été reprise devant la Cour d'appel. Cependant, le juge de première instance a accueilli l'action pour manquement à une obligation fiduciaire et inexécution de contrat et a accordé des dommages-intérêts à l'appelant. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la décision du juge de première instance relativement à la question de l'inexécution de contrat, mais elle l'a infirmée sur la question des obligations fiduciaires. Elle a aussi modifié le montant des dommages-intérêts accordés en le fixant à un montant égal aux honoraires que le comptable intimé avait reçus des promoteurs relativement aux quatre projets, proportionnellement aux divers investisseurs dans ces projets. Il s'agit donc d'un pourvoi concernant la non-divulgaration de faits importants; l'appelant soutient qu'il y a eu, de la part de l'intimé, manquement à une obligation fiduciaire et inexécution d'un contrat pour la prestation de conseils en placements et d'autres services financiers de nature fiscale.

Arrêt (les juges Sopinka, McLachlin et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: La responsabilité découle ici de l'application des principes qui sous-tendent la notion de l'obligation fiduciaire, un type d'obligation plus générale, au moyen de laquelle le droit cherche à protéger les gens vulnérables dans leurs opérations avec autrui. Cette obligation générale unit les causes d'action connexes comme le manquement à une

negligent misrepresentation. A fiduciary obligation carries with it not only a duty of skill and competence; the special elements of trust, loyalty, and confidentiality that obtain in a fiduciary relationship give rise to a corresponding duty of loyalty.

A fiduciary duty is distinct from other equitable and common law doctrines. Undue influence focuses on the sufficiency of consent and unconscionability on the reasonableness of a given transaction. The fiduciary principle monitors the abuse of a loyalty reposed. The existence of a contract does not necessarily preclude the existence of fiduciary obligations between parties. Indeed, the legal incidents of many contracts give rise to a fiduciary duty.

A party becomes a fiduciary where it, acting pursuant to statute, agreement or unilateral undertaking, has an obligation to act for the benefit of another and that obligation carries with it a discretionary power. Several *indicia* are of assistance in recognizing the existence of fiduciary relationships: (1) scope for the exercise of some discretion or power; (2) that power or discretion can be exercised unilaterally so as to effect the beneficiary's legal or practical interests; and, (3) a peculiar vulnerability to the exercise of that discretion or power.

The term fiduciary is properly used in two ways. The first describes certain relationships having as their essence discretion, influence over interests, and an inherent vulnerability. A rebuttable presumption arises out of the inherent purpose of the relationship that one party has a duty to act in the best interests of the other party. The second, slightly different use of fiduciary exists where fiduciary obligations, though not innate to a given relationship, arise as a matter of fact out of the specific circumstances of that particular relationship. In such a case the question to ask is whether, given all the surrounding circumstances, one party could reasonably have expected that the other party would act in the former's best interests with respect to the subject matter at issue. Discretion, influence, vulnerability and trust are non-exhaustive examples of evidentiary factors to be considered in making this determination. Outside the established categories of fiduciary relationships, what is required is evidence of a mutual understanding that one party has relinquished its own self-interest and agreed to act solely on behalf of the other party. In relation to the advisory context, then, there must be something more than a simple undertaking by one party to provide infor-

obligation fiduciaire, l'abus d'influence, l'iniquité et la déclaration inexacte faite par négligence. Une obligation fiduciaire comporte non seulement une obligation d'aptitude et de compétences; les éléments spéciaux de confiance, de loyauté et de confidentialité propres à une relation fiduciaire donnent également lieu à un devoir correspondant de loyauté.

L'obligation fiduciaire se distingue des autres principes d'*equity* et de common law. L'abus d'influence porte sur la suffisance du consentement et l'iniquité, sur le caractère raisonnable d'une opération donnée. Le principe fiduciaire s'intéresse à l'abus de loyauté. L'existence d'un contrat n'écarte pas nécessairement l'existence d'obligations fiduciaires entre les parties. En fait, les particularités juridiques de nombreux contrats font naître une obligation fiduciaire.

Une partie devient un fiduciaire lorsqu'une loi, un contrat ou un engagement unilatéral lui impose l'obligation d'agir pour le compte d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire. Plusieurs indices sont utiles pour reconnaître l'existence d'une relation fiduciaire: (1) un certain pouvoir discrétionnaire peut être exercé, (2) ce pouvoir discrétionnaire peut être exercé unilatéralement de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire, et (3) une vulnérabilité particulière à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Le terme «fiduciaire» peut être employé à bon droit de deux façons. Premièrement, il peut servir à décrire certaines relations caractérisées par la discrétion, l'influence sur les droits et une vulnérabilité inhérente. Il existe une présomption réfutable, découlant de la fin inhérente de la relation, qu'une partie a l'obligation d'agir dans l'intérêt de l'autre. Deuxièmement, ce terme peut être utilisé dans un sens légèrement différent dans le cas où des obligations fiduciaires, quoique non innées dans une relation donnée, peuvent réellement découler des circonstances propres à cette relation particulière. En pareil cas, il s'agit de savoir si, compte tenu de toutes les circonstances en présence, une partie pouvait raisonnablement s'attendre à ce que l'autre agisse dans l'intérêt de la première relativement au sujet en cause. La discrétion, l'influence, la vulnérabilité et la confiance sont des exemples non exhaustifs de facteurs probants dont il faut tenir compte lorsqu'on prend cette décision. Lorsqu'on ne se trouve pas en présence des catégories établies de relations fiduciaires, il faut faire la preuve que les parties ont mutuellement convenu que l'une d'elles renoncerait à agir dans son propre intérêt et accepterait d'agir seulement pour le compte de l'autre.

mation and execute orders for the other for a relationship to be enforced as fiduciary.

Relationships characterized by a unilateral discretion, such as the trustee-beneficiary relationship, are a species of a broader family of relationships termed "power-dependency" relationships. The concept accurately describes any situation where one party, by statute, agreement, a particular course of conduct, or by unilateral undertaking, gains a position of overriding power or influence over another party.

In seeking to identify the various civil duties that flow from a particular power-dependency relationship, it is wrong to focus only on the degree to which a power or discretion to harm another is somehow "unilateral". This concept has neither descriptive nor analytical relevance to many fact-based fiduciary relationships. *Ipso facto*, persons in a "power-dependency relationship" are vulnerable to harm. Further, the relative "degree of vulnerability" does not depend on some hypothetical ability to protect one's self from harm, but rather on the nature of the parties' reasonable expectations. A party which expects the other party to a relationship to act in the former's best interests is more vulnerable to an abuse of power than a party which should be expected to know that it should take measures to protect itself.

The precise legal or equitable duties the law will enforce in any given relationship are tailored to the legal and practical incidents of a particular relationship.

Commercial interactions between parties at arm's length normally derive their social utility from the pursuit of self-interest, and the courts are rightly circumspect when asked to enforce a duty (i.e., the fiduciary duty) that vindicates the very antithesis of self-interest. Parties, in all other respects independent, will rarely be justified in surrendering their self-interest so as to invoke the fiduciary principle. The law does not object to one party's taking advantage of another *per se*, so long as the particular form of advantage taking is not otherwise objectionable.

In the professional advisor context, however, a person receiving advice should not need to protect him- or herself from the abuse of power by his or her independent professional advisor when the very basis of the advisory

Alors, dans un contexte consultatif, pour qu'une relation puisse être qualifiée de fiduciaire, il doit exister d'avantage qu'un simple engagement par une partie de fournir des renseignements et d'exécuter les ordres de l'autre.

Les rapports caractérisés par un pouvoir discrétionnaire unilatéral, comme la relation entre un fiduciaire et un bénéficiaire, constituent une sorte de catégorie générale de rapports dits «de force et de dépendance». Ce concept décrit exactement toute situation dans laquelle une partie acquiert, que ce soit en vertu de la loi, d'une entente, d'une conduite particulière ou d'un engagement unilatéral, une position de force ou d'influence écrasante sur une autre partie.

Lorsqu'on cherche à établir quelles sont les diverses obligations civiles auxquelles donne naissance un rapport particulier de force et de dépendance, il est erroné de ne mettre l'accent que sur la mesure dans laquelle le pouvoir discrétionnaire de léser autrui est en quelque sorte «unilatéral». Ce concept n'a aucune pertinence descriptive ou analytique dans le cas de nombreux rapports fiduciaires fondés sur des faits. Les personnes dans un «rapport de force et de dépendance» sont, par le fait même, susceptibles d'être lésées. Par ailleurs, le «degré de vulnérabilité» relatif dépend non pas d'une capacité hypothétique de se protéger contre les préjudices, mais plutôt de la nature des attentes raisonnables des parties. Une partie qui s'attend à ce que l'autre agisse dans son intérêt est plus susceptible d'être victime d'un abus de pouvoir que celle qui devrait savoir qu'elle devrait prendre des mesures pour se protéger.

Les obligations de common law ou d'*equity* que les tribunaux feront respecter dans une relation donnée sont adaptées aux particularités juridiques et pratiques de la relation concernée.

Les rapports commerciaux entre des parties sans lien de dépendance tirent normalement leur utilité sociale de la poursuite d'un intérêt personnel, et les tribunaux ont raison d'être circonspects lorsqu'on leur demande de faire respecter une obligation (c.-à-d. l'obligation fiduciaire) qui vient justifier l'antithèse même de cet intérêt personnel. Il sera rare que des parties, indépendantes à tout autre égard, soient justifiées de renoncer à leur intérêt personnel de manière à invoquer le principe fiduciaire. Le droit ne s'oppose pas en soi à ce qu'une partie profite d'une autre dans la mesure où cette forme d'exploitation n'est pas par ailleurs inacceptable.

Toutefois, dans le cas d'un conseiller professionnel, la personne qui reçoit les conseils ne devrait pas avoir besoin de se protéger contre un exercice abusif du pouvoir de son conseiller professionnel indépendant, alors

contract is that the advisor will use his or her special skills on behalf of the advisee. In sharp contrast to arm's length commercial relationships, which are characterized by self-interest, the essence of professional advisory relationships is precisely trust, confidence, and independence. Concern about the dangers of extending the fiduciary principle in the context of an arm's length commercial relationship is simply not transferable to professional advisory relationships.

Finding of a fiduciary relationship in the independent professional advisory context does not represent any addition to the law. Courts exercising equitable jurisdiction have repeatedly affirmed that clients in a professional advisory relationship have a right to expect that their professional advisors will act in their best interests, to the exclusion of all other interests, unless the contrary is disclosed.

The courts have consistently shown a willingness to enforce a fiduciary duty in the investment advice aspect of many kinds of financial service relationships. This can arise even where the ultimate power remains in the beneficiary, and without regard to the level of sophistication of the client.

The relationship of broker and client is not *per se* a fiduciary relationship. Where the elements of trust and confidence and reliance on skill and knowledge and advice are present, the relationship is fiduciary and the obligations that attach are fiduciary. On the other hand, if those elements are not present, the fiduciary relationship does not exist. The circumstances can cover the whole spectrum from total reliance to total independence. Where a fiduciary duty is claimed in the context of a financial advisory relationship, it is at all events a question of fact as to whether the parties' relationship was such as to give rise to a fiduciary duty on the part of the advisor.

Policy considerations support fiduciary relationships in the case of financial advisors. These are occupations where advisors to whom a person gives trust has power over vast sums of money, yet the nature of their position is such that specific regulation might frustrate the very function they have to perform. By enforcing a duty of honesty and good faith, the courts are able to regulate an

que le fondement même du contrat de consultation est l'utilisation par le conseiller de ses compétences spéciales pour le compte de son client. Tout à fait à l'opposé des relations commerciales sans lien de dépendance, caractérisées par l'intérêt personnel, les rapports consultatifs professionnels reposent essentiellement sur la confiance et l'indépendance. La préoccupation relative aux risques d'appliquer le principe fiduciare aux relations commerciales sans lien de dépendance n'est tout simplement pas pertinente dans le contexte de rapports consultatifs professionnels.

La conclusion à l'existence d'une relation fiduciare dans le contexte de conseils professionnels indépendants ne constitue pas un ajout au droit. Les tribunaux exerçant leur compétence d'*equity* ont, à maintes reprises, confirmé que des clients, dans une relation consultative professionnelle, ont le droit de s'attendre à ce que leurs conseillers professionnels agissent dans leur intérêt, à l'exclusion de tout autre intérêt, à moins d'avis contraire.

Les tribunaux se sont toujours montrés disposés à faire respecter une obligation fiduciare relativement à l'aspect conseils en placements de nombreux types de rapports financiers. Cela peut se produire même dans le cas où le bénéficiaire conserve le pouvoir ultime et indépendamment du niveau de connaissances du client.

La relation entre un courtier et son client n'est pas en soi une relation fiduciare. Dans le cas où une personne a confiance en une autre, se fie à ses compétences et à ses connaissances et bénéficie de ses conseils, il s'agit d'un rapport fiduciare et les obligations qui s'y rattachent sont fiduiaires. Par contre, si ces éléments n'existent pas, il n'y a pas de rapport fiduciare. Cela peut aller d'une confiance absolue dans l'autre jusqu'à l'indépendance complète vis-à-vis de l'autre. Dans le cas où on fait valoir l'existence d'une obligation fiduciare dans le contexte d'une relation avec un conseiller financier, la question de savoir si la relation entre les parties était de nature à donner naissance à une obligation fiduciare de la part du conseiller est, en tout état de cause, une question de fait.

Des considérations de principe militent en faveur de l'existence de rapports fiduiaires dans le cas de conseillers financiers. Il y a des situations où un conseiller à qui une personne fait confiance exerce un pouvoir sur d'importantes sommes d'argent; toutefois, la nature de sa position est telle qu'une réglementation précise risquerait de contrecarrer la fonction qu'il doit remplir. En faisant respecter un devoir d'honnêteté et de bonne foi, les tribunaux sont en mesure de réglementer une activité

activity that is of great value to commerce and society generally.

In many advisory relationships norms of loyalty and good faith are often indicated by the various codes of professional responsibility and behaviour set out by the relevant self-regulatory body. Here, the standards set by the accounting profession at the relevant time compelled full disclosure by the respondent of his interest with the developers. While there was no prohibition against the respondent's representing both a developer and an investor in relation to a real estate tax-shelter investment, the respondent had a duty to disclose the true state of affairs to both sides.

The principle of non-intervention by an appellate court in the findings of fact and credibility of the trial court is a rule of law. The Court of Appeal committed a reversible error when it reversed the findings of the trial judge on the question of reliance. The trial judge applied the proper legal test and that test applied was not eclipsed by *Lac Minerals*. The analysis of the facts was consistent with the relevant authorities and did not disclose an error of law.

Concepts like "trust", independence from outside interests, disregard for self-interest, are all hallmarks of the fiduciary principle. The courts have frequently enforced fiduciary duties in professional advisory relationships. The type of disclosure that routinely occurs in these kinds of relationships results in the advisor's acquiring influence which is equivalent to a discretion or power to affect the client's legal or practical interests. Power and discretion in this context mean only the ability to cause harm. Vulnerability is nothing more than the corollary of the ability to cause harm, viz., the susceptibility to harm. In the advisory context, the advisor's ability to cause harm and the client's susceptibility to be harmed arise from the simple but unassailable fact that the advice given by an independent advisor is not likely to be viewed with suspicion; rather, it is likely to be followed.

Reliance is an important element in a fiduciary duty. In this context it does not mean a wholesale substitution of decision-making power from the investor to the advisor. This approach is too restrictive; it ignores the peculiar potential for overriding influence in the professional

fort importante pour l'ensemble du commerce et de la société.

Dans bien des relations consultatives, les normes de loyauté et de bonne foi à respecter sont souvent mentionnées dans les divers codes de déontologie professionnelle établis par les organismes autonomes compétents. En l'espèce, d'après les normes établies par l'ordre des comptables à l'époque en cause, l'intimé était tenu de divulguer complètement les rapports qu'il avait avec les promoteurs. Même s'il n'était pas interdit à l'intimé de représenter à la fois un promoteur et un investisseur relativement à un investissement immobilier à titre d'abri fiscal, celui-ci était tenu de divulguer aux deux parties la véritable situation.

Le principe de non-intervention par une cour d'appel dans les conclusions qu'un tribunal de première instance tire sur le plan des faits et de la crédibilité est une règle de droit. La Cour d'appel a commis une erreur justifiant l'annulation lorsqu'elle a infirmé les conclusions du juge de première instance relativement à la question de la confiance. Le juge de première instance a appliqué le bon critère juridique et le critère qu'elle a appliqué n'a pas été éclipsé par l'arrêt *Lac Minerals*. Son analyse des faits est compatible avec la jurisprudence pertinente et elle ne révèle pas d'erreur de droit.

Des concepts comme la «confiance», l'indépendance vis-à-vis des intérêts extérieurs, le désintéressement sont tous des caractéristiques du principe fiduciaire. Les tribunaux ont souvent fait respecter des obligations fiduciaires dans des relations consultatives professionnelles. Le genre de divulgation qui se fait habituellement dans ces types de rapports fait en sorte que le conseiller acquiert une influence qui équivaut à une autorisation ou à un pouvoir discrétionnaire d'influer sur les intérêts juridiques ou pratiques du client. Tout ce que signifie le pouvoir et l'autorisation dans ce contexte, c'est la capacité de faire du tort. La vulnérabilité n'est rien de plus que le corollaire de la capacité de faire du tort, soit la possibilité de subir un tort. Dans le contexte d'une relation consultative, la capacité du conseiller de faire du tort et la possibilité pour le client de subir un tort découlent du fait simple mais incontestable qu'il y a peu de chances que les conseils donnés par un conseiller indépendant soulèvent des doutes; au contraire, il est probable qu'ils seront suivis.

La confiance est un élément important dans le cas d'une obligation fiduciaire. Dans ce contexte, elle n'emporte pas le transfert global du pouvoir décisionnel de l'investisseur au conseiller. Cela est trop restrictif; on se trouve à faire abstraction du risque particulier que le

advisor. Strong policy reasons favour the law's intervention by means of its jurisdiction over fiduciary duties to foster the fair and proper functioning of the investment market which cannot really be regulated in other ways. The facts must be closely examined to determine whether the decision is effectively that of the advisor. Here the reliance placed in the respondent (and assiduously fostered by the latter) was such that the respondent's advice was in substance an exercise of a power and discretion placed in the respondent by the appellant when the appellant invested in the MURB projects.

The proper approach to damages for breach of a fiduciary duty is restitutionary. Appellant is entitled to be put in as good a position as he would have been in had the breach not occurred. Appellant was found at trial to have changed his position because of material non-disclosure and the respondent did not meet the burden of proving the victim would have suffered the same loss regardless of the breach. Mere speculation is not enough. Notwithstanding the general economic recession, the particular fiduciary breach initiated the chain of events leading to the investor's loss and the breaching party accordingly must account for this loss in full.

This result is not affected by the fact that a court exercising equitable jurisdiction may consider the principles of remoteness, causation, and intervening act where necessary to reach a just and fair result. A breach of a fiduciary duty can take a variety of forms, and as such a variety of remedial considerations may be appropriate. Equity is not so rigid as to be susceptible to being used as a vehicle for punishing defendants with harsh damage awards out of all proportion to their actual behaviour. On the contrary, where the common law has developed a measured and just principle in response to a particular kind of wrong, equity is flexible enough to borrow from the common law. This approach is in accordance with the fusion of law and equity. Courts should strive to treat similar wrongs similarly, regardless of the particular cause or causes of action that may have been pleaded. The courts should look to the harm suffered from the breach of the given duty, and apply the appropriate remedy. Here, however, the duty breached by the respondent was directly related to the risk that materialized and in fact caused the appellant's loss. The respondent was specifically retained to give independent advice about suitable investments, which gave the respondent a kind of influence or discretion over the

conseiller professionnel ait une influence dominante. De sérieuses raisons de principe justifient le droit à intervenir par le biais des obligations fiduciaires pour favoriser le fonctionnement approprié et équitable du marché des placements qui ne peut vraiment être réglementé autrement. Il faut examiner attentivement les faits pour déterminer si la décision prise est effectivement celle du conseiller. En l'espèce, la confiance qui a été faite à l'intimé (et que l'intimé a encouragée assidûment) était telle que les conseils de l'intimé constituaient essentiellement l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que lui avait conféré l'appelant lorsque ce dernier avait investi dans les quatre projets d'IRLM.

Il convient que les dommages-intérêts, dans le cas d'un manquement à une obligation fiduciaire, soient calculés en fonction du principe de la restitution. L'appelant a le droit d'être placé dans une position aussi bonne que celle dans laquelle il se serait trouvé en l'absence du manquement. Le juge de première instance a conclu que l'appelant avait changé de position à cause de la non-divulgence de faits importants et l'intimé n'a pas réussi à établir que la victime aurait subi la même perte indépendamment du manquement. Une simple «conjecture» ne suffit pas. Nonobstant la récession économique générale, c'est le manquement particulier à une obligation fiduciaire qui a déclenché la série d'événements qui ont abouti à la perte de l'investisseur et l'auteur du manquement doit donc assumer la perte en totalité.

Le fait qu'il soit loisible à un tribunal qui exerce sa compétence d'*equity* d'examiner les principes de l'éloignement du dommage, de la causalité et de l'acte intermédiaire lorsque cela est nécessaire pour arriver à un résultat juste et équitable ne change rien à ce résultat. Un manquement à une obligation fiduciaire peut revêtir plusieurs formes et divers redressements peuvent convenir. L'*equity* n'est pas rigide au point de pouvoir être utilisée pour imposer à des défendeurs de lourds dommages-intérêts disproportionnés à leur conduite véritable. Au contraire, dans les cas où la common law a conçu un principe modéré et juste pour répondre à un type particulier de tort, l'*equity* est suffisamment souple pour emprunter à la common law. Ce point de vue est compatible avec la fusion de la common law et de l'*equity*. Les tribunaux devraient s'efforcer de traiter de façon similaire les torts similaires, quelle que soit la cause d'action invoquée. Ils devraient examiner le préjudice résultant du manquement à une obligation donnée et accorder le redressement approprié. Toutefois, en l'espèce, l'obligation à laquelle a manqué l'intimé était directement liée au risque qui s'est réalisé et auquel est imputable la perte de l'appelant. Les services de l'intimé avaient été explicitement retenus pour qu'il donne des

appellant such that the respondent effectively chose the risks to which the appellant would be exposed.

Courts have treated common law claims of the same nature as the wrong complained of in the present case in much the same way as claims in equity. Where a party can show that but for the relevant breach it would not have entered into a given contract, that party is freed from the burden or benefit of the rest of the bargain. The wronged party is entitled to be restored to the pre-transaction *status quo*.

From a policy perspective, placing the risk of market fluctuations on a plaintiff who would not have entered into a given transaction but for the defendant's wrongful conduct is unjust. The proper approach to damages in this case was the monetary equivalent of a rescissionary remedy. The appellant should not suffer from the fact that he did not discover the breach until such time as the market had already taken its toll on his investments. This principle is reflected in the common law of mitigation, itself rooted in causation.

The trial judge's award of damages should also be upheld in order to put special pressure on those in positions of trust and power over others in situations of vulnerability. Here, the wrong complained of goes to the heart of the duty of loyalty that lies at the core of the fiduciary principle. A measure of damages that places the exigencies of the market-place on the respondent can be used because it is in accordance with the principle that a defaulting fiduciary has an obligation to effect restitution *in specie* or its monetary equivalent.

The respondent's behaviour calls for strict legal censure. The remedy of disgorgement is not sufficient to guard against the type of abusive behaviour engaged in by the respondent. The law of fiduciary duties has always contained within it an element of deterrence. The law can accordingly monitor a given relationship that society views as socially useful while avoiding the necessity of formal regulation that may tend to hamper its social utility.

Given the fiduciary duty between the parties, damages for breach of contract need not in strictness be considered. Damages in contract follow the principles stated in connection with the equitable breach. Respondent breached his contractual duty to make full disclo-

conseils indépendants sur des placements appropriés, ce qui lui conférerait un genre d'influence ou de pouvoir discrétionnaire sur l'appelant de sorte qu'il se trouvait effectivement à choisir les risques auxquels l'appelant serait exposé.

Les tribunaux ont traité les demandes fondées sur la common law, qui portent sur le même genre de tort que celui dont on se plaint en l'espèce, sensiblement de la même façon que celles fondées sur l'*equity*. La partie qui peut démontrer qu'elle n'aurait pas conclu un contrat donné, n'eût été le manquement pertinent, est libérée de la charge ou du bénéfice du reste du marché. La partie qui a subi un préjudice a le droit d'être remise dans la situation antérieure au marché.

En principe, il est injuste de faire assumer les risques de fluctuations du marché par un demandeur qui, n'eût été l'inconduite du défendeur, n'aurait pas conclu une opération donnée. Les dommages-intérêts qu'il convient d'accorder dans ce cas sont l'équivalent monétaire d'une rescision. L'appelant ne devrait pas souffrir du fait qu'il n'a pas découvert le manquement avant que le marché ait porté un coup à ses investissements. Ce principe se reflète dans la common law relative à la limitation du préjudice, qui repose elle-même sur la causalité.

Le montant des dommages-intérêts accordés par le juge de première instance devrait aussi être confirmé afin d'exercer des pressions particulières sur les personnes qui occupent une position de confiance et de force par rapport à d'autres qui se trouvent en état de vulnérabilité. En l'espèce, le tort dont on se plaint touche directement l'obligation de loyauté qui est à la base du principe fiduciaire. On peut recourir à une évaluation des dommages-intérêts qui fait assumer par l'intimé les exigences du marché, parce que cela est conforme au principe selon lequel le fiduciaire en faute a l'obligation de faire une restitution en nature ou en argent.

Le comportement de l'intimé mérite une stricte réprobation par la loi. Le redressement de la restitution ne suffit pas à prévenir le type de comportement abusif que l'intimé a adopté. Le droit des obligations fiduciaires a toujours comporté un élément de dissuasion. Le droit est donc en mesure de surveiller une relation que la société considère comme utile, tout en écartant la nécessité d'une réglementation officielle qui risquerait d'en réduire l'utilité sociale.

Vu l'existence d'une obligation fiduciaire entre les parties, il n'est pas strictement nécessaire d'examiner la question des dommages-intérêts pour inexécution du contrat. La détermination des dommages-intérêts en matière contractuelle suit les principes formulés relati-

sure of any material conflict of interest — a contract providing for the performance of obligations characterized in equity as fiduciary. But for the non-disclosure, the contract with the developers for the MURBs would not have been entered into. It was foreseeable that if the contract were breached the appellant would be exposed to market risks to which he would not otherwise have been exposed. Since damages must be foreseeable as to kind, but not extent, any distinction based on the unforeseeability of the extent of the market fluctuations must be dismissed.

Per Iacobucci J.: Agreement with the reasons of La Forest J. on the following points: the existence of fiduciary duty between the parties, the existence of a breach of duty by respondent through non-disclosure of the pecuniary interest with the developers and the question of damages. *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, however, should simply be distinguished.

Per Sopinka, McLachlin and Major JJ. (dissenting): The hallmark of a fiduciary relationship is that one party is dependent upon or in the power of the other. In determining if this is the case, the court looks to the three characteristics of a fiduciary relationship: (1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power and (2) can unilaterally exercise that discretion or power so as to affect the beneficiary's legal or practical interests, and (3) the beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power. This descriptive list does not form an absolute legal test. A fiduciary relationship can be found even though all of these characteristics are not present. The presence of these ingredients will not invariably identify the existence of a fiduciary relationship. Vulnerability is the one feature considered indispensable to the existence of the relationship.

Two considerations may act as false indicators of a fiduciary relationship. First, conduct that incurs the censure of a court of equity in the context of a fiduciary duty cannot itself create the duty. Secondly, the "category" into which the relationship falls, such as doctor-patient or lawyer-client, is not determinative for not every act in a so-called fiduciary relationship is encumbered with a fiduciary obligation and, conversely, fiduciary obligations may arise in relationships not tradition-

vement au manquement en *equity*. L'intimé a manqué à son obligation contractuelle de faire une divulgation complète de tout conflit d'intérêts pertinent — il s'agissait d'un contrat pour l'exécution d'obligations qualifiées de fiduciaires en *equity*. N'eût été la non-divulgation, il n'y aurait pas eu de contrat avec les promoteurs relativement aux IRLM. Il était prévisible qu'en cas d'inexécution du contrat l'appelant serait exposé aux risques du marché auxquels il n'aurait pas par ailleurs été exposés. Puisque c'est le type de dommages qui doit être prévisible et non leur étendue, il faut rejeter toute distinction fondée sur l'imprévisibilité de l'étendue des fluctuations du marché.

Le juge Iacobucci: Les motifs du juge La Forest sont acceptés sur les points suivants: l'existence d'une obligation fiduciaire entre les parties, le fait que l'intimé a manqué à cette obligation en ne divulguant pas ses intérêts financiers avec les promoteurs, et la question des dommages-intérêts. Cependant, il y a lieu de tout simplement distinguer de la présente affaire l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*

Les juges Sopinka, McLachlin et Major (dissidents): La marque distinctive d'une relation fiduciaire est le fait qu'une partie est dépendante de l'autre ou assujettie à son pouvoir. Pour déterminer si tel est le cas, la cour examine les trois caractéristiques d'une relation fiduciaire: (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire, (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire, et (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire. Cette liste descriptive ne constitue pas un critère juridique absolu. Il est possible de conclure à l'existence de rapports fiduciaires, même si toutes ces caractéristiques ne sont pas présentes. Leur présence n'est pas toujours concluante quant à l'existence de rapports fiduciaires. La vulnérabilité est la seule caractéristique jugée indispensable à l'existence de tels rapports.

Deux points sont susceptibles de constituer de faux indices de l'existence d'une relation fiduciaire. Premièrement, la seule existence d'une conduite qui suscite la réprobation d'une cour d'*equity* dans le contexte d'une obligation fiduciaire ne saurait par elle-même engendrer cette obligation. Deuxièmement, la «catégorie» dans laquelle entre la relation, comme celle entre un médecin et son patient et un avocat et son client, n'est pas déterminante puisque de même que tout acte dans une présumée relation fiduciaire n'est pas grevé d'une obligation fiduciaire, à l'inverse, des obligations fiduciaires pourront exister dans des relations qui ne sont pas considé-

ally considered fiduciary. The relationship here was not a traditional "fiduciary relationship".

An objective criterion is necessary to identify the measure of confidence and trust sufficient to give rise to a fiduciary obligation in order to establish some degree of certainty. The cases suggest that the distinguishing characteristic between advice *simpliciter* and advice giving rise to a fiduciary duty is the ceding by one party of effective power to the other. The mutual conferring and acceptance of power to the knowledge of both parties creates the special and onerous trust obligation. Vulnerability, in this broad sense, may be seen as encompassing all three descriptive characteristics of the fiduciary relationship. It comports the notion, not only of weakness in the dependent party, but of a relationship in which one party is in the power of the other — a relationship of dependency or implied dependency.

A total reliance and dependence on the fiduciary by the beneficiary is necessary to establish a fiduciary relationship. This accords with the concepts of trust and loyalty at the heart of the fiduciary obligation. The word "trust" connotes a state of complete reliance and the correlative duty of loyalty arises from this level of trust and the complete reliance which it evidences. Where a party retains the power and ability to make his or her own decisions, the other person may be under a duty of care not to misrepresent the true state of affairs or face liability in tort or negligence but is not under a duty of loyalty. That higher duty arises only when the person has unilateral power over the other person's affairs.

Policy considerations may support a fiduciary duty's being imposed on services requiring skills that are very costly to master. In the case of such special skills, the client is effectively obliged to give exclusive power to the person with these skills and a fiduciary obligation may accordingly be appropriate. The law aims at deterring fiduciaries from misappropriating the powers vested in them solely for the purpose of enabling them to perform their functions. Further, the imposition of fiduciary obligations in some cases may be justified on the ground of maintenance of the public's acceptance of, and the credibility of, important institutions in society which render fiduciary services. Neither of these rationales justifies imposing a fiduciary obligation on the purveyor of investment advice where the client retains the power and ability to make the decisions of which he or she later complains. And neither undermines the view

rées traditionnellement comme fiduciaires. En l'espèce, la relation n'était pas une «relation fiduciaire» traditionnelle.

Un critère objectif est nécessaire pour déterminer le degré de confiance suffisant pour donner naissance à une obligation fiduciaire si on veut créer une certaine certitude. Il ressort de la jurisprudence que ce qui distingue les conseils purs et simples de ceux qui donnent naissance à une obligation fiduciaire est le transfert d'un pouvoir réel d'une partie à l'autre. C'est le transfert et l'acceptation mutuels de pouvoir, à la connaissance des deux parties, qui engendrent l'obligation fiduciaire spéciale et onéreuse. On peut considérer que la vulnérabilité dans ce sens large possède les trois caractéristiques de la relation fiduciaire. Elle comporte l'idée non seulement de la faiblesse de la partie dépendante, mais d'une relation dans laquelle une partie est assujettie au pouvoir de l'autre — un rapport de dépendance ou une «dépendance implicite».

Pour qu'il y ait une relation fiduciaire, le bénéficiaire doit se fier entièrement au fiduciaire et dépendre totalement de lui. Cela est conforme aux notions de confiance et de loyauté qui sont au cœur même de l'obligation fiduciaire. Le mot «confiance» comporte l'idée d'un état de confiance absolue et l'obligation corrélatrice de loyauté découle de cette confiance absolue. Lorsqu'une partie conserve le pouvoir et la capacité de prendre ses propres décisions, l'autre partie peut avoir une obligation de diligence de ne pas présenter sous un faux jour la situation existante, sous peine de responsabilité en matière délictuelle ou pour négligence. Cependant, cette partie n'a aucun devoir de loyauté. Ce devoir supérieur n'existe que si la personne exerce un pouvoir unilatéral sur les affaires de l'autre personne.

Des considérations de principe peuvent justifier l'imposition d'une obligation fiduciaire lorsque les services fournis exigent des compétences très coûteuses pour le mandant. Dans le cas de ces compétences spéciales, le client est effectivement tenu de conférer un pouvoir exclusif à la personne qui les possède, et l'imposition d'une obligation fiduciaire peut être appropriée. Le droit vise à dissuader les fiduciaires de détourner les pouvoirs qui leur sont conférés à la seule fin de leur permettre de s'acquitter de leurs fonctions. De plus, l'imposition d'obligations fiduciaires peut, dans certains cas, être justifiée pour assurer le maintien de l'acceptation par le public d'importantes institutions qui, dans notre société, fournissent des services fiduciaires, ainsi que la crédibilité de ces institutions. Aucun de ces raisonnements ne justifie l'imposition d'une obligation fiduciaire au conseiller en placements dans le cas où c'est le client qui

that, once imposed, the fiduciary rule should be strictly pursued. Ultimately, the stringent measure of compensation for breach of fiduciary duty, which may take a different view of loss causation than tort and contract law, can be justified only in cases where true trust in the sense of complete reliance is demonstrated.

A court of appeal must not interfere with the findings of fact of the trial judge unless they are clearly unsupported by the evidence. Here, the trial judge's error lay in the failure to ask whether appellant had given and the investment counsellor had assumed total power over the affairs in question. The evidence did not establish the necessary total grant of power and the trial judge accordingly could not have reasonably concluded the assumption of a fiduciary obligation.

Losses recoverable in an action arising out of the non-performance of a contractual obligation are limited to those which will put the injured party in the same position as he would have been in had the wrongdoer performed what he promised. In order to avoid either under-compensation or over-compensation, the measure of damages in law is limited by the concept of the foreseeability of the resulting loss. Moreover, the principles must be sufficiently flexible in their application to insure that the measure of damages is reasonable in the circumstances of the individual case. Two considerations have emerged in the legal analysis associated with the measure of damages; causation and the reasonable contemplation of the parties.

The results of supervening events beyond the control of the defendant are not justly visited upon him/her in assessing damages, even in the context of the breach of an equitable duty.

The principle that the plaintiff must prove both transaction causation (that the violations in question caused the plaintiff to engage in the transaction) and loss causation (that the misrepresentations or omissions caused the harm) can be applied where the application of the principle in situations where the representation itself is not causally connected to the devaluation. In such situations, where the losses incurred by a plaintiff are related to the contractual breach of the defendant merely on a "but for" basis, it would be unduly harsh to impose lia-

conserve le pouvoir et la capacité de prendre les décisions dont il se plaint ultérieurement. De plus, aucun de ces raisonnements ne mine l'opinion selon laquelle, une fois l'obligation fiduciaire imposée, la règle en matière fiduciaire devrait être appliquée strictement. Enfin, le strict calcul de l'indemnité pour manquement à une obligation fiduciaire, dans lequel la causalité de la perte peut être perçue différemment de ce qu'elle serait en matière contractuelle ou délictuelle, peut être justifié seulement dans les cas où est établie l'existence d'une confiance absolue.

Une cour d'appel ne doit modifier les conclusions de fait du juge de première instance que si elles ne sont manifestement pas justifiées par la preuve. En l'espèce, le juge de première instance a commis une erreur en ne se demandant pas si l'appelant avait conféré au conseiller en placements un pouvoir total sur les affaires en question et si ce conseiller en placements avait assumé ce pouvoir. La preuve n'établissait pas qu'il y avait eu transfert total de pouvoir et le juge de première instance ne pouvait pas raisonnablement conclure qu'on avait assumé une obligation fiduciaire.

Les pertes recouvrables dans une action fondée sur l'inexécution d'une obligation contractuelle sont limitées au montant qui placera la partie lésée dans la situation qui aurait existé si le contrevenant avait respecté son engagement. Pour éviter les indemnités trop modestes ou trop élevées, le calcul des dommages-intérêts en droit est limité par le concept de la prévisibilité de la perte qui a résulté. De plus, les principes doivent être appliqués de façon suffisamment souple pour garantir que le montant des dommages-intérêts soit raisonnable dans les circonstances de chaque affaire. Deux considérations se dégagent de l'analyse juridique du calcul des dommages-intérêts: la causalité et la prévisibilité raisonnable par les parties.

Les résultats d'événements indépendants de la volonté du défendeur n'auront pas pour effet de le pénaliser dans le calcul des dommages-intérêts, même dans le contexte du manquement à un devoir d'*equity*.

Le principe selon lequel le demandeur doit établir la causalité de l'opération (savoir que les violations en cause l'ont amené à participer à l'opération) ainsi que la causalité de la perte (savoir que les déclarations inexactes ou les omissions ont causé le préjudice) peut s'appliquer dans les cas où la déclaration même n'a aucun lien de causalité avec la perte de valeur. Dans les cas où les pertes subies par un demandeur sont liées à une inexécution de contrat par le défendeur simplement à cause de l'application du critère du «n'eût été», il

bility for all of the losses upon the defendant, especially where the direct cause of the loss is outside of the defendant's control.

In assessing the damages for respondent's breach of contract it is necessary to ask whether the loss sustained by the appellant arose naturally from a breach thereof or whether at the time of contracting the parties could reasonably have contemplated the loss flowing from the breach of the duty to disclose. In the event that either criterion is satisfied, the respondent should be held liable for that loss. Finally, the damage assessment as a whole must represent a fair resolution on the facts of this case.

The devaluation of the appellant's investments did not arise naturally from the respondent's breach of contract. It was caused by an economic downturn which did not reflect any inadequacy in the advice provided by the respondent. The "but for" approach to causation is rejected where the loss resulted from forces beyond the control of the respondent who, the trial judge determined, had provided otherwise sound investment advice.

The parties would not reasonably have contemplated the losses associated with an economic downturn as liable to result from the respondent's breach of his duty to make full disclosure. The two events were in no way causally related. The continuing nature of the breach of the duty to disclose does not affect this conclusion.

In situations involving breach of a duty to disclose, courts have consistently recognized the right of plaintiffs to compensation for losses equivalent to the difference between the price which they paid for a particular investment and the actual value of the investment purchased. Here, since the appellant had paid nothing more than the fair market value for the investments, no damages should have been assessed. The damages award made by the Court of Appeal could not be reduced here because no cross-appeal was made from the judgment of that Court.

Cases Cited

By La Forest J.

Considered: *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Burns v.*

serait trop sévère de tenir le défendeur responsable de toutes les pertes, particulièrement dans le cas où la cause directe de la perte est indépendante de la volonté du défendeur.

^a Dans le calcul des dommages-intérêts pour inexécution du contrat par l'intimé, il faut se demander si la perte subie par l'appellant découle naturellement d'une inexécution de ce contrat ou si, à la conclusion du contrat, les parties pouvaient raisonnablement prévoir la perte imputable au manquement à l'obligation de divulguer. Si l'on satisfait à l'un ou l'autre critère, l'intimé doit être tenu responsable de la perte. Enfin, le calcul des dommages-intérêts doit représenter, dans l'ensemble, un règlement juste compte tenu des faits de la présente affaire.

^d La perte de valeur des placements de l'appellant ne découle pas naturellement de l'inexécution du contrat par l'intimé. Cette perte de valeur était attribuable à une récession économique qui ne reflétait aucune insuffisance dans les conseils donnés par l'intimé. L'application du critère du «n'eût été» en matière de causalité est rejetée dans les circonstances où la cause de la perte est indépendante de la volonté de l'intimé qui, d'après le juge de première instance, avait par ailleurs bien conseillé l'appellant en matière de placements.

^e Les parties n'auraient pas raisonnablement pu prévoir que les pertes liées à une récession économique risquaient d'être imputables au manquement de l'intimé à son obligation de faire une divulgation complète. Les deux événements n'étaient aucunement reliés. Le fait que le manquement à l'obligation de divulguer ait été continu ne change rien à cette conclusion.

^g Dans les situations où il y a manquement à l'obligation de divulguer, les tribunaux ont toujours reconnu le droit du demandeur à l'indemnisation de ses pertes correspondant à l'écart entre le prix qu'il a payé pour un placement particulier et la valeur réelle de ce placement. En l'espèce, puisque l'appellant n'avait pas payé plus que la juste valeur marchande des placements effectués, il n'y aurait pas eu lieu de calculer des dommages-intérêts. Le montant des dommages-intérêts accordés par la Cour d'appel ne peut être réduit ici parce que l'arrêt de cette cour n'a pas fait l'objet d'un pourvoi incident.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

^j **Arrêts examinés:** *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Burns c.*

Kelly Peters & Associates Ltd. (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 1; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Varcoe v. Sterling* (1992), 7 O.R. (3d) 204; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3 S.C.R. 3; *K.R.M. Construction Ltd. v. British Columbia Railway Co.* (1982), 40 B.C.L.R. 1; *Waddell v. Blockey* (1879), 4 Q.B.D. 678; *Huddleston v. Herman & MacLean*, 640 F.2d 534 (1981), aff'd in part 459 U.S. 375 (1983); *Chasins v. Smith Barney & Co.*, 438 F.2d 1167 (1970); referred to: *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417; *Jacks v. Davis*, [1983] 1 W.W.R. 327; *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1975] Q.B. 326; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Waters v. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Johnson v. Birkett* (1910), 21 O.L.R. 319; *McLeod v. Sweezey*, [1944] S.C.R. 111; *Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1985), 52 O.R. (2d) 473, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. vi; *Keech v. Sandford* (1726), Sel. Cas. T. King 61, 25 E.R. 223; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Dolton v. Capitol Federal Sav. & Loan Ass'n*, 642 P.2d 21 (1982); *Canadian Pioneer Management Ltd. v. Labour Relations Board of Saskatchewan*, [1980] 1 S.C.R. 433; *Thermo King Corp. v. Provincial Bank of Canada* (1981), 34 O.R. (2d) 369, leave to appeal refused, [1982] 1 S.C.R. xi; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Harry v. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231; *National Westminster Bank plc v. Morgan*, [1985] 1 All E.R. 821; *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 639, aff'd [1975] 1 S.C.R. 2; *Midcon Oil & Gas Ltd. v. New British Dominion Oil Co.*, [1958] S.C.R. 314; *Henderson v. Thompson*, [1909] S.C.R. 445; *Fine's Flowers Ltd. v. General Accident Assurance Co. of Canada* (1977), 17 O.R. (2d) 529; *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*, [1990] 3 S.C.R. 191; *Baskerville v. Thurgood* (1992), 100 Sask. R. 214; *Elderkin v. Merrill Lynch, Royal Securities Ltd.* (1977), 80 D.L.R. (3d) 313; *Glennie v. McD. & C. Holdings Ltd.*, [1935] S.C.R. 257; *Burke v. Cory* (1959), 19 D.L.R. (2d) 252; *Maghun v. Richardson Securities of Canada Ltd.* (1986), 34 D.L.R. (4th) 524; *Wakeford v. Yada Tompkins Huntingford & Humphries* (unreported, B.C.S.C. August 1, 1985), (Van. Reg. No. C826216), aff'd (1986), 4 B.C.L.R. (2d) 306; *Laskin v. Bache & Co.*, [1972] 1 O.R. 465; *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170; *Granville Savings and Mortgage Corp. v. Slevin* (1990), 68 Man. R. (2d) 241 (Q.B.), rev'd, [1992] 5 W.W.R. 1 (Man. C.A.), trial judgment restored, [1993] 4 S.C.R. 279; *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3

Kelly Peters & Associates Ltd. (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 1; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Varcoe c. Sterling* (1992), 7 O.R. (3d) 204; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3; *K.R.M. Construction Ltd. c. British Columbia Railway Co.* (1982), 40 B.C.L.R. 1; *Waddell c. Blockey* (1879), 4 Q.B.D. 678; *Huddleston c. Herman & MacLean*, 640 F.2d 534 (1981), conf. en partie par 459 U.S. 375 (1983); *Chasins c. Smith Barney & Co.*, 438 F.2d 1167 (1970); arrêts mentionnés: *Hospital Products Ltd. c. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417; *Jacks c. Davis*, [1983] 1 W.W.R. 327; *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] Q.B. 326; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Nocton c. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Waters c. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Johnson c. Birkett* (1910), 21 O.L.R. 319; *McLeod c. Sweezey*, [1944] R.C.S. 111; *Standard Investments Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1985), 52 O.R. (2d) 473, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. vi; *Keech c. Sandford* (1726), Sel. Cas. T. King 61, 25 E.R. 223; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Dolton c. Capitol Federal Sav. & Loan Ass'n*, 642 P.2d 21 (1982); *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan*, [1980] 1 R.C.S. 433; *Thermo King Corp. c. Provincial Bank of Canada* (1981), 34 O.R. (2d) 369, autorisation de pourvoi refusée, [1982] 1 R.C.S. xi; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Harry c. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231; *National Westminster Bank plc c. Morgan*, [1985] 1 All E.R. 821; *Jirna Ltd. c. Mister Donut of Canada Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 639, conf. par [1975] 1 R.C.S. 2; *Midcon Oil & Gas Ltd. c. New British Dominion Oil Co.*, [1958] R.C.S. 314; *Henderson c. Thompson*, [1909] R.C.S. 445; *Fine's Flowers Ltd. c. General Accident Assurance Co. of Canada* (1977), 17 O.R. (2d) 529; *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191; *Baskerville c. Thurgood* (1992), 100 Sask. R. 214; *Elderkin c. Merrill Lynch, Royal Securities Ltd.* (1977), 80 D.L.R. (3d) 313; *Glennie c. McD. & C. Holdings Ltd.*, [1935] R.C.S. 257; *Burke c. Cory* (1959), 19 D.L.R. (2d) 252; *Maghun c. Richardson Securities of Canada Ltd.* (1986), 34 D.L.R. (4th) 524; *Wakeford c. Yada Tompkins Huntingford & Humphries* (décision inédite, C.S.C.-B., 1^{er} août 1985), (Van. Reg. No. C826216), conf. par (1986), 4 B.C.L.R. (2d) 306; *Laskin c. Bache & Co.*, [1972] 1 O.R. 465; *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170; *Granville Savings and Mortgage Corp. c. Slevin* (1990), 68 Man. R. (2d) 241 (B.R.), inf. par [1992] 5 W.W.R. 1 (C.A. Man.), décision de première

S.C.R. 1235; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268; *Huff v. Price* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 282; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *Varga v. F. H. Deacon & Co.*, [1975] 1 S.C.R. 39; *London Loan & Savings Co. v. Brickenden*, [1934] 2 W.W.R. 545; *Commerce Capital Trust Co. v. Berk* (1989), 57 D.L.R. (4th) 759; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12; *McGonigle v. Combs*, 968 F.2d 810 (1992); *Allan v. McLennan* (1916), 31 D.L.R. 617; *Hatrock v. Edward D. Jones & Co.*, 750 F.2d 767 (1984); *Marbury Management, Inc. v. Kohn*, 629 F.2d 705 (1980); *Bastian v. Petren Resources Corp.*, 681 F.Supp. 530 (1988); *Casella v. Webb*, 883 F.2d 805 (1989); *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *Re Dawson*; *Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.*, [1966] 2 N.S.W.R. 211; *Island Realty Investments Ltd. v. Douglas* (1985), 19 E.T.R. 56; *Rothko v. Reis*, 372 N.E.2d 291 (1977); *H. Parsons (Livestock) Ltd. v. Uttley Ingham & Co.*, [1978] Q.B. 791.

By Iacobucci J.

Distinguished: *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574.

By Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting)

Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp., [1979] 1 S.C.R. 633; *Victoria Laundry (Windsor), Ltd. v. Newman Industries, Ltd.*, [1949] 2 K.B. 528; *Koufos v. C. Czarnikow Ltd.*, [1969] 1 A.C. 350; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Keech v. Sandford* (1726), 25 E.R. 223; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417; *Girardet v. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361; *Varcoe v. Sterling* (1992), 7 O.R. (3d) 204; *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Waddell v. Blockey* (1879), 4 Q.B.D. 678; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *McGonigle v. Combs*, 968 F.2d 810 (1992); *Hatrock v. Edward D. Jones & Co.*, 750 F.2d 767 (1984).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 426(1)(a).

instance rétablie, [1993] 4 R.C.S. 279; *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268; *Huff c. Price* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 282; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *Varga c. F. H. Deacon & Co.*, [1975] 1 R.C.S. 39; *London Loan & Savings Co. c. Brickenden*, [1934] 2 W.W.R. 545; *Commerce Capital Trust Co. c. Berk* (1989), 57 D.L.R. (4th) 759; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12; *McGonigle c. Combs*, 968 F.2d 810 (1992); *Allan c. McLennan* (1916), 31 D.L.R. 617; *Hatrock c. Edward D. Jones & Co.*, 750 F.2d 767 (1984); *Marbury Management, Inc. c. Kohn*, 629 F.2d 705 (1980); *Bastian c. Petren Resources Corp.*, 681 F.Supp. 530 (1988); *Casella c. Webb*, 883 F.2d 805 (1989); *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *Re Dawson*; *Union Fidelity Trustee Co. c. Perpetual Trustee Co.*, [1966] 2 N.S.W.R. 211; *Island Realty Investments Ltd. c. Douglas* (1985), 19 E.T.R. 56; *Rothko c. Reis*, 372 N.E.2d 291 (1977); *H. Parsons (Livestock) Ltd. c. Uttley Ingham & Co.*, [1978] Q.B. 791.

^e Citée par le juge Iacobucci

Distinction d'avec l'arrêt: *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574.

^f

Citée par les juges Sopinka et McLachlin (dissidents)

Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp., [1979] 1 R.C.S. 633; *Victoria Laundry (Windsor), Ltd. c. Newman Industries, Ltd.*, [1949] 2 K.B. 528; *Koufos c. C. Czarnikow Ltd.*, [1969] 1 A.C. 350; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Keech c. Sandford* (1726), 25 E.R. 223; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Hospital Products Ltd. c. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417; *Girardet c. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361; *Varcoe c. Sterling* (1992), 7 O.R. (3d) 204; *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Waddell c. Blockey* (1879), 4 Q.B.D. 678; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *McGonigle c. Combs*, 968 F.2d 810 (1992); *Hatrock c. Edward D. Jones & Co.*, 750 F.2d 767 (1984).

^j Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 426(1)(a).

Income Tax Act, Reg. 1100(1), Schedule B.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63.
 Institute of Chartered Accountants of British Columbia.
Rules of Professional Conduct. Rules 204 and 208.1
Securities and Exchange Act of 1934, June 6, 1934, c.
 404, Title I, § 10, 48 Stat. 891 (15 U.S.C. § 78j(b)).
 Securities Exchange Commission, Rule 10b-5.

Authors Cited

Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct*. Ottawa: Canadian Bar Association, 1987.
 Edmond, James G. "Fiduciary Duties Owed by Insurance, Real Estate and Other Agents". In *The 1993 Isaac Pitblado Lectures, Fiduciary Duties/Conflicts of Interest*. Winnipeg: The Law Society of Manitoba, The Manitoba Bar Association and The University of Manitoba Faculty of Law, 1993.
 Ellis, Mark V. "Financial Advisers" (Chapters 7 and 8). In *Fiduciary Duties in Canada*. Don Mills, Ont.: R. DeBoo, 1988 (loose-leaf).
 Finn, P. D. "Conflicts of Interest and Professionals". In Legal Research Foundation Inc. Seminar, *Professional Responsibility*. Paper presented at Professional Responsibility Seminar, University of Auckland, May 29, 1987. Auckland: Legal Research Foundation Inc., 1987.
 Finn, P. D. "Contract and the Fiduciary Principle" (1989), 12 *U.N.S.W.L.J.* 76.
 Finn, P. D. *Fiduciary Obligations*. Sydney: The Law Book Co., 1977.
 Finn, P. D. "The Fiduciary Principle". In T. G. Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts*. Toronto: Carswell, 1989.
 Frankel, Tamar. "Fiduciary Law" (1983), 71 *Calif. L. Rev.* 795.
 Frankel, Tamar. "Fiduciary Law: The Judicial Process and the Duty of Care". In *The 1993 Isaac Pitblado Lectures, Fiduciary Duties/Conflicts of Interest*. Winnipeg: The Law Society of Manitoba, The Manitoba Bar Association and The University of Manitoba Faculty of Law, 1993.
 Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1986.
 Gummow, Hon. Mr. Justice. "Compensation for Breach of Fiduciary Duty". In T. G. Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts*. Toronto: Carswell, 1989.
 Hawkins, R. E. "LAC and the Emerging Obligation to Bargain in Good Faith" (1990), 15 *Queen's L.J.* 65.
 Huband, Charles R. "Remedies and Restitution for Breach of Fiduciary Duties". In *The 1993 Isaac Pitblado Lectures, Fiduciary Duties/Conflicts of Interest*. Winnipeg: The Law Society of Manitoba, The Mani-

Institute of Chartered Accountants of British Columbia.
Rules of Professional Conduct. Règles 204 et 208.1.
Loi de l'impôt sur le revenu, règl. 1100(1), annexe B.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63.
Securities and Exchange Act of 1934, June 6, 1934, ch.
 404, Title I, § 10, 48 Stat. 891 (15 U.S.C. § 78j(b)).
 Securities Exchange Commission, règle 10b-5.

Doctrine citée

Association du Barreau canadien. *Code de déontologie professionnelle*. Ottawa: Association du Barreau canadien, 1987.
 Edmond, James G. «Fiduciary Duties Owed by Insurance, Real Estate and Other Agents». In *The 1993 Isaac Pitblado Lectures, Fiduciary Duties/Conflicts of Interest*. Winnipeg: The Law Society of Manitoba, The Manitoba Bar Association and The University of Manitoba Faculty of Law, 1993.
 Ellis, Mark V. «Financial Advisers» (Chapters 7 and 8). In *Fiduciary Duties in Canada*. Don Mills, Ont.: R. DeBoo, 1988 (loose-leaf).
 Finn, P. D. «Conflicts of Interest and Professionals». In Legal Research Foundation Inc. Seminar, *Professional Responsibility*. Paper presented at Professional Responsibility Seminar, University of Auckland, May 29, 1987. Auckland: Legal Research Foundation Inc.; 1987.
 Finn, P. D. «Contract and the Fiduciary Principle» (1989), 12 *U.N.S.W.L.J.* 76.
 Finn, P. D. *Fiduciary Obligations*. Sydney: The Law Book Co., 1977.
 Finn, P. D. «The Fiduciary Principle». In T. G. Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts*. Toronto: Carswell, 1989.
 Frankel, Tamar. «Fiduciary Law» (1983), 71 *Calif. L. Rev.* 795.
 Frankel, Tamar. «Fiduciary Law: The Judicial Process and the Duty of Care». In *The 1993 Isaac Pitblado Lectures, Fiduciary Duties/Conflicts of Interest*. Winnipeg: The Law Society of Manitoba, The Manitoba Bar Association and The University of Manitoba Faculty of Law, 1993.
 Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1986.
 Gummow, Hon. Mr. Justice. «Compensation for Breach of Fiduciary Duty». In T. G. Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts*. Toronto: Carswell, 1989.
 Hawkins, R. E. «LAC and the Emerging Obligation to Bargain in Good Faith» (1990), 15 *Queen's L.J.* 65.
 Huband, Charles R. «Remedies and Restitution for Breach of Fiduciary Duties». In *The 1993 Isaac Pitblado Lectures, Fiduciary Duties/Conflicts of Interest*.

- toba Bar Association and The University of Manitoba Faculty of Law, 1993.
- Kaufman, Michael J. "Loss Causation: Exposing a Fraud on Securities Law Jurisprudence" (1991), 24 *Ind. L. Rev.* 357.
- Krever, Horace and Marion Randall Lewis. "Fiduciary Obligations and the Professions". In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1990, Fiduciary Duties*. Scarborough: The Law Society of Upper Canada, 1991.
- Maddaugh, Peter D. "Definition of Fiduciary Duty". In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1990, Fiduciary Duties*. Scarborough: The Law Society of Upper Canada, 1991.
- Merritt, Andrew L. "A Consistent Model of Loss Causation in Securities Fraud Litigation: Suiting the Remedy to the Wrong" (1988), 66 *Tex. L. Rev.* 469.
- Ong, D. S. K. "Fiduciaries: Identification and Remedies" (1984), 8 *U. Tasm. L. Rev.* 311.
- Shepherd, J. C. *The Law of Fiduciaries*. Agincourt, Ont.: Carswell, 1981.
- Thompson, Robert B. "The Measure of Recovery Under Rule 10B-5: A Restitution Alternative to Tort Damages" (1984), 37 *Vand. L. Rev.* 349.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.
- Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (loose-leaf).
- Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.
- Weinrib, Ernest J. "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 *U.T.L.J.* 1.
- Winnipeg: The Law Society of Manitoba, The Manitoba Bar Association and The University of Manitoba Faculty of Law, 1993.
- Kaufman, Michael J. «Loss Causation: Exposing a Fraud on Securities Law Jurisprudence» (1991), 24 *Ind. L. Rev.* 357.
- Krever, Horace and Marion Randall Lewis. «Fiduciary Obligations and the Professions». In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1990, Fiduciary Duties*. Scarborough: The Law Society of Upper Canada, 1991.
- Maddaugh, Peter D. «Definition of Fiduciary Duty». In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1990, Fiduciary Duties*. Scarborough: The Law Society of Upper Canada, 1991.
- Merritt, Andrew L. «A Consistent Model of Loss Causation in Securities Fraud Litigation: Suiting the Remedy to the Wrong» (1988), 66 *Tex. L. Rev.* 469.
- Ong, D. S. K. «Fiduciaries: Identification and Remedies» (1984), 8 *U. Tasm. L. Rev.* 311.
- Shepherd, J. C. *The Law of Fiduciaries*. Agincourt, Ont.: Carswell, 1981.
- Thompson, Robert B. «The Measure of Recovery Under Rule 10B-5: A Restitution Alternative to Tort Damages» (1984), 37 *Vand. L. Rev.* 349.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.
- Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (loose-leaf).
- Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.
- Weinrib, Ernest J. «The Fiduciary Obligation» (1975), 25 *U.T.L.J.* 1.
- APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 264, [1992] 4 W.W.R. 330, 6 C.P.C. (3d) 141, 45 E.T.R. 270, 5 B.L.R. (2d) 236, 11 B.C.A.C. 248, 22 W.A.C. 248, allowing an appeal from a judgment of Prowse J. (1989), 43 B.L.R. 122. Appeal allowed, Sopinka, McLachlin and Major JJ. dissenting.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 264, [1992] 4 W.W.R. 330, 6 C.P.C. (3d) 141, 45 E.T.R. 270, 5 B.L.R. (2d) 236, 11 B.C.A.C. 248, 22 W.A.C. 248, qui a accueilli un appel d'une décision du juge Prowse (1989), 43 B.L.R. 122. Pourvoi accueilli, les juges Sopinka, McLachlin et Major sont dissidents.
- Earl A. Cherniak, Q.C., Gregory Walsh and Kirk Stevens*, for the appellant.
- Earl A. Cherniak, c.r., Gregory Walsh et Kirk Stevens*, pour l'appellant.
- Glenn A. Urquhart and Arthur M. Grant*, for the respondents.
- Glenn A. Urquhart et Arthur M. Grant*, pour les intimés.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. was delivered by

LA FOREST J. —

I. Introduction

This is a case of material non-disclosure in which the appellant alleges breach of fiduciary duty and breach of contract against the respondent in the performance of a contract for investment advice and other tax-related financial services. The respondent, Mr. Simms, was a Chartered Accountant and partner in the respondent firm Simms & Waldman. Though the firm and Mr. Waldman are parties to these proceedings, I shall, because of Mr. Simms' central role, generally be referring to him when I speak of "the respondent". Mr. Simms had developed a special expertise in relation to multi-unit residential buildings (MURBs). In 1980 the appellant Mr. Hodgkinson retained Mr. Simms' services in the areas of tax planning and preparation, and in finding stable, tax-sheltering investments. Mr. Hodgkinson was a "neophyte" in the field of tax planning and tax-related investments. He approached Mr. Simms as an independent professional who would give him the impartial service and advice he was looking for. Mr. Hodgkinson decided to put himself in Mr. Simms' hands with respect to his tax planning and tax sheltering needs. In the course of their relationship, Mr. Simms recommended four MURB projects to Mr. Hodgkinson as meeting his investment criteria. Mr. Hodgkinson duly invested in these projects. What Mr. Hodgkinson did not know, however, was that at the time Mr. Simms was making these recommendations, he was in a financial relationship with the developers of the projects. The more MURBs Mr. Simms sold to Simms & Waldman clients, the larger the fees he reaped from the developers. While Mr. Simms attempted to deny the non-disclosure by arguing at discovery that his relationship with the developers was in fact disclosed to Mr. Hodgkinson, and then stating at trial that his business relationship with the developers did not commence until after Mr. Hodgkinson had invested in the projects, this line of defence was rejected by the trial judge and was not pursued on appeal. Rather, this appeal concerns the proper

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier rendu par

LE JUGE LA FOREST —

I. Introduction

Il s'agit d'un pourvoi concernant la non-divul-
 gation de faits importants; l'appelant soutient qu'il y
 a eu, de la part de l'intimé, manquement à une
 obligation fiduciaire et inexécution d'un contrat
 pour la prestation de conseils en placements et
 d'autres services financiers de nature fiscale. L'in-
 timé, M. Simms, était comptable agréé et associé
 de la firme intimée Simms & Waldman. La firme
 et M. Waldman sont parties aux présentes procé-
 dures; cependant, compte du rôle fondamental de
 M. Simms, c'est généralement à lui que je ferai
 allusion lorsque je parlerai de «l'intimé». Mon-
 sieur Simms avait acquis une expertise spéciale
 dans le domaine des immeubles résidentiels à loge-
 ments multiples (IRLM). En 1980, l'appelant, M.
 Hodgkinson, a retenu les services de M. Simms,
 d'une part, pour qu'il s'occupe de planification fis-
 cale et des déclarations de revenus et, d'autre part,
 pour qu'il trouve des placements stables à titre
 d'abris fiscaux. Monsieur Hodgkinson était «néo-
 phyte» dans le domaine de la planification et des
 placements de nature fiscale. Il s'est adressé à M.
 Simms à titre de professionnel indépendant pour
 qu'il lui fournisse les services et les conseils
 impartiaux qu'il voulait. Monsieur Hodgkinson a
 décidé de s'en remettre à M. Simms pour ses
 besoins en matière de planification fiscale et
 d'abris fiscaux. Au cours de leur relation profes-
 sionnelle, M. Simms a recommandé à M. Hodgkin-
 son quatre projets d'IRLM à titre de projets qui,
 selon lui, répondaient à ses critères en matière de
 placements. Monsieur Hodgkinson a dûment
 investi dans ces projets. Cependant, il ignorait que
 M. Simms avait des rapports financiers avec les
 promoteurs de ces projets lorsqu'il a fait les
 recommandations en question. Plus M. Simms
 vendait d'IRLM aux clients de Simms &
 Waldman, plus les promoteurs lui versaient des
 honoraires élevés. Bien que M. Simms ait tenté de
 nier l'absence de divulgation en soutenant, lors de
 l'interrogatoire préalable, que l'existence de ses
 rapports avec les promoteurs avait en fait été divul-

characterization of the relationship between the parties and determining the nature and extent of the civil liability, if any, flowing from the non-disclosure.

The trial judge, Prowse J., found there was an implied retainer between the parties, one of the terms of which was a contractual duty of material disclosure. She went on to find the respondent in breach of this term. In addition, the trial judge, after a careful and detailed review of the facts, held that the relationship between the parties was such that the respondent owed the appellant a fiduciary duty. This duty carried with it a duty of disclosure, which, again, the respondent was found to have breached. While the finding of contractual liability was upheld by the Court of Appeal, and was not made the subject of a cross-appeal before this Court, the Court of Appeal reversed the trial judge's finding of fiduciary liability. The Court of Appeal took the view that the trial judge misstated the law of fiduciary duties, since she had not had the benefit of this Court's judgment in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574. The Court of Appeal also varied the trial judge's damages award.

I should say at the outset that I would restore the trial judge's decision in its entirety. In my view, her statement of fiduciary law was correct, and I cannot find fault with her assiduous findings of fact or her application of the facts to the law. I am also in substantial agreement with her on the issue of damages. In assessing damages, the trial judge rightly focused on the nature of the breach rather than the nature of the loss and, as a result, her calculation of the losses flowing from the breach vin-

guée à M. Hodgkinson, et qu'il ait ensuite dit, au procès, qu'il avait commencé à traiter avec les promoteurs seulement après que M. Hodgkinson eut investi dans les projets, ce moyen de défense a été
 a rejeté par le juge de première instance et n'a pas été repris en appel. Le présent pourvoi vise plutôt à déterminer comment il convient de qualifier la relation entre les parties et à déterminer la nature et
 b l'étendue de la responsabilité civile susceptible de découler de l'absence de divulgation.

Le juge Prowse de première instance a conclu qu'il existait un mandat de représentation implicite entre les parties, dont l'une des conditions était une obligation contractuelle de divulguer les faits importants. À son avis, l'intimé avait contrevenu à cette condition. En outre, après avoir fait un examen minutieux et détaillé des faits, elle a conclu que la relation entre les parties était telle que l'intimé avait une obligation fiduciaire envers l'appellant. Cette obligation était assortie d'une obligation de divulguer à laquelle l'intimé avait également manqué. Bien qu'elle ait maintenu la conclusion à l'existence d'une responsabilité contractuelle, qui n'a pas fait l'objet d'un pourvoi incident devant notre Cour, la Cour d'appel a infirmé la conclusion du juge de première instance à l'existence d'une responsabilité fiduciaire. La Cour d'appel était d'avis que le juge de première instance avait mal exposé le droit en matière d'obligations fiduciaires puisqu'elle n'avait pas bénéficié de l'arrêt de notre
 c Cour *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574. La Cour d'appel a également modifié le montant des dommages-intérêts accordés par le juge de première instance.

Je dois préciser dès maintenant que je suis d'avis de rétablir intégralement la décision du juge de première instance. À mon avis, elle a bien exposé le droit en matière d'obligations fiduciaires et je ne puis conclure qu'elle a commis une erreur dans ses conclusions de fait mûrement réfléchies ou dans son application du droit aux faits. Je suis aussi essentiellement d'accord avec elle en ce qui concerne la question des dommages-intérêts. Dans son évaluation des dommages-intérêts, elle a cor-

licated the core duties immanent in the relationship between the appellant and the respondent.

II. Facts

The appellant, Mr. Hodgkinson, was in January 1980 a 30-year-old stockbroker working for Canarim Investments Ltd. He had joined Canarim in 1979, after a 7 year stint with A. E. Ames & Co., which he described as a conservative, blue-chip securities firm. By contrast, Mr. Hodgkinson described Canarim as an aggressive firm which dealt in speculative underwritings in the oil and gas and mining trades. At Canarim Mr. Hodgkinson's gross income increased from between \$50,000 to \$70,000 per year which he had been earning at A. E. Ames & Co. to \$650,000 in 1980 and \$1.2 million in 1981. Prior to retaining the services of Simms & Waldman, Mr. Hodgkinson had always prepared his own tax returns. His investment experience was quite limited. He had an interest in a ski chalet at Mt. Baker, two units in a MURB townhouse development in White Rock, and some flow-through shares in a mineral exploration tax shelter. In addition, he had bought and sold a small house in West Vancouver. However, with the 10 to 20-fold increase in his gross income, Mr. Hodgkinson decided to seek professional assistance in both accounting for his money and sheltering it from taxation.

The respondent Simms was in 1980 a Chartered Accountant and a partner in the firm of Simms & Waldman. He is a member of the Canadian and British Columbia Institutes of Chartered Accountants. While Mr. Simms specialized in providing general tax and business advice to small businessmen and professionals, beginning in 1979 he developed a practice of evaluating real estate "tax shelter" investments, or MURBs, on behalf of clients. According to his evidence at trial, he and Mr. Russ Long, another accountant associated with

rectement mis l'accent sur la nature de la violation plutôt que sur celle de la perte et, de ce fait, son calcul des pertes découlant de la violation faisait ressortir les obligations fondamentales immanentes de la relation entre l'appelant et l'intimé.

II. Les faits

L'appelant, M. Hodgkinson, était en janvier 1980 un courtier en valeurs mobilières de 30 ans qui travaillait pour Canarim Investments Ltd. Il avait joint les rangs de Canarim en 1979 après avoir travaillé pendant sept ans pour la firme A. E. Ames & Co. qu'il a décrite comme une maison conservatrice de courtage de valeurs de premier ordre. Par contre, il a décrit Canarim comme une firme dynamique œuvrant dans le domaine des garanties spéculatives dans le secteur du pétrole et du gaz et dans celui des mines. Chez Canarim, le salaire brut de M. Hodgkinson est passé à 650 000 \$ en 1980 et à 1,2 million de dollars en 1981, alors que, chez A. E. Ames & Co., il gagnait entre 50 000 \$ et 70 000 \$ par année. Avant de retenir les services de Simms & Waldman, M. Hodgkinson avait toujours préparé ses déclarations de revenus. Il possédait une expérience fort limitée en matière de placements. Il avait des droits dans un chalet de ski à Mt. Baker, deux unités dans un projet d'IRLM à White Rock et des actions accréditives dans une entreprise d'exploration minière servant d'abri fiscal. En outre, il avait acheté et vendu une petite maison à West Vancouver. Cependant, comme son revenu brut avait augmenté de 10 à 20 fois, M. Hodgkinson a décidé de recourir à une aide professionnelle pour faire faire la comptabilité de ses revenus et trouver des abris fiscaux.

En 1980, l'intimé Simms était comptable agréé et associé de la firme Simms & Waldman. Il est membre de l'Institut canadien des comptables agréés et de l'Institute of Chartered Accountants of British Columbia. Monsieur Simms était spécialisé dans la prestation de conseils fiscaux et commerciaux généraux auprès de petites entreprises et de professionnels; cependant, il avait commencé en 1979 à évaluer, pour le compte de ses clients, des «abris fiscaux» immobiliers, ou IRLM. Au procès, M. Simms a témoigné qu'il avait, de concert avec

Simms & Waldman, had analyzed approximately 70 tax shelters in 1979.

The remaining two parties to this action are Mr. Jerry Waldman, a partner of Mr. Simms at the relevant time, and the partnership of Simms & Waldman. As the trial judge noted, Mr. Waldman was not involved with the investments in question, and his and the firm's liability, if any, flow from the principles of partnership law.

Mr. Hodgkinson first consulted Mr. Simms in early January 1980. He was planning to marry in a few months and wanted to protect a portion of his earnings from the risks associated with the securities markets. In entrusting Mr. Simms with his financial matters, Mr. Hodgkinson placed a premium on the fact that Mr. Simms was not part of the high risk world of "promoters" in which he normally operated in his job at Canarim. He looked to Mr. Simms as someone who could be relied on for independent analysis in the complex area of tax shelter investments. While Mr. Hodgkinson desired assistance in preparing tax returns, his most important objective was to minimize his exposure to income tax while at the same time acquiring some stable long-term investments. Mr. Simms suggested MURBs as an ideal instrument for Mr. Hodgkinson in realizing his investment goals. He and Mr. Hodgkinson shared the view, common at the time, that real estate provided a stable long-term investment. In addition, investment in MURBs generated the potential for significant tax savings. MURBs were a product of a 1974 change in taxation policy made by the Minister of Finance to stimulate investment in rental real estate. Pursuant to regulation 1100(1) and Schedule B to the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, individual taxpayers could shelter their income by claiming capital cost allowances from qualifying investments in real estate. As such, real estate developers, rather than selling apartment units on a "turn-key" basis, sold an undivided interest in the vacant land to each investor. The investors then entered into a construction contract with the devel-

M. Russ Long, un autre comptable associé de Simms & Waldman, procéda, en 1979, à l'analyse d'environ 70 abris fiscaux.

Les deux autres parties à la présente action sont M. Jerry Waldman, un associé de M. Simms à l'époque en cause, et la société en nom collectif Simms & Waldman. Comme le juge de première instance l'a fait remarquer, M. Waldman n'a pas participé aux placements en question et sa responsabilité de même que celle de la firme découlent, le cas échéant, des principes du droit des sociétés en nom collectif.

Monsieur Hodgkinson a d'abord consulté M. Simms au début de janvier 1980. Il prévoyait se marier quelques mois plus tard et il voulait protéger une partie de ses gains contre les risques du marché des valeurs mobilières. En confiant ses affaires financières à M. Simms, M. Hodgkinson attachait beaucoup d'importance au fait que M. Simms ne faisait pas partie du milieu à risques élevés des «promoteurs» au sein duquel il œuvrait habituellement chez Canarim. Il considérait M. Simms comme quelqu'un auquel il pouvait se fier pour obtenir une analyse indépendante dans le domaine complexe des placements à titre d'abris fiscaux. Même si M. Hodgkinson voulait de l'aide pour remplir ses déclarations de revenus, son objectif le plus important était de minimiser son assujettissement à l'impôt tout en faisant certains placements à long terme stables. Monsieur Simms a laissé entendre que les IRLM constituaient un moyen idéal pour M. Hodgkinson de réaliser ses objectifs en matière de placements. Monsieur Hodgkinson et lui étaient tous deux d'avis, à l'époque, que le secteur de l'immobilier offrait un placement à long terme stable. En outre, les placements dans les IRLM offraient la possibilité de réaliser d'importantes épargnes fiscales. Les IRLM étaient le fruit d'un changement que le ministre des Finances avait apporté à la politique fiscale en 1974 pour stimuler les placements dans le secteur des biens immobiliers locatifs. Conformément au par. 1100(1) du Règlement et à l'annexe B de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, un contribuable pouvait éviter l'imposition en réclamant des déductions pour amortissement rela-

oper, who would in turn construct the building on behalf of the investors. In this way investors became “mini-developers”, and as such could deduct certain related costs (typically financing costs) incurred during the construction period. These deductions were known as “soft costs”.

The relationship between the parties, and in particular Mr. Hodgkinson’s confidence in Mr. Simms, was such that Mr. Hodgkinson did not ask many questions regarding the investments. He trusted Mr. Simms to do the necessary analysis, and believed if he recommended a project it was a good investment. By turns, Mr. Hodgkinson made substantial investments in four MURBs recommended by Mr. Simms. These investments were, in chronological order: (1) “Duncana”, a mixed residential-commercial project in Penticton, B.C., (2) “Bella Vista”, a 41-unit MURB apartment block also in Penticton, (3) “Oliver Place”, a shopping centre in Oliver, B.C., and (4) “Enterprise Way”, a warehouse project in Surrey, B.C. The developers of the first three investments were Jerry and Bob Olma; the developer of “Enterprise Way” was Rod Dale-Johnson.

As these proceedings attest, Mr. Hodgkinson’s investments lost virtually all their value. When the real estate market crashed in 1981, Mr. Hodgkinson lost substantially on all of them. Each of the MURB units he purchased on the advice of Mr. Simms was either sold at a loss to avoid cash calls, or was the subject of foreclosures when they could not be sold or rented.

This is not a case of fraud or deceit. Mr. Hodgkinson did not pay any more than fair market value for any of the MURB units he purchased. He does not complain about this. Rather, the gravamen of

tivement aux placements admissibles dans le secteur immobilier. Les promoteurs immobiliers, plutôt que de vendre des unités résidentielles sur une base «clés en main», vendaient à chaque investisseur une participation indivise dans un terrain vacant. Les investisseurs concluaient alors un contrat de construction avec le promoteur qui s’occupait ensuite de construire l’immeuble pour le compte des investisseurs. Les investisseurs devenaient ainsi des «mini-promoteurs» et pouvaient, de ce fait, déduire certains coûts connexes (habituellement les frais de financement) engagés pendant la construction. Ces déductions étaient qualifiées de «coûts accessoires».

La relation entre les parties, tout particulièrement la confiance que M. Hodgkinson avait en M. Simms, était telle que M. Hodgkinson ne posait pas beaucoup de questions concernant les placements. Il comptait sur M. Simms pour effectuer les analyses nécessaires et croyait qu’un projet recommandé par M. Simms représentait un bon placement. À la recommandation de M. Simms, M. Hodgkinson a fait d’importants placements dans quatre IRLM qui sont par ordre chronologique: (1) «Duncana», un projet mixte résidentiel-commercial à Penticton (C.-B.), (2) «Bella Vista», un IRLM de 41 unités aussi situé à Penticton, (3) «Oliver Place», un centre commercial à Oliver (C.-B.), et (4) «Enterprise Way», un projet d’entrepôt à Surrey (C.-B.). Les promoteurs des trois premiers projets étaient Jerry et Bob Olma, et celui d’«Enterprise Way» était Rod Dale-Johnson.

Comme en témoignent les présentes procédures, les placements de M. Hodgkinson ont pratiquement perdu toute leur valeur. Lors de l’effondrement du marché immobilier en 1981, M. Hodgkinson a subi de lourdes pertes relativement à chacun de ces placements. Toutes les unités d’IRLM achetées sur les conseils de M. Simms ont été vendues à perte pour éviter des appels de liquidités ou ont fait l’objet d’une saisie immobilière dans les cas où elles ne pouvaient être vendues ou louées.

Il ne s’agit pas d’un cas de fraude ou de dol. Monsieur Hodgkinson n’a pas payé plus que la juste valeur marchande pour les IRLM qu’il a achetés. Ce n’est pas là l’objet de sa plainte. Sa

Mr. Hodgkinson's complaint lies in the fact that, unknown to him, Mr. Simms was during the relevant period acting for the developers in the "structuring" of each of these MURB projects. Specifically, Mr. Simms advised and assisted the developers in the analysis and maximization of tax deductible expenses that could be incorporated into the real estate investments offered for sale. In fact, during 1980 and 1981, Mr. Simms billed the Olma Brothers a total of \$172,000, which represented fully one sixth of Simms & Waldman's billables that year. In figuring the developers' bills, the respondent measured not only his time spent on a given project, but also the extent to which the MURB units were in fact purchased by Simms & Waldman clients. Mr. Simms described this billing practice as "bonus billing".

Thus, while Mr. Hodgkinson got what he paid for from the developers, the same cannot be said of his relationship with Mr. Simms. Mr. Hodgkinson looked to Mr. Simms as an independent professional advisor, not a promoter. In short, Mr. Hodgkinson would not have invested in the impugned projects had he known the true nature and extent of Mr. Simms' relationship with the developers.

Mr. Hodgkinson brought an action in the Supreme Court of British Columbia for breach of fiduciary duty, breach of contract and negligence to recover all his losses on the four investments recommended by the respondent Simms. The claim in negligence was dismissed at trial and was not pursued before the Court of Appeal. The trial judge, Prowse J., however, allowed Mr. Hodgkinson's action for breach of fiduciary duty and breach of contract and awarded him damages in the amount of \$350,507.62. The British Columbia Court of Appeal upheld the trial judge on the breach of contract issue, but reversed on the issue of fiduciary duties. As well, the Court of Appeal varied the damages award, setting damages at an amount equal to the fees received by Mr. Simms from the developers on account of the four

plainte est, pour l'essentiel, la suivante: à l'époque en cause, M. Hodgkinson n'était pas au courant que M. Simms agissait pour le compte des promoteurs dans la «structuration» de chacun des projets d'IRLM. Plus particulièrement, M. Simms a conseillé et aidé les promoteurs dans l'analyse et de la maximisation des dépenses fiscales déductibles susceptibles d'être incluses dans les placements immobiliers offerts. En fait, au cours de 1980 et de 1981, M. Simms a présenté aux frères Olma une facture totale de 172 000 \$, représentant au moins un sixième des effets facturables de Simms & Waldman cette année-là. Pour la facturation des promoteurs, l'intimé tenait non seulement compte du temps consacré à un projet donné, mais aussi du nombre d'unités d'IRLM achetées par les clients de Simms & Waldman. Monsieur Simms a décrit cette méthode de facturation comme [TRADUCTION] «une facturation en prime».

En conséquence, bien que M. Hodgkinson ait obtenu des promoteurs ce qu'il payait, on ne peut en dire autant de ses rapports avec M. Simms. Monsieur Hodgkinson considérait M. Simms comme un conseiller professionnel indépendant et non comme un promoteur. Bref, M. Hodgkinson n'aurait pas investi dans les projets en cause s'il avait connu la nature et l'étendue véritables de la relation de M. Simms avec les promoteurs.

Pour recouvrer toutes ses pertes relatives aux quatre placements recommandés par l'intimé Simms, M. Hodgkinson a intenté, devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, une action pour manquement à une obligation fiduciaire, inexécution de contrat et négligence. La demande fondée sur la négligence a été rejetée en première instance et n'a pas été reprise devant la Cour d'appel. Cependant, le juge Prowse a accueilli l'action de M. Hodgkinson pour manquement à une obligation fiduciaire et inexécution de contrat et lui a accordé des dommages-intérêts de 350 507,62 \$. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la décision du juge de première instance relativement à la question de l'inexécution de contrat, mais elle l'a infirmée sur la question des obligations fiduciaires. Elle a aussi modifié le montant

projects, prorated as between the various investors in those projects.

III. Judgments Below

British Columbia Supreme Court (1989), 43 B.L.R. 122 (Prowse J.)

Prowse J. first examined the claim for breach of fiduciary duty. She noted that in construing a relationship as fiduciary, everything turns on the particular facts of the relationship. She cited, *inter alia*, the Australian decision, *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417 (Aust. H.C.), for the proposition that a fiduciary relationship exists where one party agrees to act on behalf of, or in the best interests of another person and, as such, is in a position to affect the interests of that other person in a legal or practical sense. As such, fiduciary relationships are marked by vulnerability in that the fiduciary can abuse the power or discretion given to him or her to the detriment of the beneficiary.

On the facts before her, Prowse J. concluded that the parties were indeed in a fiduciary relationship. She found that Mr. Hodgkinson trusted and relied on Mr. Simms to exercise his special skills on Mr. Hodgkinson's behalf, and that Mr. Simms was aware of this fact. She also found as a fact that the particular relationship between the parties was such that if Mr. Simms recommended an investment, Mr. Hodgkinson invested. She stated, at p. 168:

This was not simply the case of an accountant preparing a client's income tax return, or advising what the tax consequences of tax shelter "A" versus tax shelter "B" would be. . . . Here, Mr. Simms went far beyond that, to the extent of "analyzing tax shelters", which analysis was directed toward the relative merits of location, construction costs, potential revenues and expenses, management of the project, options for financing, obtaining legal advice on the forms of agreement and so on. He never once referred Mr. Hodgkinson out for any other kind of professional advice or suggested that there was

des dommages-intérêts accordés en le fixant à un montant égal aux honoraires que M. Simms avait reçus des promoteurs relativement aux quatre projets, proportionnellement aux divers investisseurs dans ces projets.

III. Les juridictions inférieures

Cour suprême de la Colombie-Britannique (1989), 43 B.L.R. 122 (le juge Prowse)

Le juge Prowse a d'abord examiné la demande pour manquement à une obligation fiduciaire. À son avis, ce sont les faits particuliers d'une relation qui déterminent son caractère fiduciaire. Elle a notamment cité l'arrêt australien *Hospital Products Ltd. c. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417 (H.C. Austr.) pour soutenir qu'une relation fiduciaire existe lorsqu'une partie accepte d'agir pour le compte ou dans l'intérêt d'une autre, et se trouve alors en mesure d'influer, au sens juridique ou pratique, sur les droits de cette autre personne. Les relations fiduciaires sont donc caractérisées par la vulnérabilité du fait que le fiduciaire peut abuser, au détriment du bénéficiaire, de l'autorité ou du pouvoir discrétionnaire qui lui a été conféré.

À partir des faits qui lui ont été soumis, le juge Prowse a conclu qu'il existait entre les parties une relation fiduciaire: M. Hodgkinson comptait sur M. Simms pour qu'il exerce ses compétences spéciales, en tant que son représentant, et M. Simms était conscient de cela. Elle a aussi tiré la conclusion de fait qu'il existait entre les parties une relation si particulière que M. Hodgkinson investissait si M. Simms lui en faisait la recommandation. Elle dit, à la p. 168:

[TRADUCTION] Il ne s'agissait pas simplement du cas où un comptable remplit la déclaration d'impôt d'un client ou le conseille sur les conséquences fiscales de l'abri fiscal «A» par rapport à l'abri fiscal «B». [. . .] En l'espèce, M. Simms est allé bien au-delà de cela en «analysant des abris fiscaux», laquelle analyse portait sur les avantages relatifs de l'emplacement du projet, les coûts de construction, les revenus et les dépenses éventuels, la gestion du projet, les options de financement, l'obtention d'avis juridiques sur les types d'entente, et ainsi de suite. Il n'a jamais renvoyé M. Hodgkinson

any need for it. On the contrary, he led Mr. Hodgkinson to believe that everything was in hand and that he was doing his homework and was in control of the situation. He knew very well that Mr. Hodgkinson was not relying on any other professional advice except his own with respect to all of these projects. . . . In effect, Mr. Simms assumed the responsibility for Mr. Hodgkinson's choice. He analyzed the investments, he recommended the investments, and he effectively chose the investments for Mr. Hodgkinson.

With respect to the issue of vulnerability, the learned trial judge stated, at p. 165:

He [Mr. Simms] recognized in Mr. Hodgkinson a "neophyte" taxpayer, with no experience in dealing with large real estate tax shelters. Mr. Simms not only recognized Mr. Hodgkinson's vulnerability in that regard, but he cultivated that vulnerability and trust by impressing upon Mr. Hodgkinson that he knew the developers of these projects, that he had done his homework in his analyses of these projects and, generally, that he was experienced in the field of tax-shelter analysis.

Prowse J. acknowledged that during the relevant period Mr. Hodgkinson made several risky investments without consulting Mr. Simms, and in one case proceeded with an investment in a movie financing deal which Mr. Simms in fact opposed. However, she was of the view, at p. 151, that "Mr. Hodgkinson's relationship with his co-investors in other investments . . . cannot excuse Mr. Simms for any breach of his own duty to Mr. Hodgkinson." In particular, she found that Mr. Hodgkinson and Mr. Simms had an understanding that Mr. Simms was being relied upon to apply a certain portion of Mr. Hodgkinson's income towards stable, tax sheltering investments which were distinct from the speculative world with which Mr. Hodgkinson was more familiar.

Having found that the parties were in a fiduciary relationship, Prowse J. turned to the scope of the fiduciary duties owed by Mr. Simms to Mr. Hodgkinson. She once again cited the *Hospital Products* case, at pp. 169-70, here for the proposition that a fiduciary "is under an obligation not to promote his personal interest by making or pursuing a gain in

chez quelqu'un d'autre pour des conseils professionnels, ni laissé entendre qu'il était nécessaire de le faire. Au contraire, M. Simms a laissé croire à M. Hodgkinson que tout était sous contrôle et qu'il s'acquittait de sa tâche. Monsieur Simms savait très bien que M. Hodgkinson ne comptait sur personne d'autre pour obtenir des conseils professionnels relativement à tous ces projets. [. . .] En fait, M. Simms a assumé la responsabilité du choix de M. Hodgkinson. Il a analysé les placements, il a recommandé les placements et il a effectivement choisi les placements pour M. Hodgkinson.

En ce qui concerne la question de la vulnérabilité, le juge de première instance précise, à la p. 165:

[TRADUCTION] Il [M. Simms] a considéré M. Hodgkinson comme un contribuable «néophyte» qui ne possédait aucune expérience dans le domaine des abris fiscaux immobiliers de grande envergure. Monsieur Simms a non seulement reconnu la vulnérabilité de M. Hodgkinson, mais il a cultivé cette vulnérabilité ainsi que la confiance de M. Hodgkinson en lui faisant bien comprendre qu'il connaissait les promoteurs de ces projets, qu'il avait fait ses devoirs en analysant ces projets et que, dans l'ensemble, il avait de l'expérience dans l'analyse d'abris fiscaux.

Le juge Prowse a reconnu que M. Hodgkinson avait, au cours de la période pertinente, effectué plusieurs placements à risque sans consulter M. Simms et que, dans un cas, il avait investi dans un film malgré l'opposition de M. Simms. Cependant, elle est d'avis, à la p. 151, que [TRADUCTION] «la relation de M. Hodgkinson avec ses coinvestisseurs dans d'autres projets [. . .] ne peut excuser M. Simms d'avoir manqué à son obligation envers M. Hodgkinson.» Plus particulièrement, elle a conclu qu'il avait été convenu entre MM. Hodgkinson et Simms que ce dernier utiliserait une partie du revenu de M. Hodgkinson pour faire des placements stables dans des abris fiscaux distincts du monde de la spéculation avec lequel M. Hodgkinson était plus familier.

Après avoir conclu que les parties avaient une relation fiduciaire, le juge Prowse a examiné l'étendue des obligations fiduciaires que M. Simms avait envers M. Hodgkinson. Elle cite de nouveau, aux pp. 169 et 170, l'arrêt *Hospital Products* pour affirmer qu'un fiduciaire [TRADUCTION] «doit s'abstenir de promouvoir son intérêt person-

circumstances in which there is a conflict . . . between his personal interests and those of the persons whom he is bound to protect". She found that Mr. Simms violated this duty by failing to disclose to Mr. Hodgkinson that at the time he was advising Mr. Hodgkinson to invest in certain projects, he was also advising and being paid by the developers of these projects. She stated, at p. 170:

. . . Mr. Simms was serving two masters and was attempting to make both of them happy. One of those masters, the developer, and in particular the Olma brothers, were in a position to provide Mr. Simms with even more lucrative work if he served them well. Part of serving them well was to provide them with purchasers for their projects. Mr. Simms had a vested personal interest in so doing. Thus, he was in a conflict of interest, not only in the sense of potentially preferring one set of clients over another, but also in preferring his own monetary gain over his clients generally.

Prowse J.'s jaundiced view of Mr. Simms' behaviour was supported by the professional standards required of accountants by the accounting profession. These standards required Mr. Simms to disclose any real or potential conflict of interest.

Prowse J. then turned to the question of damages for breach of fiduciary duty. In dealing with this issue, Prowse J. was guided by the principles set forth in the "non-disclosure" cases. Based on the principles set forth, *inter alia*, in *Burns v. Kelly Peters & Associates Ltd.* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), and *Jacks v. Davis*, [1983] 1 W.W.R. 327 (B.C.C.A.), she concluded that Mr. Hodgkinson was entitled to be put in the position he would have been in had he never been induced to make the four investments. These damages should account for the capital invested in the four projects, minus the tax benefits received as a result of the investments, plus an additional amount paid by way of arrears on the income tax reassessments on Bella Vista and Oliver Place relating to overstated "soft cost" write-offs. In addition, Mr. Hodgkinson was entitled to consequential damages, namely the legal and accounting fees required by Mr. Hodgkinson to extricate himself

nel en faisant un gain ou en cherchant à en tirer un dans les cas où il y a conflit [. . .] entre ses intérêts personnels et ceux des personnes qu'il est tenu de protéger». Elle a conclu que M. Simms avait manqué à cette obligation en omettant de dire à M. Hodgkinson, à l'époque où il lui conseillait d'investir dans certains projets, qu'il conseillait aussi les promoteurs de ces projets et qu'il recevait des honoraires de ceux-ci. Elle dit, à la p. 170:

[TRADUCTION] . . . Monsieur Simms servait deux maîtres et tentait de plaire aux deux. L'un d'eux, les promoteurs, plus particulièrement les frères Olma, était en mesure d'offrir à M. Simms du travail encore plus lucratif s'il le servait bien. Bien le servir consistait notamment à lui fournir des acheteurs pour ses projets. Monsieur Simms avait un droit personnel acquis de le faire. Il se trouvait ainsi en conflit d'intérêts, non seulement en ce sens qu'il risquait de préférer un groupe de clients à un autre, mais aussi de préférer davantage son propre gain financier à l'ensemble de ses clients.

Le juge Prowse a fondé son opinion désapprobatrice du comportement de M. Simms sur les normes professionnelles applicables aux comptables. Ces normes exigeaient de M. Simms qu'il divulgue l'existence de tout conflit d'intérêts réel ou possible.

Le juge Prowse a ensuite examiné la question des dommages-intérêts pour manquement à une obligation fiduciaire. Pour ce faire, elle s'est fondée sur les principes formulés dans des affaires de «non-divulgaration». Compte tenu des principes formulés notamment dans les arrêts *Burns c. Kelly Peters & Associates Ltd.* (1987), 16 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.), et *Jacks c. Davis*, [1983] 1 W.W.R. 327 (C.A.C.-B.), elle a conclu que M. Hodgkinson avait le droit d'être placé dans la situation où il aurait été s'il n'avait pas été incité à faire les quatre placements. Le montant des dommages-intérêts devait tenir compte du capital investi dans les quatre projets, moins les avantages fiscaux tirés de ces investissements, et inclure un montant additionnel payé par arrérages au titre des nouvelles cotisations d'impôt pour Bella Vista et Oliver Place à la suite de radiations trop importantes de «coûts accessoires». En outre, M. Hodgkinson avait droit à des dommages-intérêts indirects, soit

from each of the MURBs and in settling his accounts with Revenue Canada.

With respect to the claim for breach of contract, Prowse J. found that the damages for the breach of contract were the same as those for the breach of the fiduciary duty. Based on the principle that damages for breach of contract should as much as possible be calculated in such a way as to put the injured party in the same position as he or she would have been had the contract been performed, subject to the principle that damages are limited to those losses which would have been in the reasonable contemplation of the contracting parties at the time of contracting. In this case, if the contract had been performed, that is if Mr. Simms had disclosed his affiliation with the developers, Mr. Hodgkinson would not have made the impugned investments. In addition, Prowse J. held that at the time of contracting it was reasonably foreseeable that a change in the economy could adversely affect real estate investments.

Prowse J. dismissed the claim for damages based on negligence. She found no evidence that any damage flowed from the manner in which Mr. Simms conducted his investigations into any of the projects.

British Columbia Court of Appeal (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 264 (McEachern C.J., Wood and Gibbs J.J.A. concurring)

McEachern C.J. purported to accept the trial judge's findings of fact, though as will become apparent later, I am of the view that he failed to respect those findings on several important points. He did, however, uphold the trial judge's ruling that the respondent owed the appellant a duty of disclosure flowing from the implied retainer between the parties.

Turning to the fiduciary duty issue, McEachern C.J. reversed the trial judge's finding of liability. He noted that the trial judgment was rendered before the judgment of this Court in *Lac Minerals*,

les frais juridiques et comptables qu'il a dû engager pour se dégager de chacun des IRLM et régler ses comptes avec Revenu Canada.

En ce qui concerne la demande fondée sur l'inexécution de contrat, le juge Prowse a conclu que les dommages-intérêts étaient les mêmes que pour le manquement à l'obligation fiduciaire. Compte tenu du principe que, dans un cas d'inexécution de contrat, les dommages-intérêts devraient, autant que possible, être calculés de façon à placer la partie lésée dans la situation où elle aurait été s'il y avait eu exécution du contrat, sous réserve du principe que les dommages-intérêts se limitent aux pertes que les parties auraient raisonnablement pu prévoir lors de la conclusion du contrat. En l'espèce, s'il y avait eu exécution du contrat, c'est-à-dire si M. Simms avait révélé ses liens avec les promoteurs, M. Hodgkinson n'aurait pas fait les placements attaqués. En outre, le juge Prowse a conclu que l'on pouvait raisonnablement prévoir, lors de la conclusion du contrat, qu'un changement dans l'économie risquerait d'avoir une incidence négative sur les placements immobiliers.

Le juge Prowse a rejeté la demande de dommages-intérêts pour négligence. À son avis, il n'existait pas de preuve que des dommages avaient résulté de la façon dont M. Simms avait étudié les projets en question.

Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 264 (le juge en chef McEachern, avec l'appui des juges Wood et Gibbs)

Le juge en chef McEachern est censé avoir accepté les conclusions de fait du juge de première instance, mais, comme on pourra le constater plus loin, je crois qu'il a omis d'en tenir compte relativement à plusieurs points importants. Il a toutefois confirmé la décision du juge de première instance que l'intimé avait envers l'appelant une obligation de divulguer découlant du mandat de représentation implicite qui existait entre eux.

Quant à la question de l'obligation fiduciaire, le juge en chef McEachern a infirmé la conclusion du juge de première instance. Il a fait remarquer que le jugement de première instance avait été rendu

supra, and observed that while the trial judge felt bound by the majority judgment in *Kelly Peters*, the dissenting view of Lambert J.A. more closely accorded with *Lac Minerals*.

Turning to the facts before him, McEachern C.J. stated that the critical matter was to examine the degree of vulnerability or dependency between the parties. The Chief Justice found that the requisite degree of vulnerability had not been made out. He found that the appellant did not give the respondent any unilateral authority or discretion to prefer his own position or that of the developers to the appellant's disadvantage. In his view, the evidence tended to show that "the choice to invest or not to invest was entirely that of the [appellant]" (p. 275). With respect to the Duncana investment, McEachern C.J. cited the fact that the appellant was given a chance to meet the developers and was given a written description of the development with accurate projections. Similarly, the appellant discussed the Bella Vista project with the respondent, received a written description of the project 10 days prior to his final decision to invest, and had an opportunity to discuss the project with the developers on the day he signed the cheque. With respect to Oliver Place and Enterprise Way, McEachern C.J. pointed to the disclaimers in the letter sent to all potential investors describing the project, and the "ample time" the appellant had to consider whether to invest or not. In short, McEachern C.J. found, at p. 277, that the appellant was "fully acquainted with questions of risk and he was in many respects a free agent".

McEachern C.J. then turned to consider the trial judge's assessment of damages for breach of contract. He held that damages in contract are limited to the damages actually resulting from the breach which would be within the reasonable contemplation of the parties at the time of contracting. Most importantly, he ruled that the losses suffered by the appellant were caused by the unforeseeable collapse of the real estate market, which was a risk

avant l'arrêt de notre Cour *Lac Minerals*, précité, soulignant que, même si le juge de première instance s'était senti lié par l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Kelly Peters*, c'est la dissidence du juge Lambert qui concordait le plus avec l'arrêt *Lac Minerals*.

Quant aux faits dont il était saisi, le juge en chef McEachern a dit qu'il était crucial d'examiner le degré de vulnérabilité ou de dépendance entre les parties. Il a conclu, d'une part, que le degré requis de vulnérabilité n'avait pas été établi et, d'autre part, que l'appelant n'avait pas donné à l'intimé le pouvoir discrétionnaire unilatéral de préférer sa propre position ou celle des promoteurs à celle de l'appelant. À son avis, la preuve avait tendance à établir qu'[TRADUCTION] «il appartenait à [l'appelant] seul de décider d'investir ou non» (p. 275). En ce qui concerne le placement Duncana, le juge en chef McEachern a mentionné que l'appelant avait eu l'occasion de rencontrer les promoteurs et avait reçu une description écrite du projet, assortie de projections précises. De même, l'appelant avait discuté du projet Bella Vista avec l'intimé, reçu une description écrite de ce projet 10 jours avant de prendre la décision finale d'investir et eu l'occasion de parler du projet avec les promoteurs le jour où il avait signé le chèque. En ce qui concerne les projets Oliver Place et Enterprise Way, le juge en chef McEachern a souligné les stipulations d'exonération contenues dans la lettre descriptive du projet, envoyée à tous les investisseurs éventuels, ajoutant que l'appelant avait eu [TRADUCTION] «suffisamment de temps» pour décider d'investir ou non. Bref, le juge en chef McEachern conclut, à la p. 277, que l'appelant était [TRADUCTION] «parfaitement au courant des risques et qu'à maints égards il était un agent libre.»

Le juge en chef McEachern a ensuite examiné l'évaluation que le juge de première instance avait faite des dommages-intérêts pour inexécution de contrat. Il a conclu que les dommages-intérêts en matière contractuelle se limitent aux dommages qui résultent réellement de l'inexécution et que les parties pouvaient raisonnablement prévoir à la conclusion du contrat. Qui plus est, il a conclu que les pertes de l'appelant résultaient principalement de

the appellant must be taken to have assumed, rather than any failure of the respondent to disclose. The consequential losses relating to accounting and legal fees, as well as the reassessments by Revenue Canada, were similarly attributed to the recession rather than to the respondent's non-disclosure.

McEachern C.J. substituted the trial judge's award of damages with an amount equal to a prorated share of the amounts paid by the developers to the respondent. He stated, at p. 280:

... the law so dislikes a failure of disclosure of material facts that it assumes the value of the investment was less than the amount paid, at least to the extent of the amounts paid by the developer to the defendant [respondent]. This is because it is reasonable to assume that the cost price to the investor would be reduced by the amount of these payments.

As to costs, McEachern C.J. ordered that there be no costs to either party either in the Court of Appeal or the trial court.

IV. Analysis

Recovery for Breach of Fiduciary Obligation

The Legal Concept

Before turning to the particular facts of this case, it is useful to review the principles underlying the notion of fiduciary duties, for, in my view, liability in this case inexorably flows from these principles. In the famous case of *Lloyds Bank Ltd. v. Bundy*, [1975] Q.B. 326, Sir Eric Sachs of the English Court of Appeal stated the fiduciary principle as follows, at p. 341:

Such cases tend to arise where someone relies on the guidance or advice of another, where the other is aware of that reliance and where the person upon whom reliance is placed obtains, or may well obtain, a benefit from the transaction or has some other interest in it being concluded. In addition, there must, of course, be shown to exist a vital element which in this judgment

l'effondrement imprévisible du marché immobilier, un risque que l'appellant devait avoir assumé, plutôt que d'une omission de divulguer de la part de l'intimé. Les pertes indirectes au titre des honoraires comptables et juridiques ainsi que les nouvelles cotisations par Revenu Canada étaient elles aussi imputées à la récession plutôt qu'à la non-divulgaration par l'intimé.

Le juge en chef McEachern a substitué, au montant de dommages-intérêts accordé par le juge de première instance, un montant proportionnel aux montants que les promoteurs avaient versés à l'intimé. Il affirme, à la p. 280:

[TRADUCTION] ... le droit abhorre tellement l'omission de divulguer des faits importants qu'il suppose que la valeur du placement était inférieure au montant payé, du moins en ce qui concerne les montants versés par le promoteur au défendeur [l'intimé]. Il en est ainsi parce qu'il est raisonnable de supposer que le coût pour l'investisseur se trouverait réduit d'un montant égal à ces paiements.

Quant aux dépens, le juge en chef McEachern n'en a accordé aucuns à quelque partie que ce soit en Cour d'appel ou en première instance.

IV. Analyse

Recouvrement en cas de manquement à une obligation fiduciaire

Le concept juridique

Avant de passer à l'examen des faits particuliers en l'espèce, il est utile de passer en revue les principes qui sous-tendent la notion des obligations fiduciaires car, à mon avis, la responsabilité découle ici inexorablement de l'application de ces principes. Dans le célèbre arrêt *Lloyds Bank Ltd. c. Bundy*, [1975] Q.B. 326, sir Eric Sachs de la Cour d'appel d'Angleterre formule ainsi le principe fiduciaire (à la p. 341):

[TRADUCTION] Ce type de situation tend à se produire quand une personne se fie aux conseils ou aux avis d'une autre, lorsque cette dernière sait que cette confiance existe et que la personne à qui se fie la première tire, ou peut bien tirer, un avantage de l'opération ou a quelque autre intérêt à ce qu'elle soit conclue. En outre, il faut bien entendu démontrer qu'il existe un élément

will for convenience be referred to as confidentiality. It is this element which is so impossible to define and which is a matter for the judgment of the court on the facts of any particular case.

From a conceptual standpoint, the fiduciary duty may properly be understood as but one of a species of a more generalized duty by which the law seeks to protect vulnerable people in transactions with others. I wish to emphasize from the outset, then, that the concept of vulnerability is not the hallmark of fiduciary relationship though it is an important *indicium* of its existence. Vulnerability is common to many relationships in which the law will intervene to protect one of the parties. It is, in fact, the "golden thread" that unites such related causes of action as breach of fiduciary duty, undue influence, unconscionability and negligent misrepresentation.

At the same time, however, it is only by having regard to the often subtle differences between these causes of action that civil liability will be commensurate with civil responsibility. For instance, the fiduciary duty is different in important respects from the ordinary duty of care. In *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at pp. 571-73, I traced the history of the common law claim of negligent misrepresentation from its origin in the equitable doctrine of fiduciary responsibility; see also *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932, at pp. 968-71, *per* Lord Shaw of Dunfermline. However, while both negligent misrepresentation and breach of fiduciary duty arise in reliance-based relationships, the presence of loyalty, trust, and confidence distinguishes the fiduciary relationship from a relationship that simply gives rise to tortious liability. Thus, while a fiduciary obligation carries with it a duty of skill and competence, the special elements of trust, loyalty, and confidentiality that obtain in a fiduciary relationship give rise to a corresponding duty of loyalty.

essentiel qui, dans le présent jugement, sera, pour des motifs de commodité, appelé la confidentialité. C'est cet élément qui est si impossible à définir et qu'il appartiendra au tribunal d'apprécier en fonction des faits particuliers de l'espèce.

Du point de vue conceptuel, l'obligation fiduciaire peut être considérée à juste titre comme un type d'obligation plus générale, au moyen de laquelle le droit cherche à protéger les gens vulnérables dans leurs opérations avec autrui. Je tiens à indiquer dès maintenant que la vulnérabilité n'est pas la marque distinctive d'une relation fiduciaire quoiqu'elle constitue une indication importante de son existence. La vulnérabilité est commune à de nombreux rapports dans lesquels le droit interviendra pour protéger l'une des parties. C'est en fait le «fil d'or» qui unit les causes d'action connexes comme le manquement à une obligation fiduciaire, l'abus d'influence, l'iniquité et la déclaration inexacte faite par négligence.

En même temps, toutefois, c'est seulement si l'on tient compte des différences souvent subtiles qui existent entre ces causes d'action que le montant de dommages-intérêts accordé sera proportionnel à la responsabilité civile. Par exemple, l'obligation fiduciaire diffère, à des égards importants, de l'obligation de diligence ordinaire. Dans l'arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, aux pp. 571 à 573, je fais l'historique de l'action de common law fondée sur une déclaration inexacte faite par négligence, depuis son origine dans le principe d'*equity* de la responsabilité fiduciaire; voir aussi l'arrêt *Nocton c. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932, aux pp. 968 à 971, lord Shaw of Dunfermline. Cependant, bien que la déclaration inexacte faite par négligence et le manquement à une obligation fiduciaire se produisent à l'intérieur d'un rapport de confiance, l'existence de loyauté et de confiance distingue la relation fiduciaire de la relation qui donne simplement lieu à une responsabilité délictuelle. En conséquence, si une obligation fiduciaire comporte une obligation d'aptitude et de compétences, les éléments spéciaux de confiance, de loyauté et de confidentialité propres à une relation fiduciaire donnent également lieu à un devoir correspondant de loyauté.

The concepts of unequal bargaining power and undue influence are also often linked to discussions of the fiduciary principle. Claims based on these causes of action, it is true, will often arise in the context of a professional relationship side by side with claims related to duty of care and fiduciary duty; see Horace Krever and Marion Randall Lewis, "Fiduciary Obligations and the Professions" in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1990, Fiduciary Duties*, at pp. 291-93. Indeed, all three equitable doctrines are designed to protect vulnerable parties in transactions with others. However, whereas undue influence focuses on the sufficiency of consent and unconscionability looks at the reasonableness of a given transaction, the fiduciary principle monitors the abuse of a loyalty reposed; see G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (2nd ed. 1986), at pp. 301-11. Thus, while the existence of a fiduciary relationship will often give rise to an opportunity for the fiduciary to gain an advantage through undue influence, it is possible for a fiduciary to gain an advantage for him- or herself without having to resort to coercion; see *Hospital Products, supra*; and *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592. Similarly, while the doctrine of unconscionability is triggered by abuse of a pre-existing inequality in bargaining power between the parties, such an inequality is no more a necessary element in a fiduciary relationship than factors such as trust and loyalty are necessary conditions for a claim of unconscionability; see *Waters v. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391, at p. 401; and *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, at p. 249. Professor Weinrib, for instance, criticizes the use of unequal bargaining power as a proxy for finding a fiduciary duty (Ernest J. Weinrib, "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 *U.T.L.J.* 1, at p. 6.):

It cannot be the *sine qua non* of a fiduciary obligation that the parties have disparate bargaining strength. . . . In contrast to notions of conscionability, the fiduciary relation looks to the relative position of the parties that results from the agreement rather than the relative position that precedes the agreement.

On rattache souvent les concepts de l'inégalité du pouvoir de négociation et de l'abus d'influence à l'examen du principe fiduciaire. Certes, les demandes fondées sur ces causes d'action sont souvent présentées dans le contexte d'une relation professionnelle en même temps que des réclamations relatives à une obligation de diligence et à une obligation fiduciaire; voir Horace Krever et Marion Randall Lewis, «Fiduciary Obligations and the Professions» dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1990, Fiduciary Duties*, aux pp. 291 à 293. En fait, ces trois principes d'*equity* visent à protéger les parties vulnérables dans leurs opérations avec autrui. Cependant, alors que l'abus d'influence porte sur la suffisance du consentement et que l'iniquité porte sur le caractère raisonnable d'une opération donnée, le principe fiduciaire s'intéresse à l'abus de loyauté; voir G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (2^e éd. 1986), aux pp. 301 à 311. Ainsi, bien que l'existence d'une relation fiduciaire donne souvent lieu à une possibilité pour le fiduciaire d'obtenir un avantage par abus d'influence, le fiduciaire peut aussi obtenir un avantage pour lui-même sans avoir à recourir à la contrainte; voir les arrêts *Hospital Products*, précité, et *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592. De même, bien que l'application du principe de l'iniquité soit déclenchée par l'abus d'une inégalité préexistante du pouvoir de négociation entre les parties, cette inégalité n'est pas plus nécessaire à l'existence d'une relation fiduciaire que ne le sont les facteurs de confiance et de loyauté comme conditions d'une demande fondée sur l'iniquité; voir *Waters c. Donnelly* (1884), 9 O.R. 391, à la p. 401, et *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, à la p. 249. Le professeur Weinrib, par exemple, critique le recours à l'inégalité du pouvoir de négociation comme moyen de conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire. (Ernest J. Weinrib, «The Fiduciary Obligation» (1975), 25 *U.T.L.J.* 1, à la p. 6):

[TRADUCTION] On ne peut dire que la condition *sine qua non* d'une obligation fiduciaire est que les parties doivent posséder une force de négociation distincte. [. . .] Par opposition aux notions d'équité, la relation fiduciaire tient compte de la position relative des parties qui résulte de l'entente, et non de celle qui la précède.

See also P. D. Finn, "The Fiduciary Principle" in T. G. Youdan, ed., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989), at p. 45; Peter D. Maddaugh, "Definition of Fiduciary Duty" in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1990, Fiduciary Duties*, *supra*, at p. 20.

Finally, I note that the existence of a contract does not necessarily preclude the existence of fiduciary obligations between the parties. On the contrary, the legal incidents of many contractual agreements are such as to give rise to a fiduciary duty. The paradigm example of this class of contract is the agency agreement, in which the allocation of rights and responsibilities in the contract itself gives rise to fiduciary expectations; see *Johnson v. Birkett* (1910), 21 O.L.R. 319 (H.C.); *McLeod v. Sweezey*, [1944] S.C.R. 111; P. D. Finn, "Contract and the Fiduciary Principle" (1989), 12 *U.N.S.W.L.J.* 76. In other contractual relationships, however, the facts surrounding the relationship will give rise to a fiduciary inference where the legal incidents surrounding the relationship might not lead to such a conclusion; see *Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1985), 52 O.R. (2d) 473 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. vi. However, as Professor Finn puts it, the "end point" in each situation is to ascertain whether "the one has the right to expect that the other will act in the former's interests (or, in some instances, in their joint interest) to the exclusion of his own several interests"; see *supra*, at p. 88.

Having distinguished the fiduciary principle from other related equitable and common law doctrines, it is now possible to examine the nature of the fiduciary duty itself with a surer hand. While the legal concept of a fiduciary duty reaches back to the famous English case of *Keech v. Sandford* (1726), Sel. Cas. T. King 61, 25 E.R. 223, until recently the fiduciary duty could be described as a legal obligation in search of a principle. Indeed, commentators busied themselves in an effort to sort out this area of the law; see Ernest J. Weinrib, "The Fiduciary Obligation", *supra*; P. D. Finn, *Fiduciary Obligations* (1977); J. C. Shepherd, *The*

Voir aussi P. D. Finn, «The Fiduciary Principle», dans T. G. Youdan, dir., *Equity, Fiduciaries and Trusts* (1989), à la p. 45; Peter D. Maddaugh, «Definition of Fiduciary Duty» dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1990, Fiduciary Duties*, *loc. cit.*, à la p. 20.

Enfin, je souligne que l'existence d'un contrat n'écarte pas nécessairement l'existence d'obligations fiduciaires entre les parties. Au contraire, les particularités juridiques de nombreux contrats sont de nature à faire naître une obligation fiduciaire. L'exemple type de cette catégorie de contrats est le mandat dans lequel la répartition des droits et responsabilités donne lieu à des attentes de nature fiduciaire; voir *Johnson c. Birkett* (1910), 21 O.L.R. 319 (H.C.); *McLeod c. Sweezey*, [1944] R.C.S. 111; P. D. Finn, «Contract and the Fiduciary Principle» (1989), 12 *U.N.S.W.L.J.* 76. Cependant, dans d'autres relations contractuelles, les faits entourant la relation permettront d'inférer l'existence d'un rapport fiduciaire dans le cas où les particularités juridiques ne donneraient peut-être pas lieu à une telle conclusion; voir l'arrêt *Standard Investments Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1985), 52 O.R. (2d) 473 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. vi. Toutefois, comme l'affirme le professeur Finn, il faut «en fin de compte» déterminer dans chaque cas si [TRADUCTION] «une partie est en droit de s'attendre à ce que l'autre agisse dans l'intérêt de cette partie (ou, dans certains cas, dans leur intérêt commun), au détriment de ses propres intérêts particuliers»; *loc. cit.*, à la p. 88.

Après avoir distingué le principe fiduciaire des autres principes d'*equity* et de common law, on peut maintenant examiner d'une façon plus assurée la nature de l'obligation fiduciaire même. Bien que le concept juridique de l'obligation fiduciaire remonte au célèbre arrêt anglais *Keech c. Sandford* (1726), Sel. Cas. T. King 61, 25 E.R. 223, l'obligation fiduciaire était jusqu'à tout récemment décrite comme une obligation légale à la recherche d'un principe. En fait, les auteurs s'efforçaient de mettre de l'ordre dans ce domaine du droit; voir Ernest J. Weinrib, «The Fiduciary Obligation», *loc. cit.*; P. D. Finn, *Fiduciary Obligations* (1977); J. C.

Law of Fiduciaries (1981); Tamar Frankel, "Fiduciary Law" (1983), 71 *Calif. L. Rev.* 795; and P. D. Finn, "The Fiduciary Principle", *supra*. As I stated in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at p. 62, over the past ten years or so this Court has had occasion to consider and enforce fiduciary obligations in a wide variety of contexts, and this has led to the development of a "fiduciary principle" which can be defined and applied with some measure of precision. One may begin with the following words of Dickson J. (as he then was) in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 384:

... where by statute, agreement, or perhaps by unilateral undertaking, one party has an obligation to act for the benefit of another, and that obligation carries with it a discretionary power, the party thus empowered becomes a fiduciary. . . .

It is sometimes said that the nature of fiduciary relationships is both established and exhausted by the standard categories of agent, trustee, partner, director and the like. I do not agree. It is the nature of the relationship, not the specific category of actor involved that gives rise to the fiduciary duty. The categories of fiduciary, like those of negligence, should not be considered closed. [Emphasis added.]

This conceptual approach to fiduciary duties was given analytical structure in the dissenting reasons of Wilson J. in *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at p. 136, who there proposed a three-step analysis to guide the courts in identifying new fiduciary relationships. She stated that relationships in which a fiduciary obligation has been imposed are marked by the following three characteristics: (1) scope for the exercise of some discretion or power; (2) that power or discretion can be exercised unilaterally so as to effect the beneficiary's legal or practical interests; and, (3) a peculiar vulnerability to the exercise of that discretion or power. Although the majority held on the facts that there was no fiduciary obligation, Wilson J.'s mode of analysis has been followed as a "rough and ready guide" in identifying new categories of fiduciary relationships; see *Lac Minerals, supra*, per Sopinka J., at p. 599, and per *La Forest J.*, at p. 646; *Canson, supra*, at p. 543; and *M. (K.) v.*

Shepherd, The Law of Fiduciaries (1981); Tamar Frankel, «Fiduciary Law» (1983), 71 *Calif. L. Rev.* 795; et P. D. Finn, «The Fiduciary Principle», *loc. cit.* Comme je l'ai mentionné dans *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, à la p. 62, au cours de la dernière décennie, notre Cour a eu l'occasion d'examiner et de faire respecter des obligations judiciaires dans une vaste gamme de contextes, ce qui a conduit à un «principe fiduciaire» qui peut être défini et appliqué avec une certaine précision. On peut commencer par citer les propos du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 384:

... lorsqu'une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la personne investie de ce pouvoir devient un fiduciaire. . . .

On dit parfois que la nature des rapports fiduciaires est établie et définie complètement par les catégories habituelles de mandataire, de fiduciaire, d'associé, d'administrateur, etc. Je ne partage pas cet avis. L'obligation de fiduciaire découle de la nature du rapport et non pas de la catégorie spécifique dont relève l'acteur. Comme en matière de négligence, il faut se garder de conclure que les catégories de fiduciaires sont exhaustives. [Je souligne.]

Cette conception des obligations fiduciaires a été analysée dans les motifs de dissidence du juge Wilson dans l'arrêt *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, à la p. 136; dans cet arrêt, elle propose une analyse en trois étapes destinée à aider les tribunaux à identifier de nouvelles relations fiduciaires. Elle affirme que les rapports dans lesquels une obligation fiduciaire a été imposée possèdent les trois caractéristiques suivantes: (1) un certain pouvoir discrétionnaire peut être exercé, (2) ce pouvoir discrétionnaire peut être exercé unilatéralement de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire, et (3) une vulnérabilité particulière à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Bien que notre Cour à la majorité ait conclu, à partir des faits, à l'inexistence d'une obligation fiduciaire, la méthode d'analyse du juge Wilson a été suivie en tant que «guide sommaire et existant» pour identifier de nouvelles catégories de rapports fiduciaires; voir *Lac Minerals*, précité, le

M. (H.), *supra*, at pp. 63-64. Wilson J.'s guidelines constitute *indicia* that help recognize a fiduciary relationship rather than ingredients that define it.

In *Lac Minerals* I elaborated further on the approach proposed by Wilson J. in *Frame v. Smith*. I there identified three uses of the term fiduciary, only two of which I thought were truly fiduciary. The first is in describing certain relationships that have as their essence discretion, influence over interests, and an inherent vulnerability. In these types of relationships, there is a rebuttable presumption, arising out of the inherent purpose of the relationship, that one party has a duty to act in the best interests of the other party. Two obvious examples of this type of fiduciary relationship are trustee-beneficiary and agent-principal. In seeking to determine whether new classes of relationships are *per se* fiduciary, Wilson J.'s three-step analysis is a useful guide.

As I noted in *Lac Minerals*, however, the three-step analysis proposed by Wilson J. encounters difficulties in identifying relationships described by a slightly different use of the term "fiduciary", viz., situations in which fiduciary obligations, though not innate to a given relationship, arise as a matter of fact out of the specific circumstances of that particular relationship; see at p. 648. In these cases, the question to ask is whether, given all the surrounding circumstances, one party could reasonably have expected that the other party would act in the former's best interests with respect to the subject matter at issue. Discretion, influence, vulnerability and trust were mentioned as non-exhaustive examples of evidential factors to be considered in making this determination.

Thus, outside the established categories, what is required is evidence of a mutual understanding that one party has relinquished its own self-interest and

juge Sopinka, à la p. 599, et le juge La Forest, à la p. 646; *Canson*, précité, à la p. 543; *M. (K.) c. M. (H.)*, précité, aux pp. 63 et 64. Les lignes directrices du juge Wilson sont des indices qui aident à reconnaître une relation fiduciaire plutôt que les éléments qui la définissent.

Dans l'arrêt *Lac Minerals*, j'ai précisé davantage l'analyse que le juge Wilson avait proposée dans l'arrêt *Frame c. Smith*. J'y ai précisé que le terme «fiduciaire» peut être employé de trois façons, dont deux seulement étaient, selon moi, vraiment de nature fiduciaire. Premièrement, il peut servir à décrire certaines relations caractérisées par la discrétion, l'influence sur les droits et une vulnérabilité inhérente. Dans ces types de relations, il existe une présomption réfutable, découlant de la fin inhérente de la relation, qu'une partie a l'obligation d'agir dans l'intérêt de l'autre. Deux exemples évidents de ce type de relation fiduciaire sont les rapports entre un fiduciaire et un bénéficiaire et ceux entre un mandataire et un mandant. Lorsqu'on cherche à déterminer si de nouvelles catégories de rapports sont fiduciaires en soi, l'analyse en trois étapes du juge Wilson est un guide utile.

Cependant, comme je l'ai fait remarquer dans *Lac Minerals*, l'analyse en trois étapes proposée par le juge Wilson présente certaines difficultés pour ce qui est de qualifier des rapports décrits par un emploi légèrement différent du terme «fiduciaire», c'est-à-dire dans les cas où des obligations fiduciaires, quoique non innées dans une relation donnée, peuvent réellement découler des circonstances propres à cette relation particulière; voir à la p. 648. Dans ces cas, il s'agit de savoir si, compte tenu de toutes les circonstances en présence, une partie pouvait raisonnablement s'attendre à ce que l'autre agisse dans l'intérêt de la première relativement au sujet en cause. La discrétion, l'influence, la vulnérabilité et la confiance étaient décrits comme des exemples non exhaustifs de facteurs probants dont il faut tenir compte lorsqu'on prend cette décision.

En conséquence, lorsqu'on ne se trouve pas en présence des catégories établies, il faut faire la preuve que les parties ont mutuellement convenu

agreed to act solely on behalf of the other party. This idea was well-stated in the American case of *Dolton v. Capitol Federal Sav. & Loan Ass'n*, 642 P.2d 21 (Colo. App. 1982), at pp. 23-24, in the banker-customer context, to be a state of affairs

... which impels or induces one party "to relax the care and vigilance it would and should have ordinarily exercised in dealing with a stranger." ... [and] ... has been found to exist where there is a repose of trust by the customer along with an acceptance or invitation of such trust on the part of the lending institution.

In relation to the advisory context, then, there must be something more than a simple undertaking by one party to provide information and execute orders for the other for a relationship to be enforced as fiduciary. For example, most everyday transactions between a bank customer and banker are conducted on a creditor-debtor basis; see *Canadian Pioneer Management Ltd. v. Labour Relations Board of Saskatchewan*, [1980] 1 S.C.R. 433; *Thermo King Corp. v. Provincial Bank of Canada* (1981), 34 O.R. (2d) 369, leave to appeal refused, [1982] 1 S.C.R. xi. Similarly, the relationship of an investor to his or her discount broker will not likely give rise to a fiduciary duty, where the broker is simply a conduit of information and an order taker. There are, however, other advisory relationships where, because of the presence of elements such as trust, confidentiality, and the complexity and importance of the subject matter, it may be reasonable for the advisee to expect that the advisor is in fact exercising his or her special skills in that other party's best interests, unless the contrary is disclosed. Professor Finn describes these kinds of relationships in the following terms in "The Fiduciary Principle", *supra*, at pp. 50-51:

... fiduciary responsibilities will be exacted where the function the advisor represents himself as performing, and for which he is consulted, is that of counselling an advised party as to how his interests will or might best be served in a matter considered to be of importance to his personal or financial well-being, and in which the advisor would be expected both to be disinterested, save

que l'une d'elles renoncerait à agir dans son propre intérêt et accepterait d'agir seulement pour le compte de l'autre. Cette idée a été bien formulée dans l'arrêt américain *Dolton c. Capitol Federal Sav. & Loan Ass'n*, 642 P.2d 21 (Colo. App. 1982), aux pp. 23 et 24, dans le contexte d'une relation entre un banquier et son client; il s'agit d'une situation

[TRADUCTION] ... qui force ou incite une partie «à relâcher la diligence et la vigilance dont elle ferait habituellement preuve dans ses rapports avec un étranger.» [...] [et] [...] qui existe dans le cas où le client accorde sa confiance et qu'un établissement de crédit accepte qu'il lui fasse confiance ou l'invite à le faire.

Alors, dans un contexte consultatif, pour qu'une relation puisse être qualifiée de fiduciaire, il doit exister davantage qu'un simple engagement par une partie de fournir des renseignements et d'exécuter les ordres de l'autre. Par exemple, la plupart des opérations courantes entre un client et sa banque ont lieu sur la base créancier-débiteur; voir les arrêts *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan*, [1980] 1 R.C.S. 433; *Thermo King Corp. c. Provincial Bank of Canada* (1981), 34 O.R. (2d) 369, autorisation de pourvoi refusée, [1982] 1 R.C.S. xi. De même, la relation entre un investisseur et son courtier exécutant ne donnera vraisemblablement pas naissance à une obligation fiduciaire si le courtier ne fait que transmettre des renseignements et recevoir des ordres. Cependant, il existe d'autres rapports consultatifs où, en raison de l'existence d'éléments comme la confiance, la confidentialité ainsi que la complexité et l'importance du sujet, il peut être raisonnable que la personne qui reçoit les conseils s'attende à ce que le conseiller exerce ses compétences spéciales dans son intérêt, à moins d'avis contraire. Voici comment le professeur Finn décrit ces types de rapports dans «The Fiduciary Principle», *loc. cit.*, aux pp. 50 et 51:

[TRADUCTION] ... des responsabilités fiduciaires seront imposées si la fonction que le conseiller prétend remplir et pour laquelle il est consulté, est celle de conseiller une partie sur la façon dont ses intérêts seront ou pourront être mieux servis dans une affaire jugée importante pour son bien-être personnel ou financier, et dans laquelle on s'attendrait à ce que le conseiller soit à la

for his remuneration, and to be free of adverse responsibilities unless the contrary is disclosed at the outset. It does seem to be the case, here, that our ready acceptance of a fiduciary expectation is coloured both by our assumption that credence is likely to be given to any advice given and by our perception of the social importance of the advisory function itself. [Emphasis added.]

J. C. Shepherd has endorsed a similar theory of fiduciary law, which he terms the “transfer of encumbered power” theory; see Shepherd, *supra*, at pp. 96-110; see also D. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at pp. 712-14.

More generally, relationships characterized by a unilateral discretion, such as the trustee-beneficiary relationship, are properly understood as simply a species of a broader family of relationships that may be termed “power-dependency” relationships. I employed this notion, developed in an article by Professor Coleman, to capture the dynamic of abuse in *Norberg v. Wynrib*, *supra*, at p. 255. *Norberg* concerned an aging physician who extorted sexual favours from a young female patient in exchange for feeding an addiction she had previously developed to the pain-killer Fiorinal. The difficulty in *Norberg* was that the sexual contact between the doctor and patient had the appearance of consent. However, when the pernicious effects of the situational power imbalance were considered, it was clear that true consent was absent. While the concept of a “power-dependency” relationship was there applied to an instance of sexual assault, in my view the concept accurately describes any situation where one party, by statute, agreement, a particular course of conduct, or by unilateral undertaking, gains a position of overriding power or influence over another party. Because of the particular context in which the relationship between the plaintiff and the doctor arose in that case, I found it preferable to deal with the case without regard to whether or not a fiduciary relationship arose. However, my colleague Justice McLachlin did dispose of the claim on the basis of the fiduciary duty, and whatever may be said of the peculiar situation in *Norberg*, I have no doubt that had the situation there arisen in the ordinary

fois désintéressé, sauf pour ce qui est de sa rémunération, et libre de toutes responsabilités contraires, à moins d’avis contraire au départ. Il semble, en l’espèce, que notre empressement à accepter l’existence d’attentes en matière de confiance est influencé à la fois par notre supposition que l’on ajoutera vraisemblablement foi aux conseils donnés et par notre perception de l’importance sociale de la fonction consultative elle-même. [Je souligne.]

J. C. Shepherd a approuvé une théorie similaire du droit relatif aux obligations fiduciaires, qu’il a qualifié de [TRADUCTION] «transfert du pouvoir hypothéqué»; voir Shepherd, *op. cit.*, aux pp. 96 à 110; voir aussi D. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), aux pp. 712 à 714.

Généralement, les rapports caractérisés par un pouvoir discrétionnaire unilatéral, comme la relation entre un fiduciaire et un bénéficiaire, sont considérés, à juste titre, comme étant simplement une sorte de catégorie générale de rapports dits «de force et de dépendance». J’ai employé cette notion, tirée d’un article du professeur Coleman, pour saisir la dynamique des rapports abusifs dans l’arrêt *Norberg c. Wynrib*, précité, à la p. 255. Dans cet arrêt, un médecin âgé avait obtenu des faveurs sexuelles d’une jeune patiente en échange d’analgésique Fiorinal dont elle était devenue dépendante. La difficulté résidait dans l’apparence de consentement qu’il y avait eu aux contacts sexuels entre le médecin et la patiente. Toutefois, à l’examen des effets perniciose de l’inégalité du rapport de force entre les parties, il est devenu clair qu’il n’y avait pas eu de véritable consentement. Bien que le concept d’un rapport de «force et de dépendance» ait été appliqué à un cas d’agression sexuelle dans cet arrêt, j’estime que ce concept décrit exactement toute situation dans laquelle une partie acquiert, que ce soit en vertu de la loi, d’une entente, d’une conduite particulière ou d’un engagement unilatéral, une position de force ou d’influence écrasante sur une autre partie. Compte tenu du contexte particulier dans lequel la relation entre la plaignante et le médecin avait pris naissance dans cette affaire, j’ai jugé préférable de trancher le pourvoi sans examiner s’il existait ou non une relation fiduciaire. Toutefois, ma collègue le juge McLachlin a tranché la demande en fonction d’une obligation fiduciaire, et quoi qu’on puisse dire de

doctor-patient relationship, it would have given rise to fiduciary obligations; see, for example, *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138.

As is evident from the different approaches taken in *Norberg*, the law's response to the plight of vulnerable people in power-dependency relationships gives rise to a variety of often overlapping duties. Concepts such as the fiduciary duty, undue influence, unconscionability, unjust enrichment, and even the duty of care are all responsive to abuses of vulnerable people in transactions with others. The existence of a fiduciary duty in a given case will depend upon the reasonable expectations of the parties, and these in turn depend on factors such as trust, confidence, complexity of subject matter, and community or industry standards. For instance in *Norberg*, *supra*, the Hippocratic Oath was evidence that the sexual relationship diverged significantly from the standards reasonably expected from physicians by the community. This inference was confirmed by expert evidence to the effect that any reasonable practitioner in the defendant's position would have taken steps to help the addicted patient, in stark contrast to the deplorable exploitation which in fact took place; see also *Harry v. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231 (B.C.C.A.), at p. 241 *per* Lambert J.A.

In seeking to identify the various civil duties that flow from a particular power-dependency relationship, it is simply wrong to focus only on the degree to which a power or discretion to harm another is somehow "unilateral". In my view, this concept has neither descriptive nor analytical relevance to many fact-based fiduciary relationships. *Ipsa facto*, persons in a "power-dependency relationship" are vulnerable to harm. Further, the relative "degree of vulnerability", if it can be put that way, does not depend on some hypothetical ability

la situation particulière dans l'arrêt *Norberg*, je n'ai aucun doute que si la situation en cause dans cette affaire s'était présentée dans le cadre d'une relation ordinaire entre un médecin et un patient, elle aurait donné naissance à des obligations fiduciaires; voir, par exemple, l'arrêt *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138.

Comme il ressort des différents points de vue adoptés dans *Norberg*, la façon dont le droit réagit aux difficultés des personnes vulnérables dans des rapports de force et de dépendance engendre toute une gamme de devoirs qui souvent se chevauchent. Des concepts comme l'obligation fiduciaire, l'abus d'influence, l'iniquité, l'enrichissement sans cause, voire même l'obligation de diligence, sont tous des façons de réagir aux abus dont sont victimes les personnes vulnérables dans leurs opérations avec autrui. L'existence d'une obligation fiduciaire dans un cas donné dépendra des attentes raisonnables des parties, lesquelles attentes dépendront à leur tour de facteurs comme la confiance, la complexité du sujet et les normes de la société ou de l'industrie. Par exemple, dans l'arrêt *Norberg*, précité, le serment d'Hippocrate indiquait que la relation sexuelle dérogeait sensiblement aux normes que la société s'attend raisonnablement à ce que les médecins respectent. Cette inférence a été confirmée par un témoignage d'expert voulant que tout médecin raisonnable dans la position du défendeur aurait pris des mesures pour aider la patiente pharmacodépendante, ce qui contrastait vivement avec l'exploitation déplorable qui avait eu lieu; voir aussi *Harry c. Kreutziger* (1978), 95 D.L.R. (3d) 231 (C.A.C.-B.), à la p. 241, le juge Lambert.

Lorsqu'on cherche à établir quelles sont les diverses obligations civiles auxquelles donne naissance un rapport particulier de force et de dépendance, il est tout simplement erroné de ne mettre l'accent que sur la mesure dans laquelle le pouvoir discrétionnaire de léser autrui est en quelque sorte «unilatéral». À mon avis, ce concept n'a aucune pertinence descriptive ou analytique dans le cas de nombreux rapports fiduciaires fondés sur des faits. Les personnes dans un «rapport de force et de dépendance» sont, par le fait même, susceptibles

to protect one's self from harm, but rather on the nature of the parties' reasonable expectations. Obviously, a party who expects the other party to a relationship to act in the former's best interests is more vulnerable to an abuse of power than a party who should be expected to know that he or she should take protective measures. J. C. Shepherd, *supra*, puts the matter in the following way, at p. 102:

Where a weaker or reliant party trusts the stronger party not to use his power and influence against the weaker party, and the stronger party, if acting *reasonably*, would have known or ought to have known of this reliance, we can say that the stronger party had notice of the encumbrance, and therefore in using the power has accepted the duty. [Emphasis in original.]

Thus in *Lac Minerals, supra*, I felt it perverse to fault Corona for failing to negotiate a confidentiality agreement with Lac in a situation where the well-established practice in the mining industry was such that Corona would have had no reasonable expectation that Lac would use the information to its detriment. To imply that one is not vulnerable to an abuse of power because one could have protected, but did not protect one's self is to focus on one narrow class of "power-dependency relationship" at the expense of the general principle that transcends it. I recognize, of course, that the majority holding in that case was that "the evidence does not establish in this case the existence of a fiduciary relationship" (*per* Lamer J. (as he then was), at p. 630). But as I will indicate presently, there is a basic difference between the type of situation that arises here and that which arose in *Lac Minerals*.

In summary, the precise legal or equitable duties the law will enforce in any given relationship are tailored to the legal and practical incidents of a particular relationship. To repeat a phrase used by Lord Scarman, "[t]here is no substitute in this branch of the law for a meticulous examination of

d'être lésées. Par ailleurs, le «degré de vulnérabilité» relatif, si je puis m'exprimer ainsi, dépend non pas d'une capacité hypothétique de se protéger contre les préjudices, mais plutôt de la nature des attentes raisonnables des parties. De toute évidence, une partie qui s'attend à ce que l'autre agisse dans son intérêt est plus susceptible d'être victime d'un abus de pouvoir que celle qui devrait savoir qu'elle devrait prendre des mesures pour se protéger. J. C. Shepherd, *op. cit.*, formule la question de la façon suivante, à la p. 102:

[TRADUCTION] Dans le cas où une partie faible ou dépendante se fie que la partie dans une position de force ne se servira pas de son pouvoir et de son influence contre elle, et où celle qui est en position de force aurait été au courant ou aurait dû se rendre compte de cette confiance, si elle avait agi *raisonnablement*, nous pouvons dire que la partie en position de force était au courant de cet état de choses et qu'elle a accepté cette fonction en se servant de son pouvoir. [En italique dans l'original.]

C'est pourquoi dans l'arrêt *Lac Minerals*, précité, j'ai jugé contrariant de blâmer Corona de ne pas avoir négocié une entente en matière de confidentialité avec Lac dans un cas où, compte tenu de la pratique bien établie dans l'industrie minière, Corona ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que Lac se serve de ces renseignements à son détriment. Insinuer qu'une partie ne peut avoir été victime d'un abus de pouvoir parce qu'elle aurait pu se protéger mais ne l'a pas fait, revient à mettre l'accent sur une catégorie étroite de «rapports de force et de dépendance» au détriment du principe général qui la transcende. Je reconnais, bien entendu, que notre Cour à la majorité a conclu dans cet arrêt que «la preuve n'établit pas en l'espèce l'existence d'un rapport fiduciaire» (le juge Lamer (maintenant Juge en chef), à la p. 630). Cependant, comme je vais l'indiquer, il y a une différence fondamentale entre la situation qui se présente ici et celle qui existait dans *Lac Minerals*.

En résumé, les obligations de common law ou d'*equity* que les tribunaux feront respecter dans une relation donnée sont adaptées aux particularités juridiques et pratiques de la relation concernée. Pour reprendre une phrase de lord Scarman, [TRADUCTION] «[d]ans ce domaine du droit, rien ne

the facts"; see *National Westminster Bank plc v. Morgan*, [1985] 1 All E.R. 821 (H.L.), at p. 831.

The Authorities

The Court of Appeal relied heavily on this Court's reasons in *Lac Minerals*, and, more particularly, on the reasons of Justice Sopinka. In my view the Court of Appeal erred in importing the analysis in the *Lac Minerals* case to professional advisory relationships. Commercial interactions between parties at arm's length normally derive their social utility from the pursuit of self-interest, and the courts are rightly circumspect when asked to enforce a duty (i.e., the fiduciary duty) that vindicates the very antithesis of self-interest; see *Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 639 (Ont. C.A.), aff'd, [1975] 1 S.C.R. 2; and *Midcon Oil & Gas Ltd. v. New British Dominion Oil Co.*, [1958] S.C.R. 314. The requirement of vulnerability was addressed in *Lac Minerals* in a context where the parties were engaged in negotiations with a view to entering into a joint mining venture. While I viewed the facts differently, I quite understand the reluctance on the part of some of my colleagues to extend the fiduciary principle to what they perceived to be an arm's length commercial relationship. Similarly, the *Hospital Products* case, *supra*, which was central to Sopinka J.'s analysis of vulnerability in *Lac Minerals*, was a case about two commercial actors dealing at arm's length, there in the context of an exclusive distributorship agreement. No doubt it will be a rare occasion where parties, in all other respects independent, are justified in surrendering their self-interest such as to invoke the fiduciary principle. Put another way, the law does not object to one party taking advantage of another *per se*, so long as the particular form of advantage taking is not otherwise objectionable. In *Lac Minerals*, for instance, the majority viewed the particular form of advantage-taking as not unfair. This was primarily owing to their view that International Corona could have protected, but did not protect itself from harm by contract. On the other hand, it was my view that the particular form of advantage-taking was in fact objectionable, given the excep-

aurait remplacer un examen méticuleux des faits»; voir l'arrêt *National Westminster Bank plc c. Morgan*, [1985] 1 All E.R. 821 (H.L.), à la p. 831.

^a La jurisprudence

La Cour d'appel s'est beaucoup appuyée sur les motifs de notre Cour dans l'arrêt *Lac Minerals* et, plus particulièrement, sur ceux du juge Sopinka. À mon avis, la Cour d'appel a eu tort d'appliquer l'analyse faite dans cet arrêt à des rapports consultatifs professionnels. Les rapports commerciaux entre des parties sans lien de dépendance tirent normalement leur utilité sociale de la poursuite d'un intérêt personnel, et les tribunaux ont raison d'être circonspects lorsqu'on leur demande de faire respecter une obligation (c.-à-d. l'obligation fiduciaire) qui vient justifier l'antithèse même de cet intérêt personnel; voir *Jirna Ltd. c. Mister Donut of Canada Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 639 (C.A. Ont.), conf. par [1975] 1 R.C.S. 2, et *Midcon Oil & Gas Ltd. c. New British Dominion Oil Co.*, [1958] R.C.S. 314. L'exigence de vulnérabilité a été abordée dans *Lac Minerals*, dans un contexte où les parties participaient à des négociations visant l'établissement d'une entreprise minière conjointe. Même si je percevais les faits différemment, je comprends bien pourquoi certains de mes collègues hésitaient à appliquer le principe fiduciaire à ce qu'ils considéraient comme des rapports commerciaux sans lien de dépendance. De même, dans l'arrêt *Hospital Products*, précité, pivot de l'analyse que le juge Sopinka a faite de la vulnérabilité dans l'arrêt *Lac Minerals*, il s'agissait de deux acteurs commerciaux sans lien de dépendance, dans le contexte d'une entente de concession exclusive. Certes, il sera rare que des parties, indépendantes à tout autre égard, soient justifiées de renoncer à leur intérêt personnel de manière à invoquer le principe fiduciaire. En d'autres termes, le droit ne s'oppose pas en soi à ce qu'une partie profite d'une autre dans la mesure où cette forme d'exploitation n'est pas par ailleurs inacceptable. Par exemple, dans l'arrêt *Lac Minerals*, notre Cour à la majorité a jugé que cette forme particulière d'exploitation n'était pas inéquitable. Cela s'expliquait surtout par le fait qu'elle considérait qu'International Corona aurait pu se protéger contre tout

tations of the parties generated, *inter alia*, by industry practice concerning the treatment of confidential information between parties negotiating towards a joint venture; see R. E. Hawkins, "LAC and the Emerging Obligation to Bargain in Good Faith" (1990), 15 *Queen's L.J.* 65.

The situation here is quite different from that which arose in *Lac Minerals*. In the professional advisor context, the situation here, it would be surprising indeed to expect an advisee to protect him- or herself from the abuse of power by his or her independent professional advisor when the very basis of the advisory contract is that the advisor will use his or her special skills on behalf of the advisee. The difficulty with this proposition was forcefully expressed by MacFarlane J.A. in *Burns v. Kelly Peters*, *supra*, at p. 44:

... I do not think that an investor must inquire whether his trusted and paid adviser is joined with the developer in making secret profits at his expense, and in concealing facts material to his financial well-being.

Similarly, in *Nocton v. Lord Ashburton*, *supra*, another case of non-disclosure, the House of Lords summarily dismissed the defendant's submission that the client had the means to correct the false impression made on him by his solicitor's misleading statement.

In sharp contrast to arm's length commercial relationships, which are characterized by self-interest, the essence of professional advisory relationships is precisely trust, confidence, and independence. Thus, the concern expressed by Wilson J. in *Frame*, *supra*, and echoed by Sopinka J. in *Lac Minerals*, *supra*, about the dangers of extending the fiduciary principle in the context of an arm's

préjudice au moyen d'un contrat, mais ne l'a pas fait. Par contre, j'étais d'avis que cette forme particulière d'exploitation était en fait inacceptable, en raison des attentes des parties générées notamment par la pratique de l'industrie relativement au traitement des renseignements confidentiels entre des parties en train de négocier une entreprise conjointe; voir R. E. Hawkins, «LAC and the Emerging Obligation to Bargain in Good Faith» (1990), 15 *Queen's L.J.* 65.

La situation en l'espèce est fort différente de celle qui existait dans *Lac Minerals*. Dans le cas d'un conseiller professionnel, comme en l'espèce, il serait plutôt étonnant de s'attendre à ce que la personne qui reçoit les conseils se protège contre un exercice abusif du pouvoir de son conseiller professionnel indépendant, alors que le fondement même du contrat de consultation est l'utilisation par le conseiller de ses compétences spéciales pour le compte de son client. La difficulté soulevée par cette proposition a été exposée clairement par le juge MacFarlane dans l'arrêt *Burns c. Kelly Peters*, précité, à la p. 44:

[TRADUCTION] ... j'estime qu'un investisseur n'a pas à se demander si le conseiller en qui il a confiance et qu'il rémunère s'est entendu avec le promoteur pour réaliser, à son détriment, des bénéfiques secrets, et lui dissimuler des faits importants relativement à son bien-être en matière financière.

De même, dans l'arrêt *Nocton c. Lord Ashburton*, précité, une autre affaire de non-divulgarion, la Chambre des lords a rejeté sommairement l'argument du défendeur selon lequel le client avait les moyens de corriger la fausse impression que la déclaration trompeuse de son avocat avait créée chez lui.

Tout à fait à l'opposé des relations commerciales sans lien de dépendance, caractérisées par l'intérêt personnel, les rapports consultatifs professionnels reposent essentiellement sur la confiance et l'indépendance. Par conséquent, la préoccupation exprimée par le juge Wilson dans l'arrêt *Frame*, précité, et reprise par le juge Sopinka dans l'arrêt *Lac Minerals*, précité, relativement aux risques d'appliquer le principe fiduciaire aux relations commerciales sans lien de dépendance n'est tout simple-

length commercial relationship is simply not transferable to professional advisory relationships.

I note in passing that the dissenting reasons of Lambert J.A. in *Kelly Peters*, *supra*, upon which the Court of Appeal relied in the present case, turned, at least in part, on the absence of fees between the parties. The plaintiffs in *Kelly Peters* were clients of Kelly Peters & Associates Ltd. (K.P.A.) (the defendant), a financial planning and counselling concern. K.P.A. had been retained by the various plaintiffs to set up a "base plan" on their behalf. This included such services as drawing up a will, making arrangements for life insurance, RRSPs, and so on. K.P.A. also offered an "investment plan" whereby clients received counselling regarding the purchase of real estate for investment and tax purposes. As it turned out, the defendants advised the plaintiffs on the purchase of certain Hawaiian MURBs without disclosing that they (the defendants) were receiving a substantial commission on each sale. At the time the plaintiffs were being advised to purchase the Hawaiian MURBs the adviser was not asking for any fee for the advice or making any arrangements to secure payment of a fee. This fact led Lambert J.A. to infer that the plaintiffs must have known that the advice was not independent, but rather that it was tainted by self-interest. He stated, at p. 29:

The plaintiffs must have known that commissions were being paid to someone, and they must have known that K.P.A. Ltd., William Kelly, John Peters, Maureen Kelly, and the associates obtained commission income from transactions. There is no evidence that if the plaintiffs had asked about commissions they would not have been told the precise situation.

I would add, however, that while Lambert J.A. was willing to infer from the absence of fees an understanding on the part of the plaintiffs that the advice of K.P.A. was tainted, the majority was unwilling to draw such an inference. Having said this, I note that the facts in the present case are much stronger than those in *Kelly Peters* with respect to this cru-

ment pas pertinente dans le contexte de rapports consultatifs professionnels.

Je fais remarquer en passant que les motifs de dissidence du juge Lambert, dans l'arrêt *Kelly Peters*, précité, sur lesquels s'est fondée la Cour d'appel en l'espèce, reposaient, du moins en partie, sur l'absence d'honoraires entre les parties. Dans l'arrêt *Kelly Peters*, les demandeurs étaient des clients de Kelly Peters & Associates Ltd. (K.P.A.) (la défenderesse), une entreprise œuvrant dans le domaine de la planification et de la consultation de nature financière. Les divers demandeurs avaient retenu les services de K.P.A. pour qu'elle établisse un «régime de base» pour leur compte. Il s'agissait notamment des services suivants: rédiger des testaments, prendre des dispositions en matière d'assurance-vie, de REER et ainsi de suite. K.P.A. offrait également un «régime de placements» dans le cadre duquel les clients étaient conseillés relativement à l'achat de biens immobiliers comme placements et à des fins fiscales. En fin de compte, les défendeurs avaient conseillé aux demandeurs d'acheter certains IRLM à Hawaï, sans divulguer qu'ils (les défendeurs) recevaient une importante commission sur chaque vente. À l'époque où les demandeurs avaient été avisés d'acheter les IRLM à Hawaï, le conseiller n'exigeait pas d'honoraires pour les conseils ni ne faisait de démarches pour en recevoir. Ce fait a amené le juge Lambert à inférer que les demandeurs devaient savoir que le conseiller n'était pas indépendant, mais qu'il agissait plutôt dans son intérêt personnel. Il affirme, à la p. 29:

[TRADUCTION] Les demandeurs devaient savoir que des commissions étaient versées à quelqu'un, et que K.P.A. Ltd., William Kelly, John Peters, Maureen Kelly et les associés tiraient des commissions des opérations en question. Il n'y a aucune preuve que les demandeurs n'auraient pas été mis au courant de la situation exacte s'ils s'étaient renseignés au sujet des commissions.

J'ajouterais cependant que, même si le juge Lambert était disposé à conclure de l'absence d'honoraires que les demandeurs savaient que K.P.A. fournissait des conseils intéressés, la cour à la majorité n'était disposée à tirer cette conclusion. Ceci dit, je constate que les faits en l'espèce sont beaucoup plus solides sur ce point crucial que ceux

cial point. The appellant adduced uncontradicted evidence to the effect that the respondent went out of his way to represent himself as independent, and this factor was of critical importance to the appellant. In fact, the respondent made a conscious decision not to disclose his fee arrangement with the developers to his investor clients for fear it would interfere with his lucrative practice. At a meeting of July 21, 1980 attended by the respondent, the Olma brothers, and the Olmas' attorney, it was explained that any fees and monies paid to the respondent must be disclosed to the investors, otherwise such fees could be construed as a secret commission or bribe under the *Criminal Code*. The discussion then turned to other ways in which the respondent could earn income from the Olmas without having to make disclosure to the investors. By that point the respondent had already billed the Olma brothers in the amount of \$24,500.

The finding of a fiduciary relationship in the independent professional advisory context simply does not represent any addition to the law. Courts exercising equitable jurisdiction have repeatedly affirmed that clients in a professional advisory relationship have a right to expect that their professional advisors will act in their best interests, to the exclusion of all other interests, unless the contrary is disclosed. J. C. Shepherd states the following in his treatise, *The Law of Fiduciaries*, *supra*, at p. 28:

It appears to be settled that any person can, by offering to give advice in a particular manner to another, create in himself fiduciary obligations stemming from the confidential nature of the relationship created, which obligations limit the adviser's dealings with the advisee.

Indeed, nobody would argue against the enforcement of fiduciary duties in policing the advisory aspect of solicitor-client relationships; see *Nocton v. Lord Ashburton*, *supra*; *Jacks v. Davis*, *supra*. Similar rules apply in the fields of real estate and insurance counselling; see *Henderson v. Thompson*, [1909] S.C.R. 445 (real estate agents); *Fine's Flowers Ltd. v. General Accident Assurance Co. of*

de l'affaire *Kelly Peters*. L'appellant a présenté des éléments de preuve non contredits que l'intimé s'est tout particulièrement efforcé de se présenter comme indépendant, et que ce facteur était d'une importance cruciale pour l'appellant. En fait, l'intimé a pris la décision réfléchie de ne pas divulguer à ses clients investisseurs l'entente de versement d'honoraires qu'il avait conclue avec les promoteurs, de crainte que cela nuise à sa pratique lucrative. Lors de la réunion du 21 juillet 1980 à laquelle ont assisté l'intimé, les frères Olma et leur avocat, on a expliqué qu'il devait y avoir divulgation aux investisseurs de tout honoraire ou somme d'argent versée à l'intimé, sinon ces honoraires pourraient être considérés comme une commission secrète ou un pot-de-vin au sens du *Code criminel*. La discussion a ensuite porté sur d'autres moyens que pourrait prendre l'intimé pour obtenir un revenu des Olma, sans avoir à en faire part aux investisseurs. À ce moment-là, l'intimé avait déjà présenté aux frères Olma une facture de 24 500 \$.

La conclusion à l'existence d'une relation fiduciaire dans le contexte de conseils professionnels indépendants ne constitue tout simplement pas un ajout au droit. Les tribunaux exerçant leur compétence d'*equity* ont, à maintes reprises, confirmé que des clients, dans une relation consultative professionnelle, ont le droit de s'attendre à ce que leurs conseillers professionnels agissent dans leur intérêt, à l'exclusion de tout autre intérêt, à moins d'avis contraire. J. C. Shepherd affirme ce qui suit dans son traité intitulé *The Law of Fiduciaries*, *op. cit.*, à la p. 28:

[TRADUCTION] Il paraît établi qu'une personne peut, si elle offre d'en conseiller une autre de façon particulière, s'imposer à elle-même des obligations fiduciaires découlant de la nature confidentielle de la relation créée, lesquelles obligations restreignent les rapports du conseiller avec son client.

En fait, personne ne s'opposerait à la mise à exécution d'obligations fiduciaires dans le cadre du contrôle exercé sur l'aspect consultatif de la relation professionnelle entre un avocat et son client; voir les arrêts *Nocton c. Lord Ashburton* et *Jacks c. Davis*, précités. Des règles semblables s'appliquent dans le domaine de l'immobilier et de la prestation de conseils en matière d'assurances; voir *Hender-*

Canada (1977), 17 O.R. (2d) 529 (C.A.); *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*, [1990] 3 S.C.R. 191 (insurance agents); and J. G. Edmond, "Fiduciary Duties Owed by Insurance, Real Estate and Other Agents" in *The 1993 Isaac Pitblado Lectures, Fiduciary Duties/Conflicts of Interest*, at pp. 75-86.

More importantly for present purposes, courts have consistently shown a willingness to enforce a fiduciary duty in the investment advice aspect of many kinds of financial service relationships; see *Baskerville v. Thurgood* (1992), 100 Sask. R. 214 (C.A.); *Kelly Peters, supra*; *Elderkin v. Merrill Lynch, Royal Securities Ltd.* (1977), 80 D.L.R. (3d) 313 (N.S.C.A.) (investment counsellor-client); *Glennie v. McD. & C. Holdings Ltd.*, [1935] S.C.R. 257; *Burke v. Cory* (1959), 19 D.L.R. (2d) 252 (Ont. C.A.); *Maghun v. Richardson Securities of Canada Ltd.* (1986), 34 D.L.R. (4th) 524 (Ont. C.A.) (stockbroker-client); *Lloyds Bank, supra*; *Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce, supra*, (banker-client); *Wakeford v. Yada Tompkins Huntingford & Humphries* (unreported, B.C.S.C. August 1, 1985), (Van. Reg. No. C826216), aff'd (1986), 4 B.C.L.R. (2d) 306 (C.A.) (accountant-client); see, generally, Mark Ellis, "Financial Advisors" (Chapters 7 and 8) in *Fiduciary Duties in Canada* (1988). In all of these cases, as here, the ultimate discretion or power in the disposition of funds remained with the beneficiary. In addition, where reliance on the investment advice is found, a fiduciary duty has been affirmed without regard to the level of sophistication of the client, or the client's ultimate discretion to accept or reject the professional's advice; see *Elderkin, supra*; *Laskin v. Bache & Co.*, [1972] 1 O.R. 465 (C.A.); *Wakeford, supra*, at p. 8. Rather, the common thread that unites this body of law is the measure of the confidential and trust-like nature of the particular advisory relationship, and

son c. Thompson, [1909] R.C.S. 445 (agents immobiliers); *Fine's Flowers Ltd. c. General Accident Assurance Co. of Canada* (1977), 17 O.R. (2d) 529 (C.A.); *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191 (agents d'assurances); et J. G. Edmond, «Fiduciary Duties Owed by Insurance, Real Estate and Other Agents», dans *The 1993 Isaac Pitblado Lectures, Fiduciary Duties/Conflicts of Interest*, aux pp. 75 à 86.

Il est encore plus important de mentionner, pour les présentes fins, que les tribunaux se sont toujours montrés disposés à faire respecter une obligation fiduciaire relativement à l'aspect conseils en placements de nombreux types de rapports financiers; voir les arrêts *Baskerville c. Thurgood* (1992), 100 Sask. R. 214 (C.A.); *Kelly Peters*, précité; *Elderkin c. Merrill Lynch, Royal Securities Ltd.* (1977), 80 D.L.R. (3d) 313 (C.A.N.-É.) (conseiller en placements et client); *Glennie c. McD. & C. Holdings Ltd.*, [1935] R.C.S. 257; *Burke c. Cory* (1959), 19 D.L.R. (2d) 252 (C.A. Ont.); *Maghun c. Richardson Securities of Canada Ltd.* (1986), 34 D.L.R. (4th) 524 (C.A. Ont.) (courtier en valeurs mobilières et client); *Lloyds Bank*, précité; *Standard Investments Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, précité, (banquier et client); *Wakeford c. Yada Tompkins Huntingford & Humphries* (décision inédite, C.S.C.-B., 1^{er} août 1985), (Van. Reg. No. C826216), conf. par (1986), 4 B.C.L.R. (2d) 306 (C.A.) (comptable et client); voir généralement Mark Ellis, «Financial Advisors» (chapitres 7 et 8) dans *Fiduciary Duties in Canada* (1988). Dans tous ces cas, comme en l'espèce, c'est le bénéficiaire qui a le pouvoir discrétionnaire ultime de disposer des fonds. En outre, dans le cas où on a conclu qu'une personne s'était fiée aux conseils donnés en matière financière, on a confirmé l'existence d'une obligation fiduciaire indépendamment du niveau de connaissances du client ou de son pouvoir discrétionnaire ultime d'accepter ou de rejeter les conseils professionnels; voir les arrêts *Elderkin*, précité, et *Laskin c. Bache & Co.*, [1972] 1 O.R. 465 (C.A.), ainsi que la décision *Wakeford*, précitée, à la p. 8. Au contraire, cette jurisprudence a en commun, d'une part, la confidentialité du rapport consultatif particulier et

the ability of the plaintiff to establish reliance in fact.

Much of this caselaw was recently canvassed by Keenan J. in *Varcoe v. Sterling* (1992), 7 O.R. (3d) 204 (Gen. Div.), in an effort to demarcate the boundaries of the fiduciary principle in the broker-client relationship. Keenan J. stated, at pp. 234-36:

The relationship of broker and client is not *per se* a fiduciary relationship. . . . Where the elements of trust and confidence and reliance on skill and knowledge and advice are present, the relationship is fiduciary and the obligations that attach are fiduciary. On the other hand, if those elements are not present, the fiduciary relationship does not exist. . . . The circumstances can cover the whole spectrum from total reliance to total independence. An example of total reliance is found in the case of *Ryder v. Osler, Wills, Bickle Ltd.* (1985), 49 O.R. (2d) 609, 16 D.L.R. (4th) 80 (H.C.J.). A \$400,000 trust for the benefit of an elderly widow was deposited with the broker. An investment plan was prepared and approved and authority given to operate a discretionary account. . . . At the other end of the spectrum is the unreported case of *Merit Investment Corp. v. Mogil*, Ont. H.C.J., Anderson J., March 23, 1989 (summarized at 14 A.C.W.S. (3d) 378), in which the client used the brokerage firm for processing orders. He referred to the account executive as an "order-taker", whose advice was not sought and whose warnings were ignored.

The relationship of the broker and client is elevated to a fiduciary level when the client reposes trust and confidence in the broker and relies on the broker's advice in making business decisions. When the broker seeks or accepts the client's trust and confidence and undertakes to advise, the broker must do so fully, honestly and in good faith. . . . It is the trust and reliance placed by the client which gives to the broker the power and in some cases, discretion, to make a business decision for the client. Because the client has reposed that trust and confidence and has given over that power to the broker, the law imposes a duty on the broker to honour that trust and respond accordingly.

la confiance qu'on y fait et, d'autre part, la possibilité pour le demandeur d'établir qu'il se fiait effectivement aux conseils reçus.

Le juge Keenan a récemment examiné une bonne partie de cette jurisprudence dans l'arrêt *Varcoe c. Sterling* (1992), 7 O.R. (3d) 204 (Div. gén.), pour tenter de délimiter le principe fiduciaire dans la relation courtier-client. Le juge Keenan affirme, aux pp. 234 à 236:

[TRADUCTION] La relation entre un courtier et son client n'est pas en soi une relation fiduciaire. [. . .] Dans le cas où une personne a confiance en une autre, se fie à ses compétences et à ses connaissances et bénéficie de ses conseils, il s'agit d'un rapport fiduciaire et les obligations qui s'y rattachent sont fiduciaires. Par contre, si ces éléments n'existent pas, il n'y a pas de rapport fiduciaire. [. . .] Cela peut aller d'une confiance absolue dans l'autre jusqu'à l'indépendance complète vis-à-vis de l'autre. L'arrêt *Ryder c. Osler, Wills, Bickle Ltd.* (1985), 49 O.R. (2d) 609, 16 D.L.R. (4th) 80 (H.C.J.) est un exemple de confiance absolue. Dans cette affaire, une somme de 400 000 \$ avait été déposée en fiducie chez un courtier pour le bénéfice d'une veuve âgée. Un plan d'investissement avait été préparé et approuvé, et une autorisation avait été donnée pour l'utilisation d'un compte discrétionnaire. [. . .] À l'opposé, il y a l'affaire inédite *Merit Investment Corp. c. Mogil*, H.C.J. Ont., le juge Anderson, 23 mars 1989 (résumé à 14 A.C.W.S. (3d) 378), dans laquelle le client utilisait la firme de courtage pour faire exécuter ses ordres. Il qualifiait le représentant de «preneur d'ordres» dont il ne voulait pas obtenir les conseils et dont il ignorait les avertissements.

La relation entre le courtier et le client devient fiduciaire lorsque le client fait confiance au courtier et se fie aux conseils qu'il reçoit de lui pour prendre des décisions d'affaires. Lorsqu'il cherche à obtenir la confiance du client ou qu'il accepte qu'il lui fasse confiance, et qu'il entreprend de le conseiller, le courtier doit agir en toute intégrité, en toute honnêteté et de bonne foi. [. . .] C'est la confiance que le client fait au courtier qui confère à ce dernier l'autorisation et, dans certains cas, le pouvoir discrétionnaire, de prendre une décision d'affaires pour le client. Puisque le client a compté sur cette confiance et a transmis ce pouvoir au courtier, le droit impose au courtier l'obligation d'honorer cette confiance et de se comporter en conséquence.

In my view, this passage represents an accurate statement of fiduciary law in the context of independent professional advisory relationships, whether the advisers be accountants, stockbrokers, bankers, or investment counsellors. Moreover, it states a principled and workable doctrinal approach. Thus, where a fiduciary duty is claimed in the context of a financial advisory relationship, it is at all events a question of fact as to whether the parties' relationship was such as to give rise to a fiduciary duty on the part of the advisor.

Policy Considerations

Apart from the idea that a person has breached a trust, there is a wider reason to support fiduciary relationships in the case of financial advisors. These are occupations where advisors to whom a person gives trust has power over a vast sum of money, yet the nature of their position is such that specific regulation might frustrate the very function they have to perform. By enforcing a duty of honesty and good faith, the courts are able to regulate an activity that is of great value to commerce and society generally.

This feature of fiduciary law has been remarked upon by several prominent academics in the area; see Ernest J. Weinrib, "The Fiduciary Obligation", *supra*, at p. 15; Shepherd, *supra*, at pp. 78-83; Tamar Frankel, "Fiduciary Law", *supra*, at pp. 802-4; Tamar Frankel, "Fiduciary Law: The Judicial Process and the Duty of Care" in *The 1993 Isaac Pitblado Lectures*, *supra*, pp. 143-62, at p. 145; P. D. Finn, "The Fiduciary Principle", *supra*, at pp. 27, 50-51; P. D. Finn, "Contract and the Fiduciary Principle", *supra*, at p. 82; P. D. Finn, "Conflicts of Interest and Professionals", paper presented at Professional responsibility Seminar, University of Auckland, May 29, 1987, pp. 7-48, at pp. 14-15. For example, Professor Frankel states, at pp. 144-45:

À mon avis, ce passage décrit exactement l'état du droit relatif aux obligations fiduciaires dans le contexte de rapports consultatifs professionnels indépendants, peu importe que le conseiller soit comptable, courtier en valeurs mobilières, banquier ou conseiller en placements. En outre, on y formule une méthode doctrinale possible fondée sur des principes. Ainsi, dans le cas où on fait valoir l'existence d'une obligation fiduciaire dans le contexte d'une relation avec un conseiller financier, la question de savoir si la relation entre les parties était de nature à donner naissance à une obligation fiduciaire de la part du conseiller est, en tout état de cause, une question de fait.

Considérations de principe

Outre l'idée qu'il y a eu abus de confiance par une personne, il existe un motif général de conclure à l'existence de rapports fiduciaires dans le cas de conseillers financiers. Il y a des situations où un conseiller à qui une personne fait confiance exerce un pouvoir sur d'importantes sommes d'argent; toutefois, la nature de sa position est telle qu'une réglementation précise risquerait de contre-carrer la fonction qu'il doit remplir. En faisant respecter un devoir d'honnêteté et de bonne foi, les tribunaux sont en mesure de réglementer une activité fort importante pour l'ensemble du commerce et de la société.

Plusieurs auteurs bien connus ont fait des commentaires sur cet aspect du droit relatif aux obligations fiduciaires; voir Ernest J. Weinrib, «The Fiduciary Obligation», *loc. cit.*, à la p. 15; Shepherd, *op. cit.*, aux pp. 78 à 83; Tamar Frankel, «Fiduciary Law», *loc. cit.*, aux pp. 802 à 804; Tamar Frankel, «Fiduciary Law: The Judicial Process and the Duty of Care», dans *The 1993 Isaac Pitblado Lectures*, *op. cit.*, pp. 143 à 162, à la p. 145; P. D. Finn, «The Fiduciary Principle», *loc. cit.*, aux pp. 27, 50 et 51; P. D. Finn, «Contract and the Fiduciary Principle», *loc. cit.*, à la p. 82; P. D. Finn, «Conflicts of Interest and Professionals», document présenté lors d'un colloque sur la responsabilité professionnelle, Université d'Auckland, 29 mai 1987, pp. 7 à 48, aux pp. 14 et 15. Par exemple, le professeur Frankel dit, aux pp. 144 et 145:

Fiduciary law regulates the providers of very special services. These services can be divided into two groups. The first group consists of services that require entrustment of property or power to the fiduciary. Without such entrustment the services cannot be rendered at all, or they can be rendered with less than maximum efficiency. The second group consists of services requiring skills that are very costly to master; for example, lawyering, and some kinds of investment management.

Because the relationship poses for one party (“the entrustor”) substantial risks of misappropriation and monitoring costs and because public policy strongly supports both groups of services, fiduciary law interferes to reduce these risks and costs. The law aims at deterring fiduciaries from misappropriating the powers vested in them solely for the purpose of enabling them to perform their functions. . . .

Professor Finn puts the matter this way in “Conflicts of Interest and Professionals”, *supra*, at p. 15:

In some spheres conduct regulation would appear to be becoming an end in itself and this because there can be a public interest in reassuring the community — not merely beneficiaries — that even the appearance of improper behaviour will not be tolerated. The emphasis here seems, in part at least, to be the maintenance of the public’s acceptance of, and of the credibility of, important institutions in society which render “fiduciary services” to the public.

Finally, Professor Weinrib speaks in terms of “maintaining the integrity of the marketplace”, *supra*, at p. 15.

The social importance of the fiduciary principle is embedded in the very genesis of the legal concept, as it was developed in *Keech v. Sandford, supra*. In *Keech* the defendant trustee held a lease of a market in trust for an infant beneficiary. Prior to the expiration of the lease the lessor stated he would not renew the lease to the infant, upon which the trustee took the lease for himself. The court, however, ordered the renewed lease to be held on a constructive trust for the infant beneficiary, and held the defendant to account for the prof-

[TRADUCTION] Le droit relatif aux obligations fiduciaires réglemente les fournisseurs de services très spéciaux. Ces services se divisent en deux catégories. La première comprend les services pour lesquels des biens ou un pouvoir doivent être transférés au fiduciaire. En l’absence de ce transfert, le fiduciaire ne peut offrir les services attendus ou ne peut le faire avec une efficacité maximale. Dans la deuxième catégorie, il y a les services qui exigent des compétences très coûteuses pour le mandant; par exemple, les services d’un avocat et de certains conseillers en placements.

Parce que la relation présente pour une partie («le mandant») des risques importants de détournement de pouvoirs et entraîne pour cette partie des coûts de surveillance, et parce que l’ordre public milite fortement en faveur des deux catégories de services, le droit relatif aux obligations fiduciaires intervient pour réduire ces risques et ces coûts. Le droit vise à dissuader les fiduciaires de détourner les pouvoirs qui leur sont conférés à la seule fin de leur permettre de s’acquitter de leurs fonctions. . .

Voici comment le professeur Finn exprime ce point de vue dans «Conflicts of Interest and Professionals», *loc. cit.*, à la p. 15:

[TRADUCTION] Dans certaines sphères, les règles d’éthique paraissent devenir une fin en soi puisqu’il peut être d’ordre public de rassurer la société — non seulement les bénéficiaires — que même une apparence d’inconduite ne sera pas tolérée. On semble ici mettre l’accent, du moins en partie, sur le maintien de l’acceptation par le public d’importantes institutions qui, dans notre société, fournissent des «services fiduciaires», ainsi que sur la crédibilité de ces institutions.

Enfin, le professeur Weinrib parle du [TRADUCTION] «maintien de l’intégrité du marché», *loc. cit.*, à la p. 15.

L’importance sociale du principe fiduciaire est liée à l’origine même de la notion juridique conçue dans l’arrêt *Keech c. Sandford*, précité. Dans cette affaire, le fiduciaire défendeur détenait le bail d’un marché en fiducie pour le compte d’un bénéficiaire mineur. Avant l’expiration de ce bail, le locateur avait indiqué qu’il ne reconduirait pas le bail de l’enfant mineur et le fiduciaire avait alors pris le bail à son nom. Cependant, le tribunal a ordonné que le bail reconduit soit interprété comme une fiducie par interprétation pour le bénéficiaire

its. The Lord Chancellor stated the following at p. 223 (E.R.) and at p. 62 (Sel. Cas. T. King):

... I very well see, if a trustee, on the refusal to renew, might have a lease to himself, few trust-estates would be renewed to *cestui que* use. . . . This may seem hard, that the trustee is the only person of all mankind who might not have the lease: but it is very proper that rule should be strictly pursued, and not in the least relaxed; for it is very obvious what would be the consequence of letting trustees have the lease, on refusal to renew to *cestui que* use. [Emphasis added.]

The desire to protect and reinforce the integrity of social institutions and enterprises is prevalent throughout fiduciary law. The reason for this desire is that the law has recognized the importance of instilling in our social institutions and enterprises some recognition that not all relationships are characterized by a dynamic of mutual autonomy, and that the marketplace cannot always set the rules. By instilling this kind of flexibility into our regulation of social institutions and enterprises, the law therefore helps to strengthen them.

I earlier referred to the coincidence of business and accepted morality in *Lac Minerals, supra*, at p. 668. The concern there was with reinforcing the established norms by which the development of the natural resources of this country could be most efficiently accomplished. Of greater relevance to the case at bar, I note my colleague Justice Cory's description of the investment advisor-client relationship in *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170, the criminal counterpart to *Kelly Peters, supra*. There, the accused was convicted of corruptly accepting a reward or benefit contrary to s. 426(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Cory J., writing for the majority of this Court, stated, at p. 183:

mineur, et que le défendeur rende compte des profits. Le lord chancelier affirme ceci, à la p. 223 (E.R.) et à la p. 62 (Sel. Cas. T. King):

[TRANSDUCTION] . . . je constate fort clairement que si un fiduciaire pouvait s'approprier un bail en cas de refus de reconduction, peu de baux pour des biens en fiducie seraient reconduits en faveur du bénéficiaire de la fiducie. [. . .] Il peut sembler difficile de concevoir que le fiduciaire soit la seule personne au monde qui ne puisse obtenir le bail: cependant, il est tout à fait approprié que cette règle soit appliquée strictement et ne soit pas assouplie le moindrement; en effet, on se rend bien compte de ce que serait la conséquence de laisser le fiduciaire conclure le bail, en cas de refus de reconduction en faveur du bénéficiaire de la fiducie. [Je souligne.]

La volonté de protéger et de renforcer l'intégrité des institutions et des entreprises sociales ressort de l'ensemble du droit relatif aux obligations fiduciaires. Cette volonté s'explique par la reconnaissance en droit de l'importance d'insuffler dans nos institutions et entreprises sociales la reconnaissance que ce ne sont pas toutes les relations qui sont caractérisées par une dynamique d'autonomie mutuelle et que le marché ne peut pas toujours dicter les règles à suivre. En insufflant ce genre de souplesse dans notre réglementation des institutions et entreprises sociales, le droit contribue donc à les renforcer.

J'ai déjà parlé de la coïncidence des affaires et des principes moraux reconnus dans l'arrêt *Lac Minerals*, précité, à la p. 668. La préoccupation, dans cet arrêt, était de renforcer les normes établies pour que la mise en valeur de nos ressources naturelles puisse être réalisée de la façon la plus efficace possible. Ce qui est plus pertinent en l'espèce, je souligne la description que mon collègue le juge Cory donne de la relation qui existe entre un conseiller en placements et son client dans l'arrêt *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170, l'équivalent en matière criminelle de l'arrêt *Kelly Peters*, précité. Dans cette affaire, l'accusé avait été déclaré coupable d'avoir, par corruption, accepté une récompense ou un bénéfice contrairement à l'al. 426(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le juge Cory affirme, au nom de notre Cour à la majorité, à la p. 183:

With increasing frequency financial advisors are acting as agents for their clients. Very often business and professional people earning a good income are too busy earning that income to properly arrange their financial affairs. They turn to financial advisors for assistance. The principal/agent relationship is almost invariably based upon the disclosure by the principal to the agent of confidential information. The relationship is founded upon the trust and confidence that the principal can repose in the advice given and the services performed by the agent.

Cory J. had little difficulty concluding that the relationship between the parties was one of principal-agent which was of course fiduciary in nature. He stated, at p. 186: "There can be no doubt in this case that an agency relationship existed between Kelly and his clients and that Kelly was aware of the existence of that relationship."

Further, in many advisory relationships norms of loyalty and good faith are often indicated by the various codes of professional responsibility and behaviour set out by the relevant self-regulatory body. The *raison d'être* of such codes is the protection of parties in situations where they cannot, despite their best efforts, protect themselves, because of the nature of the relationship. These codes exist to impose regulation on an activity that cannot be left entirely open to free market forces. I have already referred to the function of the professional standards expected of doctors in *Norberg, supra*. The professional rules of conduct governing lawyers was considered in *Granville Savings and Mortgage Corp. v. Slevin* (1990), 68 Man. R. (2d) 241 (Q.B.), rev'd [1992] 5 W.W.R. 1 (Man. C.A.), trial judgment restored [1993] 4 S.C.R. 279. There, the defendant law firm undertook to prepare certain mortgage documents in connection with a mortgage transaction between their client (the mortgagor) and the plaintiff mortgagee. As it turned out, the lawyers negligently represented to the plaintiffs that their mortgage constituted a first charge on the property. The plaintiffs sued in tort, contract, and fiduciary duty. The trial judge allowed the claim on all three heads of liability. This was reversed by the Court of Appeal, but on a further appeal to this Court, the trial judge's judgment was restored. The finding of a fiduciary duty was consistent with Commentary 8, Chapter 19 of

De plus en plus, les conseillers financiers agissent à titre d'agents pour leurs clients. Très souvent, les gens d'affaires et les professionnels qui ont un revenu élevé sont trop accaparés par leur travail pour bien organiser leurs affaires financières. Ils font alors appel aux services de conseillers financiers. Le rapport commettant-agent est presque toujours fondé sur la divulgation de renseignements confidentiels par le commettant à l'agent. Ce rapport repose sur la confiance que le commettant peut avoir dans les conseils et les services que l'agent lui fournit.

Le juge Cory a eu peu de difficulté à conclure qu'il existait entre les parties une relation mandant-mandataire qui était certainement de nature fiduciaire. Il affirme à la p. 186: «En l'espèce, il n'y a pas de doute qu'il y avait un mandat entre Kelly et ses clients et que Kelly était au courant de l'existence de ce mandat.»

De plus, dans bien des relations consultatives, les normes de loyauté et de bonne foi à respecter sont souvent mentionnées dans les divers codes de déontologie professionnelle établis par les organismes autonomes compétents. Ces codes visent à protéger les parties qui sont dans une situation où, malgré leurs efforts en ce sens, elles ne peuvent pas se protéger elles-mêmes en raison de la nature de la relation qu'elles entretiennent. Ces codes sont là pour imposer la réglementation d'une activité qui ne peut être laissée entièrement exposée aux forces du marché libre. Dans l'arrêt *Norberg*, précité, j'ai déjà parlé de la fonction des normes professionnelles qui, s'attend-on, doivent être respectées par les médecins. Les règles de conduite professionnelle applicables aux avocats ont été examinées dans l'arrêt *Granville Savings and Mortgage Corp. c. Slevin* (1990), 68 Man. R. (2d) 241 (B.R.), infirmé par [1992] 5 W.W.R. 1 (C.A. Man.), décision de première instance rétablie, [1993] 4 R.C.S. 279. Dans cette affaire, le bureau d'avocat intimé avait entrepris de préparer certains documents hypothécaires relativement à une opération hypothécaire entre son client (le débiteur hypothécaire) et le créancier hypothécaire demandeur. En fin de compte, les avocats ont par négligence indiqué aux demandeurs que leur hypothèque était une hypothèque de premier rang sur le bien en question. Les demandeurs ont intenté une action fondée sur la responsabilité délictuelle,

the Canadian Bar Association's *Code of Professional Conduct*, which instructs lawyers to urge unrepresented parties to seek representation, and, failing that, to ensure that the party "is not proceeding under the impression that the lawyer is protecting such person's interests". The code goes on to warn lawyers that they may have an obligation to a person whom the lawyer does not represent.

In the present case, the trial judge found as a fact that the standards set by the accounting profession at the relevant time compelled full disclosure by the respondent of his interest with the developers. Reference was made during the course of the trial to the *Rules of Professional Conduct* of the Institute of Chartered Accountants of British Columbia. Rules 204 and 208.1, both in effect in 1980, stated:

204 A member who is engaged to express an opinion on financial statements shall hold himself free of any influence, interest or relationship, in respect of his client's affairs, which impairs his professional judgment or objectivity or which, in the view of a reasonable observer, has that effect.

208.1 A member or student shall not, in connection with any transaction involving a client, hold, receive, bargain for, become entitled to or acquire any fee, remuneration or benefit without the client's knowledge and consent.

Reference was also made to a document entitled the "Duncan Manson Memorandum", a memorandum prepared by the Public Practice Committee and the Council of the Institute of Chartered Accountants of British Columbia to address concerns raised by accountants engaged in giving investment advice regarding real estate and other tax shelters. These concerns, according to the witness Chambers, stemmed from a view that "the Chartered Accountant's traditional role of provid-

l'inexécution de contrat et le manquement à une obligation fiduciaire. Le juge de première instance a accueilli la demande relativement aux trois chefs de responsabilité. La Cour d'appel a infirmé ce jugement qui a toutefois été rétabli à la suite d'un pourvoi devant notre Cour. La conclusion à l'existence d'une obligation fiduciaire était compatible avec le commentaire 8, chapitre XIX du *Code de déontologie professionnelle* de l'Association du Barreau canadien, qui demande aux avocats d'inciter une personne non représentée à demander à être représentée et, à défaut de cela, de veiller à ce qu'elle «ne s' imagine pas qu'il protège ses intérêts». Le code avertit ensuite les avocats qu'ils peuvent avoir une obligation envers une personne que l'avocat ne représente pas.

En l'espèce, le juge de première instance est arrivé à la conclusion de fait que, d'après les normes établies par l'ordre des comptables à l'époque en cause, l'intimé était tenu de divulguer complètement les rapports qu'il avait avec les promoteurs. Au cours du procès, on a fait allusion aux *Rules of Professional Conduct* de l'Institute of Chartered Accountants of British Columbia. Les règles 204 et 208.1 en vigueur en 1980 se lisaient ainsi:

[TRADUCTION] **204** Un membre appelé à exprimer une opinion sur des états financiers doit demeurer libre de toute influence, de tout intérêt ou rapport relativement aux affaires de son client, qui entrave son jugement ou son objectivité professionnels ou qui, de l'avis d'un observateur raisonnable, a cet effet.

208.1 Relativement à toute opération concernant un client, un membre ou un étudiant ne peut détenir, recevoir ou négocier des honoraires, une rémunération ou un bénéfice, ou encore acquérir le droit à ceux-ci, à l'insu du client et sans son consentement.

On a également mentionné un mémoire intitulé «Duncan Manson Memorandum» qui a été préparé par le Public Practice Committee et le Council of the Institute of Chartered Accountants of British Columbia, en vue de répondre aux préoccupations exprimées par les comptables qui jouent le rôle de conseillers en placements dans le domaine de l'immobilier et d'autres abris fiscaux. Selon le témoin Chambers, ces préoccupations étaient liées à l'idée que [TRADUCTION] «dans certains cas, il y avait

ing independent objective advice with integrity and due care was in some cases being eroded". Finally, both experts agreed that while there was no prohibition against the respondent's representing both a developer and an investor in relation to a real estate tax-shelter investment, the respondent should have disclosed the true state of affairs to both sides.

In sum, the rules set by the relevant professional body are of guiding importance in determining the nature of the duties flowing from a particular professional relationship; see *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235. With respect to the accounting profession, the relevant rules and standards evinced a clear instruction that all real and apparent conflicts of interest be fully disclosed to clients, particularly in the area of tax-related investment advice. The basis of this requirement is the maintenance of the independence and honesty which is the linchpin of the profession's credibility with the public. It would be surprising indeed if the courts held the professional advisor to a lower standard of responsibility than that deemed necessary by the self-regulating body of the profession itself.

Application to the Case at Bar

Turning to the case at bar, it is important to note at the outset that the trial judge made detailed findings of fact which were, to a large extent, based on her assessment of credibility. It is axiomatic that a reviewing court must exercise considerable deference with respect to a trial judge's findings of fact, all the more so when those findings are based on credibility; see *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*, *supra*, at pp. 204-5; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at pp. 794, 799; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672, at p. 683; *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268, at p. 272. In my view, the reasons supporting this principle apply with particular force to situations where a trial judge is asked to characterize a relationship for the purposes of determining the nature and extent of civil liability. This point was recently

érosion du rôle traditionnel du comptable agréé qui consiste à fournir, avec intégrité et diligence, des conseils objectifs indépendants». Enfin, les deux experts ont reconnu que, même s'il n'était pas interdit à l'intimé de représenter à la fois un promoteur et un investisseur relativement à un investissement immobilier à titre d'abri fiscal, celui-ci aurait dû divulguer aux deux parties la véritable situation.

Somme toute, les règles établies par l'organisme professionnel compétent sont utiles pour déterminer la nature des devoirs découlant d'une relation professionnelle particulière; voir *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235. En ce qui concerne la profession de comptable, les règles et normes pertinentes font clairement ressortir que tous les conflits réels et apparents doivent être pleinement divulgués aux clients, notamment dans le domaine des conseils en matière de placements de nature fiscale. Cette exigence est fondée sur le maintien de l'indépendance et de l'honnêteté, qui est le pivot même de la crédibilité des membres de la profession auprès du public. En fait, il serait étonnant que les tribunaux assujettissent le conseiller professionnel à une norme de responsabilité moindre que celle réputée nécessaire par l'organisme autonome de la profession.

Application à la présente affaire

Pour revenir à la présente affaire, il importe de souligner au départ que le juge de première instance a tiré des conclusions de fait détaillées qui étaient, dans une large mesure, fondées sur son appréciation de la crédibilité. Il est évident qu'un tribunal d'examen doit faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions de fait d'un juge de première instance, et ce, d'autant plus lorsque ces conclusions reposent sur la crédibilité; voir les arrêts *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, précité, aux pp. 204 et 205; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, aux pp. 794 et 799; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672, à la p. 683; *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268, à la p. 272. À mon avis, les motifs à l'appui de ce principe s'appliquent à plus forte raison aux situations où l'on demande au juge

made in *Huff v. Price* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 282 (C.A.), where the court stated, at pp. 318-19:

We have set out a passage from the reasons in *Burns v. Kelly Peters & Assoc. Ltd.* which points out the similarities between the circumstances which give rise to a duty of care in negligence and the circumstances which give rise to a fiduciary duty. Each duty grows out of the factual circumstances of the particular relationship. In many cases, of which *Jaegli Ent. Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2, 124 D.L.R. (3d) 415, 40 N.R. 4 (sub nom. *Taylor v. Ankenman*) (B.C.), is only one example, the Supreme Court of Canada has said that when a trial judge has reached the conclusion, on all the evidence, either that there was, or there was not a duty of care, and that there was or there was not a breach of that duty of care, a Court of Appeal should not substitute its own view for the view of the trial judge unless it is satisfied that the trial judge made a material and identifiable error of law or a clear and identifiable error of fact in his appreciation of the evidence. In our opinion, the same principles apply in the case of a trial judge's finding that there was or there was not a fiduciary duty, and that there was or there not [sic] a breach of that fiduciary duty. [Emphasis added.]

I agree. Moreover, I stress that the principle of non-intervention stated in this line of cases is not merely cautionary; it is a rule of law. Failing a manifest error, an appellate court simply has no jurisdiction to interfere with the findings and conclusions of fact of a trial judge; see *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, at pp. 358-59. While the Court of Appeal stated that it accepted the trial judge's findings, in my view it in fact reversed these on the question of reliance. As such, it committed a reversible error.

The Court of Appeal was of the opinion that the parties' relationship lacked the level of vulnerability required by this Court in *Lac Minerals*. The

de première instance de qualifier une relation afin de déterminer la nature et l'étendue de la responsabilité civile. Cette remarque a récemment été formulée dans l'arrêt *Huff c. Price* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 282 (C.A.), dans lequel la cour affirme, aux pp. 318 et 319:

[TRADUCTION] Nous avons cité un passage des motifs de l'arrêt *Burns c. Kelly Peters & Assoc. Ltd.*, dans lequel on souligne les similitudes entre les circonstances qui donnent naissance à une obligation de diligence et celles qui donnent naissance à une obligation fiduciaire. Ce sont les circonstances factuelles de la relation en cause qui donnent naissance à chacune de ces obligations. Dans de nombreux arrêts, dont *Jaegli Ent. Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2, 124 D.L.R. (3d) 415, 40 N.R. 4 (sub nom. *Taylor c. Ankenman*) (C.-B.) est seulement un exemple, la Cour suprême du Canada a affirmé que, dans le cas où un juge de première instance a conclu, à partir de l'ensemble de la preuve, qu'il existait ou n'existait pas une obligation de diligence ou qu'il y a eu ou n'y a pas eu manquement à cette obligation de diligence, une cour d'appel ne devrait pas substituer son opinion à celle du juge de première instance sauf si elle est convaincue que le juge de première instance a commis une erreur de droit substantielle et identifiable ou une erreur de fait claire et identifiable dans son appréciation de la preuve. À notre avis, les mêmes principes s'appliquent lorsqu'un juge de première instance conclut qu'il existait ou n'existait pas une obligation fiduciaire et qu'il y a eu ou n'y a pas eu manquement à cette obligation. [Je souligne.]

Je partage cet avis. Par ailleurs, je tiens à préciser que le principe de non-intervention formulé dans ce courant de jurisprudence ne constitue pas simplement une mise en garde; c'est une règle de droit. À moins d'une erreur manifeste, une cour d'appel n'est tout simplement pas compétente pour modifier les conclusions de fait d'un juge de première instance; voir l'arrêt *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, aux pp. 358 et 359. Bien que la Cour d'appel ait dit qu'elle acceptait les conclusions du juge de première instance, j'estime qu'en fait elle les a infirmées relativement à la question de la confiance. Elle a donc commis une erreur justifiant l'annulation.

La Cour d'appel a exprimé l'avis que le rapport entre les parties n'était pas marqué du degré de vulnérabilité prescrit par notre Cour dans l'arrêt

court stated, at p. 270, that *Lac Minerals* represented a “substantial development in the law on the scope of fiduciary duty and it is unfortunate that the learned trial judge did not have the benefit of that judgment”. Later, the court continued, at p. 274, “[u]ntil *LAC Minerals* the line between reliance and vulnerability to the extent required for the creation of a fiduciary duty seems to have been blurred and any degree of dependency was often sufficient to establish a fiduciary obligation”.

Two points must be made about this statement. First, as discussed earlier, the Court of Appeal failed to recognize a basic difference between the factual context of *Lac Minerals* and that of this case. I see nothing in *Lac Minerals* that purports to create a new, higher legal standard for the finding of a fiduciary duty. Rather, in *Lac Minerals* this Court grappled with a difficult fact situation and the result was, perhaps not surprisingly, differing views among the various Justices. Second, the trial judge examined the dynamic underlying the parties’ relationship, and in doing so, examined the *indicia* of vulnerability in the way it was set out in *Hospital Products*, *supra*, which is the very test used by Sopinka J. in *Lac Minerals*, at p. 599. Moreover, she quoted, at p. 271, the definition of vulnerability set out by Lambert J.A. (dissenting) in *Kelly Peters*, *supra*, which definition the Court of Appeal itself stated, “more closely accord[s] with the judgment [of Sopinka J.] in *LAC Minerals*”.

In short, I simply cannot agree that the trial judge applied the wrong legal test, or that the test she applied was eclipsed by *Lac Minerals*. On the contrary, her analysis of the facts was on the whole consistent with the relevant authorities, and does not disclose an error of law. The trial judge carefully considered the parties’ relationship and found it to have all the characteristics of those relationships the law labels as fiduciary. In the end, she

Lac Minerals. Elle précise, à la p. 270, que l’arrêt *Lac Minerals* représentait [TRADUCTION] «un développement important en droit quant à l’étendue de l’obligation fiduciaire et [qu’]il est malheureux que le juge de première instance n’ait pas bénéficié de cet arrêt». La cour dit ensuite, à la p. 274, que [TRADUCTION] «[j]usqu’à l’arrêt *LAC Minerals*, la ligne de démarcation entre la confiance et la vulnérabilité requise pour la création d’une obligation fiduciaire semblait floue et tout degré de dépendance suffisait souvent à établir l’existence d’une telle obligation».

Il faut apporter deux précisions à cette déclaration. Premièrement, comme nous l’avons vu, la Cour d’appel n’a pas reconnu qu’il existait une différence fondamentale entre le contexte factuel de l’arrêt *Lac Minerals* et celui de la présente affaire. Je ne vois rien, dans l’arrêt *Lac Minerals*, qui a pour effet de créer une nouvelle norme juridique plus stricte pour conclure à l’existence d’une obligation fiduciaire. Dans l’arrêt *Lac Minerals*, notre Cour était plutôt aux prises avec une situation factuelle difficile et il n’est peut-être pas étonnant qu’il en soit résulté une divergence d’opinions entre les différents juges. Deuxièmement, le juge de première instance a examiné la dynamique de la relation des parties et, ce faisant, il a examiné l’indice de vulnérabilité tel que formulé dans l’arrêt *Hospital Products*, précité, celui-là même qu’utilise le juge Sopinka dans l’arrêt *Lac Minerals*, à la p. 599. De plus, elle cite, à la p. 271, la définition de la vulnérabilité formulée par le juge Lambert (dissident) dans l’arrêt *Kelly Peters*, précité, laquelle définition, selon la Cour d’appel elle-même, [TRADUCTION] «est davantage compatible avec la décision [du juge Sopinka] dans *LAC Minerals*».

Bref, je ne puis tout simplement pas convenir que le juge de première instance a appliqué le mauvais critère juridique ou que le critère qu’elle a appliqué a été éclipsé par l’arrêt *Lac Minerals*. Au contraire, son analyse des faits est dans l’ensemble compatible avec la jurisprudence pertinente et elle ne révèle pas d’erreur de droit. Le juge de première instance a soigneusement examiné la relation entre les parties et a conclu qu’elle possédait toutes les

had little difficulty concluding that the appellant relied on the respondent's recommendations in deciding to make the four impugned investments, and that the respondent was aware of this reliance.

While the foregoing is sufficient to dispose of the fiduciary issue in favour of the appellant, it is useful to review the trial judge's findings of fact. In so doing, I propose to separate the analysis into two steps. First, I will examine the trial judge's findings with respect to the nature of the parties' relationship, and then I will turn to the question of reliance. In so doing, I recognize that the two are in reality intertwined. Moreover, I caution against the use of this approach in all cases where the issue of a fiduciary duty arises. While the approach is perhaps a useful guide in the professional advisor context, a different fact situation may call for a different approach.

The Nature of the Relationship

The trial judge's findings on this point are virtually uncontestable. The respondent under cross-examination admitted that his relationship with the appellant was such that he was under a duty to serve the best interests of the appellant at the expense of his own self-interest. The relevant testimony is as follows:

Q. But you know that he came to trust you? He trusted you an awful lot, didn't he?

A. Yes he did.

. . .

Q. Now, Mr. Hodgkinson trusted you as his professional advisor, correct?

A. Correct.

Q. He was trusting you to give him independent advice, correct?

A. Correct.

caractéristiques des rapports qui, en droit, sont qualifiés de judiciaires. En fin de compte, elle a eu peu de difficulté à conclure, d'une part, que l'appellant s'est fié aux recommandations de l'intimé pour décider de faire les quatre placements attaqués et, d'autre part, que l'intimé était au courant de cette confiance.

Bien que les observations qui précèdent suffisent à trancher la question de l'obligation fiduciaire en faveur de l'appellant, il est utile d'analyser les conclusions de fait du juge de première instance. À cette fin, je me propose de procéder en deux étapes. J'examinerai d'abord les conclusions du juge de première instance relativement à la nature de la relation entre les parties, et ensuite la question de la confiance. Ce faisant, je reconnais que ces questions sont en réalité interreliées. De plus, je préviens qu'il n'y a pas lieu de recourir à cette analyse dans tous les cas où se pose la question de l'existence d'une obligation fiduciaire. Bien que cette analyse puisse être utile dans le contexte des conseillers professionnels, une situation factuelle différente peut commander une analyse différente.

La nature de la relation

Les conclusions du juge de première instance sur ce point sont pratiquement incontestables. Lors du contre-interrogatoire, l'intimé a admis que sa relation avec l'appellant était telle qu'il était tenu d'agir dans l'intérêt de l'appellant et à son propre détriment. Voici le témoignage pertinent:

[TRADUCTION]

Q. Mais vous savez qu'il en est venu à vous faire confiance? Il se fiait beaucoup à vous, n'est-ce pas?

R. Oui.

. . .

Q. Maintenant, M. Hodgkinson se fiait à vous à titre de conseiller professionnel, exact?

R. Exact.

Q. Il se fiait que vous lui donneriez des conseils indépendants, exact?

R. Exact.

Q. Advice which was not directed towards protecting your personal interests but was directed exclusively to protecting his interests as your client, correct?

A. Correct.

Q. And he was trusting you not to protect the interests of someone on the other side of a transaction on which you were advising but to protect exclusively his interests, correct?

A. Correct.

Q. And you assumed that responsibility to provide him with independent advice?

A. Yes, I did. [Emphasis added.]

In my view this testimony, taken by itself, vindicates the appellant's fiduciary expectation. Concepts like "trust", independence from outside interests, disregard for self-interest, are all hallmarks of the fiduciary principle. It lies ill in the mouth of the respondent to argue that the appellant was not vulnerable to a breach of loyalty when he himself concedes that loyalty was the central feature of the parties' business relationship. As it turned out, of course, the respondent used the position of ascendancy granted him by the appellant to line his own pockets and the pockets of his developer clients.

The frequency with which courts have enforced fiduciary duties in professional advisory relationships is not surprising. The very existence of many professional advisory relationships, particularly in specialized areas such as law, taxation and investments, is premised upon full disclosure by the client of vital personal and financial information that inevitably results in a "power-dependency" dynamic. The case at bar is typical. The respondent testified in cross-examination as follows:

Q. Now, you told the court in chief that the premise on which you were developing your practice was that you wanted to develop a team relationship with your businessmen and professional clients, a hands on approach, and you wanted to demonstrate to them

Q. Des conseils qui viseraient non pas à protéger vos intérêts personnels, mais exclusivement à protéger ses intérêts à lui en tant que client, exact?

R. Exact.

Q. Il se fiait que vous ne protégeriez pas les intérêts de l'autre partie à l'opération pour laquelle vous donniez des conseils, et que vous protégeriez exclusivement ses intérêts à lui, exact?

R. Exact.

Q. Et, vous avez assumé cette responsabilité de lui fournir des conseils indépendants?

R. Oui. [Je souligne.]

À mon avis, ce témoignage justifie en soi l'attente de l'appelant quant à l'existence d'une obligation fiduciaire. Des concepts comme la «confiance», l'indépendance vis-à-vis des intérêts extérieurs, le désintéressement sont tous des caractéristiques du principe fiduciaire. L'intimé serait malvenu de soutenir que l'appelant n'était pas vulnérable à un manque de loyauté lorsqu'il a lui-même reconnu que cette loyauté était le pivot de la relation d'affaires entre les parties. En l'occurrence, bien entendu, l'intimé s'est servi de la position de force que lui avait conférée l'appelant pour se remplir les poches ainsi que celles de ses clients promoteurs.

Il n'est pas étonnant de constater avec quelle fréquence les tribunaux ont fait respecter des obligations fiduciaires dans des relations consultatives professionnelles. L'existence même de nombreuses relations consultatives professionnelles, particulièrement dans des domaines spécialisés comme le droit, la fiscalité et les placements, repose sur une divulgation complète par le client de renseignements personnels et financiers importants qui engendrent inévitablement une dynamique «de force et de dépendance». La présente affaire est typique. Lors du contre-interrogatoire, l'intimé a témoigné comme suit:

[TRADUCTION]

Q. Maintenant, lors de l'interrogatoire principal, vous avez dit à la cour que la prémisse de votre pratique était que vous vouliez établir des rapports d'équipe avec vos clients gens d'affaires et les professionnels, un lien direct, et que vous vouliez leur démontrer

that you were knowledgeable in all of their personal financial matters, am I correct?

A. I think there is [sic] two questions there. Yes, we wanted to create a team approach, a hands on approach. And we wanted to, as best we could, have a fair level of knowledge as to what our clients wanted to do and what their game plan was in the future.

Q. And you had to become familiar with their financial affairs?

A. We would become as familiar with their financial affairs as time would allow and as their privacy would allow.

Q. That was your object, though?

A. Yes, it was, but not always achievable.

Q. And that was the kind of object that you told Hodgkinson you were trying to achieve in your client/accountant relationship with him, correct?

A. Yes.

I would have thought it self-evident that the type of disclosure that routinely occurs in these kinds of relationships results in the advisor's acquiring influence which is equivalent to a discretion or power to affect the client's legal or practical interests. As I stated in *Lac Minerals*, at p. 664, power and discretion in this context mean only the ability to cause harm. Vulnerability is nothing more than the corollary of the ability to cause harm, viz., the susceptibility to harm. For this reason, it is undesirable to overemphasize vulnerability in assessing the existence of a fiduciary relationship. In this I am in substantial agreement with the following description of the concept of vulnerability by Lambert J.A. in *Kelly Peters*, *supra*, at p. 25:

... the concept of vulnerability as expressed in the *Hosp. Prod.* case is nothing other than a description of the victim's situation when he is in a position where the fiduciary can exert influence over him by abusing his confidence in order to obtain an advantage. ...

que vous étiez bien informé dans tous les domaines de leurs affaires financières personnelles, est-ce exact?

R. Je crois que vous me posez ici deux questions. Oui, nous voulions créer une atmosphère d'équipe, un lien direct. Nous voulions aussi faire de notre mieux pour avoir une bonne connaissance de ce que nos clients voulaient faire et quels étaient leurs plans pour l'avenir.

Q. Vous deviez vous familiariser avec leurs affaires financières?

R. Nous devenions aussi familiers avec leurs affaires financières que le temps nous le permettait, compte tenu de leurs exigences en matière de vie privée.

Q. C'était votre objectif cependant?

R. Oui, c'était notre objectif, mais il n'était pas toujours réalisable.

Q. Et c'est l'objectif que vous avez communiqué à Hodgkinson comme étant celui que vous tentiez d'atteindre dans votre relation client-comptable, exact?

R. Oui.

J'aurais cru qu'il est évident en soi que le genre de divulgation qui se fait habituellement dans ces types de rapports fait en sorte que le conseiller acquiert une influence qui équivaut à une autorisation ou à un pouvoir discrétionnaire d'influer sur les intérêts juridiques ou pratiques du client. Comme je l'ai affirmé dans l'arrêt *Lac Minerals*, à la p. 664, tout ce que signifie le pouvoir et l'autorisation dans ce contexte, c'est la capacité de faire du tort. La vulnérabilité n'est rien de plus que le corollaire de la capacité de faire du tort, soit la possibilité de subir un tort. Pour cette raison, il n'est pas souhaitable de trop insister sur la vulnérabilité pour déterminer si une relation fiduciaire existe. Sur ce point, je suis essentiellement d'accord avec la description de la notion de vulnérabilité que donne le juge Lambert dans l'arrêt *Kelly Peters*, précité, à la p. 25:

[TRADUCTION] ... le concept de la vulnérabilité, formulé dans l'arrêt *Hosp. Prod.*, n'est rien de plus qu'une description de la situation de la victime lorsqu'elle est dans une position où le fiduciaire peut exercer une influence sur elle en abusant de sa confiance pour obtenir un avantage. ...

In the advisory context, the advisor's ability to cause harm and the client's susceptibility to be harmed arise from the simple but unassailable fact that the advice given by an independent advisor is not likely to be viewed with suspicion; rather, it is likely to be followed. Shepherd observes that transfers of power can inform our analysis of the underlying power dependence dynamic. He describes the power dynamic in these types of situations as follows, at p. 100:

Powers are not only transferred formally. There are many ways of transferring powers either consciously but informally, or totally unconsciously. When an individual relies on another, for example a professional adviser, there is a quite conscious transfer of power, but rarely is there a document in which the beneficiary writes "I hereby grant you the power to influence my decision-making".

A retainer, when combined with the disclosure of confidential information or the vesting of discretion or power, is strong evidence of the existence of an underlying dynamic of power dependency in relation to certain duties. The appellant's testimony confirms the overt, if not explicit, power transfer which in fact occurred. He stated, "I was paying him for his advice. If I didn't want to take it, why would I pay him? I did not disagree with any of his advice." This remark cannot help but strike one as intuitively reasonable, particularly given the appellant's relative inexperience in MURB investing. As I noted earlier, the refusal to protect this reliance on the grounds that the appellant somehow had the means to protect his own interests is to take an impoverished view of the law in this area.

Reliance

I have already noted the importance of reliance in relation to fiduciary duties; see *Varga v. F. H. Deacon & Co.*, [1975] 1 S.C.R. 39; *Hospital Prod-*

Dans le contexte d'une relation consultative, la capacité du conseiller de faire du tort et la possibilité pour le client de subir un tort découlent du fait simple mais incontestable qu'il y a peu de chances que les conseils donnés par un conseiller indépendant soulèvent des doutes; au contraire, il est probable qu'ils seront suivis. Shepherd fait observer que les transferts de pouvoir peuvent guider notre analyse de la dynamique sous-jacente de force et de dépendance. Voici comment il décrit, à la p. 100, la dynamique de force dans ces types de situations:

[TRADUCTION] Il n'y a pas de transfert officiel de pouvoirs. Il y a de nombreuses façons de transférer des pouvoirs consciemment mais officieusement, ou encore tout à fait inconsciemment. Lorsqu'une personne se fie à une autre comme, par exemple, un conseiller professionnel, il se produit un transfert de pouvoir tout à fait conscient; cependant, il existe rarement un document dans lequel le bénéficiaire écrit: «Je vous confère par les présentes le pouvoir d'influencer ma prise de décision».

Lorsqu'il est conjugué à la divulgation de renseignements confidentiels ou à une autorisation ou attribution d'un pouvoir discrétionnaire, un mandat de représentation est une preuve solide de l'existence d'une dynamique sous-jacente de force et de dépendance relativement à certaines obligations. Le témoignage de l'appelant confirme le transfert manifeste, voire explicite, de pouvoirs qui s'est effectivement produit. Il a dit: [TRADUCTION] «Je le payais pour qu'il me donne des conseils. Si je ne voulais pas les suivre, pourquoi l'aurais-je payé? Je n'ai jamais été en désaccord avec l'un ou l'autre de ses conseils.» Cette remarque ne peut que frapper par son caractère intuitivement raisonnable, compte tenu notamment de l'inexpérience relative de l'appelant dans le domaine des placements dans des IRLM. Comme je l'ai déjà fait remarquer, c'est adopter une pauvre conception du droit en la matière que de refuser de préserver cette confiance pour le motif que l'appelant avait en quelque sorte les moyens de protéger ses intérêts.

La confiance

J'ai déjà souligné l'importance de la confiance quant aux obligations fiduciaires; voir *Varga c. F. H. Deacon & Co.*, [1975] 1 R.C.S. 39; *Hospital*

ucts Ltd. v. United States Surgical Corp., supra, at p. 488 (per Dawson J.). It is important, however, to add further precision about the nature of reliance, particularly as it applies in the advisory context. Reliance in this context does not require a whole-^a sale substitution of decision-making power from the investor to the advisor. This is simply too restrictive. It completely ignores the peculiar potential for overriding influence in the profes-^b sional advisor and the strong policy reasons, to which I have previously referred, favouring the law's intervention by means of its jurisdiction over fiduciary duties to foster the fair and proper func-^c tioning of the investment market, an important social and economic activity that cannot really be regulated in other ways. As I see it, the reality of the situation must be looked at to see if the deci-^d sion is effectively that of the advisor, an exercise that involves a close examination of facts. Here, as I see it, the trust and reliance the appellant placed in the respondent (a trust and reliance assiduously fostered by the respondent) was such that the respondent's advice was in substance an exercise of a power or discretion reposed in him by the^e appellant. This was the view taken by the trial judge respecting the appellant's investment in the four MURB projects, and her decision is amply supported by the evidence.^f

In this respect, the appellant stated the following during the course of his testimony:

I was relying on him [the respondent]. It was his recom-
mendation. He was the guy with all the expertise about,
number one, analysing real estate ventures, particularly
tax shelters, and he was certainly the one that had exper-^h
tise about the economics of investing — and the econ-
omics. He was the one that knew these people that
were going to be involved in it, and based on our discus-
sions I took his opinion.

This testimony is corroborated by the appellant's
actions concerning another Olma brothers' MURB
project which the respondent told the appellant
about but which he did not recommend. The appel-^j
lant did meet with Jerry Olma but, without the
respondent's stamp of approval, he decided not to

Products Ltd. c. United States Surgical Corp., pré-
cité, à la p. 488 (le juge Dawson). Il importe toute-
fois d'apporter une autre précision au sujet de la
nature de la confiance, particulièrement dans le
contexte d'une relation consultative. Dans ce con-
texte, la confiance ne requiert pas le transfert glo-
bal du pouvoir décisionnel de l'investisseur au
conseiller. Cela est tout simplement trop restrictif.
On se trouve à faire complètement abstraction du
risque particulier que le conseiller professionnel ait
une influence dominante, et des sérieuses raisons
de principe, déjà mentionnées, qui justifient le
droit à intervenir par le biais des obligations fidu-
ciaires pour favoriser le fonctionnement approprié
et équitable du marché des placements, une activité
socio-économique importante qui ne peut vraiment
être réglementée autrement. Si je comprends bien,
il faut examiner la situation pour déterminer si la
décision prise est effectivement celle du conseiller,
ce qui implique un examen attentif des faits. En
l'espèce, si je comprends bien, la confiance que
l'appellant a fait à l'intimé (une confiance que l'in-
timé a encouragée assidûment) était telle que les
conseils de l'intimé constituaient essentiellement
l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que lui
avait conféré l'appellant. C'est le point de vue que
le juge de première instance a adopté au sujet des
placements que l'appellant a effectués dans les
quatre projets d'IRLM, et sa décision est ample-
ment justifiée par la preuve.

Voici à cet égard ce qu'affirme l'appellant dans
son témoignage:^g

[TRADUCTION] Je me fiais à lui [l'intimé]. C'était sa
recommandation. C'était lui qui possédait toute l'exper-
tise pour ce qui était, premièrement, d'analyser des opé-
rations immobilières, plus particulièrement des abris fis-^h
caux, et c'était certainement lui l'expert concernant le
côté économique des placements — et le côté écono-
mique. C'est lui qui connaissait les gens qui seraient
impliqués dans le projet et, compte tenu de nos discus-
sions, j'ai suivi son opinion.ⁱ

Ce témoignage est corroboré par les actes accom-
plis par l'appellant relativement à un autre projet
d'IRLM des frères Olma, dont l'intimé avait parlé
à l'appellant, mais qu'il n'avait pas recommandé.
L'appellant a rencontré Jerry Olma, mais étant
donné qu'il n'avait pas l'approbation de l'intimé, il

invest. The appellant described this episode in the following terms:

Q. Given your assessment of Jerry Olma, at any point in 1980 did you ever sit down and have a heart to heart with Dave Simms about really how trustworthy Jerry Olma was?

A. No. I think maybe the only example there in 1980 of my real feelings for Jerry Olma were the fact when I met with him more or less at David's request, or at David's introduction regarding a proposed Ladner shopping centre that he had, I felt uncomfortable enough with the way he approached the deal that without Simms I didn't want any part of it and in fact I chose not to pursue it.

Moreover, in finding that the appellant relied on the respondent's recommendations, the trial judge did not simply prefer the appellant's evidence over that of the respondent. On the contrary, she thoroughly examined all the circumstances of the relationship. Consider the following. The appellant approached the respondent as a "neophyte" taxpayer, with no experience in dealing with large real estate tax shelters. The parties developed a relationship that involved frequent telephone and personal contact. The respondent identified the appellant as one of his "special" clients. While the respondent did not hold himself out as an investment counsellor *per se*, he did not qualify his experience as a tax shelter or investment advisor in any way. He did not refer the appellant to any other professionals for investment advice. In sum, the parties' relationship was such that the trial judge was able to conclude, at p. 168, "[i]n effect, Mr. Simms assumed the responsibility for Mr. Hodgkinson's choice. He analyzed the investments, he recommended the investments, and he effectively chose the investments for Mr. Hodgkinson" (emphasis added).

The respondent, for his part, actively cultivated this high degree of reliance. He was fully aware of

a décidé de ne pas investir. Voici comment l'appellant décrit cet épisode:

[TRADUCTION]

Q. Vu l'opinion que vous vous étiez faite de Jerry Olma, avez-vous, à quelque moment que ce soit en 1980, rencontré Dave Simms pour discuter à cœur ouvert de la question de savoir à quel point Jerry Olma était digne de confiance?

R. Non. À mon avis, peut-être le seul exemple, en 1980, de ce que je pense véritablement de Jerry Olma fait suite à la rencontre que j'ai eue avec lui, plus ou moins à la demande de David ou à ce que David m'avait dit relativement au projet de centre commercial Ladner que Jerry Olma avait; j'étais si peu à l'aise avec la façon dont il abordait l'affaire que, sans Simms, je n'ai pas voulu prendre part à ce projet et j'ai décidé de ne pas le faire.

De plus, en concluant que l'appellant s'était fié aux recommandations de l'intimé, le juge de première instance n'a pas simplement préféré la preuve de l'appellant à celle de l'intimé. Au contraire, elle a examiné en détail toutes les circonstances de la relation entre les parties. Imaginons ce qui suit: l'appellant s'est adressé à l'intimé en tant que contribuable «néophyte» sans expérience dans le domaine des abris fiscaux immobiliers de grande envergure. Les parties ont établi une relation comportant des conversations téléphoniques et des contacts personnels fréquents. L'intimé a décrit l'appellant comme l'un de ses clients «spéciaux». Bien que l'intimé ne se soit pas, à strictement parler, présenté comme un conseiller en placements, il n'a pas formulé des réserves quant à son expérience en tant que conseiller en matière d'abris fiscaux et de placements. Il n'a pas envoyé l'appellant voir d'autres professionnels pour des conseils en matière de placements. En somme, la relation entre les parties était telle que le juge de première instance a pu conclure, à la p. 168: [TRADUCTION] «En fait, M. Simms a assumé la responsabilité du choix de M. Hodgkinson. Il a analysé les placements, il les a recommandés et il a effectivement choisi les placements pour M. Hodgkinson» (je souligne).

L'intimé, quant à lui, a activement entretenu cette grande confiance. Il était parfaitement au

the appellant's lack of experience with MURBs, and he held himself out as an expert in the assessment of MURB-type investments. The respondent's influence over the appellant was built upon the latter's confidence that the respondent was independent from the developers. During the course of the appellant's examination-in-chief, the following exchange took place:

Q. Mr. Hodgkinson, would you have followed Mr. Simms' advice had you known that he was acting for and getting paid by the vendors of these projects when he was advising you on the question of whether you should invest or not?

A. No, I would not have. . . . Had I known and particularly the size of the funds that transferred between Simms and the developers, I wouldn't have gone close to these investments. It would have been an obvious conflict and I wouldn't have been getting the independent professional advice I was looking for.

The trial judge was satisfied, at p. 127, that it was the appellant's intention to, "drop his tax and financial-planning problems into Mr. Simms' lap and to go about his business as a stockbroker". All the while, the respondent was fully aware that the appellant's lack of expertise meant that he wielded considerable influence over the appellant's investment decisions.

The case put against the trial judge's findings of fact seems to turn on four points. First, the respondent's letters to his investor clients included various disclaimers to the effect that each individual investor should study the enclosed data to his or her own satisfaction before following the recommendation of Simms & Waldman. Second, with respect to the final two investments a considerable amount of time elapsed between the appellant's being made aware of the opportunity and recommendations and his decision to invest. Third, the appellant had a chance to meet personally with the developers. Fourth, during the relevant period the appellant made several investments outside of his relationship with the respondent, some of which might be considered "risky". Based on these facts,

courant du manque d'expérience de l'appellant dans le domaine des IRLM, et il s'est présenté comme un expert dans l'évaluation des placements de type IRLM. L'influence de l'intimé sur l'appellant reposait sur le fait que ce dernier se fiait que l'intimé était indépendant des promoteurs. Lors de l'interrogatoire principal de l'appellant, l'échange suivant a eu lieu:

b [TRADUCTION]

Q. Monsieur Hodgkinson, si vous aviez su que M. Simms agissait pour le compte des vendeurs de ces projets et que ceux-ci le payaient, auriez-vous suivi ses conseils relativement à la question d'investir ou non?

R. Non. Je ne l'aurais pas fait. [. . .] Si j'avais été au courant, en particulier, de l'ampleur des fonds transférés entre Simms et les promoteurs, je me serais tenu loin de ces placements. Il y aurait eu un conflit évident et je n'aurais pas obtenu les conseils professionnels indépendants que je voulais.

Le juge de première instance était convaincue, à la p. 127, que l'appellant avait l'intention de [TRADUCTION] «confier à M. Simms ses problèmes en matière fiscale et de planification financière et de poursuivre sa carrière de courtier en valeurs mobilières». Pendant tout ce temps-là, l'intimé savait parfaitement qu'en raison de l'absence d'expertise de l'appellant, il exerçait une influence considérable sur les décisions de ce dernier en matière de placements.

g Les éléments de preuve présentés à l'encontre des conclusions de fait du juge de première instance semblent porter sur quatre points. Premièrement, les lettres que l'intimé envoyaient à ses clients investisseurs renfermaient diverses stipulations d'exonération selon lesquelles chaque investisseur devrait étudier à sa guise les données incluses avant de suivre la recommandation de Simms & Waldman. Deuxièmement, en ce qui concerne les deux derniers placements, il s'est écoulé beaucoup de temps entre le moment où l'appellant a été informé de la possibilité et des recommandations d'investir et celui où il a décidé de le faire. Troisièmement, l'appellant a eu la possibilité de rencontrer personnellement les promoteurs. Quatrièmement, au cours de la période en cause, l'appellant a fait

the Court of Appeal concluded, at p. 277, “[t]he plaintiff [the appellant] was not relying solely upon the defendant for financial advice. He was fully acquainted with questions of risk and he was in many respects a free agent”.

At the outset, it should be noted that the trial judge did not overlook any of these points in her assessment of the facts; on the contrary, each point was examined and eventually rationalized within the overall factual mix of the case. Turning, then, to the disclaimers. The letter sent out by Mr. Simms to his investor clients regarding Bella Vista stated, in part, “it is your money and you must place your expectations on what you anticipate will happen in the future . . .”. The disclaimers attaching to the Oliver Place and Enterprise Way projects were even stronger:

These analyses are based on revenues and expenses estimated by the promoters and not by us. It would be necessary, before investing in these projects, to satisfy yourself that these figures are realistic and reflect current conditions in the rental market place.

We are in no way recommending that you buy one of these investments. We are saying that if you are investing and will be considering a tax shelter this year, that these two projects appear to merit your serious consideration.

The trial judge considered this evidence, but concluded that the appellant did not believe that the disclaimers applied to him based on his “special” relationship with the respondent. She found the letters were reasonably interpreted by Mr. Hodgkinson as endorsements, particularly given the surrounding circumstances of the parties’ relationship. It must be kept in mind that throughout the period these investments were made the parties were in frequent contact, by letter, telephone, and in person. The appellant testified:

plusieurs placements nullement liés aux rapports qu’il avait avec l’intimé, dont certains pourraient être considérés comme «risqués». Compte tenu de ces faits, la Cour d’appel conclut, à la p. 277, que

a [TRADUCTION] «[l]e demandeur [l’appelant] ne se fiait pas seulement au défendeur pour recevoir des conseils financiers. Il était parfaitement au courant des questions de risque et était à maints égards un agent libre».

Au départ, il y a lieu de souligner que le juge de première instance n’a ignoré aucun de ces points dans son appréciation des faits; au contraire, elle a examiné chaque point, pour ensuite fonder son raisonnement sur l’ensemble des faits de l’affaire. Passons maintenant aux stipulations d’exonération. La lettre que M. Simms a envoyée à ses clients investisseurs relativement au projet Bella Vista mentionne notamment: [TRADUCTION] «c’est votre argent et vos attentes doivent être fonction de ce qui, à votre avis, se produira dans l’avenir. . .» Les stipulations d’exonération pour les projets Oliver Place et Enterprise Way étaient encore plus fortes:

[TRADUCTION] Ces analyses sont fondées sur les revenus et les dépenses estimés par les promoteurs et non par nous. Avant d’investir dans ces projets, vous devriez vous assurer que ces chiffres sont réalistes et traduisent les conditions actuelles du marché locatif.

Nous ne vous recommandons aucunement de faire un de ces placements. Nous vous disons que si vous investissez et songez à un abri fiscal cette année, ces deux projets semblent mériter votre attention.

Le juge de première instance a examiné cet élément de preuve, mais il a conclu que l’appelant ne croyait pas que les stipulations d’exonération s’appliquaient à lui en raison de sa relation «spéciale» avec l’intimé. Elle a conclu que M. Hodgkinson avait raisonnablement considéré ces lettres comme des approbations, compte tenu notamment des circonstances entourant les rapports entre les parties. Il faut se rappeler que, pendant tout le temps où ces placements ont été effectués, les parties étaient fréquemment en contact, que ce soit par lettre, par téléphone et en personne. L’appelant a témoigné:

At all times he [the respondent] had recommended these investments highly to me and so I didn't think that much of his sentence when he says, "I in no way recommend this investment to you." I felt it was a natural disclaimer that would be there for those that weren't used to dealing with him on the intimate level that I felt I was.

The appellant described the respondent as very enthusiastic about the projects. He even went so far as to fabricate a false sense of scarcity in relation to the Oliver Place project, stating in a September 26, 1980 letter that the high demand for the units required they be allocated on a first-come, first-serve basis. The respondent's enthusiasm was apparently infectious. All but four of the purchasers involved in Oliver Place were Simms & Waldman clients, while the Enterprise Way project, save for two units taken by the developer, was completely sold out to Simms & Waldman investors. In short, I see no reason to disturb the trial judge's dismissal of the effect of the disclaimers. Indeed, in both *Maghun, supra* and *Elderkin, supra*, the plaintiff investors were well-informed of the potential risks of the market. In *Maghun*, at p. 526, the plaintiffs signed a "risk disclosure statement", and in *Elderkin*, at p. 325, it was company policy that clients be made aware of "any negative factors involved in a transaction as well as positive ones". In both cases, however, the courts found that the special circumstances of the relationship overrode these disclaimers, and a fiduciary obligation was enforced.

With respect to the second point, I do not view the fact that some time elapsed between the recommendations and the investments as particularly relevant. First, this evidence has little or no probative value in relation to *Duncana* or *Bella Vista*. The Simms & Waldman letter containing the financial data for these projects was dated April 10. The appellant made downpayments on *Duncana* and *Bella Vista* on April 11 and April 20, respectively.

[TRADUCTION] En tout temps, il [l'intimé] m'avait recommandé fortement de faire ces placements et je n'accordais donc pas trop d'importance à ses propos lorsqu'il disait: «Je ne te recommande aucunement de faire ce placement.» J'estimais qu'il s'agissait d'une stipulation d'exonération normale à l'intention des personnes qui n'étaient pas habituées de traiter avec lui sur une base aussi intime que j'estimais l'être.

L'appelant a dit que l'intimé était très enthousiaste au sujet des projets. Il était même allé jusqu'à créer une fausse impression de rareté relativement au projet Oliver Place, en affirmant, dans une lettre en date du 26 septembre 1980, que les premiers arrivés seraient les premiers servis compte tenu de la demande élevée relative à ces unités. L'enthousiasme de l'intimé était apparemment contagieux. Tous les acheteurs, sauf quatre, qui ont participé au projet Oliver Place étaient des clients de Simms & Waldman, alors que, dans le cas du projet Enterprise Way, toutes les unités, sauf deux que les promoteurs avaient gardées, ont été vendues à des investisseurs de Simms & Waldman. Bref, je ne vois aucune raison de modifier le rejet par le juge de première instance de l'effet des stipulations d'exonération. En fait, dans les arrêts *Maghun* et *Elderkin*, précités, les investisseurs demandeurs étaient bien informés des risques éventuels du marché. Dans l'arrêt *Maghun*, à la p. 526, les demandeurs avaient signé une [TRADUCTION] «déclaration de divulgation des risques» et, dans l'arrêt *Elderkin*, à la p. 325, la compagnie avait comme politique d'informer les clients de [TRADUCTION] «tous les facteurs négatifs et positifs liés à une opération». Cependant, dans ces deux arrêts, les tribunaux ont conclu que les circonstances spéciales de la relation l'emportaient sur ces stipulations d'exonération, et ils ont fait respecter une obligation fiduciaire.

En ce qui concerne le deuxième point, à mon avis, je ne juge pas particulièrement pertinent le temps qui s'est écoulé entre les recommandations et les placements comme un fait. Premièrement, cet élément de preuve n'a aucune ou presque aucune valeur probante relativement à *Duncana* ou à *Bella Vista*. La lettre de Simms & Waldman dans laquelle figuraient les données financières portait la date du 10 avril. L'appelant a fait les versements

Further, the appellant had made a tentative decision to invest in both projects even before he received the letter of April 10, simply on the strength of the respondent's recommendations.

The first letter to the investors describing Oliver Place was dated June 16. In it, the respondent stated that Oliver Place offered a significant tax shelter opportunity. A second letter concerning Oliver Place, dated September 26, advised investors that negotiations with the developers had been concluded, and requested investors to order their units by mail consistent with the "first-come, first-serve" system described above. This letter also included a description of Enterprise Way. Oliver Place in fact only closed in November 1980. A few days later the appellant bought five units in Oliver Place. The final *pro formas* for Enterprise Way were set out in a letter dated November 9, 1980. While it is not clear when the appellant invested in Enterprise Way, the trial judge put the date as sometime in November. These facts, in my view, militate against any inference of independence based on a time lag. Further, the evidence tends to indicate that the appellant relied on the respondent in timing his investments. He testified:

We had general discussions on the Oliver Place project. By that time, if I can give you some background, by that time I had developed a great deal of confidence in David [the respondent]. He knew how to put projects, [sic] he knew how to present these, he had done a lot of work with these projects. I felt he had worked hard in being able to find good investments. . . . And so any discussions I had with him up to this point in time were more, rather than being critiques, were more give me [sic] the gist of what's going on and give me the sense of timing.

The trial judge accepted this evidence. She found that by the time of the Oliver Place and Enterprise Way investments, the appellant had reached the point that he no longer asked many questions con-

initiaux pour Duncana et Bella Vista les 11 et 20 avril respectivement. De plus, l'appelant avait pris la décision provisoire d'investir dans les deux projets même avant d'avoir reçu la lettre du 10 avril, simplement sur la foi des recommandations de l'intimé.

La première lettre envoyée aux investisseurs relativement au projet Oliver Place était datée du 16 juin. Dans cette lettre, l'intimé mentionnait qu'Oliver Place offrait une importante possibilité d'abri fiscal. Dans une deuxième lettre, en date du 26 septembre, concernant Oliver Place, on informait les investisseurs que des négociations avec les promoteurs avaient pris fin et on demandait aux investisseurs de commander leurs unités par la poste conformément au système «premier arrivé, premier servi» décrit plus haut. Cette lettre renfermait aussi une description d'Enterprise Way. En fait, le règlement final pour Oliver Place n'a eu lieu qu'en novembre 1980. Quelques jours plus tard, l'appelant a acheté cinq unités dans Oliver Place. Les derniers états financiers *pro forma* d'Enterprise Way ont été présentés dans une lettre en date du 9 novembre 1980. Bien qu'on ne sache pas exactement quand l'appelant a investi dans Enterprise Way, le juge de première instance a établi que ce devait être en novembre. À mon avis, ces faits militent contre toute inférence d'indépendance fondée sur le temps écoulé. Par ailleurs, la preuve tend à indiquer que l'appelant s'est fié à l'intimé pour décider du moment de ses placements. Il a témoigné comme suit:

[TRADUCTION] Nous avons eu des discussions générales au sujet du projet Oliver Place. À cette époque, si vous me permettez de vous situer, j'avais acquis une grande confiance en David [l'intimé]. Il savait comment présenter les projets, [sic] il savait comment les présenter, il avait beaucoup travaillé sur ces projets. J'étais d'avis qu'il avait travaillé fort pour trouver de bons placements. [. . .] Alors toutes les discussions que j'avais eues avec lui jusqu'à ce moment, au lieu d'être des critiques, visaient davantage à me mettre au courant de ce qui se passait et à me donner une idée du moment d'investir.

Le juge de première instance a accepté cette preuve. Elle a conclu qu'à l'époque des placements dans Oliver Place et Enterprise Way l'appelant en était arrivé au point où il ne posait plus tellement

cerning the investments. In short, I cannot find fault with the trial judge's findings on the basis that the appellant had, as the Court of Appeal put it, at p. 276, "ample time to consider whether he wished to invest".

Turning to the third point, it is true that the appellant's meetings with the various developers could conceivably give rise to an inference of independence. When considered in light of all the evidence, however, it is clear that it was the respondent's stamp of approval that was decisive for the appellant. In this context the appellant's decision not to invest in the Ladner Downs project, discussed above, is of particular significance. More generally, the appellant stated: "If I had been approached directly by Jerry Olma, I would have considered him too much the promoter type of individual and I wouldn't have invested in his projects." With respect to the April 11 meeting with the developers concerning Duncana, the appellant testified: "He [the respondent] felt it was important that I know the developers on a firsthand basis." In fact, the appellant had already made up his mind to invest in Duncana based on the respondent's recommendation. As he put it, he approached the meeting with "chequebook in hand". This was in fact the only formal meeting the appellant attended with any of the developers to discuss the MURB projects. While the appellant did happen to meet Mr. Dale-Johnson once as they crossed paths at the Simms & Waldman offices, and he also made one informal stop at Mr. Olma's residence in relation to the Ladner Downs project, these meetings have almost no probative value and I will not comment on them except to acknowledge that they occurred.

Finally, with respect to the other outside investments made by Mr. Hodgkinson, some of which were high risk ventures, the trial judge stated, at p. 151, "the fact that Mr. Hodgkinson invested and lost money with other investors does not mean that he did not rely upon Mr. Simms with respect to these particular investments". I agree. A similar point arose in *Elderkin, supra*, in that instances

de questions sur les placements. Bref, je ne puis affirmer que les conclusions du juge de première instance sont erronées pour le motif que l'appelant avait eu, comme l'a affirmé la Cour d'appel, à la p. 276, [TRADUCTION] «suffisamment de temps pour décider s'il devait investir ou non».

En ce qui concerne le troisième point, il est vrai que les rencontres de l'appelant avec les divers promoteurs pouvaient théoriquement donner lieu à une inférence d'indépendance. Cependant, compte tenu de toute la preuve, il est clair que c'était l'approbation de l'intimé qui était décisive pour l'appelant. Dans ce contexte, la décision que l'appelant a prise de ne pas investir dans le projet Ladner Downs, dont j'ai déjà parlé, est particulièrement importante. Plus généralement, l'appelant a dit: [TRADUCTION] «Si Jerry Olma s'était adressé à moi personnellement, j'aurais considéré qu'il était trop du type promoteur et je n'aurais pas investi dans ses projets.» En ce qui concerne la rencontre du 11 avril avec les promoteurs relativement au projet Duncana, l'appelant a témoigné: [TRADUCTION] «Il [l'intimé] estimait qu'il était important que je connaisse personnellement les promoteurs.» En fait, l'appelant avait déjà décidé d'investir dans le projet Duncana à la recommandation de l'intimé. Comme il le dit, il est allé à la rencontre avec son [TRADUCTION] «carnet de chèque en main». Ce fut en fait la seule fois où l'appelant a officiellement rencontré l'un ou l'autre des promoteurs pour discuter des projets d'IRLM. Bien qu'il soit arrivé une fois à l'appelant de croiser M. Dale-Johnson dans les bureaux de Simms & Waldman et de simplement s'arrêter à la résidence de M. Olma relativement au projet Ladner Downs, ces rencontres n'ont presque aucune valeur probante et je ne ferai aucun commentaire à leur sujet, sauf pour reconnaître qu'elles ont eu lieu.

Enfin, en ce qui concerne les autres investissements faits par M. Hodgkinson, dont certains dans des entreprises à risques élevés, le juge de première instance dit, à la p. 151, [TRADUCTION] «le fait que M. Hodgkinson a investi et perdu de l'argent avec d'autres investisseurs ne signifie pas pour autant qu'il ne s'est pas fié à M. Simms relativement à ces placements particuliers». Je partage

were cited by the defendants where the plaintiffs did not follow the defendants advice to buy and sell certain shares other than "Multico", the shares which in that case gave rise to the action. The court dismissed the point, stating, at p. 324: "Be that as it may, what we are here concerned with are shares of Multico." In addition, it is not without significance that in each case where the appellant invested independently of the respondent, he was in large part persuaded to invest by the personalities and track records of his co-investors. For instance, his enthusiasm for the "Akroyd II" MURB project was explained by the fact that it was his first opportunity to invest with senior management at Canarim, his new employer. While the appellant may have been a "free agent" to the extent that he wrote the cheques, the circumstances of the outside investments could easily be interpreted to support an inference of the appellant's lack of independence generally in the area of tax-related investments.

Conclusion on Fiduciary Duty Issue

To conclude, I am of the view that the trial judge did not err in finding that a fiduciary obligation existed between the parties, and that this duty was breached by the respondent's decision not to disclose pecuniary interest with the developers.

Damages

The trial judge assessed damages flowing from both breach of fiduciary duty and breach of contract. She found the quantum of damages to be the same under either claim, namely the return of capital (adjusted to take into consideration the tax benefits received as a result of the investments), plus all consequential losses, including legal and accounting fees. As I stated at the outset, I cannot find fault with the trial judge's disposition of the damages question.

cet avis. Un point similaire a été soulevé dans l'arrêt *Elderkin*, précité, où les défendeurs avaient cité des exemples où les demandeurs n'avaient pas suivi leurs conseils relativement à l'achat et à la vente de certaines actions autres que les «Multico» qui étaient à l'origine de l'action. Le tribunal rejette ce point en affirmant, à la p. 324: [TRADUCTION] «Quoi qu'il en soit, ce qui nous intéresse en l'espèce, ce sont les actions de Multico.» En outre, il importe aussi de signaler que, chaque fois que l'appelant a investi indépendamment de l'intimé, ce sont surtout la personnalité et les antécédents de ses coinvestisseurs qui l'ont persuadé de le faire. Par exemple, il était enthousiasmé par le projet d'IRLM «Akroyd II» parce que c'était la première chance qu'il avait d'investir avec des cadres supérieurs de Canarim, son nouvel employeur. Bien que l'appelant puisse avoir été un «agent libre» dans la mesure où il tirait les chèques, on pourrait facilement interpréter les circonstances entourant les placements extérieurs de façon à inférer le manque général d'indépendance de l'appelant dans le domaine des placements de nature fiscale.

Conclusion quant à la question de l'obligation fiduciaire

En conclusion, je suis d'avis que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il existait une obligation fiduciaire entre les parties et que l'intimé a manqué à cette obligation en ne divulguant pas son intérêt financier avec les promoteurs.

Les dommages-intérêts

Le juge de première instance a évalué les dommages découlant à la fois d'un manquement à une obligation fiduciaire et d'une inexécution de contrat. Elle a conclu que le montant des dommages était le même dans les deux cas, savoir le rendement du capital (ajusté pour tenir compte des avantages fiscaux tirés des placements), plus toutes les pertes indirectes, y compris les frais de justice et de comptabilité. Comme je l'ai mentionné au début, je ne puis conclure que le juge de première instance a commis une erreur en réglant la question des dommages-intérêts.

It is useful to review some key findings of fact that bear on the issue of damages. The trial judge found the appellant paid fair market price for each of the four investments. However, she found that throughout the period during which the appellant was induced by the respondent's recommendations into making the investments, the respondent was in a financial relationship with the developers of the projects. In short, the trial judge found the respondent stood to gain financially if the appellant invested according to his recommendations. She further found that if the appellant had known of the true relationship between the respondent and the developers, he would not have invested. She also found that had the parties turned their minds to the potential consequences of the respondent's relationship with the developers it would have been reasonably foreseeable that the appellant would not have invested.

I turn now to the principles that bear on the calculation of damages in this case. It is well established that the proper approach to damages for breach of a fiduciary duty is restitutionary. On this approach, the appellant is entitled to be put in as good a position as he would have been in had the breach not occurred. On the facts here, this means that the appellant is entitled to be restored to the position he was in before the transaction. The trial judge adopted this restitutionary approach and fixed damages at an amount equal to the return of capital, as well as all consequential losses, minus the amount the appellant saved on income tax due to the investments.

The respondent advanced two arguments against the trial judge's assessment of damages for breach of fiduciary duty. Both raise the issue of causation, and I will address these submissions as they were argued.

The respondent first submitted that given the appellant's stated desire to shelter as much of his income as possible from taxation, and his practice

Il est utile d'examiner certaines des principales conclusions de fait qui ont une incidence sur la question des dommages-intérêts. Le juge de première instance a conclu que l'appellant a payé la juste valeur marchande pour chacun de ses quatre placements. Cependant, elle a conclu que l'intimé avait eu des rapports financiers avec les promoteurs des projets tout au long de la période où il avait, par ses recommandations, incité l'appellant à faire les placements. Bref, le juge de première instance a conclu qu'il était financièrement avantageux pour l'intimé que l'appellant investisse conformément aux recommandations qu'il lui faisait. Elle a aussi conclu que l'appellant n'aurait pas investi s'il avait été au courant des véritables rapports de l'intimé avec les promoteurs. À son avis, si les parties avaient réfléchi aux conséquences possibles des rapports de l'intimé avec les promoteurs, il aurait été raisonnablement prévisible que l'appellant n'aurait pas investi.

Je passe maintenant à l'examen des principes applicables au calcul des dommages-intérêts en l'espèce. Il est bien établi qu'il convient que les dommages-intérêts, dans le cas d'un manquement à une obligation fiduciaire, soient calculés en fonction du principe de la restitution. Selon cette méthode, l'appellant a le droit d'être placé dans une position aussi bonne que celle dans laquelle il se serait trouvé en l'absence du manquement. D'après les faits en l'espèce, cela signifie que l'appellant a droit au rétablissement dans la situation où il était avant l'opération. Le juge de première instance a adopté cette méthode fondée sur la restitution et fixé les dommages-intérêts à un montant égal au rendement du capital et à toutes les pertes indirectes, moins les économies d'impôt faites par l'appellant grâce aux placements en question.

L'intimé a avancé deux arguments à l'encontre de l'évaluation que le juge de première instance a faite des dommages-intérêts pour manquement à une obligation fiduciaire. Les deux soulèvent la question de la causalité et je vais les examiner tels qu'ils ont été présentés.

L'intimé a tout d'abord soutenu que l'appellant aurait quand même investi dans des abris fiscaux immobiliers s'il avait su la vérité, en raison de sa

of buying a wide variety of tax shelters, the appellant would still have invested in real-estate tax shelters had he known the true facts. The main difficulty with this submission is that it flies in the face of the facts found by the trial judge. The materiality of the non-disclosure in inducing the appellant to change his position was a live issue at trial which the judge resolved in the appellant's favour, a finding accepted by the Court of Appeal. For reasons given earlier, I agree with this finding.

What is more, the submission runs up against the long-standing equitable principle that where the plaintiff has made out a case of non-disclosure and the loss occasioned thereby is established, the onus is on the defendant to prove that the innocent victim would have suffered the same loss regardless of the breach; see *London Loan & Savings Co. v. Brickenden*, [1934] 2 W.W.R. 545 (P.C.), at pp. 550-51; see also *Huff v. Price*, *supra*, at pp. 319-20; *Commerce Capital Trust Co. v. Berk* (1989), 57 D.L.R. (4th) 759 (Ont. C.A.), at pp. 763-64. This Court recently affirmed the same principle with respect to damages at common law in the context of negligent misrepresentation; see *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3 S.C.R. 3, at pp. 14-17. I will return to the common law cases in greater detail later; it suffices now to say that courts exercising both common law and equitable jurisdiction have approached this issue in the same manner. In *Rainbow*, Sopinka J., on behalf of a 6-1 majority of this Court, had this to say, at pp. 15-16:

The plaintiff is the innocent victim of a misrepresentation which has induced a change of position. It is just that the plaintiff should be entitled to say "but for the tortious conduct of the defendant, I would not have changed my position". A tortfeasor who says, "Yes, but you would have assumed a position other than the *status quo ante*", and thereby asks a court to find a transaction whose terms are hypothetical and speculative, should bear the burden of displacing the plaintiff's assertion of the *status quo ante*.

volonté explicite de diminuer autant que possible son impôt et de son habitude d'acheter divers types d'abris fiscaux. La principale difficulté que pose cet argument réside dans le fait qu'il va à l'encontre des conclusions de fait du juge de première instance. La pertinence de la non-divulgation ayant amené l'appelant à changer de position était une question qui se posait en première instance et que le juge a réglée en faveur de l'appelant, laquelle conclusion a été acceptée par la Cour d'appel. Pour les motifs déjà exprimés, je suis d'accord avec cette conclusion.

Par ailleurs, cet argument va à l'encontre du principe d'*equity* établi depuis longtemps, selon lequel, si le demandeur a prouvé qu'il n'y a pas eu divulgation et qu'il en a résulté une perte, il appartient au défendeur de prouver que la victime innocente aurait subi la même perte indépendamment du manquement; voir les arrêts *London Loan & Savings Co. c. Brickenden*, [1934] 2 W.W.R. 545 (C.P.), aux pp. 550 et 551; *Huff c. Price*, précité, aux pp. 319 et 320; *Commerce Capital Trust Co. c. Berk* (1989), 57 D.L.R. (4th) 759 (C.A. Ont.), aux pp. 763 et 764. Notre Cour a récemment confirmé le même principe relativement au calcul des dommages-intérêts en common law dans le contexte d'une déclaration inexacte faite par négligence; voir l'arrêt *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3, aux pp. 14 à 17. J'examinerai davantage plus loin les affaires de common law; qu'il suffise de dire pour l'instant que les tribunaux qui exercent à la fois une compétence de common law et d'*equity* ont abordé cette question de la même manière. Aux pages 15 et 16 de l'arrêt *Rainbow*, le juge Sopinka affirme ceci, au nom d'une majorité de six contre un:

La demanderesse est la victime innocente d'une déclaration inexacte qui l'a amenée à changer sa situation. Il est juste que la demanderesse puisse alléguer que «n'eût été de la conduite délictuelle de la défenderesse, je n'aurais pas changé ma situation». L'auteur du délit civil qui répond «Oui, mais vous vous seriez mise dans une situation autre que le *statu quo*» et qui demande, en conséquence, au tribunal de conclure à l'existence d'un marché dont les conditions sont hypothétiques et conjecturales doit assumer le fardeau de réfuter l'alléga-tion de *statu quo* de la demanderesse.

Further, mere “speculation” on the part of the defendant will not suffice; see *ibid.*, at p. 15; *Commerce Capital, supra*, at p. 764. In the present case the respondent has adduced no concrete evidence to “displac[e] the plaintiff’s assertion of the *status quo ante*”, and this submission must, therefore, be dismissed.

The respondent also argued that even assuming the appellant would not have invested had proper disclosure been made, the non-disclosure was not the proximate cause of the appellant’s loss. Rather, he continued, the appellant’s loss was caused by the general economic recession that hit the British Columbia real estate market in the early 1980s. The respondent submits that it is grossly unjust to hold him accountable for losses that, he maintains, have no causal relation to the breach of fiduciary duty he perpetrated on the appellant.

I observe that a similar argument was put forward and rejected in the *Kelly Peters* case, *supra*. There the plaintiffs, like the appellant in the present case, had approached the defendant investment advisors for, *inter alia*, investment advice particular to the real estate tax shelter market; see at p. 38. The defendants, like the respondent here, used their position of influence to put the plaintiffs in those specific real estate projects in which they had a pecuniary interest, namely “Kona condominiums” located in Hawaii. The plaintiffs suffered heavy losses when the real estate market for Hawaiian MURBs crashed. As I noted earlier, the defendants were eventually found liable for breach of fiduciary duties. The defendants argued that damages should be assessed with reference to the date of sale on the grounds that neither the buyer nor the seller should be affected by later market fluctuations. This argument was rejected at trial and in the Court of Appeal. In a passage cited with approval by MacFarlane J.A., the trial judge, at p. 49, stated that a purchaser has a right to recovery of losses “up to the time he learns of the

Par ailleurs, une simple «conjecture» de la part du défendeur ne suffira pas; voir, *ibid.*, à la p. 15, et l’arrêt *Commerce Capital*, précité, à la p. 764. En l’espèce, l’intimé n’a pas présenté de preuve concrète pour «réfuter l’allégation de statu quo [du] demande[ur]» et cet argument doit donc être rejeté.

L’intimé a aussi soutenu que la non-divulgence n’était pas la cause immédiate de la perte de l’appelant, même en supposant que celui-ci n’aurait pas investi s’il y avait eu divulgation appropriée. La perte de l’appelant, a-t-il poursuivi, était plutôt attribuable à la récession économique générale qui a frappé le marché immobilier de la Colombie-Britannique au début des années 80. L’intimé fait valoir qu’il est extrêmement injuste de le tenir responsable de pertes qui, selon lui, n’ont aucun lien de causalité avec le manquement à l’obligation fiduciaire qu’il a commis envers l’appelant.

Je fais remarquer qu’un argument similaire a été soulevé et avancé dans l’arrêt *Kelly Peters*, précité. Dans cette affaire, les demandeurs, à l’instar de l’appelant en l’espèce, s’étaient adressés aux conseillers financiers défendeurs pour qu’ils les avisent leur donnent notamment des conseils particuliers au marché des abris fiscaux immobiliers; voir à la p. 38. À l’instar de l’intimé en l’espèce, les défendeurs s’étaient servis de leur position d’influence pour faire participer les demandeurs à des projets immobiliers précis dans lesquels ils avaient un intérêt financier, notamment les «condominiums Kona» situés à Hawaï. Les demandeurs ont subi des pertes importantes lors de l’effondrement du marché immobilier hawaïen des IRLM. Comme je l’ai déjà mentionné, les défendeurs ont été déclarés coupables de manquement à des obligations fiduciaires. Les défendeurs ont soutenu que les dommages-intérêts devaient être évalués en fonction de la date de la vente pour le motif que ni l’acheteur ni le vendeur ne devraient être touchés par les fluctuations ultérieures du marché. Cet argument a été rejeté par le tribunal de première instance et par la Cour d’appel. Dans un passage cité et approuvé par le juge MacFarlane, le juge de première instance affirme, à la p. 49, qu’un acheteur a droit au recouvrement des pertes [TRADUC-

fraud and whether or not the losses result from a falling market”.

The similarity between *Kelly Peters* and the present case is striking. Both the defendant in *Kelly Peters* and the respondent here induced parties into investments they would not otherwise have made by deliberately concealing their own financial interest. These respective investors were thereby exposed to all the risks, i.e., including the general market risks, of these investments. On the finding of facts, these investors would not have been exposed to any of the risks associated with these investments had it not been for their respective fiduciary's desire to secure an improper personal gain. In short, in each case it was the particular fiduciary breach that initiated the chain of events leading to the investor's loss. As such it is right and just that the breaching party account for this loss in full.

Contrary to the respondent's submission, this result is not affected by the *ratio* of this Court's decision in *Canson Enterprises, supra*. *Canson* held that a court exercising equitable jurisdiction is not precluded from considering the principles of remoteness, causation, and intervening act where necessary to reach a just and fair result. *Canson* does not, however, signal a retreat from the principle of full restitution; rather it recognizes the fact that a breach of a fiduciary duty can take a variety of forms, and as such a variety of remedial considerations may be appropriate; see also *McInerney v. MacDonald, supra*, at p. 149. Writing extra-judicially, Huband J.A. of the Manitoba Court of Appeal recently remarked upon this idea, in “Remedies and Restitution for Breach of Fiduciary Duties” in *The 1993 Isaac Pitblado Lectures, supra*, pp. 21-32, at p. 31:

A breach of a fiduciary duty can take many forms. It might be tantamount to deceit and theft, while on the other hand it may be no more than an innocent and hon-

TION] «jusqu'au moment où il est mis au courant de la fraude, et ce, que les pertes soient au non imputables à un effondrement du marché».

^a Il existe une similarité frappante entre *Kelly Peters* et la présente affaire. Le défendeur dans *Kelly Peters* et l'intimé en l'espèce ont tous les deux, en dissimulant délibérément leur propre intérêt financier, incité des parties à faire des placements qu'elles n'auraient pas faits par ailleurs. Ces investisseurs se trouvaient alors exposés à tous les risques de ces placements, y compris les aléas généraux du marché. D'après les conclusions de fait, ces investisseurs n'auraient été exposés à aucun risque lié à ces placements, n'eût été la volonté de leur fiduciaire respectif de se garantir un gain personnel abusif. Bref, dans chacun de ces cas, c'est le manquement particulier à une obligation fiduciaire qui a déclenché la série d'événements qui ont abouti à la perte de l'investisseur. Il n'est donc que juste et équitable que ce soit l'auteur d'un manquement qui assume la perte en totalité.

Contrairement à que soutient l'intimé, le raisonnement de notre Cour dans l'arrêt *Canson Enterprises*, précité, ne change rien à ce résultat. Dans cet arrêt, notre Cour a statué qu'il est loisible à un tribunal qui exerce sa compétence d'*equity* d'examiner les principes de l'éloignement du dommage, de la causalité et de l'acte intermédiaire lorsque cela est nécessaire pour arriver à un résultat juste et équitable. Cet arrêt ne constitue pas cependant une indication de l'abandon du principe de la restitution intégrale; il reconnaît plutôt qu'un manquement à une obligation fiduciaire peut revêtir plusieurs formes et que divers redressements peuvent convenir; voir aussi *McInerney c. MacDonald*, précité, à la p. 149. Le juge Huband de la Cour d'appel du Manitoba a récemment fait des remarques sur cette idée dans l'article «Remedies and Restitution for Breach of Fiduciary Duties» tiré de *The 1993 Isaac Pitblado Lectures, loc. cit.*, pp. 21-32, à la p. 31:

[TRADUCTION] Un manquement à une obligation fiduciaire peut revêtir de nombreuses formes. Il peut équivaloir à un dol et à un vol, ou encore il peut constituer tout

est bit of bad advice, or a failure to give a timely warning.

Canson is an example of the latter type of fiduciary breach, mentioned by Huband J.A. There, the defendant solicitor failed to warn the plaintiff, his client, that the vendors and other third parties were pocketing a secret profit from a "flip" of the subject real estate such that the property was overpriced. See also *Jacks, supra*. In this situation, the principle of full restitution should not entitle a plaintiff to greater compensation than he or she would otherwise be entitled to at common law, wherein the limiting principles of intervening act would come into play.

Put another way, equity is not so rigid as to be susceptible to being used as a vehicle for punishing defendants with harsh damage awards out of all proportion to their actual behaviour. On the contrary, where the common law has developed a measured and just principle in response to a particular kind of wrong, equity is flexible enough to borrow from the common law. As I noted in *Canson*, at pp. 587-88, this approach is in accordance with the fusion of law and equity that occurred near the turn of the century under the auspices of the old *Judicature Acts*; see also *M. (K.) v. M. (H.)*, *supra*, at p. 61. Thus, properly understood *Canson* stands for the proposition that courts should strive to treat similar wrongs similarly, regardless of the particular cause or causes of action that may have been pleaded. As I stated in *Canson*, at p. 581:

... barring different policy considerations underlying one action or the other, I see no reason why the same basic claim, whether framed in terms of a common law action or an equitable remedy, should give rise to different levels of redress.

In other words, the courts should look to the harm suffered from the breach of the given duty, and apply the appropriate remedy.

Returning to the facts of the present case, one immediately notices significant differences from

au plus un mauvais conseil innocent et honnête ou un défaut de faire promptement une mise en garde.

L'arrêt *Canson* constitue un exemple de ce dernier type de manquement à une obligation fiduciaire, mentionné par le juge Huband. Dans cette affaire, l'avocat défendeur avait omis de prévenir le demandeur, son client, que les vendeurs et d'autres tierces parties tiraient un bénéfice secret d'une opération d'achat et de revente du bien immeuble en question de sorte que ce bien était trop cher. Voir aussi l'arrêt *Jacks*, précité. Dans une telle situation, le principe de la restitution intégrale ne devrait pas permettre à un demandeur d'obtenir une indemnité plus grande que celle à laquelle il aurait droit en common law où les principes restrictifs de l'acte intermédiaire entreraient en jeu.

En d'autres termes, l'*equity* n'est pas rigide au point de pouvoir être utilisée pour imposer à des défendeurs de lourds dommages-intérêts disproportionnés à leur conduite véritable. Au contraire, dans les cas où la common law a conçu un principe modéré et juste pour répondre à un type particulier de tort, l'*equity* est suffisamment souple pour emprunter à la common law. Comme je le fait remarquer aux pp. 587 et 588 dans l'arrêt *Canson*, ce point de vue est compatible avec la fusion de la common law et de l'*equity* qui a eu lieu au tournant du siècle en vertu des anciennes *Judicature Acts*; voir aussi l'arrêt *M. (K.) c. M. (H.)*, précité, à la p. 61. En conséquence, l'arrêt *Canson* signifie que les tribunaux devraient s'efforcer de traiter de façon similaire les torts similaires, quelle que soit la cause d'action invoquée. Comme je l'affirme dans l'arrêt *Canson*, à la p. 581:

... en l'absence de considérations de principe différentes qui sous-tendent l'une ou l'autre action, je ne vois aucune raison pour laquelle essentiellement la même demande, qu'il s'agisse d'une action en common law ou en *equity*, devrait donner lieu à différents niveaux de redressement.

En d'autres termes, les tribunaux devraient examiner le préjudice résultant du manquement à une obligation donnée et accorder le redressement approprié.

Pour revenir aux faits de la présente affaire, on se rend compte immédiatement des différences

the wrong committed by the defendant in *Canson* as compared to the character of the fiduciary breach perpetrated by the respondent. In *Canson* there was no particular nexus between the wrong complained of and the fiduciary relationship; this was underlined, at p. 577, by my colleague, McLachlin J., who followed a purely equitable route. Rather, the fiduciary relationship there arose by operation of law, and was in many ways incidental to the particular wrong. Further, the loss was caused by the wrongful act of a third party that was unrelated to the fiduciary breach. In the present case the duty the respondent breached was directly related to the risk that materialized and in fact caused the appellant's loss. The respondent had been retained specifically to seek out and make independent recommendations of suitable investments for the appellant. This agreement gave the respondent a kind of influence or discretion over the appellant in that, as the trial judge found, he effectively chose the risks to which the appellant would be exposed based on investments which in his expert opinion coincided with the appellant's overall investment objectives. In *Canson* the defendant solicitor did not advise on, choose, or exercise any control over the plaintiff's decision to invest in the impugned real estate; in short, he did not exercise any control over the risks that eventually materialized into a loss for the plaintiff.

Indeed, courts have treated common law claims of the same nature as the wrong complained of in the present case in much the same way as claims in equity. I earlier referred to *Rainbow Industrial Caterers*. The plaintiff there had contracted to cater lunches to CN employees at a certain price per meal. The price was based on the estimated number of lunches the defendant would require over the period covered by the contract. This estimate was negligently misstated, and the plaintiff suffered a significant loss. The Court was satisfied that but for the misrepresentation, the plaintiff

importantes qui existent entre le tort commis par le défendeur dans l'arrêt *Canson* et le manquement à l'obligation fiduciaire commis par l'intimé en l'espèce. Dans l'arrêt *Canson*, il n'existait pas de lien particulier entre le tort dont on se plaignait et la relation fiduciaire; c'est ce que souligne, à la p. 577, ma collègue le juge McLachlin qui a adopté une démarche fondée exclusivement sur l'*equity*. Dans cette affaire, la relation fiduciaire découlait plutôt de l'effet de la loi et avait, à maints égards, un rapport secondaire avec l'acte préjudiciable particulier. Par ailleurs, la perte subie résultait de l'acte préjudiciable d'une tierce partie qui n'avait rien à voir avec le manquement à l'obligation fiduciaire. En l'espèce, l'obligation à laquelle a manqué l'intimé était directement liée au risque qui s'est réalisé et auquel est imputable la perte de l'appellant. Ce dernier avait explicitement retenu les services de l'intimé pour qu'il lui fasse des recommandations indépendantes de placements appropriés. Cette entente conférait à l'intimé une sorte d'influence ou de pouvoir discrétionnaire sur l'appellant puisque, comme l'a conclu le juge de première instance, il se trouvait effectivement à choisir les risques auxquels l'appellant serait exposé en faisant des placements qui, d'après l'opinion professionnelle de l'intimé, s'harmonisaient avec ses objectifs globaux en matière de placements. Dans l'arrêt *Canson*, l'avocat défendeur n'avait ni conseillé, ni fait de choix, ni exercé un contrôle relativement à la décision de la demanderesse d'investir dans le marché immobilier attaqué; bref, il n'avait exercé aucun contrôle sur les risques qui se sont finalement soldés par une perte pour la demanderesse.

En fait, les tribunaux ont traité les demandes fondées sur la common law, qui portent sur le même genre de tort que celui dont on se plaint en l'espèce, sensiblement de la même façon que celles fondées sur l'*equity*. J'ai déjà mentionné l'arrêt *Rainbow Industrial Caterers*. Dans cette affaire, la demanderesse s'était engagée par contrat à fournir aux employés du CN des repas, moyennant un certain prix par repas. Ce prix avait été calculé en fonction du nombre estimatif de repas dont la défenderesse aurait besoin au cours de la période visée par le contrat. Il y a eu une déclaration

would not have entered into the contract. The defendant, however, alleged that much of the loss was not caused by the misrepresentation but rather by certain conduct of CN employees, e.g., taking too much food. This argument was rejected by the Court in the following terms, at p. 17:

... CN bore the burden of proving that Rainbow would have bid even if the estimate had been accurate. That was not proved, and so it is taken as a fact that Rainbow would not have contracted had the estimate been accurate. The conduct referred to in para. 49 [i.e. the conduct of the CN employees] would not have occurred if there had been no contract, and therefore the loss caused thereby, like all other losses in the proper execution of the contract by Rainbow, is directly related to the negligent misrepresentation. [Emphasis in original.]

Thus, where a party can show that but for the relevant breach it would not have entered into a given contract, that party is freed from the burden or benefit of the rest of the bargain; see also *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12, at pp. 40-41 (per La Forest and McLachlin JJ.). In short, the wronged party is entitled to be restored to the pre-transaction *status quo*.

An identical principle was applied by the British Columbia Court of Appeal in *K.R.M. Construction Ltd. v. British Columbia Railway Co.* (1982), 40 B.C.L.R. 1, a case relied upon by Macfarlane J.A. in *Kelly Peters*. In *K.R.M.* the defendant railway company, which was renegotiating a major contract with the plaintiff due to an earlier misrepresentation, induced the plaintiff into a settlement when it was agreed that the defendant would grant permission to the plaintiff to work out of one camp rather than two, thereby effecting a savings to the plaintiff of \$1.6 million. During the course of this negotiation, the plaintiff had been informed that the coming winter's line revisions would be minor. In fact, the defendant was planning a major revision. As it turned out, the plaintiff experienced

inexacte faite par négligence quant à l'estimation du nombre de repas et la demanderesse a subi une perte importante. Notre Cour s'est dite convaincue que, n'eût été cette déclaration inexacte, la demanderesse n'aurait pas conclu le contrat. Cependant, la défenderesse a soutenu qu'une bonne partie de la perte résultait non pas de la déclaration inexacte, mais plutôt d'une certaine conduite des employés du CN, savoir la consommation excessive de nourriture. Notre Cour rejette cet argument, à la p. 17:

... il incombait à CN de prouver que Rainbow aurait soumissionné même si l'estimation avait été exacte. Cette preuve n'a pas été faite et, en conséquence, je tiens pour avéré que Rainbow n'aurait pas conclu de contrat si l'estimation avait été exacte. La conduite mentionnée à l'alinéa 49 [la conduite des employés du CN] n'aurait pas eu lieu en l'absence d'un contrat, si bien que la perte en résultant, comme toutes les autres pertes découlant de l'exécution appropriée du contrat par Rainbow, est directement liée à la déclaration inexacte faite par négligence. [Souligné dans l'original.]

Par conséquent, la partie qui peut démontrer qu'elle n'aurait pas conclu un contrat donné, n'eût été le manquement pertinent, est libérée de la charge ou du bénéfice du reste du marché; voir aussi l'arrêt *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12, aux pp. 40 et 41 (les juges La Forest et McLachlin). Bref, la partie qui a subi un préjudice a le droit d'être remise dans la situation antérieure au marché.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué un principe identique dans l'arrêt *K.R.M. Construction Ltd. c. British Columbia Railway Co.* (1982), 40 B.C.L.R. 1, sur lequel s'est fondé le juge Macfarlane dans l'arrêt *Kelly Peters*. Dans l'arrêt *K.R.M.*, la compagnie ferroviaire défenderesse qui, à la suite d'une déclaration antérieure inexacte, en était à renégocier un important contrat avec la demanderesse, avait incité cette dernière à accepter un règlement lorsqu'il avait été convenu que la défenderesse autoriserait la demanderesse à se servir d'un camp au lieu de deux, ce qui permettrait à la demanderesse d'économiser 1,6 million de dollars. Au cours de la négociation, la demanderesse avait été informée que les travaux de réfection des voies prévues pour l'hiver suivant seraient

considerable delays and failed to meet the completion date for the project. The contract was eventually terminated by mutual agreement and the plaintiff brought an action for damages. It was found as a fact that the plaintiff was induced into signing the amending agreement and the release of its past claims by the non-disclosure concerning the line revision. The railway company argued, however, that the proximate cause of the delay was not related to the non-disclosure but to the unusually warm winter weather. Indeed the court, at p. 32, stated, “[i]t would appear that a very significant factor in the respondents’ difficulties and delays was the unusually mild winter weather. It was a factor adversely affecting work, major line revision or not.” Nonetheless, the court found in favour of the plaintiffs. It stated, at p. 32:

... in our view considering and weighing these matters is not the proper approach. ... As the result of the second deceit they [the respondents] resumed work on revised terms. ... The resumption of work subjected them to all contingencies including adverse weather. Without the second deceit the respondents would not have been exposed to those contingencies, and the heavy losses suffered in the subsequent work would not have been incurred. [Emphasis added.]

The respondent points to a number of cases in which courts have refused to compensate plaintiffs for losses suffered owing to general market fluctuations despite the existence of “but for” causation; *Waddell v. Blockey* (1879), 4 Q.B.D. 678 (C.A.); *Huddleston v. Herman & MacLean*, 640 F.2d 534 (5th Cir. 1981), aff’d in part 459 U.S. 375 (1983); *McGonigle v. Combs*, 968 F.2d 810 (9th Cir. 1992).

The respondent placed considerable reliance on the *Waddell* case. There the defendant sold rupee paper of his own to the defendant on the fraudulent basis that the paper belonged to persons other than the defendant. After the purchase the rupee paper

mineurs. En réalité, la défenderesse planifiait des travaux majeurs. La demanderesse a finalement subi d’importants retards et n’a pu respecter la date d’achèvement du projet. Le contrat a finalement été résilié par entente mutuelle et la demanderesse a intenté une action en dommages-intérêts. Le tribunal a tiré la conclusion de fait selon laquelle la demanderesse avait été amenée à signer l’entente modificative et la renonciation à ses demandes antérieures en raison de la non-divulgation relative à la réfection des voies. Cependant, la compagnie ferroviaire a soutenu que la cause immédiate du retard était liée non pas à la non-divulgation, mais à l’hiver inhabituellement clément. En fait, le tribunal affirme, à la p. 32: [TRADUCTION] «Il semblerait que les difficultés et les retards que les intimés ont connus soient imputables à un facteur très important: l’hiver inhabituellement clément. C’est un facteur qui a nui au travail, que les travaux de réfection aient été majeurs ou non.» Néanmoins, le tribunal a donné raison à la demanderesse. Il affirme, à la p. 32:

[TRADUCTION] ... à notre avis, l’examen et l’évaluation de ces questions ne constituent pas la bonne façon de procéder. [...] À la suite du deuxième dol, elle [l’intimée] a repris les travaux à de nouvelles conditions. [...] Avec cette reprise des travaux, elle est devenue exposée à tous les imprévus, y compris les intempéries. Sans le deuxième dol, l’intimée n’aurait pas été exposée à ces imprévus et n’aurait pas subi de lourdes pertes lors des travaux subséquents. [Je souligne.]

L’intimé souligne un certain nombre de décisions dans lesquelles les tribunaux ont refusé d’indemniser les demandeurs pour des pertes découlant des fluctuations générales du marché, même si l’on pouvait faire valoir l’argument du «n’eût été» sur le plan de la causalité; voir *Waddell c. Blockey* (1879), 4 Q.B.D. 678 (C.A.); *Huddleston c. Herman & MacLean*, 640 F.2d 534 (5th Cir. 1981), conf. en partie par 459 U.S. 375 (1983); *McGonigle c. Combs*, 968 F.2d 810 (9th Cir. 1992).

L’intimé s’est appuyé abondamment sur l’arrêt *Waddell*. Dans cette affaire, le défendeur avait vendu au demandeur du papier à roupie qui lui appartenait après avoir frauduleusement fait valoir que ce papier appartenait à d’autres. Après l’achat,

rapidly fell in value owing to an unrelated decline in the market for such paper. The plaintiff eventually sold the paper five months later at a loss of £43,000. The English Court of Appeal, reversing, held that despite the proven fraudulent misrepresentation, the plaintiff was not entitled to any damages on the grounds that there was “no natural or proximate connection between the wrong done and the damage suffered”; *per* Thesiger L.J., at p. 682.

la valeur du papier à roupie a rapidement chuté à la suite d'un ralentissement, non lié à l'affirmation frauduleuse, sur le marché en question. Le demandeur a finalement vendu le papier cinq mois plus tard, subissant une perte de 43,000 £. La Cour d'appel d'Angleterre a infirmé le jugement de première instance et statué que, malgré la preuve de la déclaration inexacte frauduleuse, le demandeur n'avait pas droit à des dommages-intérêts parce qu'il [TRADUCTION] «n'exist[ait] pas de lien naturel ou immédiat entre le tort causé et le dommage subi»; le lord juge Thesiger, à la p. 682.

The first thing one notices about this case is its age. *Waddell* was decided in 1879, well before the English courts began to expand the fiduciary concept beyond the strict trust context to reach professional relationships such as the one in the present case. The modern approach to professional advisory relationships was launched in *Nocton v. Lord Ashburton*, where the fiduciary principle was used as a means of putting pressure on solicitors (and others in a “special relationship” with the public) in the performance of their special skills; see Viscount Haldane, at p. 955; see also Gummow J., “Compensation for Breach of Fiduciary Duty” in Youdan (1989), *supra*, at pp. 57-62; *Lloyds Bank, supra*. I observe that while there is some mention of a fiduciary relationship in *Waddell*, there is no mention of any equitable remedial principles such as would have been dictated by a strict trust approach. Put another way, the court treated the case on the same footing as a case of common law fraud in which the evil complained of relates exclusively to the price or value of the underlying security.

La première chose que l'on remarque au sujet de cette affaire est son âge. L'arrêt *Waddell* a été rendu en 1879, bien avant que les tribunaux britanniques commencent à étendre le concept de l'obligation fiduciaire au-delà du contexte de la fiducie stricte pour l'appliquer à des relations professionnelles comme celles dont il est question en l'espèce. L'analyse moderne des rapports consultatifs professionnels remonte à l'arrêt *Nocton c. Lord Ashburton*, dans lequel le principe fiduciaire a été utilisé comme moyen de pression sur les avocats (et d'autres personnes ayant «une relation spéciale» avec le public) dans l'exercice de leurs compétences spéciales; voir le vicomte Haldane, à la p. 955; voir l'article du juge Gummow, intitulé «Compensation for Breach of Fiduciary Duty», dans Youdan (1989), *op. cit.*, aux pp. 57 à 62; l'arrêt *Lloyds Bank*, précité. Je constate que, dans l'arrêt *Waddell*, on fait mention de l'existence d'une relation fiduciaire, mais non des principes de redressement d'*equity* que le recours à une méthode de fiducie stricte aurait nécessités. En d'autres termes, le tribunal a considéré l'affaire sur le même pied qu'une fraude en common law où le mal dont on se plaint concerne exclusivement le prix ou la valeur de la valeur mobilière sous-jacente.

It is worthy of note as well that the trial judge in *Waddell* awarded the plaintiff the full extent of his loss. Thus it appears that, even as early as 1879, there was at least a measure of disagreement on the issue. I observe that in *Allan v. McLennan* (1916), 31 D.L.R. 617, the British Columbia Court of Appeal came to the result opposite to that in *Wad-*

Il importe également de signaler que le juge de première instance avait, dans l'arrêt *Waddell*, accordé au demandeur une indemnisation pour toute sa perte. Il appert donc qu'il existait, déjà en 1879, une certaine mésentente sur cette question. Je remarque que, dans l'arrêt *Allan v. McLennan* (1916), 31 D.L.R. 617, la Cour d'appel de la

dell on virtually identical facts. In *Allan* the plaintiff bought shares from the defendant based on the representation that they belonged to the Bank of Vancouver, whereas they in fact belonged to the defendant, who would receive the proceeds of the sale. This misstatement caused the plaintiff to inquire less carefully into the matter than he otherwise would have. The trial judge, at p. 618, concluded that “these representations were relied upon by the respective plaintiffs and induced them to purchase the shares”. The measure of damages was held to be the difference in value of the shares at the time of discovery of the misstatement and what was paid for them. In short, to the extent that *Waddell* and the cases that follow it support the respondent’s position, I do not agree with them. This authority is displaced by the more recent jurisprudence in this area which I have set forth earlier, and which, in my view, adopts the correct principle.

The respondent also referred us to a line of American authority in the securities fraud context. These cases distinguish between “transaction causation” and “loss causation”, the former corresponding to the “but for” test and the latter to ordinary tort notions of proximate causation. In *Huddleston*, for instance, the court stated, at p. 549:

The plaintiff must prove not only that, had he known the truth, he would not have acted, but in addition that the untruth was in some reasonably direct, or proximate, way responsible for his loss. The causation requirement is satisfied in a Rule 10b-5 case only if the misrepresentation touches upon the reasons for the investment’s decline in value.

The policy supporting these cases is that absent the requirement of causation an action for fraud would become an “insurance plan for the cost of every security purchased in reliance upon a material misstatement”; see *idem*. The policy direction taken by the American courts is no doubt prompted by a concern about the detrimental effects of the explosion in securities fraud litigation on the efficiency

Colombie-Britannique est arrivée au résultat contraire à celui de l’arrêt *Waddell*, à partir de faits quasi identiques. Dans l’arrêt *Allan*, le demandeur avait acheté des actions au défendeur, croyant qu’elles appartenaient à la Bank of Vancouver, alors qu’en réalité elles appartenaient au défendeur qui se trouvait alors à encaisser le produit de la vente. À la suite de cette déclaration inexacte, le demandeur avait examiné l’affaire de façon moins minutieuse qu’il ne l’aurait fait par ailleurs. Le juge de première instance conclut, à la p. 618, que [TRADUCTION] «les demandeurs respectifs se sont fiés à ces déclarations qui les ont incités à acheter les actions». On a statué que le montant des dommages-intérêts correspondait à la différence entre la valeur des actions à la date de la découverte de la déclaration inexacte et leur prix d’acquisition. Bref, dans la mesure où l’arrêt *Waddell* et les décisions qui ont suivi appuient la position de l’intimé, je n’y souscris pas. Les récentes décisions que j’ai déjà citées en la matière supplantent ce courant jurisprudentiel et adoptent, à mon avis, le bon principe.

L’intimé nous a aussi renvoyés à un courant jurisprudentiel américain sur la fraude en matière de valeurs mobilières. Ces arrêts établissent une distinction entre la «causalité de l’opération» et la «causalité de la perte», la première correspondant au critère du «n’eût été» et la deuxième aux notions ordinaires de causalité immédiate en matière délictuelle. Par exemple, dans l’arrêt *Huddleston*, la cour affirme, à la p. 549:

[TRADUCTION] Le demandeur doit prouver non seulement qu’il n’aurait pas agi s’il avait su la vérité, mais aussi que la perte qu’il a subie était d’une façon raisonnablement directe ou immédiate imputable à cette fausseté. On satisfait à l’exigence de causalité dans une affaire relative à la règle 10b-5 seulement si la déclaration inexacte explique la perte de valeur du placement.

Le principe à l’appui de ces arrêts veut qu’en l’absence de l’exigence de causalité une action pour fraude deviendrait [TRADUCTION] «une police d’assurance quant au coût de toute valeur mobilière achetée sur la foi d’une déclaration inexacte pertinente»; voir *idem*. Dans l’orientation de principe qu’ils ont adoptée, les tribunaux américains ont sans aucun doute été poussés par une inquiétude

of the capital markets. One obvious means of limiting potential liability is by developing a strict causation requirement, and this is precisely what the United States courts have done. I would have thought it obvious that the application of this policy imperative to the present situation is tenuous to say the least.

Moreover, there exists a second line of United States authority that has a greater affinity to the case at bar. These cases deal with the self-interested behaviour of stockbrokers and other professionals in the investment industry. Here, the American courts have apparently decided that the policy against giving the investor an "insurance plan" against market fluctuations is outweighed by the need to ensure that persons with power over individual investors act in good faith in carrying out their professional services, and have awarded damages on the principle of full restitution. In *Chasins v. Smith Barney & Co.*, 438 F.2d 1167 (1970), the Second Circuit Court of Appeals held that where a stockbroker induces a client to invest in a stock without disclosing that he is making a market in that particular stock (i.e., holding himself out as being willing to buy and sell particular securities for his own account on a continuous basis otherwise than on a national securities exchange), the stockbroker is required to compensate the client for the whole of his loss, notwithstanding the fact that the investor paid no more than fair market value. The court stated, at p. 1173:

The issue is not whether Smith, Barney was actually manipulating the price on Chasins or whether he paid a fair price, but rather the possible effect of disclosure of Smith, Barney's market-making role on Chasins' decision to purchase at all on Smith, Barney's recommendation. It is the latter inducement to purchase by Smith, Barney without disclosure of its interest that is the basis of this violation; the evil in such a case is that recommendations to clients will be based upon the best inter-

concernant les effets préjudiciables que l'accroissement soudain du nombre de poursuites pour fraude en matière de valeurs mobilières aurait sur la rentabilité des marchés de capitaux. Pour limiter la responsabilité éventuelle, on peut de toute évidence concevoir une exigence de causalité stricte et c'est précisément ce que les tribunaux américains ont fait. J'aurais cru évident que l'application de cet impératif de principe à la présente situation tient à peu de chose, pour le moins qu'on puisse dire.

Par ailleurs, il existe un deuxième courant jurisprudentiel américain qui se rapproche davantage du présent pourvoi. Ces décisions portent sur le comportement intéressé de courtiers en valeurs mobilières et d'autres professionnels du secteur des placements. Les tribunaux américains ont apparemment décidé que la nécessité de garantir que les personnes qui exercent un pouvoir sur des investisseurs agissent de bonne foi dans la prestation de leurs services professionnels l'emporte sur le principe qui interdit d'accorder à l'investisseur une « police d'assurance » contre les fluctuations du marché, et ils ont accordé des dommages-intérêts fondés sur le principe de la restitution intégrale. Dans l'arrêt *Chasins c. Smith Barney & Co.*, 438 F.2d 1167 (1970), la Second Circuit Court of Appeals a statué qu'un courtier en valeurs mobilières est tenu d'indemniser un client de la totalité de la perte qu'il a subie lorsqu'il a incité ce client à investir dans des actions sans l'informer qu'il faisait de la tenue de marché pour les actions en question (c.-à-d. qu'il se disait disposé à acheter et à vendre des valeurs mobilières particulières pour son propre compte sur une base permanente autrement que par l'intermédiaire d'une bourse nationale), et ce, même si l'investisseur n'avait pas payé plus que la juste valeur marchande. La cour affirme, à la p. 1173:

[TRADUCTION] La question n'est pas de savoir si Smith Barney trafiquait le prix à l'égard de Chasins ou s'il a payé un prix équitable, mais plutôt quelle était l'incidence possible de la divulgation du rôle de teneur de marché de Smith Barney sur la décision de Chasins d'acheter à la recommandation de Smith Barney. C'est justement l'incitation à acheter de Smith Barney, sans divulguer son intérêt, qui est à la base de cette violation; dans un tel cas, le mal découle du fait que les recom-

ests of the dealer rather than the client. [Emphasis added.]

Chasins was relied on by the Ninth Circuit Court of Appeals in the context of "churning" in *Hatrock v. Edward D. Jones & Co.*, 750 F.2d 767 (1984). Churning occurs when a broker who exercises control over a customer's account engages in trading for the purpose of realizing increased commissions or for some other purpose that is not in the best interests of the client. Like securities fraud, "churning" is a violation of s. 10(b) of the *Securities and Exchange Act, 1934* and Rule 10b-5 promulgated pursuant to that statute. The *Hatrock* court stated, at pp. 773-74:

The plaintiff . . . should not have to prove loss causation where the evil is not the price the investor paid for a security, but the broker's fraudulent inducement of the investor to purchase the security. . . .

The investor may recover excessive commissions charged by the broker, and the decline in value of the investor's portfolio resulting from the broker's fraudulent transactions.

The policy underlying the doctrine of loss causation has been the subject of rather spirited academic and judicial debate in the United States; see, for instance, *Marbury Management, Inc. v. Kohn*, 629 F.2d 705 (2nd Cir. 1980), *per* Meskill J. (dissenting); *Bastian v. Petren Resources Corp.*, 681 F.Supp. 530 (N.D. Ill. 1988); Robert B. Thompson, "The Measure of Recovery Under Rule 10B-5: A Restitution Alternative to Tort Damages" (1984), 37 *Vand. L. Rev.* 349; Michael J. Kaufman, "Loss Causation: Exposing a Fraud on Securities Law Jurisprudence" (1991), 24 *Ind. L. Rev.* 357; Andrew L. Merritt, "A Consistent Model of Loss Causation in Securities Fraud Litigation: Suing the Remedy to the Wrong" (1988), 66 *Tex. L. Rev.* 469. Despite this controversy, however, the courts continue to hold defendants liable for the plaintiff's gross loss in cases of churning and other such misbehaviour by those in a position of power and

mandations faites aux clients sont fondées sur l'intérêt du courtier plutôt que sur celui du client. [Je souligne.]

Dans *Hatrock c. Edward D. Jones & Co.*, 750 F.2d 767 (1984), la Ninth Circuit Court of Appeals s'est fondée sur l'arrêt *Chasins* dans un contexte de multiplication des opérations d'un compte. Il y a multiplication des opérations d'un compte lorsqu'un courtier qui exerce un contrôle sur le compte d'un client transige sur le marché des valeurs mobilières dans le but de réaliser des commissions accrues ou à d'autres fins qui ne sont pas dans l'intérêt du client. Comme la fraude en matière de valeurs mobilières, la multiplication des opérations d'un compte est une violation de l'al. 10b) de la *Securities and Exchange Act of 1934* et de la règle 10b-5, adoptée conformément à cette loi. Dans l'arrêt *Hatrock*, la cour dit, aux pp. 773 et 774:

[TRADUCTION] Le demandeur [. . .] ne devrait pas avoir à prouver la causalité de la perte dans le cas où le mal est non pas le prix que l'investisseur a payé pour une valeur mobilière, mais le fait que le courtier a frauduleusement incité l'investisseur à acheter la valeur mobilière. . . .

L'investisseur peut recouvrer le montant des commissions excessives exigées par le courtier, et la perte de valeur de son portefeuille d'actions découlant des opérations frauduleuses du courtier.

Le principe à la base de la théorie de la causalité de la perte a fait l'objet d'un débat théorique et judiciaire plutôt animé aux États-Unis; voir, par exemple, *Marbury Management, Inc. c. Kohn*, 629 F.2d 705 (2nd Cir. 1980), le juge Meskill (dissident); *Bastian c. Petren Resources Corp.*, 681 F.Supp. 530 (N.D. Ill. 1988); Robert B. Thompson, «The Measure of Recovery Under Rule 10B-5: A Restitution Alternative to Tort Damages» (1984), 37 *Vand. L. Rev.* 349; Michael J. Kaufman, «Loss Causation: Exposing a Fraud on Securities Law Jurisprudence» (1991), 24 *Ind. L. Rev.* 357; Andrew L. Merritt, «A Consistent Model of Loss Causation in Securities Fraud Litigation: Suing the Remedy to the Wrong» (1988), 66 *Tex. L. Rev.* 469. Toutefois, malgré cette controverse, les tribunaux continuent de tenir les défendeurs responsables de la perte brute du demandeur dans les cas de multiplication des opérations d'un compte et d'autres inconduites de la part de ceux qui sont dans une position de force par rapport aux investis-

ascendency over investors; see *Casella v. Webb*, 883 F.2d 805 (9th Cir. 1989).

From a policy perspective it is simply unjust to place the risk of market fluctuations on a plaintiff who would not have entered into a given transaction but for the defendant's wrongful conduct. I observe that in *Waddell, supra*, Bramwell L.J. conceded, at p. 680, that if *restitutio in integrum* had been possible, the plaintiff could probably have recovered in full. Indeed counsel for the appellant argued that the proper approach to damages in this case was the monetary equivalent of a rescissionary remedy. I agree. In my view the appellant should not suffer from the fact that he did not discover the breach until such time as the market had already taken its toll on his investments. This principle, which I take to be a basic principle of fairness, is in fact reflected in the common law of mitigation, itself rooted in causation; see S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (3rd ed. 1993), at p. 515. In *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, this Court held that in an action for breach of the duty to return shares under a contract of bailment, the obligation imposed on the plaintiff to mitigate by purchasing like shares on the open market did not commence until such time as the plaintiff learned of the breach or within a reasonable time thereafter.

There is a broader justification for upholding the trial judge's award of damages in cases such as the present, namely the need to put special pressure on those in positions of trust and power over others in situations of vulnerability. This justification is evident in American caselaw, which makes a distinction between simple fraud related to the price of a security and fraudulent inducements by brokers and others in the investment business in positions of influence. In the case at bar, as in *Kelly Peters* and the American cases cited by the appellant, the wrong complained of goes to the heart of the duty of loyalty that lies at the core of the fiduciary principle. In redressing a wrong of this nature, I have

seurs; voir *Casella c. Webb*, 883 F.2d 805 (9th Cir. 1989).

En principe, il est tout simplement injuste de faire assumer les risques de fluctuations du marché par un demandeur qui, n'eût été l'inconduite du défendeur, n'aurait pas conclu une opération donnée. Je constate que le lord juge Bramwell reconnaît, à la p. 680 de l'arrêt *Waddell*, précité, que le demandeur aurait probablement pu obtenir un recouvrement intégral si la *restitutio in integrum* avait été possible. En fait, l'avocat de l'appelant a soutenu que les dommages-intérêts qu'il convenait d'accorder dans ce cas étaient l'équivalent monétaire d'une rescision. Je suis d'accord. À mon avis, l'appelant ne devrait pas souffrir du fait qu'il n'a pas découvert le manquement avant que le marché ait porté un coup à ses investissements. Ce principe, que je considère comme un principe fondamental d'équité, se reflète en fait dans la common law relative à la limitation du préjudice, qui repose elle-même sur la causalité; voir S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (3^e éd. 1993), à la p. 515. Dans l'arrêt *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, notre Cour a décidé que, dans une action pour manquement à l'obligation de restituer des actions en vertu d'un contrat de dépôt, l'obligation que la demanderesse avait de limiter le préjudice en achetant des actions semblables sur le marché libre ne prenait naissance qu'au moment où la demanderesse apprenait l'existence du manquement ou dans un délai consécutif raisonnable.

Il existe une raison plus générale de confirmer le montant des dommages-intérêts accordés par le juge de première instance dans des cas comme la présente affaire, soit la nécessité d'exercer des pressions particulières sur les personnes qui occupent une position de confiance et de force par rapport à d'autres qui se trouvent en état de vulnérabilité. Cette raison est évidente dans la jurisprudence américaine qui établit une distinction entre la simple fraude liée au prix d'une valeur mobilière et les incitations frauduleuses de courtiers et d'autres personnes qui, dans le domaine des placements, occupent des positions d'influence. En l'espèce, comme dans l'arrêt *Kelly Peters* et dans la juris-

no difficulty in resorting to a measure of damages that places the exigencies of the market-place on the respondent. Such a result is in accordance with the principle that a defaulting fiduciary has an obligation to effect restitution *in specie* or its monetary equivalent; see *Re Dawson; Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.*, [1966] 2 N.S.W.R. 211; *Island Realty Investments Ltd. v. Douglas* (1985), 19 E.T.R. 56 (B.C.S.C.), at pp. 64-65; *Rothko v. Reis*, 372 N.E.2d 291 (C.A.N.Y. 1977). I see no reason to derogate from this principle; on the contrary, the behaviour of the respondent seems to be precisely the type of behaviour that calls for strict legal censure. Mark Ellis puts the matter in the following way in *Fiduciary Duties in Canada*, *supra*, at p. 20-2:

... the relief seeks primarily to protect a party owed a duty of utmost good faith from deleterious actions by the party owing the fiduciary duty. The vehicles by which the Court may enforce that duty are diverse and powerful, but are premised upon the same desire: to strictly and jealously guard against breach and to redress that breach by maintenance of the pre-default status quo, where possible.

The remedy of disgorgement, adopted in effect if not in name by the Court of Appeal, is simply insufficient to guard against the type of abusive behaviour engaged in by the respondent in this case. The law of fiduciary duties has always contained within it an element of deterrence. This can be seen as early as *Keech* in the passage cited *supra*; see also *Canadian Aero*, *supra*, at pp. 607 and 610; *Canson*, *supra*, at p. 547, *per* McLachlin J. In this way the law is able to monitor a given relationship society views as socially useful while avoiding the necessity of formal regulation that may tend to hamper its social utility. Like-minded fiduciaries in the position of the respondent would not be deterred from abusing their power by a remedy that simply requires them, if discovered, to disgorge their secret profit, with the beneficiary bearing all the market risk. If anything, this would encourage people in his position to in effect gam-

prudence américaine citée par l'appelant, le tort dont on se plaint touche directement l'obligation de loyauté qui est à la base du principe fiduciaire. Pour remédier à un tel tort, je n'éprouve aucune difficulté à recourir à une évaluation des dommages-intérêts qui fait assumer par l'intimé les exigences du marché. Un tel résultat est conforme au principe selon lequel le fiduciaire en faute a l'obligation de faire une restitution en nature ou en argent; voir *Re Dawson; Union Fidelity Trustee Co. c. Perpetual Trustee Co.*, [1966] 2 N.S.W.R. 211; *Island Realty Investments Ltd. c. Douglas* (1985), 19 E.T.R. 56 (C.S.C.-B.), aux pp. 64 et 65; *Rothko c. Reis*, 372 N.E.2d 291 (C.A.N.Y. 1977). Je ne vois aucune raison de déroger à ce principe; au contraire, le comportement de l'intimé semble être précisément le type de comportement qui mérite une stricte réprobation par la loi. Voici comment Mark Ellis formule la question dans *Fiduciary Duties in Canada*, *op. cit.*, à la p. 20-2:

[TRADUCTION] ... le redressement vise principalement à protéger la partie envers qui existe une obligation de bonne foi extrême contre les actes nuisibles de la partie à qui incombe l'obligation fiduciaire. Le tribunal a des moyens divers et puissants de faire respecter cette obligation, mais ces moyens reposent tous sur la même volonté: empêcher strictement et jalousement tout manquement et remédier à tout manquement en rétablissant si possible la situation antérieure à celui-ci.

Le redressement de la restitution, que la Cour d'appel a adopté en fait, sans le préciser, ne suffit tout simplement pas à prévenir le type de comportement abusif que l'intimé a adopté en l'espèce. Le droit des obligations fiduciaires a toujours comporté un élément de dissuasion. On peut déjà le constater dans le passage susmentionné de l'arrêt *Keech*, précité; voir aussi *Canadian Aero*, précité, aux pp. 607 et 610; *Canson*, précité, à la p. 547, le juge McLachlin. Le droit est ainsi en mesure de surveiller une relation que la société considère comme utile, tout en écartant la nécessité d'une réglementation officielle qui risquerait d'en réduire l'utilité sociale. Les fiduciaires dans le même état d'esprit que l'intimé ne seraient pas dissuadés d'exercer abusivement leur pouvoir s'ils n'étaient contraints que de rendre les profits secrets réalisés dans le cas où leur manège serait découvert, alors que le bénéficiaire se trouverait à assumer tous les

ble with other people's money, knowing that if they are discovered they will be no worse off than when they started. As a result, the social benefits of fiduciary relationships, particularly in the field of independent professional advisors, would be greatly diminished.

In view of my finding that there existed a fiduciary duty between the parties, it is not in strictness necessary to consider damages for breach of contract. However, in my view, on the facts of this case, damages in contract follow the principles stated in connection with the equitable breach. The contract between the parties was for independent professional advice. While it is true that the appellant got what he paid for from the developers, he did not get the services he paid for from the respondent. The relevant contractual duty breached by the respondent is of precisely the same nature as the equitable duty considered in the fiduciary analysis, namely the duty to make full disclosure of any material conflict of interest. This was, in short, a contract which provided for the performance of obligations characterized in equity as fiduciary.

Further, it remains the case under the contractual analysis that but for the non-disclosure, the contract with the developers for the MURBs would not have been entered into. The trial judge found as a fact that it was reasonably foreseeable that if the appellant had known of the respondent's affiliation with the developers, he would not have invested. This finding is fully reflected in the evidence I have earlier set forth. Put another way, it was foreseeable that if the contract was breached the appellant would be exposed to market risks (i.e., in connection with the four MURBs) to which he would not otherwise have been exposed. Further, it is well established that damages must be foreseeable as to kind, but not extent; as such any distinction based on the unforeseeability of the

risques du marché. En fait, on se trouverait alors à encourager les gens dans cette position à jouer avec l'argent des autres, puisqu'ils sauraient qu'ils ne seraient pas, en cas de découverte de leur manège, en pire situation qu'au départ. En définitive, on réduirait considérablement les avantages sociaux des relations fiduciaires, notamment dans le secteur des conseillers professionnels indépendants.

Compte tenu de ma conclusion à l'existence d'une obligation fiduciaire entre les parties, il n'est pas strictement nécessaire d'examiner la question des dommages-intérêts pour inexécution du contrat. J'estime cependant que, d'après les faits de la présente affaire, la détermination des dommages-intérêts en matière contractuelle suit les principes formulés relativement au manquement en *equity*. Les parties avaient conclu un contrat pour la prestation de conseils professionnels indépendants. Même si l'appelant a obtenu des promoteurs ce qu'il a payé, il n'a toutefois pas obtenu de l'intimé les services pour lesquels il l'avait rémunéré. L'obligation contractuelle à laquelle a manqué l'intimé est exactement de même nature que l'obligation d'*equity* examinée dans l'analyse de la question des obligations fiduciaires, soit l'obligation de faire une divulgation complète de tout conflit d'intérêts pertinent. Bref, il s'agissait d'un contrat pour l'exécution d'obligations qualifiées de fiduciaires en *equity*.

Par ailleurs, si l'on se fonde sur l'analyse du contrat, il demeure que, n'eût été la non-divulgation, il n'y aurait pas eu de contrat avec les promoteurs relativement aux IRLM. Le juge de première instance a tiré la conclusion de fait selon laquelle on pouvait raisonnablement prévoir que l'appelant n'aurait pas investi s'il avait été au courant des liens de l'intimé avec les promoteurs. Cette conclusion repose entièrement sur les éléments de preuve que j'ai déjà exposés. En d'autres termes, on pouvait prévoir qu'en cas d'inexécution du contrat l'appelant serait exposé aux risques du marché (relativement aux quatre IRLM), auxquels il n'aurait pas par ailleurs été exposés. De plus, il est bien établi que c'est le type de dommages qui doit être prévisible et non leur étendue; c'est pourquoi il

extent of the market fluctuations must be dismissed; see *H. Parsons (Livestock) Ltd. v. Uttley Ingham & Co.*, [1978] Q.B. 791, at p. 813; *Asamera, supra*, at p. 655. See also S. M. Waddams, *The Law of Damages* (2nd ed. 1991), at paras. 14.280 and 14.290.

The Court of Appeal's approach to contractual damages is puzzling in that it seemed to accept the finding that if the contractual duty had not been breached the investments would not have been made, yet it proceeded to award damages in proportion to the amounts paid by the developer to the defendant. It is clear, however, that there would have been no such fees had the investments not been made. In short, I am unable to follow the Court of Appeal's reasoning on the issue of damages for breach of contract, and I would restore the award of damages made by the trial judge.

Disposition

I would allow the appeal, set aside the order of the British Columbia Court of Appeal and restore the order of the trial judge, with costs throughout, including letter of credit costs to avoid a stay and allow recovery on the trial judgment pending appeal to the Court of Appeal.

The reasons of Sopinka, McLachlin and Major JJ. were delivered by

SOPINKA AND MCLACHLIN JJ. — This appeal raises two issues: first, whether a fiduciary duty arises and second, the amount of damages recoverable.

I. The Facts

In January, 1980, the appellant Mr. Hodgkinson was a 30-year-old stock broker working for a Vancouver investment firm. He had recently moved

faut rejeter toute distinction fondée sur l'imprévisibilité de l'étendue des fluctuations du marché; voir *H. Parsons (Livestock) Ltd. c. Uttley Ingham & Co.*, [1978] Q.B. 791, à la p. 813; *Asamera, précité*, à la p. 655. Voir aussi S. M. Waddams, *The Law of Damages* (2^e éd. 1991), aux par. 14.280 et 14.290.

La façon dont la Cour d'appel a abordé la question des dommages-intérêts en matière contractuelle est étonnante en ce qu'elle semble avoir accepté la conclusion que, s'il n'y avait pas eu de violation de l'obligation contractuelle, il n'y aurait pas eu de placements; pourtant, la cour a accordé des dommages-intérêts proportionnels aux montants payés au défendeur par le promoteur. Cependant, il est clair que ces honoraires n'auraient pas été versés en l'absence de placements. Bref, je suis incapable de suivre le raisonnement de la Cour d'appel sur la question des dommages-intérêts pour inexécution du contrat, et je suis d'avis de rétablir le montant des dommages-intérêts accordés par le juge de première instance.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir celle du juge de première instance, avec dépens dans toutes les cours, y compris les frais de lettre de crédit pour éviter un sursis et permettre le recouvrement conformément au jugement de première instance pendant que l'affaire était en instance devant la Cour d'appel.

Version française des motifs des juges Sopinka, McLachlin et Major rendus par

LES JUGES SOPINKA ET MCLACHLIN (dissidents) — Il s'agit en l'espèce de déterminer, premièrement, s'il y a obligation fiduciaire et, deuxièmement, quel est le montant des dommages-intérêts recouvrables.

I. Les faits

L'appelant, M. Hodgkinson, était en janvier 1980 un courtier en valeurs mobilières de 30 ans qui travaillait pour une société de placement de

from a more conservative firm dealing primarily with blue-chip securities to one dealing with the speculative underwriting of junior resource stock and his income had increased dramatically. Prior to the move, he had grossed between \$50,000 and \$70,000 per year. In the year following his move, his gross income was \$650,000. A year later, it was in excess of \$1 million.

Mr. Hodgkinson had never employed an accountant. He had always prepared his own income tax returns and arranged his own investments. These included an interest in a ski chalet at Mt. Baker, two units in a Multiple Unit Residential Building ("MURB") in White Rock and some "flow-through" shares in a mineral exploration tax shelter. He had also bought and sold a small house in West Vancouver. His financial picture, however, was growing increasingly complex and he was planning to marry in a few months. He wanted to "shelter" his money from immediate taxation while securing sound long-term investments. He decided he needed a "financial manager" and sought advice from Mr. Simms.

Mr. Simms was a chartered accountant and a partner in the firm of Simms & Waldman. Until 1979, he had specialized in providing general tax and business advice to small businessmen and professionals. During 1979 he began to offer investment advice to his clients with respect to real estate tax shelters. He also developed the concept of "cross-pollination" of clients. He would put clients in one area of business together with clients in another area of business with an eye to their mutual profit. He would suggest to clients wishing to invest in tax shelters that he could put them together with a developer and they could then deal with one accountant, one lawyer and one developer. In this way, he functioned as the linchpin in

Vancouver. Il avait récemment quitté une maison de courtage plus conservatrice qui œuvrait principalement dans le domaine des valeurs de premier ordre, pour rejoindre une firme œuvrant dans le domaine des garanties spéculatives de valeurs mobilières de second rang, et il avait alors connu une augmentation considérable de revenus. Avant de changer d'employeur, son salaire brut se situait entre 50 000 \$ et 70 000 \$ par année. Dans l'année qui a suivi ce changement, son salaire brut est passé à 650 000 \$ et, une année plus tard, à plus d'un million de dollars.

Monsieur Hodgkinson n'avait jamais employé un comptable. Il avait toujours préparé ses déclarations de revenus et fait ses propres placements. Il avait notamment des droits dans un chalet de ski à Mt. Baker, deux unités dans un projet d'immeubles résidentiels à logements multiples (IRLM) à White Rock, et des actions accréditives dans une entreprise d'exploration minière servant d'abri fiscal. Il avait également acheté et vendu une petite maison à West Vancouver. Sa situation financière devenait cependant de plus en plus complexe et il prévoyait se marier quelques mois plus tard. Il voulait placer son argent dans des abris fiscaux tout en s'assurant des placements à long terme stables. Il a décidé qu'il avait besoin de quelqu'un pour gérer ses finances et il a demandé à M. Simms de le conseiller.

Monsieur Simms était comptable agréé et associé de la firme Simms & Waldman. Jusqu'en 1979, il était spécialisé dans la prestation de conseils fiscaux et commerciaux généraux auprès de petites entreprises et de professionnels. Au cours de 1979, il a commencé à offrir à ses clients des conseils en matière de placements dans des «abris fiscaux» immobiliers. Il a aussi mis au point le concept de «pollinisation croisée» de clients. Il mettait en rapport des clients œuvrant dans des domaines différents pour qu'ils en tirent un bénéfice mutuel. Il disait aux clients désireux de faire des placements dans des abris fiscaux qu'il pouvait les mettre en rapport avec un promoteur et qu'ils pourraient alors traiter avec un comptable, un avocat et un

what he viewed as a “win-win” situation for everyone concerned.

At their first meeting in 1980, Mr. Hodgkinson and Mr. Simms quickly settled on MURBs as the most promising investment vehicle for the appellant. On Mr. Simms’ advice, Mr. Hodgkinson invested substantial sums in two MURBs which a real estate developer named Olma Bros. was developing in the Okanagan region of the province. Later in the year, the appellant invested in a third Okanagan development of Olma Bros. Mr. Simms billed Olma Bros. for the financial services he was performing in connection with these MURBs. He did not disclose this to Mr. Hodgkinson.

In late 1980, Mr. Hodgkinson, on Mr. Simms’ advice, invested in a development called Enterprise Way promoted by Mr. Dale-Johnson, a friend and client of Mr. Simms. Mr. Dale-Johnson paid fees to Mr. Simms for “structuring” this project which Mr. Simms did not disclose to Mr. Hodgkinson.

During the time Mr. Hodgkinson was investing in MURBs on Mr. Simms’ recommendations, he was also making other investments on his own. These included a MURB in Richmond to which he committed over \$900,000; a \$250,000 investment in a joint venture development, also in Richmond; a \$95,000 investment in the Montreal Alouette Football Club; a \$122,435 investment in “flow-through” shares of Platte River Resources; and a \$24,000 investment in a movie.

In 1981, the price of real estate crashed. Mr. Hodgkinson sustained large losses. He sold some of his investments at a loss to avoid cash calls. Others were foreclosed upon when they could not be sold or rented.

In 1985, Mr. Hodgkinson learned that the respondent may have received fees and payments from Olma Bros. with respect to the three Okanagan projects. In 1986, he sued Mr. Simms in negli-

promoteur. De cette façon, il servait de pivot dans ce qu’il considérait comme une situation où tout le monde sortait gagnant.

Lors de leur première rencontre en 1980, MM. Hodgkinson et Simms ont vite reconnu que les IRLM constituaient la forme de placement la plus prometteuse pour l’appelant. Sur le conseil de M. Simms, M. Hodgkinson a fait d’importants placements dans deux projets d’IRLM qu’un promoteur immobilier, les frères Olma, était à mettre sur pied dans la région de l’Okanagan. Plus tard, au cours de la même année, l’appelant a investi dans un troisième projet des frères Olma situé dans l’Okanagan. Monsieur Simms présentait aux frères Olma des factures pour les services financiers qu’il fournissait relativement à ces IRLM. Il n’a pas divulgué ce fait à M. Hodgkinson.

À la fin de 1980, M. Hodgkinson a, sur le conseil de M. Simms, fait un placement dans un projet appelé Enterprise Way dont le promoteur était M. Dale-Johnson, un ami et client de M. Simms. Monsieur Dale-Johnson versait des honoraires à M. Simms pour qu’il «structure» ce projet, ce que M. Simms n’a pas révélé à M. Hodgkinson.

Pendant la période où il a investi dans les IRLM, à la recommandation de M. Simms, M. Hodgkinson a aussi fait d’autres placements de sa propre initiative, dont plus de 900 000 \$ dans un IRLM à Richmond, 250 000 \$ dans un projet en participation également à Richmond, 95 000 \$ dans le Club de football Alouette de Montréal, 122 435 \$ dans des actions accreditives de Platte River Resources, et 24 000 \$ dans un film.

En 1981, le marché immobilier s’est effondré. Monsieur Hodgkinson a subi de lourdes pertes. Il a liquidé certaines unités à perte pour éviter des appels de liquidités. D’autres ont fait l’objet d’une saisie immobilière dans les cas où elles ne pouvaient être vendues ou louées.

En 1985, M. Hodgkinson a appris que l’intimé aurait reçu des honoraires et des paiements des frères Olma relativement aux trois projets de l’Okanagan. En 1986, il a intenté une action pour

gence. In early 1987, further documents came to light indicating that Simms & Waldman had been collecting fees on the projects but the extent of their involvement remained unclear. As evidence accumulated, the pleadings were amended to include a claim for breach of fiduciary duty.

II. Judgments Below

British Columbia Supreme Court (1989), 43 B.L.R. 122 (Prowse J.)

Mr. Hodgkinson sought to recover all losses on the four investments recommended by Mr. Simms based upon breach of fiduciary duty, breach of contract and negligence. He essentially founded his claim upon Mr. Simms' failure to disclose the payments he had taken for "structuring" the projects he recommended.

Prowse J. found, at p. 168, a fiduciary relationship between Mr. Hodgkinson and Mr. Simms based on the fact that Mr. Simms, "took it upon himself to investigate and make recommendations on the relative merits of tax shelter investments for a client he knew was dependent upon him for that advice and who accepted that advice and acted upon it" and thus "assumed the responsibility for Mr. Hodgkinson's choice". This fiduciary duty required Mr. Simms to disclose to Mr. Hodgkinson "all facts material to Mr. Hodgkinson's decision whether to invest in these projects" (p. 170). Prowse J. concluded that Mr. Simms had breached his fiduciary duty by failing to disclose the nature and extent of his relationship with both Olma Bros. and Mr. Dale-Johnson, and by writing billing and reporting letters in such a way as to suggest that the investors were the sole source of payment for the work which he was doing on the tax shelters.

Prowse J. assessed damages for breach of fiduciary duty at \$350,507.62. The calculation of these

négligence contre M. Simms. Au début de 1987, d'autres documents ont révélé que Simms & Waldman avait reçu des honoraires relativement aux projets, mais l'étendue de leur participation n'était pas claire. Avec l'accumulation des éléments de preuve, il y a eu modification des actes de procédure afin d'y inclure une demande pour manquement à une obligation fiduciaire.

b II. Les juridictions inférieures

Cour suprême de la Colombie-Britannique (1989), 43 B.L.R. 122 (le juge Prowse)

c En invoquant l'existence d'un manquement à une obligation fiduciaire, l'inexécution de contrat et la négligence, M. Hodgkinson a tenté de recouvrer l'ensemble des pertes subies relativement aux quatre placements que lui avait recommandés M. Simms. Sa demande était essentiellement fondée sur le fait que M. Simms avait omis de lui divulguer les paiements qu'il avait acceptés pour «structurer» les projets qu'il recommandait.

e Le juge Prowse conclut, à la p. 168, qu'il existait une relation fiduciaire entre MM. Hodgkinson et Simms puisque M. Simms [TRADUCTION] «s'était chargé d'enquêter et de faire des recommandations sur le bien-fondé relatif de placements à titre d'abris fiscaux pour le compte d'un client qui, à sa connaissance, comptait sur lui pour ces conseils, les acceptait et y donnait suite» et qu'il avait donc «assumé la responsabilité du choix de M. Hodgkinson». Cette obligation fiduciaire exigeait de M. Simms qu'il divulgue à M. Hodgkinson [TRADUCTION] «tous les faits importants que M. Hodgkinson devait connaître pour décider d'investir ou non dans ces projets» (p. 170). Le juge Prowse a conclu que M. Simms avait manqué à son obligation fiduciaire en ne divulguant pas la nature et l'étendue de ses rapports avec les frères Olma et avec M. Dale-Johnson, et en préparant des factures et des comptes rendus laissant supposer que les investisseurs étaient la seule source de rémunération du travail qu'il accomplissait relativement aux abris fiscaux.

j Le juge Prowse a accordé des dommages-intérêts de 350 507,62 \$ pour le manquement à

damages included the return of the capital Mr. Hodgkinson had invested in the four projects, adjusted to take into consideration the tax benefits which the appellant received, as well as the consequential losses flowing from his investment in the projects.

Prowse J. also found Mr. Simms liable for breach of contract. She held that Mr. Simms' professional contract with Mr. Hodgkinson obliged Mr. Simms to disclose all material facts concerning prospective tax shelters and investments. The contract further required the respondent to disclose if he was acting for a developer or vendor of a project in which he was advising the appellant as an investor, and to disclose the nature and extent of any affiliation with the vendor of tax shelters upon which he was advising. For substantially the same reasons that the respondent was found in breach of his fiduciary obligations, Prowse J. held that he was also in breach of the terms of the contract.

Prowse J. accepted that damages for breach of contract are limited to those in the reasonable contemplation of the parties at the time they entered into the contract: *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633. See also *Victoria Laundry (Windsor), Ltd. v. Newman Industries, Ltd.*, [1949] 2 K.B. 528 (C.A.), and *Koufos v. C. Czarnikow Ltd.*, [1969] 1 A.C. 350. She concluded that at the time of making the contract it was reasonably foreseeable that: (1) had Mr. Simms made proper disclosure, Mr. Hodgkinson would not have invested; and (2) that a change in the economy could adversely affect any investments. Concluding that Mr. Hodgkinson's losses had been caused by a combination of the consequences of non-disclosure and the downturn in the economy, Prowse J. held Mr. Simms liable in contract for the full amount of the loss sustained by the appellant as a result of entering into the investments, the same amount she had awarded with respect to the breach of fiduciary duty.

l'obligation fiduciaire. Dans son calcul, elle a tenu compte du rendement du capital investi par M. Hodgkinson dans les quatre projets, ajusté en fonction des avantages fiscaux reçus par l'appelant et des pertes indirectes découlant de ses placements dans les projets.

Le juge Prowse a également déclaré M. Simms coupable d'inexécution de contrat. À son avis, le contrat de services professionnels que M. Simms avait conclu avec M. Hodgkinson l'obligeait à divulguer tous les faits importants en matière d'abris fiscaux et de placements éventuels. Ce contrat exigeait également de l'intimé qu'il divulgue, d'une part, s'il agissait pour le compte du promoteur ou du vendeur d'un projet dans lequel il conseillait à l'appelant d'investir et, d'autre part, la nature et l'étendue de tous liens qu'il pouvait avoir avec le vendeur d'abris fiscaux visés par ses conseils. Le juge Prowse a conclu que l'intimé était aussi coupable d'inexécution de contrat pour essentiellement les mêmes motifs qu'il avait été déclaré coupable de manquement à ses obligations fiduciaires.

Le juge Prowse a reconnu que les dommages-intérêts pour inexécution de contrat se limitent aux pertes que les parties pouvaient raisonnablement prévoir à la conclusion du contrat: *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633. Voir aussi les arrêts *Victoria Laundry (Windsor), Ltd. c. Newman Industries, Ltd.*, [1949] 2 K.B. 528 (C.A.), et *Koufos c. C. Czarnikow Ltd.*, [1969] 1 A.C. 350. Elle a conclu qu'au moment de conclure le contrat il était raisonnablement prévisible que (1) M. Hodgkinson n'aurait pas investi si M. Simms avait fait une divulgation appropriée, et (2) qu'un changement dans l'économie risquerait d'avoir une incidence négative sur tout placement. Le juge Prowse a conclu que les pertes de M. Hodgkinson étaient à la fois imputables aux conséquences de la non-divulgation et à la récession économique. À son avis, M. Simms était contractuellement responsable du plein montant de la perte subie par l'appelant à la suite des placements faits, soit le même montant qu'elle avait accordé relativement au manquement à une obligation fiduciaire.

The claim in negligence was dismissed by the judge at trial and abandoned by the appellant on appeal.

British Columbia Court of Appeal (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 264 (McEachern C.J.B.C., Wood and Gibbs J.J.A.)

The Court of Appeal, *per* McEachern C.J., allowed the appeal on the grounds that the respondent owed no fiduciary duty to the appellant and that the trial judge's assessment of damages for breach of contract was too high.

The court concluded against a fiduciary duty on the basis of the decision of this Court in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, which was released after the decision at trial. McEachern C.J. held that the necessary characteristics of a fiduciary relationship were absent. Mr. Hodgkinson had not given Mr. Simms the necessary authority or discretion. The choice of whether to invest or not invest lay at all times with Mr. Hodgkinson. Finally, Mr. Hodgkinson was not "peculiarly vulnerable to" or at the mercy of the respondent.

The Court of Appeal agreed that Mr. Simms was liable for breach of contract. However, it found error in the assessment of damages. While the trial judge had cited the correct principles, she had erred, in the court's view, in her application of those principles to the facts before her. McEachern C.J. rejected the submission that the losses suffered by Mr. Hodgkinson through the sale or foreclosure of the properties or other consequential losses such as legal and accounting fees were within the contemplation of the parties as flowing from the breach of contract by Mr. Simms. He held that all such losses were the result of the unforeseeable collapse of the real estate market and that Mr. Hodgkinson has assumed that risk. In his view, the proper measure of damages was the difference between what the appellant had paid for his investments and their real value at that time, plus any further damages flowing from the breach which

La demande fondée sur la négligence a été rejetée en première instance, puis abandonnée par l'appelant en appel.

Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 264 (le juge en chef McEachern et les juges Wood et Gibbs)

Le juge en chef McEachern a, au nom de la Cour d'appel, accueilli l'appel pour le motif que l'intimé n'avait aucune obligation fiduciaire envers l'appelant et que le juge de première instance avait fait une évaluation trop élevée des dommages-intérêts pour inexécution du contrat.

La cour a conclu à l'inexistence d'une obligation fiduciaire en se fondant sur l'arrêt de notre Cour *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, rendu peu après la décision de première instance. Le juge en chef McEachern a conclu à l'absence des caractéristiques nécessaires d'une relation fiduciaire. Monsieur Hodgkinson n'avait pas donné à M. Simms l'autorité ou le pouvoir discrétionnaire nécessaire. Il incombait toujours à M. Hodgkinson de décider d'investir ou non. Enfin, M. Hodgkinson n'était pas [TRADUCTION] «particulièrement vulnérable» ou à la merci de l'intimé.

La Cour d'appel a aussi reconnu que M. Simms était responsable d'inexécution de contrat. Elle a toutefois décidé que l'évaluation qui avait été faite des dommages-intérêts était erronée. Même si le juge de première instance avait cité les bons principes, elle avait, selon la cour, commis une erreur en les appliquant aux faits dont elle était saisie. Le juge en chef McEachern a rejeté l'argument selon lequel les parties pouvaient prévoir qu'une inexécution de contrat par M. Simms entraînerait les pertes subies par M. Hodgkinson, à la suite de la vente ou de la saisie immobilière des biens, ou les autres pertes indirectes comme les frais de justice et de comptabilité. Il a conclu que toutes ces pertes résultaient de l'effondrement imprévisible du marché immobilier et que M. Hodgkinson avait assumé ce risque. À son avis, le montant des dommages-intérêts qu'il y avait lieu d'accorder était l'écart entre ce que l'appelant avait payé pour

were in the reasonable contemplation of the parties at the time of entering into the contract.

III. The Issues

The issues on appeal are:

1. Did a fiduciary duty arise?
2. If not, did the trial judge err in her assessment of damages for breach of contract?

1. Did a Fiduciary Duty Arise?

A. *The Law of Fiduciaries*

At the heart of the fiduciary relationship lie the dual concepts of trust and loyalty. This is first and best illustrated by the fact that the fiduciary duties find their origin in the classic trust where one person, the fiduciary, holds property on behalf of another, the beneficiary. In order to protect the interests of the beneficiary, the express trustee is held to a stringent standard; the trustee is under a duty to act in a completely selfless manner for the sole benefit of the trust and its beneficiaries (*Keech v. Sandford* (1726), 25 E.R. 223) to whom he owes "the utmost duty of loyalty". (Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at p. 31). And while the fiduciary relationship is no longer confined to the classic trustee-beneficiary relationship, the underlying requirements of complete trust and utmost loyalty have never varied.

Certain relationships and actors have always been subject to the duties and obligations imposed by courts of equity upon fiduciaries. These traditional categories include, among others, solicitor-client, principal-agent, directors and partners. These *per se* fiduciary relationships, however, are not exhaustive of the principle. Fiduciary relationships may also be found in other trust-like relationships. To determine whether a fiduciary obligation lies, one must look carefully at the particular rela-

ses placements et leur valeur réelle à l'époque, plus tous dommages-intérêts supplémentaires découlant de l'inexécution, que les parties pouvaient raisonnablement prévoir à la conclusion du contrat.

III. Les questions en litige

Voici les questions que soulève le présent pourvoi:

1. Y avait-il obligation fiduciaire?
2. Dans la négative, le juge de première instance a-t-elle commis une erreur en évaluant les dommages-intérêts pour inexécution de contrat?

1. Y avait-il obligation fiduciaire?

A. *Le droit des obligations fiduciaires*

Le double concept de la confiance et de la loyauté est au cœur de la relation fiduciaire, comme en témoigne le fait que les obligations fiduciaires ont leur origine dans la fiducie classique où une personne, le fiduciaire, détient un bien pour le compte d'une autre, le bénéficiaire. Afin de protéger les intérêts du bénéficiaire, le fiduciaire explicite doit se conformer à une norme stricte; le fiduciaire est tenu d'agir de façon complètement désintéressée pour le seul bénéfice de la fiducie et de ses bénéficiaires (*Keech c. Sandford* (1726), 25 E.R. 223) envers qui il a [TRADUCTION] «le plus grand devoir de loyauté» (Waters, *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), à la p. 31). Bien que la relation fiduciaire ne soit plus limitée à la relation classique entre un fiduciaire et un bénéficiaire, les exigences sous-jacentes de confiance totale et de loyauté extrême n'ont jamais changé.

Certains rapports et acteurs ont toujours été assujettis à des devoirs et obligations imposés aux fiduciaires par les cours d'*equity*. Ces catégories traditionnelles comprennent notamment les rapports entre un avocat et son client, un mandant et son mandataire, administrateurs et associés. Toutefois, ces relations fiduciaires en soi ne représentent pas une liste exhaustive. Il peut également exister des relations fiduciaires dans d'autres rapports de confiance. Pour déterminer l'existence d'une obli-

relationship between the parties. As Dickson J. (as he then was) stated in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 384:

It is sometimes said that the nature of fiduciary relationships is both established and exhausted by the standard categories of agent, trustee, partner, director, and the like. I do not agree. It is the nature of the relationship, not the specific category of actor involved that gives rise to the fiduciary duty. [Emphasis added.]

In *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at p. 136, Wilson J. defined the characteristics of a fiduciary relationship as follows:

Relationships in which a fiduciary obligation have been imposed seem to possess three general characteristics:

(1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power.

(2) The fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary's legal or practical interests.

(3) The beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power.

And although Wilson J. wrote in dissent, this list of the characteristics of a fiduciary relationship was adopted by the majority of this Court, *per Sopinka J.*, in *Lac Minerals, supra*. Sopinka J. cautioned that the list was a description, not an absolute legal test and stated at p. 599: "It is possible for a fiduciary relationship to be found although not all of these characteristics are present, nor will the presence of these ingredients invariably identify the existence of a fiduciary relationship." Sopinka J., however, identified vulnerability as "[t]he one feature . . . which is considered to be indispensable to the existence of the relationship" and at pp. 599-600 quoted Dawson J. in *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417, at p. 488, who stated:

gation fiduciaire, on doit soigneusement examiner la relation particulière entre les parties. Comme l'affirme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 384:

On dit parfois que la nature des rapports fiduciaires est établie et définie complètement par les catégories habituelles de mandataire, de fiduciaire, d'associé, d'administrateur, etc. Je ne partage pas cet avis. L'obligation de fiduciaire découle de la nature du rapport et non pas de la catégorie spécifique dont relève l'acteur. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, à la p. 136, le juge Wilson définit ainsi les caractéristiques d'une relation fiduciaire:

Les rapports dans lesquels une obligation fiduciaire a été imposée semblent posséder trois caractéristiques générales:

(1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire.

(2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire.

(3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.

Même si cette liste de caractéristiques d'une relation fiduciaire a été exposée en dissidence par le juge Wilson, le juge Sopinka l'a adoptée, au nom de notre Cour à la majorité, dans l'arrêt *Lac Minerals*, précité. Le juge Sopinka a prévenu que cette liste représentait une description et non un critère juridique absolu, affirmant, à la p. 599: «Il est possible de conclure qu'il y a des rapports fiduciaires, même si toutes ces caractéristiques ne sont pas présentes. Par ailleurs, leur présence n'est pas toujours concluante quant à l'existence de rapports fiduciaires.» Le juge Sopinka a cependant qualifié la vulnérabilité comme «la seule caractéristique jugée indispensable à l'existence de rapports fiduciaires», citant, aux pp. 599 et 600, les propos du juge Dawson dans l'affaire *Hospital Products Ltd. c. United States Surgical Corp.* (1984), 55 A.L.R. 417, à la p. 488:

There is . . . the notion underlying all the cases of fiduciary obligation that inherent in the nature of the relationship itself is a position of disadvantage or vulnerability on the part of one of the parties which causes him to place reliance upon the other and requires the protection of equity acting upon the conscience of that other. . .

Prior to addressing the nature of the relationship between Mr. Hodgkinson and Mr. Simms in greater detail, we mention two considerations which may act as false indicators of a fiduciary relationship.

The first is the presence of conduct which attracts judicial sanction. As Sopinka J. stated in *Lac Minerals*, at p. 600:

. . . the presence of conduct that incurs the censure of a court of equity in the context of a fiduciary duty cannot itself create the duty. In *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 129, at p. 232, Megarry V.-C. said:

If there is a fiduciary duty, the equitable rules about self-dealing apply: but self-dealing does not impose the duty. Equity bases its rules about self-dealing upon some pre-existing fiduciary duty: it is a disregard of this pre-existing duty that subjects the self-dealer to the consequences of the self-dealing rules. I do not think that one can take a person who is subject to no pre-existing fiduciary duty and then say that because he self-deals he is thereupon subjected to a fiduciary duty.

La Forest J., in the same case, discussed three uses of the term "fiduciary". He found the third use reflected this precise error. In his view, at p. 652, "this third use of the term fiduciary, used as a conclusion to justify a result, reads equity backwards. It is a misuse of the term".

The second consideration which may act as a false indicator of a fiduciary obligation is the "category" into which the relationship falls. Professional relationships like doctor-patient and lawyer-

[TRADUCTION] . . . sous-jacente à tous les cas d'obligation fiduciaire est la notion que, de par la nature des rapports eux-mêmes, l'une des parties se trouve désavantagée ou vulnérable et, pour cette raison, fait confiance à l'autre partie et doit bénéficier en conséquence de la protection de l'*equity* qui fait appel à la conscience de cette autre partie . . .

Avant d'examiner plus en détail la nature des rapports entre MM. Hodgkinson et Simms, mentionnons deux points susceptibles de constituer de faux indices de l'existence d'une relation fiduciaire.

Le premier est l'existence d'une conduite qui suscite la réprobation des tribunaux. Comme le juge Sopinka l'affirme dans *Lac Minerals*, à la p. 600:

. . . la seule existence d'une conduite qui suscite la réprobation d'une cour d'*equity* dans le contexte d'une obligation fiduciaire ne saurait par elle-même engendrer cette obligation. Dans *Tito v. Waddell (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 129, à la p. 232, le vice-chancelier Megarry dit:

[TRADUCTION] S'il y a obligation fiduciaire, les règles de l'*equity* en matière de transactions intéressées s'appliquent, mais le fait d'agir de façon intéressée n'impose pas le devoir. Les règles de l'*equity* en matière de transactions intéressées reposent sur quelque devoir fiduciaire préexistant: c'est le manquement à ce devoir qui soumet celui qui agit de façon intéressée aux conséquences propres aux règles applicables en matière de transactions intéressées. Je ne crois pas que l'on puisse dire qu'une personne non assujettie à un devoir fiduciaire préexistant, parce qu'elle agit de façon intéressée, est dès lors soumise à un devoir fiduciaire.

Dans la même affaire, le juge La Forest a examiné trois emplois du terme «fiduciaire». Il a jugé que le troisième emploi reflétait précisément cette erreur. À son avis, à la p. 652, «le troisième emploi du terme fiduciaire, c'est-à-dire son utilisation comme conclusion pour justifier une conséquence, interprète l'*equity* à l'envers. C'est un mauvais emploi du terme».

Le deuxième point susceptible de constituer un faux indice de l'existence d'une obligation fiduciaire est la «catégorie» dans laquelle entre la relation. Les relations professionnelles comme celles

client often possess fiduciary aspects. But equally, many of the tasks undertaken pursuant to these relationships may not be trust-like or attract a fiduciary obligation. As Southin J. (as she then was) stated in *Girardet v. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361, at p. 362:

The word "fiduciary" is flung around now as if it applied to all breaches of duty by solicitors, directors of companies and so forth. But "fiduciary" comes from the Latin "fiducia" meaning "trust". Thus, the adjective, "fiduciary" means of or pertaining to a trustee or trusteeship. That a lawyer can commit a breach of the special duty of a trustee, e.g., by stealing his client's money, by entering into a contract with the client without full disclosure, by sending a client a bill claiming disbursements never made and so forth is clear. But to say that simple carelessness in giving advice is such a breach is a perversion of words. The obligation of a solicitor of care and skill is the same obligation of any person who undertakes for reward to carry out a task. One would not assert of an engineer or physician who had given bad advice and from whom common law damages were sought that he was guilty of a breach of fiduciary duty. Why should it be said of a solicitor? I make this point because an allegation of breach of fiduciary duty carries with it the stench of dishonesty — if not of deceit, then of constructive fraud. See *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932 (H.L.). Those who draft pleadings should be careful of words that carry such a connotation.

Just as not every act in a so-called fiduciary relationship is encumbered with a fiduciary obligation, so conversely fiduciary obligations may arise in relationships which have not been traditionally considered as fiduciary. As J. C. Shepherd states in *The Law of Fiduciaries* (1981), at p. 28:

It appears to be settled that any person can, by offering to give advice in a particular manner to another, create in himself fiduciary obligations stemming from the

entre un médecin et son patient et un avocat et son client comportent souvent des aspects fiduciaires. De même, cependant, il se peut que bon nombre des tâches accomplies dans le cadre de ces relations ne soient pas de nature fiduciaire ou ne donnent pas naissance à une obligation fiduciaire. Comme le juge Southin (maintenant juge de la Cour d'appel) l'indique dans *Girardet c. Crease & Co.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361, à la p. 362:

[TRADUCTION] Le mot «fiduciaire» s'emploie actuellement à tout venant comme s'il s'appliquait à tous les manquements à leurs obligations que commettent les avocats, les administrateurs de sociétés, etc. «Fiduciaire» dérive cependant du mot latin «fiducia» qui signifie «confiance». L'adjectif «fiduciaire» veut donc dire «relatif à un fiduciaire ou à une fiducie». Qu'un avocat puisse manquer à l'obligation particulière d'un fiduciaire, p. ex. en volant l'argent de son client, en concluant un contrat avec son client sans lui en révéler tous les détails, en envoyant à son client un compte pour des débours fictifs, etc., cela est bien évident. Prétendre toutefois que commettre une simple négligence quand il donne un avis constitue un tel manquement, c'est dénaturer le sens des mots. L'obligation de diligence et de compétence d'un avocat est identique à celle de quiconque s'engage moyennant paiement à accomplir une tâche. On ne dirait pas d'un ingénieur ou d'un médecin qui a donné de mauvais conseils et à qui on réclame des dommages-intérêts en *common law* qu'il s'est rendu coupable d'un manquement à une obligation fiduciaire. Pourquoi le dirait-on donc d'un avocat? J'insiste sur ce point parce qu'une allégation de manquement à des obligations fiduciaires dégage un relent de malhonnêteté, et sinon de supercherie à tout le moins d'inférence de fraude. Voir *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932 (H.L.). Ceux qui dressent des actes de procédure doivent se méfier de mots ayant une telle connotation.

De même que tout acte dans une présumée relation fiduciaire n'est pas grevé d'une obligation fiduciaire, à l'inverse, des obligations fiduciaires pourront exister dans des relations qui ne sont pas considérées traditionnellement comme fiduciaires. Comme l'affirme J. C. Shepherd dans *The Law of Fiduciaries* (1981), à la p. 28:

[TRADUCTION] Il paraît établi qu'une personne peut, si elle offre d'en conseiller une autre de façon particulière, s'imposer à elle-même des obligations fiduciaires

confidential nature of the relationship created, which obligations limit the adviser's dealings with the advisee.

This brings us to the crux of the issue in this case. The relationship between these parties was not a traditional "fiduciary relationship" like trustee and beneficiary or lawyer and client. The question, however, is whether aspects of it assumed a fiduciary character.

Our colleague La Forest J., as we understand his reasons, holds that the giving of independent professional advice may give rise to a fiduciary duty toward the person seeking the advice (pp. 415 ff.). The essence of such relationships, he suggests at p. 415, is "trust, confidence, and independence." He states, at p. 420, that "where a fiduciary duty is claimed in the context of a financial advisory relationship, it is at all events a question of fact as to whether the parties' relationship was such as to give rise to a fiduciary duty on the part of the advisor". The facts are looked at in order to determine whether they disclose that the advice was given in the context of a relationship of trust and confidence. As La Forest J. puts it at pp. 418-19, "the common thread that unites this body of law is the measure of the confidential and trust-like nature of the particular advisory relationship, and the ability of the plaintiff to establish reliance in fact".

The difficulty lies in determining what measure of confidence and trust are sufficient to give rise to a fiduciary obligation. An objective criterion must be found to identify this measure if the law is to permit people to conduct their affairs with some degree of certainty. The contexts in which investment advice is given are multitudinous. They range from newspaper advertisements through personal "tips" to cases akin to the classic trust. Clearly they do not all attract fiduciary duties, but where is the line to be drawn? Accepting that a bright line may be elusive, is there some hallmark that provides a reliable indicator of the acceptance of a fiduciary obligation? The vast disparity between the reme-

découlant de la nature confidentielle de la relation créée, lesquelles obligations restreignent les rapports du conseiller avec son client.

Cela nous amène au cœur de la question ici en litige. La relation entre les parties n'était pas une «relation fiduciaire» traditionnelle comme celle qui existe entre un fiduciaire et un bénéficiaire ou entre un avocat et son client. Il s'agit cependant de savoir si, sous certains aspects, elle était de nature fiduciaire.

Si je comprends bien ses motifs, notre collègue le juge La Forest conclut que donner des conseils professionnels indépendants peut engendrer une obligation fiduciaire envers la personne qui sollicite les conseils (pp. 415 et suiv.). Ces rapports reposent essentiellement, selon lui, sur «la confiance et l'indépendance» (p. 415). Il affirme que «dans le cas où on fait valoir l'existence d'une obligation fiduciaire dans le contexte d'une relation avec un conseiller financier, la question de savoir si la relation entre les parties était de nature à donner naissance à une obligation fiduciaire de la part du conseiller est, en tout état de cause, une question de fait» (p. 420). On examine les faits pour déterminer s'il en ressort que les conseils ont été donnés dans le contexte d'une relation de confiance. Comme l'affirme le juge La Forest, aux pp. 418 et 419, «cette jurisprudence a en commun, d'une part, la confidentialité du rapport consultatif particulier et la confiance qu'on y fait et, d'autre part, la possibilité pour le demandeur d'établir qu'il se fiait effectivement aux conseils reçus».

Il est difficile de déterminer quel est le degré de confiance suffisant pour donner naissance à une obligation fiduciaire. Un critère objectif est nécessaire pour déterminer ce degré si on veut que le droit permette aux gens de gérer leurs affaires avec une certaine certitude. Il y a une multitude de contextes dans lesquels se donnent des conseils en matière de placements. Cela va des annonces publiées dans les journaux, en passant par les «tuyaux» personnels, jusqu'aux situations s'apparentant à la fiducie classique. Certes, il n'y a pas d'obligations fiduciaires dans tous les cas, mais où faut-il tracer la ligne de démarcation? Si l'on accepte qu'il peut être difficile de répondre à cette

dies for negligence and breach of contract — the usual remedies for ill-given advice — and those for breach of fiduciary obligation, impose a duty on the court to offer clear assistance to those concerned to stay in the former camp and not stray into the latter.

As we have seen, the cases suggest that the distinguishing characteristic between advice *simpliciter* and advice giving rise to a fiduciary duty is the ceding by one party of effective power to the other. It is this mutual conferring and acceptance of power to the knowledge of both parties that creates the special and onerous trust obligation. Wilson J. referred in *Frame v. Smith*, at p. 136, to the “scope for the exercise of . . . discretion or power” in the fiduciary and to the power of the fiduciary to “unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary’s legal or practical interests” (emphasis added). She also referred to the beneficiary’s being “at the mercy” of the fiduciary. Sopinka J. approved this language in *Lac Minerals*, at pp. 599-600, and underscored the indispensable nature of the feature of vulnerability requiring “the protection of equity acting upon the conscience of that other” (*per* Dawson J. in *Hospital Products*, *supra*).

Vulnerability, in this broad sense, may be seen as encompassing all three characteristics of the fiduciary relationship mentioned in *Frame v. Smith*. It comports the notion, not only of weakness in the dependent party, but of a relationship in which one party is in the power of the other. To use the phrase of Professor Weinrib, “The Fiduciary Obligation” (1975), 25 *U.T.L.J.* 1, at p. 7, quoted in *Guerin* at p. 384 and in *Lac Minerals* at p. 600, “. . . the hallmark of a fiduciary relation is

question, y a-t-il quelque marque distinctive qui constitue un indice fiable de l’acceptation d’une obligation fiduciaire? En raison de la grande divergence entre les redressements accordés pour la négligence et l’inexécution de contrat — les redressements habituels pour de mauvais conseils — et ceux accordés pour le manquement à une obligation fiduciaire, la cour se doit d’offrir une assistance claire aux personnes soucieuses de rester dans le premier camp et de ne pas s’aventurer dans l’autre.

Comme nous l’avons vu, il ressort de la jurisprudence que ce qui distingue les conseils purs et simples de ceux qui donnent naissance à une obligation fiduciaire est le transfert d’un pouvoir réel d’une partie à l’autre. C’est ce transfert et cette acceptation mutuels de pouvoir, à la connaissance des deux parties, qui engendrent l’obligation fiduciaire spéciale et onéreuse. Dans l’arrêt *Frame c. Smith*, le juge Wilson mentionne, à la p. 136, que «le fiduciaire peut exercer un [. . .] pouvoir discrétionnaire» et que celui-ci «peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire» (je souligne). Elle dit aussi que le bénéficiaire est «à la merci» du fiduciaire. Dans *Lac Minerals*, le juge Sopinka approuve ces propos, à la p. 600, et souligne la nature indispensable de la vulnérabilité requérant «la protection de l’*equity* qui fait appel à la conscience de cette autre partie» (le juge Dawson, dans l’affaire *Hospital Products*, précitée).

On peut considérer que la vulnérabilité dans ce sens large possède les trois caractéristiques de la relation fiduciaire mentionnées dans l’arrêt *Frame c. Smith*. Elle comporte l’idée non seulement de la faiblesse de la partie dépendante, mais d’une relation dans laquelle une partie est assujettie au pouvoir de l’autre. Pour employer les propos du professeur Weinrib dans son article «The Fiduciary Obligation» (1975), 25 *U.T.L.J.* 1, à la p. 7, cité à la p. 384 de l’arrêt *Guerin* et à la p. 600 de l’arrêt *Lac Minerals*: [TRADUCTION] «la marque distinctive d’un rapport fiduciaire réside dans le fait que la situation juridique relative des parties est telle

that the relative legal positions are such that one party is at the mercy of the other's discretion".

Vulnerability does not mean merely "weak" or "weaker". It connotes a relationship of dependency, an "implicit dependency" by the beneficiary on the fiduciary (D. S. K. Ong, "Fiduciaries: Identification and Remedies" (1984), 8 *U. of Tasm. L. Rev.* 311, at p. 315); a relationship where one party has ceded power to the other and is, hence, literally "at the mercy" of the other.

This then is the hallmark to which a court looks in determining whether a fiduciary relationship exists; is one party dependent upon or in the power of the other. In determining if this is the case, the court looks to the characteristics referred to by Wilson J. in *Frame v. Smith*. Does one party possess power or discretion over the property or person of the other? Can that power or discretion be exercised unilaterally, that is, without the consent of the other? In the final analysis, can the powerless party be said to be "peculiarly vulnerable" or "at the mercy of" the party who holds the power? To quote Keenan J. in *Varcoe v. Sterling* (1992), 7 O.R. (3d) 204 (Gen. Div.), at p. 236, relied upon by our colleague La Forest J., at p. 419: "Because the client has reposed that trust and confidence and has given over that power to the broker, the law imposes a duty on the broker to honour that trust and respond accordingly." (emphasis added).

Phrases like "unilateral exercise of power", "at the mercy of the other's discretion" and "has given over that power" suggest a total reliance and dependence on the fiduciary by the beneficiary. In our view, these phrases are not empty verbiage. The courts and writers have used them advisedly, concerned for the need for clarity and aware of the draconian consequences of the imposition of a fiduciary obligation. Reliance is not a simple thing. As Keenan J. notes in *Varcoe v. Sterling* at p. 235, "[t]he circumstances can cover the whole spectrum from total reliance to total independence". To date,

que l'une d'elles se trouve à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre».

La vulnérabilité ne signifie pas simplement être «faible» ou «plus faible». Elle implique un rapport de dépendance, une «dépendance implicite» du bénéficiaire envers le fiduciaire (D. S. K. Ong, «Fiduciaries: Identification and Remedies» (1984), 8 *U. of Tasm. L. Rev.* 311, à la p. 315); une relation dans laquelle une partie a cédé un pouvoir à l'autre et se trouve désormais littéralement «à la merci» de l'autre.

La marque distinctive dont un tribunal tient compte pour déterminer s'il y a une relation fiduciaire est alors la suivante: une partie est-elle dépendante de l'autre ou assujettie à son pouvoir? Pour déterminer si tel est le cas, la cour examine les caractéristiques mentionnées par le juge Wilson dans l'arrêt *Frame c. Smith*. Une partie possède-t-elle un pouvoir discrétionnaire sur les biens ou la personne de l'autre partie? Ce pouvoir discrétionnaire peut-il être exercé unilatéralement, c'est-à-dire sans le consentement de l'autre? Enfin, peut-on dire que la partie impuissante est «particulièrement vulnérable» ou «à la merci» de celle qui détient le pouvoir? Voici à cet égard les propos du juge Keenan dans l'affaire *Varcoe c. Sterling* (1992), 7 O.R. (3d) 204 (Div. gén.), à la p. 236, sur lesquels se fonde notre collègue le juge La Forest, à la p. 419: [TRADUCTION] «Puisque le client a compté sur cette confiance et a transmis ce pouvoir au courtier, le droit impose au courtier l'obligation d'honorer cette confiance et de se comporter en conséquence.» (je souligne).

Des expressions comme «exercice unilatéral de pouvoir», «à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre» et «a transmis ce pouvoir» laissent entendre que le bénéficiaire se fie entièrement au fiduciaire et dépend totalement de lui. À notre avis, ces expressions ne sont pas que du verbiage. Elles ont été utilisées délibérément par les tribunaux et les auteurs qui étaient soucieux du besoin de clarté et conscients des conséquences draconiennes de l'imposition d'une obligation fiduciaire. La confiance n'est pas une chose simple. Comme le juge Keenan le souligne, à la p. 235 de l'arrêt *Varcoe c.*

the law has imposed a fiduciary obligation only at the extreme of total reliance.

This is in accordance with the concepts of trust and loyalty which lie at the heart of the fiduciary obligation. The word “trust” connotes a state of complete reliance, of putting oneself or one’s affairs in the power of the other. The correlative duty of loyalty arises from this level of trust and the complete reliance which it evidences. Where a party retains the power and ability to make his or her own decisions, the other person may be under a duty of care not to misrepresent the true state of affairs or face liability in tort or negligence. But he or she is not under a duty of loyalty. That higher duty arises only when the person has unilateral power over the other person’s affairs placing the latter at the mercy of the former’s discretion.

This is a question that was decided by the majority in *Lac Minerals*. We are unable to agree with our colleague, at p. 414, that the Court of Appeal “erred in importing the analysis in the *Lac Minerals* case to professional advisory relationships”. He would distinguish the latter from business entities on the following basis at p. 414:

Commercial interactions between parties at arm’s length normally derive their social utility from the pursuit of self-interest, and the courts are rightly circumspect when asked to enforce a duty (i.e., the fiduciary duty) that vitiates the very antithesis of self-interest. . . .

The reasons of both the majority and minority in *Lac Minerals* canvassed the entire spectrum of fiduciary and potential fiduciary relationships. Professional relationships as such were not identified as a separate category which attracted special consideration. Rather, the preoccupation was with respect to the different treatment to be accorded

Sterling, [TRADUCTION] «[c]ela peut aller d’une confiance absolue dans l’autre jusqu’à l’indépendance complète vis-à-vis de l’autre». Jusqu’à maintenant, le droit impose une obligation fiduciaire seulement dans le cas extrême de la confiance absolue dans l’autre partie.

Cela est conforme aux notions de confiance et de loyauté qui sont au cœur même de l’obligation fiduciaire. Le mot «confiance» comporte l’idée d’un état de confiance absolue, l’idée de confier ses affaires à l’autre. L’obligation corrélatrice de loyauté découle de cette confiance absolue. Lorsqu’une partie conserve le pouvoir et la capacité de prendre ses propres décisions, l’autre partie peut avoir une obligation de diligence de ne pas présenter sous un faux jour la situation existante, sous peine de responsabilité en matière délictuelle ou pour négligence. Cependant, cette partie n’a aucun devoir de loyauté. Ce devoir supérieur n’existe que si la personne exerce un pouvoir unilatéral sur les affaires de l’autre personne, de sorte que cette dernière se trouve à la merci de son pouvoir discrétionnaire.

Il s’agit là d’une question que notre Cour à la majorité a tranché dans l’arrêt *Lac Minerals*. Nous ne pouvons souscrire à l’opinion exprimée par notre collègue, à la p. 414, selon laquelle la Cour d’appel «a eu tort d’appliquer l’analyse faite dans cet arrêt [*Lac Minerals*] à des rapports consultatifs professionnels». Il aurait établi, entre les rapports professionnels et les entités commerciales, une distinction fondée sur ce qui suit (à la p. 414):

Les rapports commerciaux entre des parties sans lien de dépendance tirent normalement leur utilité sociale de la poursuite d’un intérêt personnel, et les tribunaux ont raison d’être circonspects lorsqu’on leur demande de faire respecter une obligation (c.-à-d. l’obligation fiduciaire) qui vient justifier l’antithèse même de cet intérêt personnel . . .

Dans *Lac Minerals*, autant les juges formant la majorité que les juges dissidents ont, dans leurs motifs respectifs, examiné toute la gamme des relations fiduciaires existantes et possibles. Les relations professionnelles comme telles n’ont pas été décrites comme une catégorie distincte devant faire l’objet d’un examen spécial. On s’intéressait

certain relationships which traditionally have been recognized as giving rise to fiduciary obligations and others which may be found to be so by reason of the presence of characteristics commonly associated with traditional fiduciary relationships. As previously noted, these characteristics or criteria are those enumerated by Wilson J. in *Frame*, *supra*, and adopted by Sopinka J. in *Lac Minerals*.

It is not suggested in this case that the relationship in question is one of those traditional relationships that are presumed to be fiduciary. Indeed, our colleague adopts the statement of Keenan J. in *Varcoe v. Sterling*, at p. 234, that the “relationship of broker and client is not *per se* a fiduciary relationship” as a correct statement of the law applicable to, *inter alia*, “accountants”. The analysis in *Lac Minerals* is, therefore, directly applicable to determine whether, applying the relevant criteria, fiduciary obligations should be extended to apply to this case. We see no reason to depart from the principles so recently stated in *Lac Minerals* by reason of a supposed distinction between professional advisers and other “commercial interactions”. It cannot be assumed that the latter are always based on self-interest and the former are not. Moreover, as far as social utility is concerned, it could be debated whether advice as to how to add to one’s personal wealth while paying the least amount of tax is to be preferred over business dealings which may lead to the development of a mine providing employment to many Canadians.

Nor are we persuaded that we should depart from *Lac Minerals* on other grounds of principle or policy. We agree with Professor Frankel, “Fiduciary Law: The Judicial Process and the Duty of Care” in *The 1993 Isaac Pitblado Lectures, Fiduciary Duties/Conflicts of Interest* (1983), at p. 144, cited by our colleague La Forest J. at p. 421, that policy considerations may support a fiduciary

plutôt à la nécessité de traiter différemment certaines relations reconnues traditionnellement comme donnant naissance à des obligations fiduciaires et d’autres qui peuvent être jugées ainsi du fait qu’elles comportent des caractéristiques généralement associées aux rapports fiduciaires. Comme je l’ai déjà mentionné, ces caractéristiques ou critères sont ceux que le juge Wilson a énumérés dans l’arrêt *Frame*, précité, et que le juge Sopinka a adoptés dans *Lac Minerals*.

On ne laisse pas entendre en l’espèce que nous sommes en présence de l’une de ces relations traditionnelles qui sont réputées fiduciaires. En fait, notre collègue adopte les propos du juge Keenan dans l’affaire *Varcoe c. Sterling*, à la p. 234, selon lesquels la [TRADUCTION] «relation entre un courtier et son client n’est pas en soi une relation fiduciaire», comme un exposé correct du droit applicable notamment aux «comptables». En conséquence, l’analyse dans l’arrêt *Lac Minerals* est directement applicable pour déterminer s’il y a lieu, selon les critères pertinents, d’élargir la portée des obligations fiduciaires de manière à ce qu’elles s’appliquent en l’espèce. Nous ne voyons aucun motif de déroger aux principes formulés récemment dans l’arrêt *Lac Minerals* à cause d’une supposée distinction entre les conseillers professionnels et les autres «rapports commerciaux». On ne saurait supposer que les rapports commerciaux sont toujours fondés sur un intérêt personnel et que les conseillers professionnels ne sont pas guidés par un tel intérêt. Par ailleurs, du point de vue de l’utilité sociale, on pourrait se demander s’il faut préférer les conseils sur la façon de s’enrichir tout en payant le moins d’impôt possible, aux opérations commerciales qui peuvent aboutir à l’exploitation d’une mine où pourront travailler de nombreux Canadiens.

Nous ne sommes pas non plus convaincus que nous devrions déroger à l’arrêt *Lac Minerals* pour d’autres motifs de principe ou de politique générale. Nous sommes d’accord avec le professeur Frankel, «Fiduciary Law: The Judicial Process and the Duty of Care», dans *The 1993 Isaac Pitblado Lectures, Fiduciary Duties/Conflicts of Interest* (1993) (à la p. 144), que cite notre collègue le juge

duty's being imposed on services "requiring skills that are very costly to master" such as "some kinds of investment management" (emphasis added). In the case of such special skills, the client is effectively obliged to give exclusive power to the investment manager; the client lacks the special skills to effectively monitor and make the decisions involved. For this reason, a fiduciary obligation may be appropriate. As Professor Frankel puts it at p. 145, "[t]he law aims at deterring fiduciaries from misappropriating the powers vested in them solely for the purpose of enabling them to perform their functions". We agree as well with Professor Finn, "Conflicts of Interest and Professionals" (1987), at p. 15, cited by our colleague, at p. 421, that imposition of fiduciary obligations in some cases may be justified on the ground of "maintenance of the public's acceptance of, and of the credibility of, important institutions in society which render 'fiduciary services' to the public". But neither of these rationales would appear to justify imposing a fiduciary obligation on the purveyor of investment advice where the client retains the power and ability to make the decisions of which he later complains. And neither undermines our colleague's view, which we share, that once imposed, the fiduciary "rule should be strictly pursued": *Keech v. Sandford*, *supra*, at p. 223. Ultimately, the stringent measure of compensation for breach of fiduciary duty, which may take a different view of loss causation than tort and contract law, can be justified only in cases where true trust in the sense of complete reliance is demonstrated.

The question then, as we see it, is whether the facts in this case are capable of demonstrating the unilateral exercise of power by the alleged fiduci-

La Forest, à la p. 421, pour dire que les considérations de principe peuvent justifier l'imposition d'une obligation fiduciaire lorsque les services fournis [TRADUCTION] «exigent des compétences très coûteuses pour le mandant», comme, par exemple, les services de «certains conseillers en placements» (je souligne). Dans le cas de ces compétences spéciales, le client est effectivement tenu de conférer un pouvoir exclusif au conseiller en placements; le client n'a pas les compétences spéciales pour surveiller efficacement et prendre les décisions requises. Pour ce motif, l'imposition d'une obligation fiduciaire peut être appropriée. Comme l'affirme le professeur Frankel, à la p. 145, [TRADUCTION] «[l]e droit vise à dissuader les fiduciaires de détourner les pouvoirs qui leur sont conférés à la seule fin de leur permettre de s'acquitter de leurs fonctions». Nous sommes également d'accord avec le professeur Finn, «Conflicts of Interest and Professionals» (1987) (à la p. 15), que cite notre collègue, à la p. 421, pour dire que l'imposition d'obligations fiduciaires peut, dans certains cas, être justifiée pour assurer le [TRADUCTION] «maintien de l'acceptation par le public d'importantes institutions qui, dans notre société, fournissent des «services fiduciaires», ainsi que [...] la crédibilité de ces institutions». Toutefois, aucun de ces raisonnements ne semblerait justifier l'imposition d'une obligation fiduciaire au conseiller en placements dans le cas où c'est le client qui conserve le pouvoir et la capacité de prendre les décisions dont il se plaint ultérieurement. De plus, aucun de ces raisonnements ne mine l'opinion de notre collègue, que nous partageons, selon laquelle, une fois l'obligation fiduciaire imposée, la «règle [en matière fiduciaire] [devrait être] appliquée strictement»: *Keech c. Sandford*, précité, à la p. 223. Enfin, le strict calcul de l'indemnité pour manquement à une obligation fiduciaire, dans lequel la causalité de la perte peut être perçue différemment de ce qu'elle serait en matière contractuelle ou délictuelle, peut être justifié seulement dans les cas où est établie l'existence d'une confiance absolue.

À notre avis, la question est alors de savoir si les faits en l'espèce permettent d'établir, d'une part, qu'il y avait exercice unilatéral de pouvoir par le

ary and the correlative total reliance on that person by the beneficiary required to establish a fiduciary obligation.

B. Application of the Principle to the Relationship at Bar

We acknowledge at the outset that we accept the principle that a court of appeal must not interfere with the findings of fact of the trial judge unless they are clearly unsupported on the evidence. In our view the trial judge's error in this case lay elsewhere. It lay in her failure to ask herself whether Mr. Hodgkinson had given and Mr. Simms had assumed total power over the affairs in question. In fact, the evidence, however it may be construed, falls short of establishing the contention that this total concession of power occurred. In other words, it is not a question of interfering with the trial judge's findings of fact, but rather of concluding that there was no evidence upon which the trial judge could reasonably have concluded that Mr. Simms had assumed a fiduciary obligation to Mr. Hodgkinson. In saying this, we do not wish to be taken as offering any criticism of the trial judge. She did not have the advantage of this Court's reasons in *Lac Minerals* when she made her decision.

The Court of Appeal focused directly on the requirement of a concession of unilateral power by the beneficiary to the trustee as explained by Wilson J. in *Frame* as adopted in *Lac Minerals*. McEachern C.J. stated, at p. 275:

As the authorities suggest, the power or discretion of the alleged fiduciary to deal with the property of the victim is a highly significant feature of a fiduciary relationship. There is in this case no suggestion that the plaintiff gave the defendant any unilateral authority or discretion to prefer his own position or that of the developers to the disadvantage of the plaintiff.

This is because, with respect to each investment, the choice to invest or not to invest was entirely that of the plaintiff.

prétendu fiduciaire et, d'autre part, que le bénéficiaire avait envers ce dernier la confiance corrélatrice absolue qui est requise pour établir l'existence d'une obligation fiduciaire.

B. Application du principe à la relation en l'espèce

Nous reconnaissons au départ que nous acceptons le principe qu'une cour d'appel ne doit modifier les conclusions de fait du juge de première instance que si elles ne sont manifestement pas justifiées par la preuve. À mon avis, ce n'est pas là que le juge de première instance a commis une erreur: elle ne s'est pas demandé si M. Hodgkinson avait conféré à M. Simms un pouvoir total sur les affaires en question et si M. Simms avait assumé ce pouvoir. En fait, la preuve, quelle que soit l'interprétation qu'on y donne, n'établit pas qu'il y a eu transfert total de pouvoir. En d'autres termes, il s'agit non pas de modifier les conclusions de fait du juge de première instance, mais plutôt de conclure qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve à partir desquels le juge de première instance pouvait raisonnablement conclure que M. Simms avait assumé une obligation fiduciaire envers M. Hodgkinson. Nous ne voulons pas par là critiquer le juge de première instance. Elle ne bénéficiait pas de l'arrêt *Lac Minerals* de notre Cour lorsqu'elle a rendu sa décision.

La Cour d'appel s'est concentrée directement sur l'exigence d'un transfert de pouvoir unilatéral du bénéficiaire au fiduciaire, comme l'a expliqué le juge Wilson dans l'arrêt *Frame*, lequel raisonnement a été adopté par notre Cour dans l'arrêt *Lac Minerals*. Le juge en chef McEachern affirme, à la p. 275:

[TRADUCTION] Comme le laisse entendre la jurisprudence, le pouvoir discrétionnaire qu'a le prétendu fiduciaire de disposer du bien de la victime est une caractéristique très importante de la relation fiduciaire. Rien n'indique en l'espèce que le demandeur a conféré au défendeur un pouvoir discrétionnaire unilatéral de préférer sa propre position ou celle des promoteurs à celle du demandeur.

Cela s'explique par le fait que, dans chaque cas, il appartenait au demandeur seul de décider d'investir ou non.

McEachern C.J. reviewed individually the investment decisions made by Mr. Hodgkinson. He found that in every case Mr. Hodgkinson was given complete and accurate information with respect to the financial projections and the anticipated tax savings. There was, in fact, no allegation of fraud or dishonesty made against Mr. Simms. Neither does it appear that Mr. Hodgkinson was placed under time pressures with respect to the investments or that he was subjected to any 'hard-sell' techniques to obtain his investment dollars. Most importantly, there was nothing in the evidence to support the theory that Mr. Hodgkinson had conferred any discretion or power on Mr. Simms, or that Mr. Simms used his position to exercise unilateral power over the legal or practical interests of Mr. Hodgkinson.

The evidence shows that Mr. Hodgkinson looked to Mr. Simms for advice with respect to investments and tax shelters. As the trial judge found, he accepted that advice. But it flies in the face of the evidence to suggest that he did so unreflectively. Mr. Hodgkinson discussed each investment with Mr. Simms. He was given an accurate and fair written description of each development and was aware of the financial projections and the estimated tax savings. Mr. Hodgkinson met with the developers on more than one occasion. He took time for consideration. Finally, he chose to invest. As McEachern C.J. put it at p. 278, "the plaintiff was not peculiarly vulnerable, let alone at the mercy of or under the domination of the defendant".

We add that this does not mean that advisors, financial or otherwise, can never be subject to fiduciary obligations. Each relationship must be examined on its own facts. A relationship where one party unreflectively and automatically accepts the advice of the other might raise different considerations. The critical question, as noted earlier, is whether there is total assumption of power by the fiduciary, coupled with total reliance by the beneficiary. In short, that the beneficiary was vulnerable in the sense of being at the mercy of the fiduciary.

Le juge en chef McEachern a examiné chacune des décisions d'investir prises par M. Hodgkinson. Il a conclu que, dans chaque cas, M. Hodgkinson avait reçu des renseignements complets et exacts sur les projections financières et les économies fiscales anticipées. En fait, M. Simms n'a fait l'objet d'aucune allégation de fraude ou de malhonnêteté. Il ne semble pas non plus que M. Hodgkinson devait prendre ses décisions d'investir à l'intérieur d'un délai donné ni qu'il a été victime de techniques de vente agressives visant à le faire investir. Qui plus est, la preuve n'appuie aucunement la théorie selon laquelle M. Hodgkinson avait conféré un pouvoir discrétionnaire à M. Simms ou que M. Simms s'est servi de sa position pour exercer un pouvoir unilatéral sur les intérêts juridiques ou pratiques de M. Hodgkinson.

Il ressort de la preuve que M. Hodgkinson avait demandé à M. Simms de lui donner des conseils en matière de placements et d'abris fiscaux. Comme l'a conclu le juge de première instance, M. Hodgkinson a accepté ces conseils. Cependant, rien dans la preuve ne porte à croire qu'il l'a fait sans réfléchir. Monsieur Hodgkinson a examiné chaque placement avec M. Simms. Il a reçu par écrit une description précise et juste de chaque projet et il était au courant des projections financières et des économies fiscales estimatives. Monsieur Hodgkinson a rencontré les promoteurs à plus d'une occasion. Il a pris le temps de réfléchir. En fin de compte, il a choisi de faire les placements. Comme le juge en chef McEachern l'affirme, à la p. 278, [TRADUCTION] «le demandeur n'était pas particulièrement vulnérable et, encore moins, à la merci ou sous la domination du défendeur».

Nous tenons à ajouter que cela ne signifie pas que les conseillers financiers ou autres ne peuvent jamais être assujettis à des obligations fiduciaires. Chaque relation doit être examinée en fonction de ses propres faits. Des considérations différentes pourraient s'appliquer à une relation dans laquelle une partie accepte impulsivement et automatiquement les conseils d'autrui. Comme je l'ai déjà précisé, la question cruciale est de savoir si le fiduciaire assume totalement le pouvoir et si le bénéficiaire a une confiance absolue en lui. Bref, il

ary's discretion. That is not, on the evidence, the sort of relationship which is before us on this appeal.

On the facts of this case, no fiduciary obligation arises. Mr. Simms' only liability is for breach of contract. We turn then to the measure of damages for breach of contract in these circumstances.

2. Damages

A. The Compensation Principle

In *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, *supra*, Estey J., for the Court, set out the general principle of compensation underlying damages for breach of contract, at p. 645, stating:

The calculation of damages relating to a breach of contract is, of course, governed by well-established principles of common law. Losses recoverable in an action arising out of the non-performance of a contractual obligation are limited to those which will put the injured party in the same position as he would have been in had the wrongdoer performed what he promised.

However, the harshness which the compensation principle would visit on defendants, if rigidly applied, has been recognized and its rigours mitigated in law. As Asquith L.J. noted in *Victoria Laundry (Windsor), Ltd. v. Newman Industries, Ltd.*, *supra*, at p. 539:

It is well settled that the governing purpose of damages is to put the party whose rights have been violated in the same position, so far as money can do so, as if his rights had been observed. . . . This purpose, if relentlessly pursued, would provide him with a complete indemnity for all loss de facto resulting from a particular breach, however improbable, however unpredictable. This, in contract at least, is recognized as too harsh a rule. [Emphasis added.]

In order to avoid either under-compensation or over-compensation, the measure of damages in law is limited by the concept of the foreseeability of

faut établir que le bénéficiaire était vulnérable dans ce sens qu'il se trouvait à la merci du pouvoir discrétionnaire du fiduciaire. D'après la preuve, ce n'est pas le genre de relation dont il est question dans le présent pourvoi.

D'après les faits de la présente affaire, il n'y a aucune obligation fiduciaire. Monsieur Simms est seulement responsable d'inexécution de contrat. Nous examinerons maintenant le calcul des dommages-intérêts pour inexécution de contrat dans ces circonstances.

2. Les dommages-intérêts

A. Le principe de l'indemnisation

Dans l'arrêt *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, précité, le juge Estey formule, au nom de notre Cour, le principe général de l'indemnisation aux fins du calcul des dommages-intérêts pour inexécution de contrat, affirmant à la p. 645:

Bien sûr, le calcul des dommages-intérêts pour rupture de contrat est régi par des principes de *common law* bien établis. Les pertes recouvrables dans une action fondée sur l'inexécution d'une obligation contractuelle sont limitées au montant qui placera la partie lésée dans la situation qui aurait existé si le contrevenant avait respecté son engagement.

Cependant, on a reconnu le fardeau qu'une application rigide du principe de l'indemnisation imposerait aux défendeurs et on en a mitigé les effets en droit. Comme le lord juge Asquith le souligne, à la p. 539 de l'arrêt *Victoria Laundry (Windsor), Ltd. c. Newman Industries, Ltd.*, précité:

[TRADUCTION] Il est bien établi que les dommages-intérêts ont pour objet principal de placer, dans la mesure où l'argent peut le faire, la partie dont les droits ont été violés dans la situation qui aurait existé si ses droits avaient été respectés [. . .] Cet objet, s'il est poursuivi jusqu'au bout, lui permettra d'être totalement indemnisée de toute perte résultant de facto d'une violation particulière, même improbable ou imprévisible. En matière de contrat, tout au moins, cette règle est considérée comme trop stricte. [Je souligne.]

Pour éviter les indemnités trop modestes ou trop élevées, le calcul des dommages-intérêts en droit est limité par le concept de la prévisibilité de la

the resulting loss. Moreover, the principles must be sufficiently flexible in their application to insure that the measure of damages is reasonable in the circumstances of the individual case.

B. The Foreseeability Limitation on the Compensation Principle

In *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, the House of Lords held that the contract breaker was responsible for losses which fairly and reasonably could be considered to have arisen from the breach of contract itself or may reasonably have been within the contemplation of the parties at the time of contracting as the probable result of the breach. Therefore, two considerations have emerged in the legal analysis associated with the measure of damages, causation and the reasonable contemplation of the parties.

(a) Causation

The appellant in this case does not allege that the losses which he incurred were caused directly by the respondent's breach of contract. Instead, he claims that "but for" the respondent's breach of the first contract, the appellant would not have entered into subsequent investment contracts which, due to an economic downturn, were significantly devalued. A literal application of the "but for" approach to causation has been rejected in British, Canadian and American case law, in the context of both equitable and common law claims.

In *Waddell v. Blockey* (1879), 4 Q.B.D. 678, a case involving an action for fraudulent misrepresentation, the Queen's Bench Division ordered damages in the amount of the difference between the price paid by the individual represented by the plaintiff and the fair market value of the item sold. Although the rupee paper would not have been purchased had the defendant made full disclosure of the fact that he owned the paper which he sold to the purchaser, the defendant was not held liable for the resulting losses sustained by the purchaser

perle qui a résulté. De plus, les principes doivent être appliqués de façon suffisamment souple pour garantir que le montant des dommages-intérêts soit raisonnable dans les circonstances de chaque affaire.

B. La prévisibilité en tant que limite au principe de l'indemnisation

Dans l'arrêt *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, la Chambre des lords a statué que l'auteur de l'inexécution de contrat était responsable des pertes qui pouvaient raisonnablement être considérées comme résultant de cette inexécution ou que les parties auraient pu raisonnablement considérer, à la conclusion du contrat, comme une conséquence probable de l'inexécution. En conséquence, deux considérations se dégagent de l'analyse juridique du calcul des dommages-intérêts: la causalité et la prévisibilité raisonnable par les parties.

a) La causalité

L'appelant en l'espèce ne soutient pas que les pertes qu'il a subies étaient directement imputables à l'inexécution du contrat par l'intimé. Il soutient plutôt que «n'eût été» l'inexécution du premier contrat par l'intimé, il n'aurait pas conclu les autres contrats de placements qui, en raison de la récession économique, ont perdu beaucoup de valeur. Tant dans le cas des demandes fondées sur la common law que dans celui des demandes fondées sur l'*equity*, les tribunaux britanniques, canadiens et américains ont rejeté une application littérale du critère du «n'eût été» en matière de causalité.

Dans l'arrêt *Waddell c. Blockey* (1879), 4 Q.B.D. 678, où il était question d'une action pour déclaration inexacte frauduleuse, la Division du Banc de la Reine a ordonné que le montant des dommages-intérêts soit l'écart entre le prix payé par la personne représentée par le demandeur et la juste valeur marchande du bien vendu. Même si le papier à roupie n'aurait pas été acheté si le défendeur avait pleinement divulgué qu'il était propriétaire du papier qu'il vendait à l'acheteur, le défendeur n'a pas été jugé responsable des pertes subies

due to devaluation of the item. Thesiger L.J. reasoned as follows in this regard at pp. 682 and 684:

There is [in this case] no natural or proximate connection between the wrong done and the damage suffered.

But the present case is complicated by the circumstance of the defendant's fiduciary position in the matter of the purchase, and by the fact that the fraud did not touch the value of the article sold. . . . It would seem, however, strange if under such circumstances a plaintiff who has got the article he bargained for, upon whom no fraud as regards its value has been practised, could, after the article has been depreciated and resold at a loss owing to a cause totally unconnected with the fraud, claim to recover all the loss which he has thereby sustained. I cannot see upon what principle such a claim could be based. [Emphasis added.]

Similarly, in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at p. 580, this Court recognized that the results of supervening events beyond the control of the defendant are not justly visited upon him/her in assessing damages, even in the context of the breach of an equitable duty.

A similar line of authority has developed in several U.S. cases involving common law claims of fraudulent and negligent misrepresentation and the application of the *Securities and Exchange Act of 1934*, June 6, 1934, c. 404, Title I, § 10, 48 Stat. 891 (15 U.S.C. § 78j(b)) and S.E.C. Rule 10b-5. In *McGonigle v. Combs*, 968 F.2d 810 (1992), the Ninth Circuit of the United States Court of Appeals stated the following with respect to the causal requirement in cases involving allegations of misrepresentation leading to investments with third parties, at p. 821:

Plaintiffs would have us interpret the "causal connection" requirement of. . . [*Accord Securities Investor Protection Corp. v. Vigan*, 908 F.2d 1461 (9th Cir. 1990)] very broadly. They argue that their loss was "caused" by the misrepresentations simply because the misrepresentations of the "quality" of their investment induced them to buy the shares which then declined in value. The misrepresentations, they argue, caused the loss because the

par l'acheteur à cause d'une dévaluation du bien. Le lord juge Thesiger formule le raisonnement suivant, aux pp. 682 et 684:

[TRADUCTION] Il n'existe pas [en l'espèce] de lien naturel ou immédiat entre le tort causé et le dommage subi.

Mais la situation se complique à cause de la position fiduciaire du défendeur au moment de l'achat et du fait que la fraude n'a pas eu une incidence sur la valeur de l'article vendu [. . .] Cependant, il semblerait étrange que, dans de telles circonstances, un demandeur qui a obtenu l'article qu'il a marchandé et qui n'a été victime d'aucune fraude quant à la valeur de cet article puisse demander à être indemnisé de la totalité des pertes qu'il a subies lorsque l'article a été déprécié et revendu à perte pour un motif aucunement lié à la fraude. [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, à la p. 580, notre Cour a reconnu que les résultats d'événements indépendants de la volonté du défendeur n'auront pas pour effet de le pénaliser dans le calcul des dommages-intérêts, même dans le contexte du manquement à un devoir d'*equity*.

Plusieurs arrêts américains ont adopté une démarche similaire dans le cas d'actions de common law fondées sur des déclarations inexactes, frauduleuses et faites par négligence, et de l'application de l'al. 10b) de la *Securities and Exchange Act of 1934*, June 6, 1934, ch. 404, Title I, § 10, 48 Stat. 891 (15 U.S.C. § 78j(b)) et S.E.C. règle 10b-5. Dans l'affaire *McGonigle c. Combs*, 968 F.2d 810 (1992), la Ninth Circuit of the United States Court of Appeals a affirmé ce qui suit relativement à l'exigence de causalité dans le cas d'allégations de déclaration inexacte ayant abouti à des placements auprès de tierces parties, à la p. 821:

[TRADUCTION] Les demandeurs nous demandent d'interpréter très largement l'exigence du «lien de causalité» de [. . .] [*Accord Securities Investor Protection Corp. c. Vigan*, 908 F.2d 1461 (9th Cir. 1990)]. Ils soutiennent que leur perte a été «causée» par les déclarations inexactes simplement parce que ces déclarations quant à la «qualité» de leurs placement les ont incités à acheter des actions qui ont ensuite subi une perte de valeur. À

loss would not have occurred if the misrepresentations had not been made. We reject this interpretation, because it renders the concept of loss causation meaningless by collapsing it into transaction causation. The dual and independent requirements of transaction causation and loss causation, as we noted in *Vigman*, are analogous to the basic tort principle that a plaintiff must demonstrate both “but for” and proximate causation. . . . As the Fifth Circuit stated in *Huddleston*, 640 F.2d at 549, “[t]he plaintiff must prove not only that, had he known the truth, he would not have acted, but in addition that the untruth was in some reasonably direct, or proximate, way responsible for his loss. The causation requirement is satisfied in a Rule 10b-5 case only if the misrepresentation touches upon the reasons for the investment’s decline in value.” [Emphasis added.]

This decision reflected prior jurisprudence of that Court which determined that in an action under Rule 10b-5 for material omissions or misstatements, “the plaintiff must prove both transaction causation, that the violations in question caused the plaintiff to engage in the transaction, and loss causation, that the misrepresentations or omissions caused the harm”: *Hatrock v. Edward D. Jones & Co.*, 750 F.2d 767 (9th Cir. 1984), at p. 773.

Although these U.S. cases involve interpretation of a protective provision in securities exchange legislation, the basic premise underlying those decisions is consistent with the concern for avoiding undue harshness in damage awards expressed in English and Canadian cases previously mentioned. While we would not wish to be taken as agreeing with this particular approach to damages in a situation where a material misrepresentation resulted in a loss to an investor, we do agree with the application of the principle in situations where the representation itself is not causally connected to the devaluation. In such situations, where the losses incurred by a plaintiff are related to the contractual breach of the defendant merely on a “but for” basis, it would be unduly harsh to impose liability for all of the losses upon the defendant, espe-

leur avis, les déclarations inexactes ont été à l’origine de la perte subie parce qu’elle n’aurait pas eu lieu en l’absence de déclarations inexactes. Nous rejetons cette interprétation parce qu’elle dépouille de tout sens le concept de la causalité de la perte en la rattachant à la causalité de l’opération. Comme nous l’avons souligné dans *Vigman*, les exigences doubles et indépendantes de causalité de l’opération et de causalité de la perte sont analogues au principe de base en matière délictuelle, selon lequel un demandeur doit à la fois satisfaire à l’exigence du critère du «n’eût été» et à celle de la causalité immédiate. [. . .] Comme l’a mentionné la Fifth Circuit dans *Huddleston*, 640 F.2d, à la p. 549, «[l]e demandeur doit prouver non seulement qu’il n’aurait pas agi s’il avait su la vérité, mais aussi que la perte qu’il a subie était d’une façon raisonnablement directe ou immédiate imputable à cette fausseté. On satisfait à l’exigence de causalité dans une affaire relative à la règle 10b-5 seulement si la déclaration inexacte explique la perte de valeur du placement.» [Je souligne.]

Cette décision reflétait la jurisprudence antérieure de cette cour qui avait statué que, dans une action pour omission de faits importants ou renseignements inexacts, fondée sur la règle 10b-5, [TRADUCTION] «le demandeur doit établir la causalité de l’opération, savoir que les violations en cause l’ont amené à participer à l’opération, ainsi que la causalité de la perte, savoir que les déclarations inexactes ou les omissions ont causé le préjudice»: *Hatrock c. Edward D. Jones & Co.*, 750 F.2d 767 (9th Cir. 1984), à la p. 773.

Bien que ces décisions américaines portent sur l’interprétation d’une disposition protectrice dans une loi sur la bourse, la prémisse qui sous-tend ces décisions est compatible avec le souci, exprimé dans la jurisprudence anglaise et canadienne déjà mentionnée, d’éviter d’accorder des dommages-intérêts trop lourds. Même si nous ne voulons pas être perçus comme acceptant cette façon particulière d’aborder les dommages-intérêts dans une situation où la déclaration inexacte relative à des faits importants a entraîné une perte pour un investisseur, nous convenons que ce principe s’applique dans les cas où la déclaration même n’a aucun lien de causalité avec la perte de valeur. Dans les cas où les pertes subies par un demandeur sont liées à une inexécution de contrat par le défendeur simplement à cause de l’application du critère du

cially where the direct cause of the loss is outside of the defendant's control.

(b) Reasonable Contemplation

The law in relation to the reasonable contemplation of the parties in assessing damages was elaborated upon by Asquith L.J. in *Victoria Laundry, supra*, at pp. 539-40:

(2) In cases of breach of contract the aggrieved party is only entitled to recover such part of the loss actually resulting as was at the time of the contract reasonably foreseeable as liable to result from the breach.

(5) In order to make a contract-breaker liable. . . it is not necessary that he should actually have asked himself what loss is liable to result from a breach. . . . It suffices that, if he had considered the question, he would as a reasonable man have concluded that the loss in question was liable to result. . . .

(6) Nor, finally, to make a particular loss recoverable, need it be proved that upon a given state of knowledge the defendant could, as a reasonable man, foresee that a breach must necessarily result in that loss. It is enough if he could foresee it was likely so to result. [Emphasis added.]

C. *Application to the Case at Bar*

In assessing the damages for respondent's breach of contract it is necessary to ask whether the loss sustained by the appellant arose naturally from a breach thereof or whether at the time of contracting the parties could reasonably have contemplated the loss flowing from the breach of the duty to disclose. In the event that either criterion is satisfied, the respondent should be held liable for that loss. Finally, the damage assessment as a whole must represent a fair resolution on the facts of this case.

«n'eût été», il serait trop sévère de tenir le défendeur responsable de toutes les pertes, particulièrement dans le cas où la cause directe de la perte est indépendante de la volonté du défendeur.

b) Prévisibilité raisonnable

Aux pages 539 et 540 de l'arrêt *Victoria Laundry*, précité, le lord juge Asquith a formulé les règles de droit applicables en matière de prévisibilité raisonnable par les parties dans le calcul des dommages-intérêts:

[TRADUCTION] (2) En cas de rupture de contrat, la partie lésée n'a droit à une indemnité que pour la perte qui en découle effectivement et qui était, à la date du contrat, susceptible d'en découler d'après ce qu'on pouvait raisonnablement prévoir.

(5) Pour que l'auteur d'une rupture de contrat puisse être tenu responsable [. . .] il n'est pas nécessaire qu'il se soit interrogé sur la perte à laquelle risquait de donner lieu une rupture [. . .] Il suffit que, dans le cas où il l'aurait fait, il ait conclu, en tant que personne raisonnable, que cette perte était susceptible de se produire . . .

(6) Enfin, il n'est pas non plus nécessaire, pour qu'une perte particulière soit recouvrable, de prouver que le défendeur, compte tenu de ses connaissances, pouvait prévoir, en tant que personne raisonnable, qu'une rupture aboutirait nécessairement à cette perte. Il suffit qu'il ait pu prévoir que cette perte était vraisemblable. [Je souligne.]

C. *Application à la présente affaire*

Dans le calcul des dommages-intérêts pour inexécution du contrat par l'intimé, il faut se demander si la perte subie par l'appelant découle naturellement d'une inexécution de ce contrat ou si, à la conclusion du contrat, les parties pouvaient raisonnablement prévoir la perte imputable au manquement à l'obligation de divulguer. Si l'on satisfait à l'un ou l'autre critère, l'intimé doit être tenu responsable de la perte. Enfin, le calcul des dommages-intérêts doit représenter, dans l'ensemble, un règlement juste compte tenu des faits de la présente affaire.

(a) Causation

In our view, it cannot be concluded that the devaluation of the appellant's investments arose naturally from the respondent's breach of contract. The loss in value was caused by an economic downturn which did not reflect any inadequacy in the advice provided by the respondent. We would reject application of the "but for" approach to causation in circumstances where the loss resulted from forces beyond the control of the respondent who, the trial judge determined, had provided otherwise sound investment advice. Therefore, the respondent cannot be held liable for the appellant's losses under the first arm of the test set out in *Hadley*, *supra*.

(b) Reasonable Contemplation

Turning to the second arm of the *Hadley* test, the trial judge made certain findings of fact as to what the reasonable contemplation of the parties had been at the time of contracting. With respect to the first contract, between the appellant and the respondent, the trial judge concluded that the respondent fulfilled his requirement to give sound investment advice to the appellant and found that there had been no negligent misrepresentation with respect to the quality of the investments in question. The trial judge also concluded that if the parties had turned their minds to the potential consequences of the respondent's failure to make full disclosure to the appellant under the first contract, they would have contemplated that the appellant would not have entered the subsequent investment contracts and that a change in the economy could adversely affect any investment.

However, the material question to be considered is whether the parties would reasonably have contemplated the losses associated with an economic downturn as liable to result from the respondent's breach of his duty to make full disclosure: *Victoria Laundry*, *supra*. This question can only be answered in the negative. It would simply not be reasonable for the parties to have contemplated

a) Causalité

À notre avis, on ne peut conclure que la perte de valeur des placements de l'appelant découle naturellement de l'inexécution du contrat par l'intimé. Cette perte de valeur était attribuable à une récession économique qui ne reflétait aucune insuffisance dans les conseils donnés par l'intimé. Nous sommes d'avis de rejeter l'application du critère du «n'eût été» en matière de causalité dans les circonstances où la cause de la perte est indépendante de la volonté de l'intimé qui, d'après le juge de première instance, avait par ailleurs bien conseillé l'appelant en matière de placements. En conséquence, l'intimé ne peut être tenu responsable des pertes de l'appelant en vertu du premier volet du critère formulé dans l'arrêt *Hadley*, précité.

a b) Prévisibilité raisonnable

En ce qui concerne le deuxième volet du critère de l'arrêt *Hadley*, le juge de première instance a tiré certaines conclusions de fait quant à ce que les parties pouvaient raisonnablement prévoir à la conclusion des contrats. En ce qui concerne le premier contrat conclu entre l'appelant et l'intimé, le juge de première instance a statué, d'une part, que l'intimé s'était acquitté de son obligation de fournir à l'appelant des conseils judicieux en matière de placements et, d'autre part, qu'il n'y avait pas eu de déclaration inexacte faite par négligence quant à la qualité des placements en question. Le juge de première instance a aussi conclu que, si les parties avaient réfléchi aux conséquences possibles d'une omission de l'intimé de faire une divulgation complète à l'appelant en vertu du premier contrat, elles auraient pu prévoir que l'appelant ne conclurait pas d'autres contrats de placements et qu'un changement dans l'économie pourrait avoir une incidence négative sur les placements.

Cependant, il importe de savoir si les parties auraient raisonnablement pu prévoir que les pertes liées à une récession économique risquaient d'être imputables au manquement de l'intimé à son obligation de faire une divulgation complète: voir l'arrêt *Victoria Laundry*, précité. Nous ne pouvons que répondre par la négative à cette question. Il ne serait tout simplement pas raisonnable que les par-

that the respondent's failure to make full disclosure was likely to result in devaluation of the investment due to an economic downturn. As indicated previously, the two events were in no way causally related. The answer might have been different had the respondent's services been defective with respect to assessing the likelihood of economic downturn or the likely effect of an economic downturn on the future value of the investments. However, no such defects were revealed in this case.

Moreover, the fact that the breach of the duty to disclose was a continuing one does not affect our conclusion in this regard. The factual finding was that the investments were sound ones, but for the economic downturn, and there is no evidence to indicate that, had the respondent disclosed his conflicting interests prior in time to the economic downturn, the appellant would have sold his interest in the investments. In fact, it would be unreasonable to infer that he would have done so, given that the investments were sound ones.

In situations involving breach of a duty to disclose, courts have consistently recognized the right of plaintiffs to compensation for losses equivalent to the difference between the price which they paid for a particular investment and the actual value of the investment purchased: *Waddell, supra*, and *Canson, supra*. In the case at bar, the trial judge concluded that there was no evidence to indicate that the appellant had paid anything more than the fair market value for the investments which he made. Therefore, it would appear that no damages should have been assessed. However, McEachern C.J. in the Court of Appeal concluded, at p. 280, that "the law so dislikes a failure of disclosure of material facts that it assumes the value of the investment was less than the amount paid, at least to the extent of the amounts paid by the developer to the defendant." There was no cross-appeal from the judgment of the Court of Appeal. In these circumstances we are not entitled to reduce the award of damages made by the Court of Appeal.

ties aient prévu que l'omission par l'intimé de faire une divulgation complète risquerait d'entraîner une perte de valeur des placements en raison d'une récession économique. Comme je l'ai déjà indiqué, les deux événements n'étaient aucunement reliés. La réponse aurait pu être différente si les services de l'intimé avaient été déficients pour ce qui était d'évaluer la probabilité d'une récession économique ou l'effet possible d'une telle récession sur la valeur future des placements. Cependant, rien de la sorte n'a été révélé en l'espèce.

De plus, le fait que le manquement à l'obligation de divulguer ait été continu ne change rien à notre conclusion à cet égard. On a tiré la conclusion de fait selon laquelle il s'agissait de placements stables, n'eût été la récession économique, et il n'y a pas de preuve que l'appelant aurait vendu ses droits dans les placements si l'intimé lui avait divulgué son conflit d'intérêts avant la récession. En réalité, il ne serait pas raisonnable d'inférer qu'il l'aurait fait étant donné qu'il s'agissait de placements stables.

Dans les situations où il y a manquement à l'obligation de divulguer, les tribunaux ont toujours reconnu le droit du demandeur à l'indemnisation de ses pertes correspondant à l'écart entre le prix qu'il a payé pour un placement particulier et la valeur réelle de ce placement: voir les arrêts *Waddell* et *Canson*, précités. En l'espèce, le juge de première instance a conclu qu'il n'y avait pas de preuve que l'appelant avait payé plus que la juste valeur marchande des placements effectués. En conséquence, il semblerait qu'il n'y aurait pas eu lieu de calculer des dommages-intérêts. Cependant, le juge en chef McEachern de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique conclut, à la p. 280, que [TRADUCTION] «le droit abhorre tellement l'omission de divulguer des faits importants qu'il suppose que la valeur du placement était inférieure au montant payé, du moins en ce qui concerne les montants versés par le promoteur au défendeur.» L'arrêt de la Cour d'appel n'a pas fait l'objet d'un pourvoi incident. Dans ces circonstances, nous n'avons pas le droit de réduire le montant des dommages-intérêts accordés par la Cour d'appel.

IV. Conclusion

For the foregoing reasons, we would dismiss this appeal and maintain the damage award ordered by the British Columbia Court of Appeal. Pursuant to that order, the appellant is entitled to his prorated share of the fees paid by the developers to the respondent on the four projects. If the parties are unable to agree upon the exact amount, the matter should be referred back to the trial court.

The following are the reasons delivered by

IACOBUCCI J. — I agree with La Forest J. that the trial judge did not err in finding that a fiduciary duty existed between the parties, and that the respondent breached this duty by not disclosing the pecuniary interest with the developers. I also agree with my colleague's views on the question of damages. Although I agree with much of my colleague's excellent reasons, I prefer to treat *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574 by simply distinguishing that case from the present one.

I would dispose of the appeal in the manner proposed by La Forest J.

Appeal allowed, SOPINKA, MCLACHLIN and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Walsh & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Singleton, Urquhart, Macdonald, Vancouver.

IV. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de maintenir l'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique quant au montant des dommages-intérêts. Conformément à cette ordonnance, l'appelant a droit à une part proportionnelle des honoraires payés par les promoteurs à l'intimé relativement aux quatre projets. Si les parties ne sont pas en mesure de s'entendre sur le montant exact, la question devrait être renvoyée au tribunal de première instance.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE IACOBUCCI — Je suis d'accord avec le juge La Forest pour dire que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant qu'une obligation fiduciaire existait entre les parties et que l'intimé y a manqué en ne divulguant pas ses intérêts financiers avec les promoteurs. Je partage également l'avis de mon collègue sur la question des dommages-intérêts. Bien que je souscrive à une bonne partie des excellents motifs de mon collègue, je préfère traiter de l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, en me contentant de le distinguer de la présente affaire.

Je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la façon proposée par le juge La Forest.

Pourvoi accueilli, les juges SOPINKA, MCLACHLIN et MAJOR sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Walsh & Company, Vancouver.

Procureurs des intimés: Singleton, Urquhart, Macdonald, Vancouver.

Roman Swietlinski *Appellant*

v.

Attorney General for Ontario *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SWIETLINSKI

File No.: 23100.

1994: May 27; 1994: September 30.

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

ON APPEAL FROM THE ONTARIO COURT (GENERAL DIVISION)

Criminal law — Parole eligibility hearing with jury after 15 years of prison term served — Factors to be considered listed and ultimate decision at jury's discretion — Inflammatory comments by Crown — Whether victim comments rendering hearing unfair — Whether victim impact statements admissible — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 735(1.1), 744, 745(1)(a), (b), (2), (3), (4)(a), (b).

Respondent, who had been convicted of first degree murder, became a model prisoner during the course of the first two years of his sentence (25 years imprisonment without eligibility for parole) and over time was transferred to progressively less secure institutions. After having served 15 years of his sentence respondent applied under s. 745 of the *Criminal Code* for a reduction in the number of years of imprisonment without eligibility for parole.

At the preliminary hearing, the judge held that statements by members of the victim's family were not admissible as evidence because they were not relevant to the assessment of the factors listed for the jury's consideration in s. 745(2) and because a s. 745 hearing did not form part of the sentencing process. (Section 735(1.1) of the *Code* made such statements admissible in order only to facilitate the determination of the sentence.)

The conduct of the hearing itself and statements and arguments made during the hearing (albeit without objection) gave rise to the allegation that the hearing was unfair. Crown counsel, in addressing the jury, used

Roman Swietlinski *Appelant*

c.

^a **Procureur général de l'Ontario** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. SWIETLINSKI

N^o du greffe: 23100.^b

1994: 27 mai; 1994: 30 septembre.

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

^c

EN APPEL DE LA COUR DE L'ONTARIO (DIVISION GÉNÉRALE)

Droit criminel — Audition de révision devant jury de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle après 15 ans d'emprisonnement — Liste des facteurs à considérer et décision finale à la discrétion du jury — Remarques incendiaires faites par le ministère public — Ces remarques ont-elles rendu l'audition inéquitable? — Les déclarations des victimes sont-elles admissibles? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 735(1.1), 744, 745(1)a), b), (2), (3), 4a), b).

L'intimé, qui avait été déclaré coupable de meurtre au premier degré, est devenu un prisonnier modèle au cours des deux premières années de sa peine (25 ans d'emprisonnement sans admissibilité à la libération conditionnelle) et, au fil des ans, a été progressivement transféré dans des établissements à sécurité de moins en moins grande. Après avoir purgé 15 ans de sa peine, l'intimé a demandé en vertu de l'art. 745 du *Code criminel* la réduction du délai préalable à l'admissibilité à la libération conditionnelle.

À l'audition préalable, le juge a conclu que les déclarations des membres de la famille de la victime n'étaient pas admissibles en preuve parce qu'elles n'étaient pas pertinentes relativement à l'appréciation des facteurs, énumérés au par. 745(2), à prendre en considération par le jury, et parce que l'audition visée à l'art. 745 ne faisait pas partie du processus de détermination de la peine. (Le paragraphe 735(1.1) du *Code* prévoit l'admissibilité de telles déclarations à seule fin de faciliter la détermination de la peine.)

Le déroulement de l'audience elle-même, certaines déclarations et arguments au cours de l'audience (sans qu'aucune objection soit soulevée), ont donné lieu à l'allégation que l'audience avait été inéquitable. Le pro-

language that had the effect of discrediting the s. 745 hearing and of suggesting that it was unduly favourable to the applicant, even to the extent of subverting the intent of Parliament in imposing the mandatory sentence. It was pointed out that the victim, unlike applicant, had no chance to reduce her suffering and the mandatory sentence was a bargain compared to the death penalty it replaced. Reference was made to the quality of life in minimum security institutions. Crown counsel also sought to draw the jury's attention to other cases of murderers who had again murdered while on parole and made comments about increasing violence in society and the need — here the need for the jury — to do something about it. Finally, the judge limited discussion of the applicant's character to matters prior to or contemporaneous with the murder.

The jury refused to reduce the period of the appellant's ineligibility for parole and prevented his filing another application under s. 745 by setting the end of his mandatory sentence without parole eligibility as the next date on which he could make a similar application. The appellant sought and obtained leave to appeal directly to this Court under s. 40 of the *Supreme Court Act* which authorizes a direct appeal since the *Code* makes no provision for any other avenue of appeal.

At issue here was whether the hearing was unfair in light of the inflammatory and highly prejudicial matters raised by the Crown in questioning certain witnesses and in his address to the jury. Also at issue was the question of admissibility of statements by the victim's family.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Iacobucci and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and Gonthier and Cory JJ.: The section 745 reassessment procedure is to re-examine the sentence in light of new information or factors which could not have been known initially. It is to call attention to changes in the applicant's situation which might justify imposing a less harsh penalty. The jury's decision is not essentially different from the ordinary decision regarding length of a sentence. The jury has a broad discretionary power, quite unlike at trial where it must

cureur de la Couronne, en s'adressant au jury, s'est exprimé dans des termes qui avaient pour effet de discrediter l'audience selon l'art. 745 et de laisser entendre qu'elle jouait démesurément en faveur du requérant, au point même de contrecarrer l'intention qu'avait eue le Parlement en prescrivant la peine obligatoire. Il a souligné que la victime, à la différence du requérant, n'avait pas la possibilité d'atténuer ses souffrances et que la peine obligatoire était une aubaine comparativement à la peine de mort qu'elle remplaçait. Il a fait mention de la qualité de vie dans les établissements à sécurité minimale. Le procureur de la Couronne a en outre tenté d'attirer l'attention du jury sur des cas de meurtriers qui avaient commis des meurtres pendant qu'ils étaient en liberté conditionnelle. Il a en outre fait des commentaires sur la violence toujours croissante au sein de la collectivité et la nécessité — en l'occurrence pour le jury — de prendre des mesures pour la contrer. Finalement, le juge a limité la discussion du caractère du requérant à des éléments antérieurs au meurtre ou contemporains de celui-ci.

Le jury a refusé de réduire le délai d'inadmissibilité à la libération conditionnelle et, en fixant à l'expiration de sa peine obligatoire la date à laquelle l'appelant pouvait présenter une nouvelle demande fondée sur l'art. 745, il l'a empêché en fait de présenter une telle demande. Puisque le *Code* ne prévoit aucune autre voie de recours, l'appelant a demandé et obtenu l'autorisation de faire appel directement devant notre Cour en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*.

Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si l'audience a été inéquitable compte tenu des propos incendiaires et hautement préjudiciables tenus par le ministère public en interrogeant certains témoins et dans son exposé au jury, et sur la question de l'admissibilité des déclarations de la famille de la victime.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Iacobucci et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier et Cory: Le processus de réexamen mis en place par l'art. 745 vise à reconsidérer la peine à la lumière de nouvelles informations ou de facteurs qu'on ne pouvait connaître à l'origine. Il a pour but de faire ressortir les changements survenus dans la situation du requérant qui pourraient justifier une peine moins sévère. La décision du jury n'est pas fondamentalement différente de la décision ordinaire relative à la durée de la peine. Le jury a un

choose between guilt or innocence based on very specific rules of law.

The discretionary nature of the decision compels the jury to adopt a different analytical approach from that used in a trial. At trial, the jury must decide whether each element of an offence has been proved beyond a reasonable doubt. In a discretionary hearing, however, the factors listed for consideration must be weighed as a whole in arriving at a conclusion. Some factors may work for, and others against, the applicant, quite unlike a trial where strength in one element cannot offset weakness in another. In discretionary hearings like a s. 745 hearing, the concepts of burden of proof, proof on a balance of probabilities, or proof beyond a reasonable doubt are of very limited value. The function of Crown counsel in a s. 745 hearing is no different from the function in a criminal trial.

Section 745 must be accepted and applied like other *Code* sections. The prosecution may not call into question Parliament's decision to enact this provision by suggesting to the jury that it is an abnormal procedure, excessively indulgent and contrary to what it argues was Parliament's intent in providing for a 25-year sentence without parole eligibility. It is unacceptable for a lawyer to make observations that effectively urge the jurors not to make a decision in accordance with the law if they feel that it is bad law.

Counsel may not undermine the fairness of the proceeding by constantly repeating that imprisonment for 25 years is a substitute for the death penalty. That is an invitation to offset the alleged excessive clemency of Parliament by a severity not justified by the wording of s. 745. The jury does not have to decide whether the penalties imposed by Parliament are too severe or not severe enough. It must simply apply the *Code*.

It is completely improper to invite the jury to consider isolated cases in which prisoners committed murder after being paroled; it must deal only with the applicant's case. Further, the jury must not consider the functioning of the existing parole system. The appellant should not be punished because of suggested weaknesses of the system.

Some observations made by Crown counsel may have suggested to the jury that its function was in some way

large pouvoir discrétionnaire, ce qui est bien différent du procès où le jury doit choisir entre la culpabilité ou l'innocence selon des règles de droit bien précises.

^a La nature discrétionnaire de la décision force le jury à adopter une méthode d'analyse différente de celle qui est utilisée lors d'un procès. Au procès, le jury doit décider si chaque élément de l'infraction a été prouvé hors de tout doute raisonnable. Dans le cas d'une audience discrétionnaire, cependant, les facteurs énumérés à prendre en considération doivent être soupesés afin d'arriver à une conclusion. Certains éléments sont favorables au requérant, d'autres, défavorables, ce qui est bien différent d'un procès, où la preuve très forte d'un élément de l'infraction ne peut compenser la faiblesse de la preuve relativement à un autre. Dans le cadre d'une audience discrétionnaire comme celle prévue à l'art. 745, les notions de fardeau de preuve, de preuve par prépondérance des probabilités ou de preuve hors de tout doute raisonnable sont d'une utilité très limitée. Le rôle joué ^b par le procureur de la Couronne dans une audition fondée sur l'art. 745 n'est pas différent de celui qu'il joue dans un procès criminel.

^c L'article 745 doit être accepté et appliqué comme les autres articles du *Code*. Le ministère public ne peut remettre en question la décision du Parlement d'adopter cette disposition en suggérant au jury qu'il s'agit d'un processus anormal, excessivement indulgent et contraire à ce qu'il prétend être l'intention qu'a eue le Parlement en prescrivant une peine de 25 ans sans admissibilité à la libération conditionnelle. Il est inacceptable qu'un avocat fasse des remarques qui équivalent à exhorter les jurés à ne pas prendre une décision conforme à la loi s'ils estiment que cette loi est mauvaise.

^d Le procureur ne saurait saper l'équité de la procédure en répétant constamment que l'emprisonnement de 25 ans remplace la peine de mort, car c'est là une invitation à contrecarrer la prétendue clémence excessive du Parlement par une sévérité que ne justifie pas le texte de l'art. 745. Le jury n'a pas à décider si les peines prévues par le Parlement sont trop ou trop peu sévères. Il doit se contenter d'appliquer le *Code*.

^e Il est totalement inapproprié d'inviter le jury à tenir compte de cas isolés où des prisonniers ont commis un meurtre après leur libération conditionnelle; le jury doit examiner uniquement le cas du requérant. Il ne doit pas non plus examiner le fonctionnement du système actuel de libération conditionnelle. L'appelant ne devrait pas être puni pour les prétendues failles du système.

^f Certaines remarques du procureur de la Couronne ont pu laisser croire aux jurés qu'ils avaient en quelque

to solve the problem of violence in society. Since deterrence is one of the functions of the penalty, the jury can legitimately be invited to, and can, take this factor into account when hearing an application under s. 745. This, however, should be done in the context of a general submission on the various functions performed by the penalty. Referring the jury to newspaper headlines dealing with the worst crimes imports unacceptable *in terrorem* arguments.

The remarks by Crown counsel seriously compromised the fairness of the hearing. The judge's failure to reprimand him and to tell the jury that such remarks should not be taken into account only aggravated the lack of fairness. Although the absence of an objection is a factor which an appellate court may take into account in deciding whether to dismiss an appeal, the hearing was unfair. The trial judge had a duty to ensure that the hearing was fair and, since he did not do so, this Court must intervene, whether counsel for the appellant objected or not.

The judge wrongly limited his discussion of appellant's character to matters prior to or contemporaneous with the murder. He should, however, have mentioned both the appellant's past and present character since s. 745 is to reassess the penalty imposed on the offender by reference to the way his or her situation has evolved 15 years later.

A judge may always give his or her opinion on the facts, so long as the jurors are made to clearly understand that the final decision is theirs. Here the judge, in commenting on only one of the three factors mentioned in s. 745(2), might have given the impression that they were separate and that each had to be established on the balance of probabilities. Such an approach is not suitable in the case of a discretionary decision. The judge's review of the psychiatric evidence unintentionally favoured the respondent.

The victim's testimony is relevant and admissible as the nature of the offence is one of the criteria listed in s. 745(2) that the jury must take into account. Given that the ordinary rules of evidence have been loosened, this testimony can be presented by means of a written statement which contains only relevant information.

Per Sopinka J.: The reasons of Lamer C.J. were agreed with, except for his treatment of victim impact statements. In this regard, the conclusion of Major J. was agreed with: the judge's exercise of his discretion

sorte la mission de régler le problème de la violence dans la société. Puisque la dissuasion est l'une des fonctions de la peine, le jury peut légitimement être invité à tenir compte de ce facteur, et en tenir compte, lorsqu'il entend une requête selon l'art. 745. Cela devrait se faire dans le contexte d'un exposé général sur les diverses fonctions que remplit la peine. La mention au jury des manchettes de journaux, qui portent sur les pires des crimes, s'apparente à des arguments *in terrorem* inacceptables.

Les remarques du procureur de la Couronne ont gravement compromis l'équité de l'audition. Le fait que le juge ne l'ait pas rappelé à l'ordre et indiqué au jury qu'il ne fallait pas tenir compte de ces remarques n'a fait qu'aggraver cette inéquité. Quoique l'absence d'objection constitue un facteur dont une cour d'appel peut tenir compte pour décider s'il y a lieu de rejeter un appel, il reste que l'audition a été inéquitable. Le juge du procès avait le devoir de veiller à garantir l'équité du procès et, puisqu'il ne l'a pas fait, notre Cour doit intervenir, que l'avocat de l'appellant ait fait objection ou non.

C'est à tort que le juge a limité sa discussion du caractère de l'appellant à des éléments antérieurs au meurtre ou contemporains de celui-ci. Il aurait dû faire mention du caractère tant passé que présent de l'appellant, puisque l'art. 745 vise à réévaluer la peine imposée au délinquant en fonction de l'évolution de sa situation depuis 15 ans.

Un juge peut toujours donner son opinion quant aux faits, pour autant qu'il soit clair pour les jurés que la décision finale leur appartient. En l'espèce, le juge, en ne commentant qu'un des trois facteurs mentionnés au par. 745(2), a pu donner l'impression qu'ils sont des éléments séparés dont chacun doit être prouvé selon la prépondérance des probabilités. Cette approche n'est pas appropriée dans le cas d'une décision discrétionnaire. La revue de la preuve psychiatrique par le juge a, de façon non-intentionnelle, favorisé l'intimé.

Le témoignage de la victime est pertinent et admissible, puisque la nature de l'infraction est un des critères énumérés au par. 745(2) dont le jury doit tenir compte. Étant donné que les règles ordinaires de preuve ont été assouplies, ce témoignage peut se faire au moyen d'une déclaration écrite qui ne contient que des informations pertinentes.

Le juge Sopinka: Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés, sauf en ce qui concerne les déclarations des victimes. Sur ce point, la conclusion du juge Major est retenue: il ne faut pas toucher à la décision discrétionnaire.

against the use of the victim impact statements should not be interfered with. The presiding judge at a new hearing should have the right to consider the matter afresh in accordance with the principles stated by Major J.

Per McLachlin J.: The reasons of Lamer C.J. were agreed with except for the issue of the admissibility of victim impact statements. The reasons of Major J. were agreed with in that regard.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Iacobucci and Major JJ. (dissenting): The reasons of Lamer C.J. were agreed with, except with respect to the statements made by Crown counsel and to the admissibility of victim impact statements at s. 745 hearings.

Section 745 only entitles a successful applicant to apply to the Parole Board for early parole; there is no guarantee that parole will be granted. Thus, the s. 745 jury is not empowered in any respect to determine the length of sentence.

A jury seised of a parole eligibility review application must consider (1) the applicant's character; (2) the applicant's conduct while serving his or her sentence; (3) the nature of the offence for which the applicant was convicted; and (4) such other matters as the presiding judge deems relevant. While some sentencing principles, relating to rehabilitation and public protection will inevitably enter into the jurors' minds as they consider character, conduct and the nature of the offence, sentencing principles (e.g., rehabilitation, deterrence, denunciation) should not play any significant role at the hearing. Parliament has not seen fit to incorporate traditional principles of sentencing into s. 745, and such principles should not be read into the section.

The Court must determine whether the applicant had a fair hearing and, to that end, can review the conduct of the presiding judge and his or her charge to the jury. In view of the nature of the proceedings, and in particular the fact that the ultimate determination is made by the jury based on a range of open-ended factors, deficiencies that might lead to unfairness in a criminal trial will not necessarily have the same effect in a s. 745 hearing. Standing alone the deficiencies in the presiding judge's instructions on the burden of proof and his review of the psychiatric evidence were not sufficiently serious to justify a re-hearing. Neither were the inappropriate com-

tionnaire du juge de ne pas utiliser les déclarations des victimes. Le juge qui présidera la nouvelle audience devrait avoir le droit de reconsidérer la question en conformité avec les principes énoncés par le juge Major.

Le juge McLachlin: Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés, sauf en ce qui concerne l'admissibilité des déclarations des victimes. Sur ce point, l'opinion du juge Major est retenue.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Iacobucci et Major (dissidents): Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés, sauf quant aux déclarations faites par le procureur de la Couronne et à l'admissibilité des déclarations des victimes dans le cadre d'une audience visée à l'art. 745.

L'article 745 n'accorde au requérant qui obtient gain de cause que le droit de demander à la Commission des libérations conditionnelles la libération conditionnelle anticipée; rien ne dit qu'il sera accédé à sa demande. Donc, aux fins de l'art. 745, le jury ne détient aucun pouvoir de déterminer la durée de la peine.

Le jury saisi d'une demande de révision de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle doit prendre en considération (1) le caractère du requérant, (2) sa conduite durant l'exécution de sa peine, (3) la nature de l'infraction pour laquelle il a été condamné, et (4) tout ce que le juge présidant l'audience estime utile. Certains principes applicables à la détermination de la peine, savoir la réinsertion du détenu et la protection du public, viendront inévitablement à l'esprit des jurés lorsqu'ils considèrent le caractère et la conduite du détenu, et la nature de l'infraction, mais les principes applicables à la détermination de la peine (p. ex., la réinsertion, la dissuasion et la dénonciation) ne devraient pas jouer un rôle de premier plan à l'audience. En effet, le Parlement n'a pas cru bon d'inclure à l'art. 745 les principes traditionnels en matière de détermination de la peine et il ne convient pas d'y introduire de tels principes.

La Cour doit décider si le requérant a eu une audition équitable et elle peut, à cette fin, examiner la façon dont le juge s'est conduit ainsi que ses directives au jury. Compte tenu de la nature des procédures et notamment de ce que la détermination se fait en dernière analyse par le jury en fonction d'une série de facteurs de portée indéterminée, des vices susceptibles de rendre inéquitable un procès criminel n'auront pas nécessairement le même effet dans une audience visée à l'art. 745. Les vices que comportent les directives du juge sur le fardeau de preuve et son examen de la preuve psychiatrique ne sont pas suffisamment graves pour justifier la

ments made by Crown counsel sufficient in their cumulative effect to require a new hearing. The presiding judge correctly refused to admit victim impact statements.

Evidence is admissible only if it is relevant and not subject to exclusion under any other clear rule of law or policy. The trier of law retains a discretion to exclude relevant and admissible evidence if its prejudicial effect exceeds its probative value, such that its admission would impact on the fairness of the trial.

Several of the comments made by Crown counsel which are now attacked as inflammatory, were relevant and substantially probative to the issues in the case. The Crown's comments about the appellant's prison related to appellant's conduct in the institutional setting. The comments respecting infamous cases of recidivism by paroled offenders were relevant to an assessment of the accuracy of evidence of members of the correctional community and of the Parole Board's decision-making processes. The presiding judge had no duty to exclude this evidence. His failure to do so had no effect on the fairness of the hearing.

In determining whether the accused had a fair hearing in a parole eligibility application, the whole of the proceedings rather than individual aspects of evidence or incidents must be reviewed. A discretionary decision may still provide a fair hearing even though some of the evidence relied upon was arguably unfair or of little relevance. This Court in reviewing a s. 745 decision must consider the cumulative effect of the impugned evidence on the fairness of the proceedings.

Defence counsel raised no objection at the hearing to the Crown's inflammatory language. This failure to object is particularly significant as counsel were present throughout and were competent to judge whether the impugned remarks, limited in number and spread through a voluminous record, had any prejudicial effect. The silence of counsel demonstrates the language complained of did not have a cumulative prejudicial effect on the fairness of the hearing.

The presiding judge erred in ruling that victim impact statements are at all times inadmissible at a s. 745 hearing. Evidence of the impact of a crime on the victim clearly has no relevance to a jury's assessment of an

tendue d'une nouvelle audition. L'ensemble des observations inappropriées du procureur de la Couronne ne nécessitent pas non plus la tenue d'une nouvelle audience. Le juge a refusé à bon droit d'admettre les déclarations des victimes.

Une preuve n'est admissible que si elle est pertinente et n'est exclue par aucune règle non équivoque de droit ou de politique générale. Le juge du droit conserve le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve pertinente et admissible si son effet préjudiciable dépasse sa valeur probante de manière à ce que son admission compromette l'équité du procès.

Plusieurs observations du procureur de la Couronne, que l'on prétend incendiaires, étaient pertinentes et avaient essentiellement une valeur probante à l'égard des questions en litige. Les commentaires du ministère public concernant l'établissement de détention avaient trait à la conduite de l'appelant en milieu carcéral. Ceux relatifs aux cas de récidives de contrevenants en liberté conditionnelle étaient pertinents aux fins de déterminer l'exactitude de la preuve produite par les membres des services correctionnels et d'évaluer les processus décisionnels de la Commission des libérations conditionnelles. Le juge qui présidait n'était pas tenu d'écarter cette preuve et son omission de le faire n'a pas nui à l'équité de l'audience.

Pour déterminer si l'audition de la demande d'admissibilité à la libération conditionnelle est équitable, il faut examiner l'ensemble des procédures et non pas des éléments de preuve ou incidents particuliers. Il peut y avoir eu audition équitable dans un cas où la décision a fait suite à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, même si on pourrait qualifier d'inéquitables ou de peu pertinents certains éléments de preuve retenus. En examinant une décision rendue en vertu de l'art. 745, notre Cour doit considérer l'effet cumulatif des éléments de preuve contestés sur l'équité des procédures.

À l'audience, l'avocat de la défense n'a soulevé aucune objection à l'égard des propos incendiaires du ministère public. Cette omission est particulièrement révélatrice, car les avocats étaient présents du début jusqu'à la fin et pouvaient juger si les observations contestées, peu nombreuses et éparpillées dans un volumineux dossier, avaient un effet préjudiciable. Le silence des avocats démontre que les propos contestés n'ont pas eu d'effet préjudiciable cumulatif sur l'équité de l'audition.

Le juge qui présidait a commis une erreur en statuant que les déclarations des victimes sont toujours inadmissibles dans le cadre d'une audition en vertu de l'art. 745. La preuve relative à l'effet d'un crime sur la victime n'a

applicant's conduct while in custody or of his character under s. 745(2). Any relevance of the impact on the victim to the nature of the offence will usually have been exhausted at the applicant's initial sentencing hearing. The victim's suffering in the years since the crime was committed does nothing to alter the nature of the offence and should not automatically be admitted into evidence for this purpose. Victim impact statements might be received, however, because the judge presiding at a s. 745 parole eligibility hearing can permit the jury to hear evidence of other matters he or she deems relevant in the circumstances. Whether a judge chooses to exercise the discretion to admit victim impact statements will depend on the circumstances of the particular case. A judge should be cautious in admitting such statements, for to focus the jury on the victim some 15 years after the crime was committed is to invite the jury to assess the appropriateness of the applicant's sentence in terms of its retribution, denunciation and punishment goals.

Given the current legislative debate over the issue, this Court cannot appropriately adopt a blanket rule that would make victim impact statements always admissible at s. 745 hearings.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Referred to: *R. v. Swietlinski* (1978), 44 C.C.C. (2d) 267, aff'd [1980] 2 S.C.R. 956; *R. v. Vaillancourt* (1989), 49 C.C.C. (3d) 544, aff'd [1990] 1 S.C.R. xii, 76 C.C.C. (3d) 384 (S.C.C.); *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *Vallières v. The Queen* (1969), 9 C.R.N.S. 24; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Landry* (1981), 61 C.C.C. (2d) 317.

By Major J. (dissenting)

R. v. Nichols (1992), 71 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Vaillancourt* (1988), 43 C.C.C. (3d) 238; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *Imrich v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 622; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *R. v. Lomage* (1991), 2 O.R. (3d) 621.

aucune pertinence relativement à l'appréciation par le jury du caractère du requérant ou de sa conduite pendant sa détention, conformément au par. 745(2). Dans la mesure où l'effet sur la victime peut être pertinent relativement à la nature de l'infraction, cette pertinence est généralement épuisée après la première audience de détermination de la peine. Les souffrances de la victime au cours des années qui ont passé depuis le crime ne changent pas la nature de l'infraction et ne devraient pas être automatiquement admises en preuve relativement à ce facteur. Les déclarations des victimes pourraient cependant être admises parce qu'il est loisible au juge qui préside l'audition en vertu de l'art. 745, de permettre au jury d'entendre la preuve de tout ce que le juge estime utile dans les circonstances. Quant à savoir si le juge choisira d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'admettre les déclarations des victimes, cela tiendra aux circonstances de l'affaire. Un juge doit être prudent quand il admet ces déclarations, car attirer l'attention du jury sur la victime quelque 15 ans après le crime c'est l'inviter à apprécier l'adéquation de la peine en fonction des buts de réparation, dénonciation et châtement.

Compte tenu du débat législatif actuel sur cette question, il serait inopportun que notre Cour adopte une règle générale d'admissibilité absolue des déclarations des victimes dans le cadre d'audiences tenues en vertu de l'art. 745.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *R. c. Swietlinski* (1978), 44 C.C.C. (2d) 267, conf. par [1980] 2 R.C.S. 956; *R. c. Vaillancourt* (1989), 49 C.C.C. (3d) 544, conf. par [1990] 1 R.C.S. xii, 76 C.C.C. (3d) 384 (C.S.C.); *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *Vallières c. The Queen* (1969), 9 C.R.N.S. 24; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Landry* (1981), 61 C.C.C. (2d) 317.

Citée par le juge Major (dissident)

R. c. Nichols (1992), 71 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Vaillancourt* (1988), 43 C.C.C. (3d) 238; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *Imrich c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 622; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; *R. c. Lomage* (1991), 2 O.R. (3d) 621.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 735(1.1), (1.2), (1.3), (1.4) [ad. by R.S.C., 1985, c. 23 (4th Suppl.), s. 7], 744, 745(1)(a), (b), (2), (3), (4)(a), (b).
Ontario Rules of Practice Respecting Reduction in the Number of Years of Imprisonment Without Eligibility for Parole, SOR/88-582, s. 10.
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40 [am. by R.S.C., 1985, c. 34 (3rd Suppl.), s. 3].

Authors Cited

Canada. Parliament. House of Commons. Bill C-41, *An Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, 1st Sess., 35th Parl., 1994 (1st reading June 13, 1994), s. 745.6(2)(d), (3).
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court (General Division) (O'Driscoll J. sitting with jury) (1992), 73 C.C.C. (3d) 376, dismissing an application for judicial review of parole eligibility. Appeal allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Iacobucci and Major JJ. dissenting.

Mark J. Sandler and Sandra G. Leonard, for the appellant.

Gary T. Trotter, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier and Cory JJ. was delivered by

LAMER C.J. — This case provides an opportunity for this Court to consider for the first time the interpretation of s. 745 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which authorizes a reduction of the period during which persons convicted of murder are ineligible for parole.

I. Facts

The appellant Roman Swietlinski was convicted of first-degree murder. His conviction was upheld

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 735(1.1), (1.2), (1.3), (1.4) [aj. par L.R.C. (1985), ch. 23 (4^e suppl.), art. 7], 744, 745(1)a), b), (2), (3), (4)a), b).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40 [mod. par L.R.C. (1985), ch. 34 (3^e suppl.), art. 3].
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20.
Règles de procédure de l'Ontario concernant la réduction du délai préalable à l'admissibilité à la libération conditionnelle, DORS/88-582, art. 10.

Doctrine citée

Canada. Parlement. Chambre des communes. Projet de loi C-41, *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, 1^{re} sess., 35^e lég., 1994 (1^{re} lecture le 13 juin 1994), art. 745.6(2)d), (3).
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

POURVOI contre un jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (le juge O'Driscoll siégeant avec un jury) (1992), 73 C.C.C. (3d) 376, qui a rejeté une demande d'examen judiciaire de l'admissibilité à la libération conditionnelle. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Iacobucci et Major sont dissidents.

Mark J. Sandler et Sandra G. Leonard, pour l'appellant.

Gary T. Trotter, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Cette affaire nous permet d'examiner pour la première fois l'interprétation de l'art. 745 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui permet la réduction du délai d'inadmissibilité à la libération conditionnelle des personnes déclarées coupables de meurtre.

I. Les faits

L'appellant, Roman Swietlinski, a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. Sa condam-

by the Ontario Court of Appeal (1978), 44 C.C.C. (2d) 267, and by this Court, [1980] 2 S.C.R. 956. Since the earlier judgment of this Court sets out the facts in detail, I will only give a brief description of the murder. On the night of September 18 to 19, 1976 the appellant met the victim, Mary Frances McKenna, in a bar in Toronto. Apparently the pair left the bar about midnight on their way to the victim's apartment. The attack which followed was one of unspeakable brutality. The appellant stabbed the victim 132 times using five different knives. The force used was such that some of the knives were broken at the time the police located them.

In the course of the first two years of his sentence the appellant committed various disciplinary offences connected with smuggling and an attempted escape. Apparently when he was placed in punitive segregation for the latter offence he underwent a complete change of heart and became a "model prisoner". In 1983 he was transferred to a medium security institution and then in 1990 to a minimum security institution. During his confinement in these various penal institutions the appellant became involved in various charitable or religious groups. He participated in work programs in the institutions. Since 1988 he has received several permits for escorted temporary absences. At various times he took part in Alcoholics Anonymous activities. He also participated in some training sessions and requested the assistance of a psychologist.

II. Applicable legislation

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

745. (1) Where a person has served at least fifteen years of his sentence

(a) in the case of a person who has been convicted of high treason or first degree murder, or

(b) in the case of a person convicted of second degree murder who has been sentenced to imprisonment for life without eligibility for parole until he has served more than fifteen years of his sentence,

nation a été confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario, (1978), 44 C.C.C. (2d) 267, puis par notre Cour, [1980] 2 R.C.S. 956. Puisque l'arrêt précédent de notre Cour expose les faits en détail, je ne ferai qu'une brève description du meurtre. Dans la nuit du 18 au 19 septembre 1976, l'appellant a rencontré la victime, Mary Frances McKenna, dans un bar de Toronto. Les deux ont, semble-t-il, quitté le bar vers minuit, pour se diriger vers l'appartement de la victime. L'agression qui s'ensuivit fut d'une brutalité indicible. L'appellant a poignardé la victime à 132 reprises, à l'aide de cinq couteaux différents. La force utilisée était telle que certains des couteaux étaient brisés au moment où les policiers les ont découverts.

Au cours des deux premières années de sa peine, l'appellant a commis diverses infractions disciplinaires liées à la contrebande et a fait une tentative d'évasion. C'est apparemment lors de son isolement disciplinaire pour cette dernière infraction qu'il a totalement changé d'attitude et qu'il est devenu un «prisonnier modèle». En 1983, il a été transféré dans un établissement à sécurité moyenne, puis dans un établissement à sécurité minimale en 1990. Lors de son séjour dans ces établissements pénitentiaires, l'appellant a participé à divers groupes charitables ou religieux, ainsi qu'à des programmes de travail à l'intérieur des établissements. Depuis 1988, il a reçu plusieurs autorisations d'absence temporaire escortée. Il a participé, à certains moments, aux activités des Alcooliques anonymes. Il a également participé à quelques sessions de formation et a sollicité l'assistance d'un psychologue.

II. Les dispositions législatives pertinentes

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

745. (1) La personne qui a purgé quinze ans de sa peine après avoir été déclarée coupable:

a) de haute trahison ou de meurtre au premier degré;

b) de meurtre au deuxième degré et condamnée à l'emprisonnement à perpétuité avec délai préalable à sa libération conditionnelle de plus de quinze ans,

he may apply to the appropriate Chief Justice in the province in which the conviction took place for a reduction in his number of years of imprisonment without eligibility for parole.

(2) On receipt of an application under subsection (1), the appropriate Chief Justice shall designate a judge of the superior court of criminal jurisdiction to empanel a jury to hear the application and determine whether the applicant's number of years of imprisonment without eligibility for parole ought to be reduced having regard to the character of the applicant, his conduct while serving his sentence, the nature of the offence for which he was convicted and such other matters as the judge deems relevant in the circumstances and the determination shall be made by not less than two-thirds of the jury.

(3) Where the jury hearing an application under subsection (1) determines that the applicant's number of years of imprisonment without eligibility for parole ought not to be reduced, the jury shall set another time at or after which an application may again be made by the applicant to the appropriate Chief Justice for a reduction in his number of years of imprisonment without eligibility for parole.

(4) Where the jury hearing an application under subsection (1) determines that the applicant's number of years of imprisonment without eligibility for parole ought to be reduced, the jury may, by order,

(a) substitute a lesser number of years of imprisonment without eligibility for parole than that then applicable; or

(b) terminate the ineligibility for parole.

III. Judgment of the Ontario Court (General Division) (1992), 73 C.C.C. (3d) 376

O'Driscoll J. of the Ontario Court (General Division) was designated for empanelling a jury and hearing the case.

At the preliminary hearing provided for in s. 10 of the *Ontario Rules of Practice Respecting Reduction in the Number of Years of Imprisonment Without Eligibility for Parole*, SOR/88-582, in effect at that time, O'Driscoll J. held that statements by members of the victim's family were not admissible as evidence. He based his decision on *R. v. Vaillancourt* (1989), 49 C.C.C. (3d) 544, in which the Ontario Court of Appeal held that a s.

peut demander au juge en chef compétent de la province où a eu lieu cette déclaration de culpabilité la réduction du délai préalable à sa libération conditionnelle.

(2) Sur réception de la demande prévue au paragraphe (1), le juge en chef compétent charge un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle de constituer un jury pour l'entendre et pour décider s'il y a lieu de réduire le délai préalable à la libération conditionnelle du requérant, compte tenu de son caractère, de sa conduite durant l'exécution de sa peine, de la nature de l'infraction pour laquelle il a été condamné et de tout ce qu'il estime utile dans les circonstances, et cette décision doit être prise par les deux tiers au moins des membres de ce jury.

(3) Le jury, s'il décide, conformément au paragraphe (1), qu'il n'y a pas lieu de réduire le délai préalable à la libération conditionnelle du requérant, fixe un délai à l'expiration duquel il lui sera loisible de présenter une nouvelle demande au juge en chef compétent.

(4) Le jury, s'il décide, conformément au paragraphe (1), qu'il y a lieu de réduire le délai préalable à la libération conditionnelle du requérant, peut, par ordonnance, en ce qui concerne ce délai:

a) en réduire le nombre d'années;

b) le supprimer.

III. Le jugement de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1992), 73 C.C.C. (3d) 376

Le juge O'Driscoll de la Cour de l'Ontario (Division générale) a été chargé de former un jury et d'entendre l'affaire.

Lors de l'audition préalable prévue à l'art. 10 des *Règles de procédure de l'Ontario concernant la réduction du délai préalable à l'admissibilité à la libération conditionnelle*, DORS/88-582, en vigueur à cette époque, le juge O'Driscoll a décidé que des déclarations des membres de la famille de la victime n'étaient pas admissibles en preuve. Il a fondé sa décision sur l'arrêt *R. c. Vaillancourt* (1989), 49 C.C.C. (3d) 544, où la Cour d'appel de

745 hearing did not form part of the sentencing process. Since s. 735(1.1) of the *Code* made such statements admissible in order only to facilitate the determination of the sentence, they should be excluded from a s. 745 hearing. Further, O'Driscoll J. considered that the statements disclosed no information relevant to the assessment of the factors listed in s. 745(2).

The hearing itself was subsequently held and the jury refused to reduce the period of the appellant's ineligibility for parole. Further, it set November 6, 2001 as the date on which the appellant could again make a similar application. Since that date corresponds to the time when the appellant will have served 25 years of his sentence, the jury's decision amounts to prohibiting the appellant from filing another application under s. 745.

The appellant sought and obtained leave to appeal directly to this Court. Section 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, authorizes a direct appeal since the *Code* makes no provision for any other avenue of appeal: *R. v. Vaillancourt*, [1990] 1 S.C.R. xii, 76 C.C.C. (3d) 384.

IV. Issues

The appellant raised the following grounds of appeal, most of which relate to the judge's charge to the jury:

- (1) the judge should not have limited consideration of the appellant's character to his character at the time of the murder: he should also have mentioned the appellant's present character;
- (2) the judge should not have referred to the three factors mentioned in s. 745(2) as three independent factors, each to be proved on a balance of probabilities;
- (3) the judge should have reread all of the agreed statement of facts: he should not

l'Ontario a jugé que l'audition selon l'art. 745 ne faisait pas partie du processus de détermination de la peine. Puisque c'est dans le seul but de faciliter la détermination de la peine que le par. 735(1.1) du *Code* rend de telles déclarations admissibles, celles-ci devraient être exclues d'une audition en vertu de l'art. 745. De plus, le juge O'Driscoll était d'avis que les déclarations ne révélaient pas d'informations pertinentes à l'évaluation des facteurs énoncés au par. 745(2).

Par la suite, l'audition elle-même a eu lieu et le jury a refusé de réduire le délai d'inadmissibilité de l'appelant à une libération conditionnelle. De plus, il a fixé au 6 novembre 2001 la date à laquelle l'appelant pourrait présenter à nouveau une demande semblable. Puisque cette date correspond au moment où l'appelant aura purgé 25 ans de sa peine, la décision du jury équivaut à interdire à l'appelant de présenter une autre demande en vertu de l'art. 745.

L'appelant a demandé et obtenu l'autorisation de faire appel directement devant notre Cour. L'article 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, permet l'appel direct, étant donné que le *Code* ne prévoit pas d'autre recours: *R. c. Vaillancourt*, [1990] 1 R.C.S. xii, 76 C.C.C. (3d) 384.

IV. Les questions en litige

L'appelant soulève les moyens d'appel suivants qui, pour la plupart, concernent les directives du juge au jury:

- (1) Le juge n'aurait pas dû limiter l'examen du caractère de l'appelant à son caractère au moment du meurtre; il aurait dû parler également du caractère actuel de l'appelant.
- (2) Le juge n'aurait pas dû décrire les trois facteurs mentionnés au par. 745(2) comme trois éléments indépendants, chacun devant être prouvé par prépondérance des probabilités.
- (3) Le juge aurait dû relire l'ensemble de l'exposé conjoint des faits. Il n'aurait pas

have omitted the second part, relating to "extenuating circumstances";

- (4) the judge did not make a fair summation of the psychiatric evidence;
- (5) in questioning certain witnesses and in his address to the jury, counsel for the Crown introduced inflammatory and highly prejudicial matters.

I feel that the fifth ground provides a sufficient basis for allowing this appeal. Furthermore, the first, second and fourth grounds raise legitimate concerns which only aggravate the inequity resulting from the Crown counsel's inflammatory remarks.

Additionally, since I believe that a new hearing should be ordered, I will deal with the question of the admissibility of statements by the victim's family.

V. Analysis

A. General Observations on Section 745

Section 745 of the *Code* was adopted in 1976 in connection with the abolition of the death penalty. The compromise arrived at between the supporters and opponents of the death penalty was its replacement by long-term imprisonment without parole. Accordingly, in the case of first-degree murder the penalty is life imprisonment with no eligibility for parole for 25 years. In the case of second-degree murder, this time period is 10 years, but it may be extended to 25 years by the trial judge on the jury's recommendation. In both cases, however, Parliament provided that after 15 years a jury could be empanelled to reassess the period of ineligibility.

Section 745 put in place a procedure that is original in several respects. However, we need not consider all its aspects in order to deal with the case at bar. What is important is to understand that the procedure is one for reassessing long-term imprisonment imposed by law (in the case of first-degree murder) or by a judge (in the case of second-degree murder). The purpose of a reassess-

dû en omettre la deuxième partie, qui relatait les «circonstances atténuantes».

- (4) Le juge n'a pas fait un résumé équitable de la preuve psychiatrique.
- (5) Lorsqu'il a interrogé certains témoins et dans son exposé au jury, le procureur de la Couronne a introduit des éléments incendiaires et hautement préjudiciables.

Je crois que le cinquième moyen suffit pour accueillir le pourvoi. De plus, les premier, deuxième et quatrième moyens révèlent des préoccupations légitimes qui ne font qu'aggraver l'inéquité découlant des remarques incendiaires du procureur de la Couronne.

Par ailleurs, puisque je suis d'avis d'ordonner une nouvelle audition, je traiterai de la question de l'admissibilité des déclarations de la famille de la victime.

V. Analyse

A. Considérations générales sur l'art. 745

L'article 745 du *Code* a été adopté en 1976 dans le cadre de l'abolition de la peine de mort. Le compromis alors établi entre les partisans et les opposants de la peine de mort était son remplacement par un emprisonnement de longue durée sans possibilité de libération conditionnelle. Ainsi, dans le cas du meurtre au premier degré, la peine est l'emprisonnement à vie avec un délai de 25 ans d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Dans le cas du meurtre au deuxième degré, ce délai est de 10 ans, mais peut être prolongé jusqu'à 25 ans par le juge du procès, sur recommandation du jury. Dans les deux cas, le Parlement a toutefois prévu qu'après 15 ans, un jury pourrait être appelé à réévaluer le délai d'inadmissibilité.

À maints égards, l'art. 745 met en place un processus original. Cependant il n'est pas nécessaire de l'examiner sous tous ses aspects pour résoudre le présent pourvoi. L'important est de bien comprendre qu'il s'agit d'un processus de réévaluation d'une peine de longue durée qui a été imposée par la loi (dans le cas du meurtre au premier degré) ou par un juge (dans le cas du meurtre au deuxième

ment procedure, especially when it takes place 15 years after the initial decision, is necessarily to re-examine a decision in light of new information or factors which could not have been known initially. It follows that the primary purpose of a s. 745 hearing is to call attention to changes which have occurred in the applicant's situation and which might justify imposing a less harsh penalty upon the applicant. Accordingly, the jury's decision is not essentially different from the ordinary decision regarding length of a sentence. It is similar to that taken by a judge pursuant to s. 744 of the *Code* as to the period of ineligibility in cases of second-degree murder.

It should also be noted, in the context of an appeal to this Court, that s. 745 gives the jury a broad discretionary power. This is quite different from a trial, at which the jury must choose between two options, guilt or innocence, based on very specific rules of law. Moreover, the discretionary nature of the jury's decision is made quite clear by the fact that Parliament did not see fit to grant any right of appeal to the Court of Appeal, although as I mentioned earlier that does not prevent an appeal to this Court with leave. Consequently, there is no need to analyze the judge's charge to the jury in the detail that would be appropriate in the case of a trial. This Court's function is essentially to determine whether the appellant was given a fair hearing at trial.

The discretionary nature of the decision also compels the jury to adopt a different analytical approach from that used in a trial. At a trial the jury must decide whether it has been proven beyond all reasonable doubt that the accused committed the crime with which he or she is charged. In such a proceeding the offence is generally defined by a number of elements which must all be proven for the accused to be convicted. Each element of the offence is thus a necessary condition for a conviction. At a s. 745 hearing, on the other hand, the jury does not determine whether the applicant is guilty: another jury (or, in some cases, a judge) has already performed that task. Its duty

degré). Un processus de réévaluation, surtout s'il se déroule 15 ans après la décision initiale, vise nécessairement à reconsidérer une décision à la lumière de nouvelles informations ou de facteurs qu'on ne pouvait connaître à l'origine. Il s'ensuit qu'une audition selon l'art. 745 a principalement pour but de faire ressortir les changements qui sont survenus dans la situation du requérant et qui pourraient justifier qu'on lui impose une peine moins sévère. Ainsi, la décision du jury n'est pas fondamentalement différente de la décision ordinaire relative à la durée de la peine. Elle est similaire à la décision que prend le juge en vertu de l'art. 744 du *Code* relativement au délai d'inadmissibilité dans les cas de meurtre au deuxième degré.

Il faut aussi souligner, dans le contexte d'un appel à cette Cour, que l'art. 745 accorde un large pouvoir discrétionnaire au jury. Cela est bien différent d'un procès, où le jury doit choisir entre deux options — la culpabilité ou l'innocence — en fonction de règles de droit bien précises. De plus, la nature discrétionnaire de la décision du jury est mise en évidence par le fait que le Parlement n'a pas jugé bon d'accorder un droit d'appel à la Cour d'appel, bien que, comme je l'ai mentionné plus haut, ceci n'empêche pas un pourvoi sur autorisation devant notre Cour. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'analyser les directives du juge au jury avec autant de minutie que s'il s'agissait d'un procès. Le rôle de notre Cour consiste essentiellement à déterminer si l'appelant a bénéficié d'une audition équitable.

La nature discrétionnaire de la décision force aussi le jury à adopter une méthode d'analyse différente de celle qui est utilisée lors d'un procès. Au procès, le jury doit décider s'il a été prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis le crime dont on l'accuse. Dans ce contexte, l'infraction est généralement définie par un certain nombre d'éléments qui doivent tous être prouvés pour que l'accusé soit déclaré coupable. Chaque élément de l'infraction est donc une condition nécessaire à la déclaration de culpabilité. Par contre, lors d'une audition selon l'art. 745, le jury ne détermine pas si le requérant est coupable: un autre jury (ou, dans certains cas, un juge) s'est déjà acquitté

rather is to make a discretionary decision as to the minimum length of the sentence that the applicant must serve. The concept of an element of an offence cannot be transposed onto a discretionary decision. When a person makes such a decision he or she does not apply rigid logic, requiring for example that if conditions A, B and C are met, then decision X must be the result. When legislation lists various factors that a decision-maker must take into consideration a finding reached upon one or all of the factors does not necessarily mandate a conclusion leading to a specific decision. They are instead factors some of which may work in favour of the applicant and some against him, and which must be assessed and weighed as a whole in arriving at a conclusion. This is quite different from a trial where very strong evidence of one aspect of an offence cannot offset the weakness of evidence of another aspect.

Accordingly, the concepts of burden of proof, proof on a balance of probabilities, or proof beyond a reasonable doubt are of very limited value in a hearing pursuant to s. 745, where the decision lies exclusively in the discretion of the jury. The jury must instead make what it, in its discretion, deems to be the best decision on the evidence. (On this point see also *R. v. M. (S.H.)*, [1989] 2 S.C.R. 446, at p. 464.)

B. *Grounds of Appeal*

1. Inappropriate Language by Counsel for the Crown

The appellant objected to certain irrelevant and prejudicial language used by counsel for the Crown. Before considering the disputed remarks in detail, it should be recalled that the function of counsel for the Crown in a s. 745 hearing is no different from the function in a criminal trial. Taschereau J. described his function as follows in *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at p. 21:

[TRANSLATION] The position held by counsel for the Crown is not that of a lawyer in civil litigation. His

de cette tâche. Il est plutôt chargé de rendre une décision discrétionnaire quant à la durée minimale de la peine que doit purger le requérant. On ne peut pas transposer le concept d'élément d'une infraction à une décision discrétionnaire. Lorsqu'une personne prend une telle décision, elle ne procède pas selon une logique rigide exigeant, par exemple, la décision X si les conditions A, B et C sont remplies. Quand un texte de loi énumère divers facteurs qu'un décideur doit prendre en considération, une conclusion sur un ou l'ensemble de ces facteurs n'entraîne pas nécessairement une conclusion menant à une décision précise. Ce sont plutôt des éléments qui joueront tantôt en faveur, tantôt en défaveur du requérant, et dont l'ensemble doit être évalué et soupesé afin d'arriver à une conclusion. Ceci est bien différent d'un procès, où la preuve très forte d'un élément de l'infraction ne peut compenser la faiblesse de la preuve relativement à un autre.

En conséquence, les notions de fardeau de preuve, de preuve par prépondérance des probabilités ou hors de tout doute raisonnable sont d'une utilité très limitée dans le cadre d'une audition en vertu de l'art. 745, où la décision appartient entièrement au pouvoir discrétionnaire du jury. Le jury doit plutôt, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, prendre ce qui lui paraît être la meilleure décision en fonction de la preuve. (Voir aussi, sur cette question, *R. c. M. (S.H.)*, [1989] 2 R.C.S. 446, à la p. 464.)

B. *Les moyens d'appel*

1. Les propos inappropriés du procureur de la Couronne

L'appellant se plaint de certains propos non pertinents et préjudiciables du procureur de la Couronne. Avant d'aborder en détail les remarques attaquées, il convient de rappeler que le procureur de la Couronne ne joue pas un rôle différent dans le cadre d'une audition selon l'art. 745 que dans celui d'un procès criminel. Le juge Taschereau a ainsi décrit sa fonction, dans l'arrêt *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, à la p. 21:

La situation qu'occupe l'avocat de la Couronne n'est pas celle de l'avocat en matière civile. Ses fonctions

functions are quasi-judicial. His duty is not so much to obtain a conviction as to assist the judge and the jury in ensuring that the fullest possible justice is done. His conduct before the Court must always be characterized by moderation and impartiality. He will have properly performed his duty and will be beyond all reproach if, eschewing any appeal to passion, and employing a dignified manner suited to his function, he presents the evidence to the jury without going beyond what it discloses.

The first category of unacceptable language had the effect of discrediting the process of reviewing ineligibility established by s. 745. Counsel for the Crown sought, in some measure, to present the procedure as fundamentally inequitable, first, because the victim had no opportunity, as the applicant did, to have her suffering reduced, and second, because the 25 years ineligibility period was a bargain compared with the death penalty imposed prior to 1976 and further reducing this period of time would be an additional concession to the accused.

For example, counsel began his opening statement with the following passage:

Ladies and gentlemen of the jury, in 1976 in this country, our government abolished capital punishment. Mr. Swietlinski was convicted of the worst crime known to our criminal justice system. You will hear shortly about the facts of this offence. In 1976, the same year, Mary Frances McKenna, someone that you won't hear very much about in this proceeding — this is an application brought by Mr. Swietlinski — but you won't hear much about a person by the name of Mary Frances McKenna, who was 37 years of age at the time.

He went on to add:

... please don't forget the victim in this case, Mary Frances McKenna. She doesn't have a chance to come before a group of people to ask for a second chance.

He concluded his opening statement by reminding the jurors that

... Mr. Swietlinski, a few years earlier, would have been sentenced to death for this offence. ...

sont quasi-judiciaires. Il ne doit pas tant chercher à obtenir un verdict de culpabilité qu'à assister le juge et le jury pour que la justice la plus complète soit rendue. La modération et l'impartialité doivent toujours être les caractéristiques de sa conduite devant le tribunal. Il aura en effet honnêtement rempli son devoir et sera à l'épreuve de tout reproche si, mettant de côté tout appel aux passions, d'une façon digne qui convient à son rôle, il expose la preuve au jury sans aller au delà de ce qu'elle a révélé.

La première catégorie de propos inacceptables avait pour effet de discréditer le processus de révision de l'inadmissibilité mis en place par l'art. 745. En quelque sorte, le procureur de la Couronne cherchait à présenter le processus comme étant foncièrement inéquitable, premièrement, parce que la victime n'avait pas la possibilité, comme le requérant, de voir sa souffrance réduite et, deuxièmement, parce que le délai d'inadmissibilité de 25 ans était une aubaine par rapport à la peine de mort qui était imposée avant 1976 et que réduire davantage ce délai serait une concession supplémentaire à l'accusé.

Par exemple, le procureur a débuté son exposé introductif par ces mots:

[TRADUCTION] Mesdames et messieurs les jurés, en 1976, le gouvernement de notre pays a aboli la peine capitale. Or, M. Swietlinski a été reconnu coupable de l'un des pires crimes que connaisse notre système de justice criminelle. Les faits entourant cette infraction vous seront exposés sous peu. En 1976 également, Mary Frances McKenna, dont vous n'entendrez pas beaucoup parler dans la présente instance — il s'agit d'une demande présentée par M. Swietlinski — et il ne sera guère question de Mary Frances McKenna qui, à l'époque, avait 37 ans.

Plus loin, il a ajouté:

[TRADUCTION] ... de grâce, n'oubliez pas Mary Frances McKenna, la victime dans cette affaire, qui, elle, n'a pas la possibilité de se présenter devant un groupe pour demander qu'on lui donne une seconde chance.

Il a terminé son exposé introductif en rappelant aux jurés que

[TRADUCTION] ... quelques années plus tôt, cette infraction aurait valu à M. Swietlinski la peine de mort ...

In his final submission to the jury he returned to the same themes:

Mary Frances McKenna doesn't get a chance to come before a jury and ask to have her parole eligibility reduced. Mary Frances McKenna is gone.

If we wanted revenge, we would have capital punishment. As I say, we don't. We have a compromise. It's a mandatory sentence, life with no eligibility for parole for 25 years, and that's the sentence that our society imposes for the taking of a human life in the manner that Mr. Swietlinski took it. To do otherwise, as Mr. Swietlinski suggested to you about the rules at Millhaven, would be anarchy.

Counsel also sought, in questioning certain witnesses, to draw attention to the fact that the victim could not obtain the second chance the appellant was seeking and to the fact that no assistance programs were available to the victim's family whereas the penitentiary system offered the appellant a vast range of services.

Counsel further sought to discredit the parole process in the following language:

Normally, issues of parole, parole hearings, are held by, basically, a faceless group of people. They're held in secret, in private, and really all that The Parole Board hears from is the applicant and perhaps his counsel and the kind of people that you're about to hear from, the various corrections people.

Finally, in questioning certain witnesses counsel insinuated that the Beaver Creek Institution, where the appellant had spent the last two years, was too comfortable to be called a prison and that in fact some visitors confused the institution with a neighbouring campground. In his final submission he suggested that the transfer to this institution was

Dans son exposé final aux jurés, il a repris les mêmes thèmes:

[TRADUCTION] Mary Frances McKenna n'a pas la possibilité de se présenter devant un jury pour demander la réduction du délai d'admissibilité à la libération conditionnelle. Mary Frances McKenna n'est plus de ce monde.

Si nous voulions venger, nous aurions la peine capitale. Mais, je le redis, la peine capitale n'existe pas. Nous avons opté pour un moyen terme: une peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité sans aucune possibilité de libération conditionnelle pendant 25 ans. Voilà la peine qu'inflige notre société à quiconque ôte la vie à un être humain de la façon que l'a fait M. Swietlinski. S'il en était autrement, ainsi que vous l'a dit M. Swietlinski concernant les règles en vigueur à Millhaven, ce serait l'anarchie.

Le procureur a également tenté, en interrogeant certains témoins, de faire ressortir le fait que la victime ne pourrait pas obtenir la deuxième chance que l'appelant réclamait ainsi que le fait que la famille de la victime ne bénéficiait pas de programmes d'aide alors que le système pénitentiaire offrait une vaste panoplie de services à l'appelant.

De plus, le procureur a cherché à discréditer le processus de libération conditionnelle en ces termes:

[TRADUCTION] Normalement, les audiences en matière de libération conditionnelle se tiennent devant un groupe essentiellement anonyme. Elles ont lieu en secret, à huis clos et, en fait, la Commission des libérations conditionnelles n'entend que le demandeur et peut-être son avocat et le genre de personnes qui vont témoigner devant vous, c'est-à-dire différentes personnes du Service correctionnel.

Enfin, en interrogeant certains témoins, le procureur a insinué que l'établissement de Beaver Creek, où l'appelant avait passé les deux dernières années, était trop confortable pour mériter le nom de prison et qu'en fait, certains visiteurs confondaient l'établissement avec un terrain de camping voisin. Dans son exposé final, il a suggéré que le

sufficient reward for the appellant's good conduct during his sentence.

The combined effect of these remarks was to imply that the s. 745 hearing was a proceeding unduly favourable to the applicant, even a subversion of Parliament's intent to impose a definite 25-year penalty on first-degree murderers. The conclusion that emerged from these observations, and it was not a difficult one to draw, was that the jury should deal more severely with the appellant.

Nevertheless, s. 745 is as much a part of the *Code* as the provisions providing for no parole for 25 years in cases of first-degree murder. The possible reduction of the ineligibility period after 15 years is a choice made by Parliament which the jury must accept. Clearly, the prosecution may not call this choice into question by suggesting to the jury that it is an abnormal procedure, excessively indulgent and contrary to what it argues was Parliament's intent. That amounts to urging the jurors not to make a decision in accordance with the law if they feel that it is bad law. It is clearly unacceptable for a lawyer to make such an observation to the jury: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at pp. 76-79; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701.

In the same way, counsel may not constantly repeat that imprisonment for 25 years is a substitute for the death penalty. That is an invitation to offset the alleged excessive clemency of Parliament by a severity not justified by the wording of s. 745. The jury does not have to decide whether the penalties imposed by Parliament are too severe or not severe enough. It must simply apply the *Code*. The *Code* no longer contains the death penalty: on the contrary, s. 745 gives the appellant the right to seek a reduction in his ineligibility period. No one can be permitted to undermine the fairness of the proceeding in which the appellant may obtain such a reduction by constant references to the death penalty.

Additionally, counsel for the Crown sought to draw the jury's attention to other cases of murder-

transfert à cette institution constituait une récompense suffisante pour la bonne conduite de l'appellant durant sa peine.

Par leur effet combiné, ces remarques laissaient entendre que l'audition selon l'art. 745 était un processus indûment favorable au requérant, voire même une subversion de l'intention du Parlement d'imposer une peine de 25 ans fermes aux meurtriers au premier degré. La conclusion qui ressortait de ces propos, et elle n'était pas difficile à tirer, est que le jury devrait traiter l'appelant plus sévèrement.

Pourtant, l'art. 745 fait autant partie du *Code* que les dispositions prévoyant l'inadmissibilité de 25 ans dans les cas de meurtre au premier degré. La réduction possible du délai d'inadmissibilité après 15 ans constitue un choix législatif que le jury doit accepter. Il est clair que le ministère public ne peut remettre ce choix en question en suggérant au jury qu'il s'agit d'un processus anormal, excessivement indulgent et contraire à ce qu'il prétend être l'intention du Parlement. Ceci équivaut à exhorter les jurés à ne pas prendre une décision conforme à la loi s'ils estiment que cette loi est mauvaise. Il est évidemment inacceptable qu'un avocat fasse une telle remarque aux jurés: *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, aux pp. 76-79; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701.

De la même manière, le procureur ne saurait répéter constamment que l'emprisonnement de 25 ans remplace la peine de mort, car c'est une invitation à contrecarrer la prétendue clémence excessive du Parlement par une sévérité que ne justifie pas le texte de l'art. 745. Le jury n'a pas à décider si les peines prévues par le Parlement sont trop ou trop peu sévères. Il doit se contenter d'appliquer le *Code*. La peine de mort n'y figure plus; au contraire, l'art. 745 assure à l'appelant le droit de demander la réduction du délai d'inadmissibilité à la libération conditionnelle. On ne peut permettre à quiconque de saper l'équité de la procédure qui permet à l'appelant d'obtenir cette réduction, par des références constantes à la peine de mort.

De plus, le procureur de la Couronne a cherché à attirer l'attention du jury sur d'autres cas de meur-

ers who had used their parole to commit other murders. Thus, in questioning Antonio Jean, a psychologist employed by Correctional Service Canada, counsel put the following questions:

Q. You also mentioned, during the course of your evidence this morning, you made mention of the Rygrock Inquest. That was an inquest in Ottawa?

A. Yes, ma'am.

Q. And that, in fact, was an inquest involving an inmate who had been released to a half-way house and had subsequently murdered an employee of that half-way house?

A. Yes, ma'am.

Q. Okay. And, presumably, out of that inquest, [Corrections] Canada had reasons to look at some of its procedures, correct, in terms of the releasing of people? I'm not asking the details, but obviously they would review the procedures.

A. Very definitely.

Q. Okay. And, in fact, after that inquest and after that review was done, another inmate was released to a half-way house here in Toronto, Melvin Stanton. You're aware of him, aren't you?

A. Yes, ma'am.

Q. Okay. And, in fact, what followed from that was the murder, within a few hours of his release, of Tema Conter, correct?

A. Correct.

Q. So it seems that Corrections Canada does make mistakes, fair enough?

A. Your conclusion, ma'am.

Q. Could you agree with me, given those two inquests?

A. Do I have to?

Q. I'm just asking you to answer the question.

A. I suppose, like any other organization — I'm afraid to say what I have to say because it might be taken wrongly. Maybe the judicial system makes some mistakes too at times. It's human error.

triers qui ont profité de leur libération conditionnelle pour commettre d'autres meurtres. Ainsi, en interrogeant Antonio Jean, un psychologue attaché au Service correctionnel du Canada, le procureur a posé les questions suivantes:

^a [TRADUCTION] Q. En témoignant ce matin, vous avez mentionné aussi l'enquête Rygrock. C'est une enquête qui a eu lieu à Ottawa?

^b R. Oui, madame.

Q. Et il s'agissait en fait d'une enquête portant sur un détenu qui avait été libéré et placé dans une maison de transition et qui avait par la suite tué un employé de cette maison?

^c R. Oui, madame.

Q. Bon. Et il y a lieu de croire qu'à la suite de cette enquête, le Service correctionnel avait des motifs d'examiner certaines de ses procédures relatives aux mises en liberté, n'est-ce pas? Je ne vous demande pas d'entrer dans le détail, mais il est clair qu'il réexaminerait les procédures.

^e R. Très certainement.

Q. Bon. Et, en fait, après cette enquête et cet examen, un autre détenu, Melvin Stanton, a été libéré et placé dans une maison de transition ici à Toronto. Vous êtes au courant de son cas, n'est-ce pas?

^f R. Oui, madame.

Q. Bon. Et, en fait, à peine quelques heures après sa mise en liberté, il y a eu le meurtre de Tema Conter, est-ce exact?

^g R. C'est exact.

Q. Alors, il semble que le Service correctionnel commette des erreurs, n'est-ce pas?

^h R. C'est vous qui le dites, madame.

Q. Pourriez-vous être d'accord avec moi, compte tenu de ces deux enquêtes?

R. Est-ce qu'il le faut?

ⁱ Q. Je vous demande simplement de répondre à la question.

^j R. Je suppose que, comme n'importe quelle organisation — j'hésite à dire ce que je dois dire parce que cela pourrait être mal interprété. Peut-être que le système judiciaire commet parfois des erreurs aussi. C'est humain.

Counsel broached the same subject in the examination of Allan Partington, a Correctional Service officer.

Similarly, in his opening statement he invited the jury to take into consideration cases of violence other than those of the appellant:

We read the papers. We open the headlines today and we see concerns about violence in our society, and, in particular, we hear concerns about violence against women. I want you, when you listen to that evidence, to bear in mind that you are here representing the best interests of this community as it pertains not only to Mr. Swietlinski but the broader issues that an application, such as this, brings to bear.

In his final submission he added the following:

Violence is, unfortunately, increasing in our community. Every time you turn on the news, read the headlines you hear either reports of or people worried about the issue of violence and, in particular, violence against women.

A lot of times people come into contact or read in the paper and hear, read or see on T.V. something that shocks them, and the facts of this case no doubt shocked you. Well, they have concerns about things going on in our society, and they think to themselves, "Someone should do something about that," and always the someone is someone off in the distance. For the purpose of this case, . . . you are the they. Consider that when you retire to reach your determination.

It is completely improper to invite the jury to consider isolated cases in which prisoners committed murder after being paroled. Even though the rules applicable in the s. 745 hearing are not as strict as in a criminal trial, the fact remains that the jury must consider only the applicant's case. Although the temptation may sometimes be very strong, the jury must not try the cases of other inmates or determine whether the existing system of parole is doing its job. The appellant should not be punished for the weaknesses of the system.

Le procureur a abordé le même sujet au cours de l'interrogatoire d'Allan Partington, un agent du Service correctionnel.

De même, dans son exposé introductif, il a invité le jury à prendre en considération d'autres cas de violence que celui de l'appellant:

[TRADUCTION] Nous lisons les journaux. Nous regardons les manchettes et constatons l'inquiétude suscitée par la violence dans notre société et, en particulier, par la violence contre les femmes. Je voudrais donc, quand vous entendrez ces témoignages, que vous vous souveniez, que vous êtes appelés à agir au mieux des intérêts de la collectivité, non seulement dans le cas précis de M. Swietlinski, mais aussi dans le contexte des questions plus générales que soulève une demande comme celle dont il s'agit en l'espèce.

Dans son exposé final, il a ajouté ce qui suit:

[TRADUCTION] Malheureusement, la violence augmente dans notre société. On ne peut écouter les nouvelles ni lire les manchettes sans qu'il soit question de l'inquiétude des gens face à la violence, surtout la violence contre les femmes.

Bien souvent les gens apprennent, ou lisent dans les journaux ou entendent ou voient à la télévision, des choses qu'ils trouvent choquantes. Et les faits de cette affaire n'ont sans doute pas manqué de vous choquer. Alors, ils s'inquiètent de ce qui se passe dans notre société et ils se disent: «Il faudrait que quelqu'un fasse quelque chose.» Mais toujours ce quelqu'un est lointain. En l'espèce, toutefois [. . .] ce quelqu'un c'est vous. Pensez à cela quand vous vous retirerez pour rendre votre décision.

Il est totalement inapproprié d'inviter le jury à tenir compte de cas isolés où des prisonniers ont commis un meurtre après leur libération conditionnelle. Même si l'audition selon l'art. 745 n'obéit pas à des règles aussi strictes qu'un procès criminel, il n'en demeure pas moins que le jury doit se pencher uniquement sur le cas du requérant. Bien que la tentation puisse parfois être considérable, le jury ne doit pas juger le cas d'autres détenus ni déterminer si le système actuel de libération conditionnelle fait bien son travail. L'appellant ne devrait pas être puni pour les failles du système.

Furthermore, the other observations I have just referred to may have suggested to the jury that its function was in some way to solve the problem of violence in society. It is true that deterrence is one of the functions of the penalty and that it is therefore legitimate for the jury to take this factor into account when hearing an application under s. 745. However, the approach taken by counsel for the Crown was unacceptable. The jury cannot simply be referred to headlines in newspapers, which generally concern themselves with the worst crimes. Such a course could produce a disproportionate reaction in the jury by making it believe it could solve the problem of crime at one stroke and by giving the appellant's case the odour of a general threat. Such a tactic smacks of the *in terrorem* arguments disapproved by the Quebec Court of Appeal in *Vallières v. The Queen* (1969), 9 C.R.N.S. 24. In my view, it is possible to invite the jury to take the deterrent aspect of the penalty into account, but this should be done in the context of a general submission on the various functions performed by the penalty.

In a trial by jury it is usual for the judge to indicate to the jurors that they must base their decision solely on the evidence and that they should not read the newspapers while the trial is in progress. Sometimes drastic methods such as sequestering the jury or banning publication may be used to keep the jury free from undue influence by the media. That being the case, it is astonishing that counsel for the Crown could have invited the jury to do precisely what any good judge would tell it not to do. It is still more surprising that the trial judge did not react and rectify these remarks.

To sum up, I consider that the remarks of counsel for the Crown seriously compromised the fairness of the hearing. The judge's failure to reprimand him and to tell the jury that such remarks should not be taken into account only aggravates the lack of fairness. However, the respondent argued that this Court should dismiss the appeal because counsel for the appellant did not object to these remarks at trial. I cannot accept that argument. It is true that the absence of an objection is a

Par ailleurs, les autres remarques que je viens de citer ont pu laisser croire au jury qu'il avait en quelque sorte la mission de régler le problème de la violence dans la société. Il est vrai que la dissuasion est l'une des fonctions de la peine et qu'en conséquence, il est légitime que le jury tienne compte de ce facteur lorsqu'il entend une requête selon l'art. 745. Cependant, l'approche adoptée par le procureur de la Couronne était inacceptable. On ne peut mentionner au jury uniquement les manchettes des journaux, qui s'intéressent généralement aux pires des crimes. Procéder ainsi peut induire le jury à réagir de façon disproportionnée en croyant régler d'un seul coup le problème de la criminalité et en assimilant le cas de l'appelant à une menace générale. Une telle tactique s'apparente aux arguments *in terrorem* réprouvés par la Cour d'appel du Québec dans *Vallières c. The Queen* (1969), 9 C.R.N.S. 24. À mon avis, il est possible d'inviter le jury à tenir compte de l'aspect dissuasif de la peine, mais cela devrait se faire dans le contexte d'un exposé général sur les diverses fonctions que remplit la peine.

Dans un procès par jury, il est d'usage que le juge indique aux jurés qu'ils doivent fonder leur décision uniquement sur la preuve et qu'ils ne devraient pas lire les journaux pendant la durée du procès. Parfois, on peut même utiliser des moyens draconiens, comme la séquestration du jury ou les ordonnances de non-publication, afin de soustraire le jury à une influence indue des médias. Dans ce contexte, il est étonnant que le procureur de la Couronne ait pu inviter le jury à faire précisément ce que tout bon juge lui dit de ne pas faire. Il est encore plus étonnant que le juge de première instance n'ait pas réagi pour corriger ces remarques.

En résumé, je suis d'avis que les remarques du procureur de la Couronne ont gravement compromis l'équité de l'audition. Le fait que le juge ne l'ait pas rappelé à l'ordre et indiqué au jury qu'il ne fallait pas tenir compte de ces remarques n'a fait qu'aggraver cette inéquité. L'intimé soutient cependant que nous devrions rejeter l'appel puisque l'avocat de l'appelant ne s'est pas opposé à ces remarques en première instance. Je ne peux pas accepter cet argument. Il est vrai que l'absence

factor which an appellate court may take into account in deciding whether to dismiss an appeal. In the case at bar, however, the hearing was unfair. The trial judge had a duty to ensure that the hearing was fair: *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, at p. 532 (*per* La Forest J.); *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at p. 461 (*per* L'Heureux-Dubé J.). Since he did not do so, this Court must intervene, whether counsel for the appellant objected or not.

I would allow the appeal for this reason alone. This conclusion is made all the more necessary when we take into account the Court's errors in compartmentalizing the burden of proof and in the review of the evidence, although those errors by themselves are not sufficiently serious to justify a re-hearing.

2. Distinction Between Present and Past Character: Burden of Proof

The common error disclosed by the first two grounds of appeal is an excessive compartmentalization of the various factors listed in s. 745(2) that the jury must take into account in arriving at its decision.

The judge's first error was to limit his discussion of the appellant's character to matters prior to or contemporaneous with the murder. He made no reference to the changes in the appellant's character since his imprisonment. As I mentioned, however, the purpose of the s. 745 proceeding is to reassess the penalty imposed on the offender by reference to the way his or her situation has evolved in 15 years. The judge should therefore have mentioned both the appellant's past and present character.

The second error results from the following observation by the judge, made at the start of the part of his charge dealing with conduct while serving sentence:

Ladies and gentlemen, it is for you to say, but it would seem that the evidence establishes for you, on the balance of probabilities, that Roman Swietlinski was a

d'objection constitue un facteur dont une Cour d'appel peut tenir compte pour décider s'il y a lieu de rejeter un appel. En l'espèce toutefois, l'audition a été inéquitable. Le juge du procès avait le devoir de veiller à garantir l'équité du procès: *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, à la p. 532 (le juge La Forest); *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, à la p. 461 (le juge L'Heureux-Dubé). Puisqu'il ne l'a pas fait, notre Cour doit intervenir, que l'avocat de l'appelant ait fait objection ou non.

Pour cette seule raison, j'accueillerais l'appel. Cette conclusion s'impose d'autant plus si l'on tient également compte des erreurs du juge quant à la compartimentation du fardeau de la preuve et quant à la revue de la preuve, bien que ces erreurs, à elles seules, ne soient pas d'une gravité suffisante pour justifier une nouvelle audition.

2. La distinction entre le caractère présent et passé; le fardeau de preuve

L'erreur commune révélée par les deux premiers moyens d'appel est une compartimentation excessive des divers facteurs énumérés au par. 745(2) dont le jury doit tenir compte pour parvenir à sa décision.

La première erreur du juge est d'avoir limité sa discussion du caractère de l'appelant à des éléments antérieurs au meurtre ou contemporains du meurtre. Il n'a pas fait allusion aux changements survenus dans le caractère de l'appelant depuis son incarcération. Pourtant, comme je l'ai mentionné, le processus de l'art. 745 vise à réévaluer la peine imposée au délinquant en fonction de l'évolution de sa situation depuis 15 ans. Il aurait donc fallu faire mention du caractère tant passé que présent de l'appelant.

La deuxième erreur découle de la remarque suivante du juge, faite au début de la partie de son exposé qui traite de la conduite durant la peine:

[TRADUCTION] Mesdames et messieurs, c'est à vous d'en décider, mais il semble que la preuve établisse selon la prépondérance des probabilités que Roman Swietlinski a

model prisoner after he emerged from the 25 days in "the hole" at Millhaven penitentiary back in 1979 or 1980.

The judge expressed no similar opinion as to the other two factors mentioned in s. 745(2).

It is true that a judge may always give his or her opinion on the facts, so long as he or she makes it clear to the jurors that the final decision is theirs. However, this comment could have led the jury to think that the three factors mentioned in s. 745(2) were separate and that each had to be "established" . . . on the balance of probabilities". As I have shown, this is not a very suitable approach in the case of a discretionary decision. The jury could have thought, in reliance on this comment, that it had to arrive at a decision favourable to the appellant on each of the three criteria.

3. Summary of Psychiatric Evidence

The appellant's psychiatric condition was one of the major questions raised in the court below. The points especially in dispute were the possibility that the appellant suffers from sexual sadism and the possibility of successful psychiatric treatment. Simplifying somewhat, it can be said that Dr. Dickey's testimony was very unfavourable to the appellant while the testimony of Mr. Jean, Drs. Wood-Hill and Quirt was favourable.

The trial judge undertook a lengthy review of the psychiatric evidence. It was probably not necessary to do this in so much detail. The issues were relatively straightforward. The expert testimony was fresh in the minds of the jurors. Moreover, each juror had a copy of the written reports available to him or her. However, when the trial judge considers it necessary or desirable to make such a review, he or she should not unduly devote greater attention to the aspects of the evidence that favour one party, yet this is what the trial judge did here. The judge placed his emphasis on Dr. Dickey's testimony, noting his professional qualifications and repeating certain parts of his testimony word for word. On the other hand, the judge made no

été un détenu modèle après avoir passé 25 jours au «mitard» au pénitencier de Millhaven en 1979 ou 1980.

Le juge n'a pas exprimé d'opinion semblable quant aux deux autres facteurs mentionnés au par. 745(2).

Il est vrai qu'un juge peut toujours donner son opinion quant aux faits, pour autant qu'il rappelle aux jurés que la décision finale leur appartient. Cependant, cette remarque pouvait amener le jury à croire que les trois facteurs mentionnés au par. 745(2) constituent des éléments séparés et que chacun doit être «établi[t] selon la prépondérance des probabilités». Comme je l'ai montré, il s'agit là d'une approche peu appropriée dans le cas d'une décision discrétionnaire. Suite à cette remarque, le jury a pu croire qu'il devait arriver à une décision favorable à l'appelant sur chacun des trois critères.

3. Le résumé de la preuve psychiatrique

L'état psychiatrique de l'appelant a été l'une des questions majeures soulevées en première instance. Les points particulièrement controversés étaient la possibilité que l'appelant souffre de sadisme sexuel et les chances de succès d'un traitement psychiatrique. En simplifiant un peu, on pourrait dire que le témoignage du Dr Dickey était très défavorable à l'appelant, alors que ceux de M. Jean et des Drs Wood-Hill et Quirt lui étaient favorables.

Le juge de première instance a entrepris une longue revue de la preuve psychiatrique. Il n'était probablement pas nécessaire de le faire avec autant de détail. Les questions en jeu étaient relativement simples. Les témoignages des experts étaient frais à la mémoire des jurés. De plus, chaque juré disposait d'une copie des rapports écrits. Cependant, lorsque le juge du procès estime nécessaire ou souhaitable de faire une telle revue, il ne doit pas indûment accorder une attention plus grande aux éléments de preuve qui favorisent une partie. C'est pourtant ce qu'il a fait ici. Le juge a mis l'accent sur le témoignage du Dr Dickey, rappelant ses qualifications professionnelles et répétant mot par mot certaines parties de son témoignage. Par con-

mention at all of the testimony of Mr. Jean or Drs. Wood-Hill and Quirt. He simply mentioned short extracts from the written reports of Drs. Wood-Hill and Quirt. Though I am sure it was not intentional, the judge did nevertheless favour the respondent in his summation of the evidence. As an illustration, it can be pointed out that the review of Dr. Dickey's testimony took up 15 pages of the transcript of the charge to the jury while the passage from Dr. Wood-Hill's report extended only for a page and a half.

C. Admissibility of Victim's Statements

As I feel that a re-hearing should be ordered, I think it is worth dealing with the question of the admissibility of statements by members of the victim's family. The respondent will undoubtedly seek to introduce such statements at that hearing. Additionally, since there is no right of appeal to the Court of Appeal, the appeal to this Court is the only opportunity to introduce uniformity into the rulings of the superior courts on this point.

In *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, this Court set out the general rules governing evidence at a sentencing hearing. Dickson J. (as he then was) noted that the rules which applied to evidence at trial had been made more flexible: now, for example, hearsay evidence can be admitted if it is credible and reliable.

A section 745 hearing differs from an initial hearing in many respects. However, the purpose of both is to determine the length of sentence. Consequently, evidence should be governed by similar rules. It is well known that the victim's testimony is admissible at a hearing on sentencing: see, e.g., *R. v. Landry* (1981), 61 C.C.C. (2d) 317 (N.S.C.A.). Since s. 745(2) states that the nature of the offence is one of the criteria the jury must take into account, it is clear that the victim's testimony is relevant and admissible at such a hearing. Since the ordinary rules of evidence have been loosened, this testimony can be presented by means of a written statement. Of course, such a statement should only contain relevant information. Counsel

tre, le juge n'a pas du tout mentionné les témoignages de M. Jean et des Drs Wood-Hill et Quirt. Il s'est contenté de mentionner de courts extraits des rapports écrits des deux derniers. Le juge, non pas de façon intentionnelle, j'en suis sûr, a néanmoins favorisé l'intimé en résumant la preuve. À titre d'illustration, on peut mentionner que la revue du témoignage du Dr Dickey occupe 15 pages de la transcription des directives au jury, alors que l'extrait du rapport du Dr Wood-Hill ne fait qu'une page et demie.

C. L'admissibilité des déclarations des victimes

Étant donné que je suis d'avis d'ordonner une nouvelle audition, j'estime qu'il est utile de trancher la question de l'admissibilité des déclarations des membres de la famille de la victime. En effet, l'intimé cherchera sans doute à introduire de telles déclarations à cette audition. Par ailleurs, puisqu'il n'y a pas de droit d'appel à la Cour d'appel, le pourvoi devant notre Cour est la seule occasion d'uniformiser la jurisprudence des cours supérieures sur ce sujet.

Dans *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, notre Cour a énoncé les principes généraux qui régissent la preuve lors d'une audition pour déterminer la peine. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a souligné que les règles qui s'appliquaient à la preuve lors du procès avaient été assouplies. Maintenant, p. ex., la preuve par ouï-dire peut être admise si elle est crédible et fiable.

L'audition selon l'art. 745 est différente de l'audition initiale à maints égards. Cependant, toutes deux ont pour fonction de déterminer la durée de la peine. En conséquence, la preuve devrait être régie par des règles semblables. Il est bien connu que le témoignage de la victime est admissible lors de l'audition relative à la peine. Voir, p. ex., *R. c. Landry* (1981), 61 C.C.C. (2d) 317 (C.A.N.-É.). Puisque le par. 745(2) énonce que la nature de l'infraction est l'un des critères dont le jury doit tenir compte, il est évident que le témoignage de la victime est pertinent et admissible lors d'une telle audition. Comme les règles ordinaires de preuve ont été assouplies, ce témoignage peut se faire au moyen d'une déclaration écrite. Bien entendu, une

for the Crown clearly cannot use it in an attempt to introduce the type of remarks which I earlier condemned.

I therefore consider that the trial judge made an error in refusing to admit statements by members of the victim's family.

VI. Judgment

The appellant did not get the fair hearing to which he was entitled. The appeal is therefore allowed and a re-hearing ordered in accordance with these reasons.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) — I have read the reasons of the Chief Justice and agree with him except with respect to the effect of the statements made by Crown counsel and his conclusion that victim impact statements are always admissible at s. 745 hearings. As a result I would dismiss the appeal.

A section 745 parole eligibility review hearing is neither a criminal trial nor a sentencing review hearing. The applicant's guilt has already been determined and his sentence fixed according to the mandatory penalties in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (first degree murder) or by a judge (second degree murder). Section 745 empowers 12 jurors, who represent the community and its conscience (*R. v. Nichols* (1992), 71 C.C.C. (3d) 385 (Alta. Q.B.)), to determine whether the applicant deserves clemency or leniency in the form of a reduction in his or her parole ineligibility.

Section 745 "is unique because it authorizes the modification of a provision of the law otherwise than by royal prerogative or legislative action": *R. v. Nichols, supra*, at p. 386. Under its provisions the jury is empowered to order a reduction in parole eligibility (s. 745(4)); only two thirds of the

telle déclaration ne doit contenir que des informations pertinentes. Le procureur de la Couronne ne saurait s'en servir pour tenter d'introduire le genre de remarques que j'ai dénoncées plus haut.

J'estime donc que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a refusé d'admettre les déclarations des membres de la famille de la victime.

b VI. Dispositif

L'appelant n'a pas obtenu l'audition équitable à laquelle il avait droit. L'appel est donc accueilli et une nouvelle audition est ordonnée, conformément aux présents motifs.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — J'ai lu les motifs du Juge en chef et je partage son avis, sauf en ce qui concerne l'effet des déclarations du ministère public et la conclusion que les déclarations des victimes sont toujours admissibles dans le cadre d'une audition visée à l'art. 745. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

L'audition prévue à l'art. 745 pour l'examen de l'admissibilité à la libération conditionnelle n'est ni un procès criminel ni une audition de révision de la peine. En effet, la culpabilité du requérant a déjà été établie et sa peine fixée soit en fonction des peines obligatoires prévues au *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (dans le cas du meurtre au premier degré), soit par le juge (dans le cas du meurtre au deuxième degré). L'article 745 habilite 12 jurés, représentant la communauté et la conscience collective (*R. c. Nichols* (1992), 71 C.C.C. (3d) 385 (B.R. Alb.)), à déterminer si le requérant mérite une mesure de clémence ou d'indulgence, c.-à-d. une réduction de la durée de son inadmissibilité à la libération conditionnelle.

L'article 745 [TRADUCTION] «a ceci de particulier qu'il autorise la modification d'une disposition législative autrement que par l'exercice de la prérogative royale ou par une mesure législative»: *R. c. Nichols*, précité, à la p. 386. Aux termes de cet article, le jury est investi du pouvoir d'ordonner la

jury need be convinced of the verdict (s. 745(2)); and the burden of proof lies with the applicant to establish that he deserves to be treated with clemency on the balance of probabilities: *R. v. Vaillancourt* (1988), 43 C.C.C. (3d) 238 (Ont. H.C.).

Section 745 only entitles a successful applicant to apply to the Parole Board for early parole; there is no guarantee that parole will be granted. Thus, the s. 745 jury is not empowered in any respect "to determine the length of sentence" contrary to the view expressed by the Chief Justice.

A jury seised of a parole eligibility review application must consider (1) the applicant's character; (2) the applicant's conduct while serving his or her sentence; (3) the nature of the offence for which the applicant was convicted; and (4) such other matters as the presiding judge deems relevant: *Code*, s. 745(2). While some sentencing principles, relating to rehabilitation and public protection will inevitably enter into the jurors' minds as they consider character, conduct and the nature of the offence, sentencing principles, e.g., rehabilitation, deterrence, denunciation — should not play any significant role at the hearing. Parliament has not seen fit to incorporate traditional principles of sentencing into s. 745, and it would be wrong for this Court to read any such principles into the section.

Given the broad nature of the discretionary powers conferred upon the jury, there is little scope for this Court to interfere with the jury's determination on an appeal. It may, however, review the conduct of the presiding judge in directing the proceedings and in charging the jury. I agree with the Chief Justice that the Court's role in undertaking such a review must be to determine whether the applicant had a fair hearing. In view of the nature of the proceedings, and in particular the fact that the ultimate determination is made by the jury

réduction de la durée de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle (par. 745(4)), la décision peut être prise par les deux tiers seulement des jurés (par. 745(2)), et il incombe au requérant de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il mérite la clémence: *R. c. Vaillancourt* (1988), 43 C.C.C. (3d) 238 (H.C. Ont.).

L'article 745 n'accorde au requérant qui obtient gain de cause que le droit de demande à la Commission des libérations conditionnelles la libération conditionnelle anticipée; rien ne garantit qu'il sera accédé à sa demande. Donc, aux fins de l'art. 745, le jury ne détient aucun pouvoir «de déterminer la durée de la peine», contrairement au point de vue qu'a exprimé le Juge en chef.

Le jury saisi d'une demande de révision de l'admissibilité à la libération conditionnelle doit prendre en considération (1) le caractère du requérant, (2) sa conduite durant l'exécution de sa peine, (3) la nature de l'infraction pour laquelle il a été condamné, et (4) tout ce que le juge président l'audience estime utile: *Code*, par. 745(2). Certains principes applicables à la détermination de la peine, savoir la réinsertion du détenu et la protection du public, viennent inévitablement à l'esprit des jurés lorsqu'ils se penchent sur le caractère et la conduite du détenu et sur la nature de l'infraction, mais les principes applicables à la détermination de la peine (p. ex., la réinsertion, la dissuasion et la dénonciation) ne devraient pas jouer un rôle de premier plan à l'audience. En effet, le Parlement n'a pas cru bon d'inclure à l'art. 745 les principes traditionnels en matière de détermination de la peine et notre Cour aurait tort d'y introduire de tels principes.

Compte tenu de la large portée des pouvoirs discrectionnaires conférés au jury, notre Cour n'a que peu de latitude, dans le cadre d'un pourvoi, de toucher à la conclusion du jury. Il nous est toutefois loisible d'examiner la façon dont le juge s'est conduit en présidant les débats et en donnant ses directives au jury. Je conviens avec le Juge en chef que notre rôle, lorsque nous procédons à un tel examen, doit consister à décider si le requérant a eu une audition équitable. Compte tenu de la nature des procédures et notamment de ce que la détermi-

based on a range of open-ended factors, deficiencies that might lead to unfairness in a criminal trial will not necessarily have the same effect in a s. 745 hearing. For example, it has been held that placing the persuasive onus on an applicant under s. 745 does not violate the presumption of innocence protected in s. 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms: R. v. Vaillancourt, supra.*

It is in light of these considerations that an analysis of the appellant's grounds of appeal should be made. I agree with the Chief Justice that standing alone the deficiencies, in the presiding judge's instructions on the burden of proof and his review of the psychiatric evidence were not sufficiently serious to justify a re-hearing, and I cannot add anything to that conclusion.

However, I disagree with the conclusion that the inappropriate comments made by Crown counsel were sufficient in their cumulative effect to require a new hearing. I also disagree that the presiding judge erred in refusing to admit victim impact statements in this case.

A. Inappropriate Language by Counsel for the Crown

Evidence is admissible only if it is (1) relevant and (2) not subject to exclusion under any other clear rule of law or policy: Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 21. However, the trier of law retains a discretion to exclude relevant and admissible evidence if its prejudicial effect exceeds its probative value, such that its admission would impact on the fairness of the trial: *ibid.*, at pp. 28-33; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 729-36; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, at p. 532, and *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at p. 461.

In this case, several of the comments made by Crown counsel which are now attacked as inflammatory were relevant and substantially probative to

nation se fait en dernière analyse par le jury en fonction d'une série de facteurs de portée indéterminée, les vices susceptibles de rendre inéquitable un procès criminel n'auront pas nécessairement le même effet dans le contexte d'une audience visée à l'art. 745. Ainsi, on a statué que, dans ce dernier cas, imposer le fardeau de persuasion au requérant ne va pas à l'encontre de la présomption d'innocence énoncée à l'art. 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés: R. c. Vaillancourt, précité.*

C'est à la lumière de ces considérations qu'il convient d'analyser les moyens d'appel de l'appellant. Tout comme le Juge en chef, j'estime que les vices que comportent les directives du juge relativement au fardeau de preuve ainsi que son examen de la preuve psychiatrique ne sont pas suffisamment graves pour justifier la tenue d'une nouvelle audition, et je ne puis rien ajouter à cette conclusion.

Je ne souscris cependant pas à la conclusion selon laquelle les observations inappropriées du procureur de la Couronne, de par leur effet cumulatif, exigent la tenue d'une nouvelle audition. Je ne crois pas non plus que le juge qui présidait a commis une erreur en refusant d'admettre en l'espèce les déclarations des victimes.

A. Les propos inappropriés du procureur de la Couronne

Une preuve n'est admissible que si (1) elle est pertinente et (2) n'est exclue par aucune règle non équivoque de droit ou de politique générale: Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 21. Le juge du droit conserve néanmoins le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve pertinente et admissible si son effet préjudiciable dépasse sa valeur probante de manière à ce que son admission compromette l'équité du procès: *ibid.*, aux pp. 28 à 33; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, aux pp. 729 à 736; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, à la p. 532; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, à la p. 461.

En l'espèce, plusieurs observations du procureur de la Couronne, que l'on prétend incendiaires, étaient pertinentes et avaient essentiellement une

the issues in the case. References to the relative comforts of the Beaver Creek Institution were relevant to the jury's assessment of whether the appellant's conduct varied with his institutional setting. Defence counsel took a similar tactic when she cross-examined the appellant's parole officer on the issue of the violent setting at the Millhaven and Collins Bay institutions. Additionally, the cross-examination about cases where inmates of half-way houses have killed was relevant to the jury's assessment of the accuracy of the evidence tendered by members of the correctional community and of the Parole Board's decision-making processes. While such a line of questioning might be inappropriate in a criminal trial, the jury at a s. 745 hearing should, in the circumstances of this case, be entitled to consider the likelihood of an error by the National Parole Board. Therefore, it cannot be said that the presiding judge had a duty to exclude Crown counsel's comments or questioning regarding the Beaver Creek institution or infamous cases of recidivism by paroled offenders nor can it be said that his failure to exclude these statements had any effect on the fairness of the hearing.

Other comments made by Crown counsel had little relevance to issues at the review hearing. In particular, Crown counsel's repeated references to the death penalty and his comments about violence in society were irrelevant to the jury's deliberations. However, the prejudicial effect of these comments was eradicated by the following statements made by the presiding judge in his charge to the jury:

As you know, public debate on the subject of capital punishment still comes to the fore from time to time. There are those who think it should be brought back. By the same token, there are those who argue that the 25 year non-eligibility period in the Criminal Code is much too harsh as it destroys all hope for the convicted per-

valeur probante à l'égard des questions en litige. Les mentions du confort relatif de l'établissement de Beaver Creek étaient pertinentes relativement à la détermination par le jury si la conduite de l'appelant variait en fonction de l'établissement où il se trouvait. L'avocat de la défense a adopté une tactique analogue en contre-interrogeant le surveillant de liberté conditionnelle de l'appelant au sujet du climat de violence aux établissements de Millhaven et de Collins Bay. En outre, le contre-interrogatoire portant sur des cas où des détenus habitant dans des maisons de transition ont commis l'homicide était pertinent à l'égard de l'évaluation par le jury de l'exactitude de la preuve produite par des membres des services correctionnels et des processus décisionnels de la Commission des libérations conditionnelles. Quoique ce genre de questions puissent être hors de propos dans un procès criminel, il devrait être permis au jury de l'audition selon l'art. 745 de considérer, dans les circonstances de l'espèce, la possibilité que la Commission des libérations conditionnelles a commis une erreur. Par conséquent, on ne peut prétendre qu'il incombait au juge d'écarter certains commentaires ou questions du procureur de la Couronne relativement à l'établissement de Beaver Creek ou aux cas tristement notoires de récidive de contrevenants en liberté conditionnelle. On ne saurait davantage soutenir que l'omission du juge d'écarter ces déclarations a nui le moins à l'équité de l'audition.

D'autres observations par le procureur de la Couronne n'avaient que peu de rapport avec les questions soulevées à l'audition d'examen. En particulier, ses fréquentes mentions de la peine de mort et ses commentaires concernant la violence dans la société n'avaient aucune pertinence relativement aux délibérations du jury. Leur effet préjudiciable a toutefois été neutralisé par les observations suivantes faites par le juge dans ses directives au jury:

[TRADUCTION] Comme vous le savez, il arrive encore parfois que le débat public sur la peine capitale soit rouvert. Certains pensent qu'il faudrait rétablir la peine de mort. D'autres soutiennent que le délai de 25 ans préalable à l'admissibilité à la libération conditionnelle que prescrit le Code criminel est bien trop sévère puisqu'elle

son. Again, there are those who argue that the 15 year judicial review is that ray of hope held out to persons convicted of first degree murder.

At a different time and different place, you are entitled to hold any one or more of those views. However, in the jury room, you are to cast aside any preconceived ideas, notions and philosophies and deal with this case as you are required to do so by law under the dictates of Section 745 of the Criminal Code.

In other words, in the jury room, there is no room for "soap boxes" and no one should be riding any favourite "hobby horse." The jury room is not the place for a philosophizer. You are here as judges of the facts. You are not here as law reformers.

Other comments made by Crown counsel relating to the plight of the victim's family, the fact that the victim received no second chances and the secrecy of the parole process also had minimal relevance or probative value in the proceedings. Had this been a criminal trial, these statements would have required close scrutiny as there the burden lies with the Crown to prove every element of the offence. The admission of any prejudicial evidence might render the proceedings unfair to the accused. However, in parole eligibility review proceedings, where the burden lies with the applicant to prove that he or she deserves clemency on the balance of probabilities, and where a number of factors are weighed together by the jurors in their discretion, the same danger does not exist. A discretionary decision may still provide a fair hearing even though some of the evidence relied upon was arguably unfair.

In determining whether the accused had a fair hearing in a parole eligibility application, the whole of the proceedings rather than individual aspects of evidence or incidents must be reviewed. This Court's role in reviewing a s. 745 decision is to consider the cumulative effect of the impugned evidence on the fairness of the proceedings.

enlève tout espoir au condamné. D'autres encore prétendent que le contrôle judiciaire après 15 ans représente précisément une lueur d'espoir pour les personnes reconnues coupables de meurtre au premier degré.

^a Dans un contexte autre que celui-ci, vous auriez droit d'épouser un ou plusieurs de ces points de vue. Mais dans la salle des jurés, vous devez vous départir de toute idée, notion ou philosophie préconçue et trancher l'affaire de la façon dont vous êtes tenus de le faire aux termes de l'art. 745 du Code criminel.

^b Autrement dit, la salle des jurés n'est pas une «tribune» où on exprime une «marotte». Ce n'est pas un lieu pour philosopher. Votre rôle est celui de juge des faits et non pas de réformateurs de la loi.

^c Certaines autres observations du procureur de la Couronne concernant la situation pitoyable de la famille de la victime, le fait que la victime n'a pas eu de seconde chance et le secret qui caractérise le processus de la libération conditionnelle n'avaient elles non plus qu'une pertinence ou une valeur probante minimes dans les procédures. S'il s'était agi d'un procès criminel, il aurait fallu examiner minutieusement ces déclarations car, au procès, il incombe au ministère public de prouver chaque élément de l'infraction. L'admission d'une preuve préjudiciable risquerait d'entraîner une injustice pour l'accusé. Par contre, le même danger n'existe pas dans les procédures d'examen de l'admissibilité à la libération conditionnelle, où c'est sur le requérant que repose le fardeau de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il mérite la clémence et où les jurés exercent leur pouvoir discrétionnaire en soupesant nombre de facteurs. Il peut tout de même y avoir eu audition équitable dans un cas où la décision a fait suite à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire même si on pourrait qualifier d'inéquitables certains éléments de preuve retenus.

^d Pour déterminer si l'accusé a bénéficié d'une audition équitable dans le cadre d'une demande d'admissibilité à la libération conditionnelle, c'est l'ensemble des procédures et non pas certains aspects de la preuve ou incidents particuliers qu'il faut examiner. En examinant une décision rendue en vertu de l'art. 745, notre Cour doit considérer l'effet cumulatif qu'ont les éléments de preuve contestés sur l'équité des procédures.

In the present case, the judge advised the jurors repeatedly that they were to assess only the three factors enumerated in s. 745(2) of the *Code*, i.e., the appellant's character, his conduct while serving his sentence, and the nature of the offence. These same factors were set out on the jury information sheet distributed to the jurors, which read:

PART I

(a) Are you satisfied by a preponderance of credible evidence, having regard to:

- (i) the character of the Applicant
and
- (ii) his conduct while serving his sentence
and
- (iii) the nature of the offence for which he was convicted,

that the Applicant's number of years of imprisonment without eligibility for parole should be reduced?

Please answer: "YES" or "NO"

As outlined above, the impugned comments of Crown counsel had only a limited relevance to these three enumerated factors. There was little risk that the statements relating to the victim, her family or the secrecy of the parole process, would have any significant effect on the jury's deliberations. It is clear to me that the judge's directions put the jury's obligations squarely before them. As a result, in spite of the Crown's language there was no threat to the fairness of the hearing.

The appellant submitted before this Court that the inflammatory language used by Crown counsel rendered the proceedings fundamentally unfair. Ironically, however, defence counsel did not take that position at the hearing as no objection was raised to the language of the Crown. The only objection occurred when Crown counsel began to examine plans for renovating the Beaver Creek institution, a matter that clearly had no relevance. In fact, the appellant did not even raise the "inflammatory language" issue in his application for leave to appeal. The failure to object indicates

En l'espèce, le juge a informé les jurés à plusieurs reprises qu'ils devaient se borner à l'examen des trois facteurs énumérés au par. 745(2) du *Code*, c'est-à-dire le caractère du requérant, sa conduite durant l'exécution de sa peine et la nature de l'infraction. Ces mêmes facteurs figuraient sur la feuille d'information remise aux jurés, qui était ainsi libellée:

[TRADUCTION] PARTIE I

a) Êtes-vous convaincus selon la prépondérance de la preuve crédible se rapportant

- (i) au caractère du requérant,
- (ii) à sa conduite durant l'exécution de sa peine,
- (iii) à la nature de l'infraction pour laquelle il a été condamné,

qu'il y a lieu de réduire le délai préalable à la libération conditionnelle du requérant?

Veillez répondre «OUI» ou «NON»

Comme je l'ai indiqué plus haut, les observations reprochées au procureur de la Couronne n'avaient qu'une pertinence limitée relativement aux trois facteurs énumérés. Il y avait peu de risque que les déclarations concernant la victime, sa famille et le secret entourant le processus de la libération conditionnelle aient un effet appréciable sur les délibérations du jury. Il me paraît évident que, dans ses directives, le juge a bien fait comprendre aux jurés les obligations leur incombant. Par conséquent, malgré le langage tenu par le ministère public, l'équité de l'audition n'a pas été compromise.

L'appelant a fait valoir devant notre Cour que les propos incendiaires du procureur de la Couronne ont rendu les procédures fondamentalement inéquitables. Chose ironique, cependant, l'avocat de la défense n'a pas invoqué cet argument à l'audience, aucune objection n'ayant été soulevée aux propos du ministère public. Il n'y a eu d'objection qu'au moment où le procureur de la Couronne s'est mis à examiner des projets de rénovation de l'établissement de Beaver Creek, qui étaient manifestement sans pertinence. De fait, l'appelant n'a même pas soulevé la question des «propos incen-

that the statements made by the Crown in the context of the hearing were not regarded as prejudicial. These isolated comments, scattered throughout the 600-page transcript, were seen at the time as not sufficient to warrant even an objection.

While a failure to object is not determinative, it is a circumstance which may be considered by an appellate court in dismissing an appeal: *Imrich v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 622; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *R. v. Lomage* (1991), 2 O.R. (3d) 621 (C.A.). In the present case, the failure to object demonstrates that the language used by Crown Counsel did not have the cumulative prejudicial effect discussed by the Chief Justice.

I am satisfied that in spite of the language complained of, the jurors were made aware of their responsibility and understood the nature of what they were doing. It is difficult to conclude that the irregularities complained of had any effect on the jury's assessment of whether the accused had satisfied the jury that he was in the circumstances entitled to a reduction in his parole eligibility.

I would therefore reject the appellant's fifth ground of appeal.

B. Victim Impact Statements

The presiding judge at the appellant's s. 745 hearing held that victim impact statements were not admissible ((1992), 73 C.C.C. (3d) 376 (Ont. Ct., Gen. Div.) at p. 380), for two reasons. First, he ruled that the victim impact statements tendered in this case did not constitute "relevant matters" within the meaning of s. 745(2) of the *Code*. He wrote at p. 380:

As I read s. 745(2), evidence by way of the proposed victim impact statements does not form part of the relevant matters enunciated by s. 745(2). [Emphasis added.]

diaires» dans sa demande d'autorisation de pourvoi. L'absence d'objection laisse penser que les déclarations faites par le ministère public dans le contexte de l'audition n'ont pas été perçues comme préjudiciables. On a estimé à l'époque que ces observations isolées, éparpillées dans une transcription de 600 pages, ne suffisaient même pas pour justifier une objection.

Bien que l'absence d'objection ne soit pas déterminante, il s'agit d'une circonstance dont un tribunal d'appel peut tenir compte pour rejeter l'appel: *Imrich c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 622; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; *R. c. Lomage* (1991), 2 O.R. (3d) 621 (C.A.). En l'espèce, le fait de ne pas avoir soulevé d'objection démontre que les propos du procureur de la Couronne n'ont pas eu l'effet préjudiciable cumulatif dont a parlé le Juge en chef.

Je suis convaincu que, malgré les propos contestés, les jurés ont été informés de leur obligation et comprenaient la nature de ce qu'ils faisaient. On peut difficilement conclure que les irrégularités invoquées ont influencé de quelque façon le jury lorsqu'il déterminait si l'accusé l'avait convaincu qu'il avait droit, dans les circonstances, à la réduction de la durée de son inadmissibilité à la libération conditionnelle.

Je suis en conséquence d'avis de rejeter le cinquième moyen de l'appelant.

B. Les déclarations des victimes

Le juge qui a présidé l'audience tenue en vertu de l'art. 745 a conclu que les déclarations des victimes ((1992), 73 C.C.C. (3d) 376 (C. Ont., Div. gén.) à la p. 380) étaient inadmissibles pour deux raisons. D'abord, selon lui, les déclarations des victimes produites en l'espèce n'étaient pas «utiles» au sens du par. 745(2) du *Code*. Il a écrit (à la p. 380):

[TRADUCTION] Selon mon interprétation du par. 745(2), la preuve que représentent les déclarations des victimes dont on propose la production ne fait pas partie des éléments utiles visés dans ce paragraphe. [Je souligne.]

As well he held that victim impact statements are in all cases inadmissible in a s. 745 hearing, stating as follows at p. 380:

... the victim impact statement is something to be presented to the judge while she/he is hearing evidence and submissions prior to the imposition of sentence. We are now 15 years after the date of the sentencing.

Moreover, the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Vaillancourt*, *supra*, at p. 551, said: "In my opinion, the proceedings pursuant to s. 745 cannot be said to be a part of the sentencing process ...".

In my view, the presiding judge erred in ruling that victim impact statements are at all times inadmissible at a s. 745 hearing. Evidence of the impact of a crime on the victim clearly has no relevance to a jury's assessment of an applicant's conduct while in custody or of his character under s. 745(2). To the extent that the impact on the victim is relevant to the third enumerated factor in s. 745(2) — the nature of the offence — this relevance will usually, but not always, have been exhausted at the applicant's initial sentencing hearing. The victim's suffering in the years since the crime was committed does nothing to alter the nature of the offence, and should not automatically be admitted into evidence for this purpose.

However, it would seem to be permissible for a judge presiding at a s. 745 parole eligibility hearing to receive victim impact statements in exercising the discretion to permit the jury to hear evidence of "such other matters as the judge deems relevant in the circumstances" in s. 745(2) of the *Code*. Whether a judge chooses to exercise the discretion to admit victim impact statements will depend on the circumstances of the particular case. A judge should be cautious in admitting such statements, for to focus the jury on the victim, some 15 years after the crime was committed, is to invite the jury to assess the appropriateness of the applicant's sentence in terms of its retribution, denunci-

Le juge a conclu en outre que les déclarations des victimes sont toujours inadmissibles dans le cadre d'une audience tenue en vertu de l'art. 745, à la p. 380:

[TRADUCTION] ... la déclaration de la victime est à présenter au juge lorsqu'il entend les témoignages et les observations avant la fixation de la peine. Or, 15 ans se sont écoulés depuis la fixation de la peine.

Qui plus est, la Cour d'appel de l'Ontario a dit, dans *R. c. Vaillancourt*, précité, à la p. 551: «À mon avis, la procédure visée à l'art. 745 ne saurait être considérée comme s'inscrivant dans le processus de détermination de la peine ...».

À mon avis, le président du tribunal a commis une erreur en statuant que les déclarations des victimes sont toujours inadmissibles dans le cadre d'une audience tenue en vertu de l'art. 745. De toute évidence, la preuve relative à l'effet d'un crime sur la victime n'a aucune pertinence relativement à l'appréciation par le jury du caractère du requérant ou de sa conduite pendant sa détention, conformément au par. 745(2). Dans la mesure où l'effet sur la victime peut être pertinent relativement au troisième facteur mentionné au par. 745(2), savoir la nature de l'infraction, cette pertinence est normalement, sinon toujours, épuisée après la première audience de détermination de la peine du requérant. Les souffrances de la victime au cours des années qui ont passé depuis la perpétration du crime ne changent rien à la nature de l'infraction et ne devraient pas être automatiquement admises en preuve à cette fin.

Il semble toutefois être loisible au juge qui préside l'audience prévue à l'art. 745, de recevoir des déclarations des victimes dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire de permettre au jury d'entendre la preuve «de tout ce qu'il [le juge] estime utile dans les circonstances», pouvoir que lui confère le par. 745(2) du *Code*. Quant à savoir si le juge choisira d'exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à admettre les déclarations des victimes, cela tiendra aux circonstances de l'affaire. Un juge doit être prudent avant d'admettre de telles déclarations, car attirer l'attention du jury sur la victime quelque 15 ans après le crime c'est l'inviter à apprécier l'adéquation de la peine infligée au

ation and punishment goals. As outlined earlier, these principles do not form the focus of a s. 745 hearing.

Victim impact statements were only recently made a part of the sentencing process, with the coming into force of the *Criminal Code (victims of crime)*, R.S.C., 1985, c. 23 (4th Supp.), s. 7, in 1988 (now ss. 735(1.1), (1.2), (1.3) and (1.4) of the *Code*). More recently, victim impact statements were made a part of the parole process: *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20. Legislation which would permit the introduction of victim impact statements as a matter of course in s. 745 parole eligibility review hearings is currently pending before Parliament: Bill C-41, *An Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, 1st Sess., 35th Parl., 1994 (1st reading June 13, 1994), ss. 745.6(2)(d), (3). In light of the current legislative debate over the issue, it would seem inappropriate for this Court to adopt a blanket rule that would make victim impact statements always admissible at s. 745 hearings.

A judge presiding at a s. 745 parole eligibility hearing has a discretion to determine when victim impact statements may be relevant to the jury's deliberations. In the present case, the trial judge exercised this discretion against the admissibility of the statements stating that "the proposed victim impact statements [do] not form part of the relevant matters enunciated by s. 745(2)" (at p. 380). This ruling was an appropriate exercise of his discretion in this particular case and should not be interfered with by this Court.

requérant en fonction des buts de réparation, dénonciation et châtiment. Comme je l'ai indiqué, l'audience tenue en vertu de l'art. 745 n'est pas axée sur ces principes.

Ce n'est que récemment que les déclarations des victimes ont été incluses dans le processus de détermination de la peine, avec l'entrée en vigueur en 1988 du *Code criminel (victimes d'actes criminels)*, L.R.C. (1985), ch. 23 (4^e suppl.), art. 7 (maintenant les par. 735(1.1), (1.2), (1.3) et (1.4) du *Code*). Plus récemment, l'emploi des déclarations des victimes a été prévu pour le processus de libération conditionnelle: *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20. Le Parlement se penche actuellement sur un projet de loi qui permettrait l'introduction systématique de déclarations des victimes dans le cadre d'audiences en révision de l'admissibilité à la libération conditionnelle selon l'art. 745. Il s'agit du projet de loi C-41 intitulé *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, 1^{re} sess., 35^e lég., 1994 (1^{re} lecture le 13 juin 1994), al. 745.6(2)(d) et par. 745.6(3). Compte tenu du débat législatif dont cette question fait actuellement l'objet, il semblerait inopportun que notre Cour adopte une règle générale d'admissibilité absolue des déclarations des victimes dans le cadre d'audiences tenues en vertu de l'art. 745.

Il relève de la discrétion du juge qui préside une audience de détermination de l'admissibilité à la libération conditionnelle tenue en vertu de l'art. 745 de décider quand des déclarations des victimes peuvent être pertinentes dans les délibérations du jury. En l'espèce, le juge du procès a exercé ce pouvoir discrétionnaire en jugeant les déclarations des victimes dont on propose la production ne [font] pas partie des éléments utiles visés» au par. 745(2) (à la p. 380). Cette conclusion constituait dans ce cas précis un exercice approprié de son pouvoir discrétionnaire et notre Cour ne devrait pas intervenir.

For these reasons, I would dismiss the appeal and uphold the jury's refusal to alter the date of the appellant's parole eligibility.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. — I agree with the reasons of the Chief Justice and his disposition of the case with the exception of his treatment of the issue relating to victim impact statements. In respect of this issue, I agree with Justice Major who concludes that in this case the judge exercised his discretion against their use and that we should not interfere. At the new hearing, the presiding judge should have the right to consider this matter afresh in light of the principles stated by Major J.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — I agree with the reasons of the Chief Justice except on the issue of victim impact statements, upon which I agree with Major J. At the new hearing the presiding judge should consider this matter afresh.

Appeal allowed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, IACOBUCCI and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Cooper, Sandler, West & Skurka, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de maintenir le refus du jury de modifier la date de l'admissibilité de l'appelant à la libération conditionnelle.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — Je souscris aux motifs du Juge en chef et à l'issue qu'il propose, à l'exception de ce qui concerne la question des déclarations de la victime. Sur ce point, je suis d'accord avec le juge Major qui conclut qu'en l'espèce, le juge a exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas les autoriser et que nous ne devrions pas intervenir. Le juge qui présidera la nouvelle audition devrait avoir le droit de considérer de nouveau la question à la lumière des principes énoncés par le juge Major.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Je souscris aux motifs rédigés par le Juge en chef, sauf en ce qui concerne la question des déclarations de la victime. Je suis d'accord avec le juge Major qui estime que le juge qui présidera la nouvelle audition devrait considérer de nouveau cette question.

Pourvoi accueilli, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, IACOBUCCI et MAJOR sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Cooper, Sandler, West & Skurka, Toronto.

Procureur de l'intimé: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Ghislain Gaudet *Appellant*

v.

Laval Marchand, Michel Deslauriers, Michel Gilbert and Irving Kulik *Respondents ès qualités*

and

The Attorney General of Canada *Mis en cause*

INDEXED AS: GAUDET v. MARCHAND

File No.: 24156.

1994: October 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Prerogative writs — Habeas corpus — Inmate transferred to special handling unit — Motion for writ of habeas corpus dismissed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, J.E. 94-857, R.J.P.Q. 94-148, 23 W.C.B. (2d) 505, affirming a judgment of the Superior Court dismissing the appellant's motion for a writ of *habeas corpus* with *certiorari* in aid. Appeal dismissed.

Christian Desrosiers and Michel Marchand, for the appellant.

Richard Starck and Robert Marchi, for the respondents and the *mis en cause*.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER C.J. — We are all of the view, in agreement with Mr. Justice Rothman of the Court of Appeal of Quebec, to dismiss this appeal. The appeal is dismissed.

Ghislain Gaudet *Appelant*

c.

Laval Marchand, Michel Deslauriers, Michel Gilbert et Irving Kulik *Intimés ès qualités*

b et

Le procureur général du Canada *Mis en cause*

c RÉPERTORIÉ: GAUDET c. MARCHAND

N° du greffe: 24156.

1994: 5 octobre.

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

e EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

f *Brefs de prérogative — Habeas corpus — Détenu transféré dans une unité spéciale de détention — Requête pour la délivrance d'un bref d'habeas corpus rejetée.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, J.E. 94-857, R.J.P.Q. 94-148, 23 W.C.B. (2d) 505, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, qui avait rejeté la requête de l'appelant pour la délivrance d'un bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire. Pourvoi rejeté.

h *Christian Desrosiers et Michel Marchand*, pour l'appelant.

Richard Starck et Robert Marchi, pour les intimés et le mis en cause.

i Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

j LE JUGE EN CHEF LAMER — Nous sommes tous d'avis, en accord avec les motifs de M. le juge Rothman de la Cour d'appel du Québec, de rejeter ce pourvoi. L'appel est rejeté.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Desrosiers, Turcotte, Groulx, Latulippe & Marchand, Montréal.

Solicitors for the respondents and the mis en cause: John C. Tait, Ottawa.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Desrosiers, Turcotte, Groulx, Latulippe & Marchand, Montréal.

Procureurs des intimés et du mis en cause: John C. Tait, Ottawa.

Desmond Haughton *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HAUGHTON

File No.: 23665.

1994: October 5.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Charge to jury — Murder — Trial judge erring in instructions concerning included offence of manslaughter — No substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 11 O.R. (3d) 621, 60 O.A.C. 291, dismissing the accused's appeal from his conviction of second degree murder. Appeal dismissed.

James Lockyer and Michelle Levy, for the appellant.

John Corelli, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — The application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, requires the Court to consider whether a jury properly instructed could, acting reasonably, have come to a different conclusion absent the error. In applying this test the findings of the jury in the case under appeal may be a factor in determining what the hypothetical reasonable jury would have done, provided those findings are not

Desmond Haughton *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HAUGHTON

N° du greffe: 23665.

^b

1994: 5 octobre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

^c

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

Droit criminel — Exposé au jury — Meurtre — Erreur du juge du procès dans ses directives concernant l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable — Aucun tort important ou erreur judiciaire grave — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Lois et règlements cités

^e *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 11 O.R. (3d) 621, 60 O.A.C. 291, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

^g *James Lockyer et Michelle Levy*, pour l'appellant.

John Corelli, pour l'intimée.

^h Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

ⁱ LE JUGE SOPINKA — Pour appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, la Cour doit examiner si un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu, en agissant raisonnablement, en venir à une conclusion différente s'il n'y avait pas eu d'erreur. Si l'on applique ce critère, les conclusions du jury en l'espèce peuvent être un facteur à prendre en considération pour déterminer ce qu'un jury raisonnable hypo-

tainted by the error. In cases in which an included offence is not left with the jury, a conviction by the jury of the more serious offence cannot generally be relied on by reason of the fact that it may very well be a reaction against a complete acquittal. There is an apprehension that the jury convicted because they had no other alternative than acquittal and acquittal was unpalatable. In this case, the jury had an alternative: they could have convicted of manslaughter. It cannot be said that it did not do so by reason of the failure to charge them by reference to the objective standard of liability with respect to manslaughter. In convicting of murder the jury must have found that the appellant had subjective foresight of death. It is impossible to hold that they came to this conclusion because they were unable to conclude that the appellant had subjective foresight of bodily harm.

The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Pinkofsky, Lockyer, Kwinter, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

thétique aurait fait, pourvu que ces conclusions ne soient pas viciées par l'erreur. Lorsqu'une infraction incluse n'est pas soumise au jury, on ne peut généralement se fonder sur la déclaration de culpabilité prononcée par le jury pour l'infraction plus grave parce qu'il peut très bien s'agir d'une réaction contre un acquittement complet. On craint que le jury n'ait prononcé une déclaration de culpabilité que parce que son seul autre choix aurait été l'acquittement et qu'il l'aurait prononcé à contrecœur. En l'espèce, le jury avait un autre choix: il aurait pu déclarer l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable. On ne peut pas dire qu'il ne l'a pas fait parce qu'il n'a pas reçu de directives du juge sur la norme objective de responsabilité en ce qui concerne l'homicide involontaire coupable. En déclarant l'appelant coupable de meurtre, le jury doit avoir conclu qu'il y avait prévision subjective de la mort. Il est impossible de soutenir qu'il en est venu à cette conclusion parce qu'il ne pouvait pas conclure que, dans le cas de l'appelant, il y avait prévision subjective de lésions corporelles.

Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Pinkofsky, Lockyer, Kwinter, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Jocelyn Levasseur *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LEVASSEUR

File No.: 24072.

1994: October 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Credibility — Crown's case hinging on testimony of accomplice — Accused denying participating in killing — Trial turning on credibility of accused and of accomplice — Whether trial judge erred in not instructing jury on application of reasonable doubt to issue of credibility in charge or in response to jury's questions.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1994] R.J.Q. 653, 89 C.C.C. (3d) 508, dismissing an appeal from conviction by Martin J. sitting with jury. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Ivan Lerner, for the appellant.

Pierre Sauvé, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER C.J. — A majority of us would allow the appeal for the reasons given by Fish J.A. of the Quebec Court of Appeal. Justice L'Heureux-Dubé, dissenting, would have dismissed the appeal, being of the view that the judge's charge to the jury did not contain any error such as would deprive the appellant of a fair and equitable trial. The appeal is allowed and a new trial is ordered.

Jocelyn Levasseur *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LEVASSEUR

N° du greffe: 24072.

^b 1994: 7 octobre.

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

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Crédibilité — Preuve du ministère public reposant sur le témoignage du complice — Accusé niant avoir participé au meurtre — Crédibilité de l'accusé et du complice au cœur du procès — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne présentant pas dans ses directives ou en réponse aux questions du jury la question de l'application du doute raisonnable à la crédibilité?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1994] R.J.Q. 653, 89 C.C.C. (3d) 508, qui a rejeté un appel de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Martin, siégeant avec jury. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

^g *Ivan Lerner*, pour l'appelant.

Pierre Sauvé, pour l'intimée.

^h Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — À la majorité, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi aux motifs de M. le juge Fish de la Cour d'appel du Québec. Madame le juge L'Heureux-Dubé dissidente aurait rejeté l'appel étant d'avis que l'adresse du juge au jury ne contenait pas d'erreur de nature à priver l'appelant d'un procès juste et équitable. L'appel est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

*Solicitor for the appellant: Ivan Lerner,
Montréal.*

Procureur de l'appelant: Ivan Lerner, Montréal.

*Solicitor for the respondent: The Attorney^a
General of Quebec, Montréal.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général du
Québec, Montréal.*

A.K. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. K. (A.)

File No.: 23808.

1994: October 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Charge to jury — Credibility — Accused convicted of incest — Whether trial judge's instructions to jury regarding reasonable doubt constituted misdirection.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1993), 88 Man. R. (2d) 229, 51 W.A.C. 229, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of incest. Appeal allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

*R. Ian Histed, for the appellant.**Gregg Lawlor, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — A majority shares the views of Twaddle J.A. and would allow. Justices La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin find that the charge constituted adequate instructions to the jury, and would have dismissed. The appeal is therefore allowed and a new trial is ordered.

*Judgment accordingly.**Solicitors for the appellant: Savino & Company, Winnipeg.**Solicitor for the respondent: Manitoba Justice, Winnipeg.***A.K. Appellant**

c.

^a **Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. K. (A.)

N^o du greffe: 23808.^b

1994: 14 octobre.

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

^c

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

^d *Droit criminel — Exposé du juge au jury — Crédibilité — Accusé déclaré coupable d'inceste — Les directives que le juge du procès a données au jury concernant le doute raisonnable étaient-elles erronées?*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1993), 88 Man. R. (2d) 229, 51 W.A.C. 229, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à une accusation d'inceste. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidents.

^f *R. Ian Histed, pour l'appellant.**Gregg Lawlor, pour l'intimée.*^g *Version française du jugement de la Cour rendu oralement par*

LE JUGE EN CHEF LAMER — La Cour à la majorité partage le point de vue du juge Twaddle et est d'avis d'accueillir le pourvoi. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin concluent que l'exposé du juge au jury était adéquat et auraient rejeté le pourvoi. Le pourvoi est donc accueilli et un nouveau procès est ordonné.

ⁱ*Jugement en conséquence.**Procureurs de l'appellant: Savino & Company, Winnipeg.*^j *Procureur de l'intimée: Justice Manitoba, Winnipeg.*

W.D.S. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. S. (W.D.)

File No.: 23478.

1994: May 5; 1994: October 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Charge to jury — Recharge — Trial judge responding to question from jury regarding reasonable doubt — Whether trial judge erred in recharge — If so, whether error constitutes grounds for retrial if main charge free from error — Whether verdict convicting accused unreasonable.

The accused was charged with sexually assaulting his twin nieces, who were 12 or 13 at the time of the alleged events, although the charges were not laid until several years later. He was convicted on one count and acquitted on the other. The only evidence presented at the trial pertaining to the assault of which he was convicted was that of the complainant and the accused. The complainant described the alleged incident and stated she avoided her uncle thereafter, but confirmed that she subsequently went to work at a remote resort where she knew her uncle was employed. The accused denied that the incident had ever occurred. In the main charge the trial judge properly instructed the jury on all matters including directions as to the onus resting upon the Crown to prove the case against the accused beyond a reasonable doubt. At the conclusion of the charge, the jury retired to deliberate. Four hours later, they submitted a question to the trial judge stating that "[t]he jury is hung up" and requesting "an explanation of the guideline on the jury's duty regarding evidence and reasonable doubt". In the trial judge's response, he made certain statements that might suggest the jury had to choose between two competing versions, that of the complainants on the one hand and that of the accused on the other. The Court of Appeal dismissed the accused's

W.D.S. Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. S. (W.D.)

N° du greffe: 23478.

^b 1994: 5 mai; 1994: 20 octobre.

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

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit criminel — Exposé au jury — Exposé supplémentaire — Réponse du juge du procès à une question du jury portant sur le doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans l'exposé supplémentaire? — Dans l'affirmative, l'erreur constitue-t-elle un motif en faveur de la tenue d'un nouveau procès si l'exposé principal était exempt d'erreur? — Le verdict concluant à la culpabilité de l'accusé était-il déraisonnable?

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle contre ses deux nièces jumelles, qui avaient 12 ou 13 ans à l'époque des événements allégués, bien que les accusations n'aient été portées que plusieurs années plus tard. Il a été reconnu coupable d'un chef d'accusation et acquitté de l'autre. Les seuls témoignages présentés au procès et se rapportant à l'agression dont il a été reconnu coupable ont été celui de la plaignante et celui de l'accusé. La plaignante a décrit l'incident allégué et a déclaré avoir évité son oncle par la suite, mais elle a confirmé que, plus tard, elle est allée travailler dans un lieu de villégiature éloigné où elle savait que son oncle travaillait. L'accusé a nié que l'incident se soit jamais produit. Dans l'exposé principal, le juge du procès a donné des directives appropriées au jury sur tous les sujets, dont des directives sur le fait qu'il incombe au ministère public de présenter contre l'accusé une preuve hors de tout doute raisonnable. Une fois l'exposé terminé, le jury s'est retiré pour délibérer. Quatre heures plus tard, il a soumis au juge du procès une question qui mentionnait que «[l]e jury est dans une impasse» et qui demandait «une explication de la directive concernant l'obligation du jury en matière de preuve et de doute raisonnable». Dans sa réponse, le juge du procès a fait certaines déclarations qui pouvaient laisser croire que le

appeal from his conviction. It was unanimous in its finding that the recharge on the issue of reasonable doubt did not constitute a reversible error. The majority further determined that the verdict was not unreasonable.

Held (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory and Major JJ.: While directions to a jury must always be read as a whole, questions from the jury require careful consideration and must be clearly, correctly and comprehensively answered. A question presented by a jury gives the clearest possible indication of the particular problem that the jury is confronting and upon which it seeks further instructions. Even if the question relates to a matter that has been carefully reviewed in the main charge, it may be that after a period of deliberation, the original instructions have been forgotten or some confusion has arisen in the minds of the jurors. If an error is made in the recharge, then as a general rule the correctness of the original charge cannot be used to excuse the subsequent error on the very issue upon which the jury seeks clarification. The greater the passage of time between the main charge and the question from the jury, the more imperative it is that a correct and comprehensive answer be given. Here, four hours had elapsed between the main charge and the question submitted, and it was therefore essential the response be correct and comprehensive.

Running through the recharge in this case is the notion of choosing between the credibility of the complainant and that of the accused. The approach set out would have conveyed to the jury that they had to believe either the complainant's evidence or that of the accused. This type of either/or approach to credibility is incorrect as it excludes the third alternative, namely that without believing the accused, the jury may still have a reasonable doubt as to his guilt on the whole of the evidence. It shifts the burden of proof to the accused by telling the jury it can only acquit if the accused's story is believed rather than that of the complainant. While the trial judge told the jury several times in the recharge that they had

jury devait choisir entre deux versions contradictoires, celle des plaignantes d'une part et celle de l'accusé d'autre part. La Cour d'appel a rejeté l'appel formé par l'accusé contre la déclaration de culpabilité prononcée à son égard. Elle a conclu à l'unanimité que l'exposé supplémentaire sur le sujet du doute raisonnable ne constituait pas une erreur justifiant une infirmation. La cour a en outre décidé à la majorité que le verdict n'était pas déraisonnable.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory et Major: Bien qu'il faille toujours interpréter dans leur ensemble les directives données au jury, les questions posées par le jury doivent être examinées attentivement et les réponses doivent être claires, correctes et complètes. Une question posée par un jury reflète le plus clairement possible le problème particulier devant lequel il se trouve et au sujet duquel il demande des directives supplémentaires. Même si la question se rapporte à un sujet qui a été examiné soigneusement dans l'exposé principal, il se peut que, après une période de délibération, les directives originales aient été oubliées ou qu'une certaine confusion ait envahi l'esprit des jurés. Si une erreur est commise dans l'exposé supplémentaire, alors en règle générale, on ne peut recourir au fait que l'exposé original était correct pour excuser une erreur subséquente sur la question même au sujet de laquelle le jury demande des précisions. Plus le délai écoulé entre l'exposé principal et la question du jury est grand, plus il est impératif que la réponse soit correcte et complète. En l'espèce, il s'était écoulé quatre heures entre l'exposé principal et la question posée, et il était donc essentiel que la réponse soit correcte et complète.

Ce qui revient dans l'exposé supplémentaire en l'espèce, c'est la notion de choix entre la crédibilité de la plaignante et celle de l'accusé. La démarche exposée aurait fait comprendre au jury qu'il devait ajouter foi soit au témoignage de la plaignante soit à celui de l'accusé. Ce genre d'alternative relativement à la crédibilité est incorrect, car il exclut la troisième option possible, à savoir que, sans croire l'accusé, le jury peut encore avoir un doute raisonnable quant à sa culpabilité selon l'ensemble de la preuve. Il transfère la charge de la preuve à l'accusé en disant au jury qu'il peut seulement prononcer l'acquittement s'il ajoute foi à l'histoire de l'accusé plutôt qu'à celle de la plaignante. Bien que le

to base their verdict on “the whole of the evidence” and “the whole of the case”, the only evidence in this case was the evidence of the complainant and the accused, and those words would thus indicate that the jury had the choice of believing either the complainant’s or the accused’s evidence. This error in the recharge constitutes a ground for directing a new trial.

In view of this conclusion it is not necessary to consider the question of whether the verdict was unreasonable.

Per L’Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting): While questions from the jury merit a full, careful and correct response, it is a settled principle that the main charge and the recharge must be read as a whole in determining whether the trial judge misdirected the jury. The task of the Court of Appeal is to determine whether the jury might have been misled by the alleged error, taking into account all relevant circumstances. In this case any error in the recharge could not be saved by the fact that the judge had correctly charged the jury in the first instance, since the recharge was in answer to a question, which may heighten its significance, and it came some hours after the main charge. The trial judge did not err, however, in recharging the jury. He told the jury several times during the recharge that it could only conclude that the Crown had proved its case beyond a reasonable doubt after weighing all of the evidence. In other words, the jury could not resolve the case simply by deciding whether it believed the complainant or the accused. Since the only witnesses were the complainant and the accused, the trial judge did not err in indicating that total rejection of all the accused’s evidence, coupled with acceptance of the complainant’s evidence, would leave no evidence upon which a reasonable doubt could be based. As well, the trial judge expressly told the jury that their task was not concluded if they rejected the accused’s evidence, as they had to go on to ask themselves the further question of whether they entertained a reasonable doubt. Provided that the jury was clearly advised that the case was not a simple credibility contest and that after having considered all the evidence it must consider whether it was left with any reasonable doubt,

juge du procès ait dit plusieurs fois aux jurés dans l’exposé supplémentaire qu’ils devaient fonder leur verdict sur «l’ensemble de la preuve» et «l’ensemble de l’affaire», en l’espèce, la seule preuve consistait dans le témoignage de la plaignante et dans celui de l’accusé, et ces mots indiqueraient plutôt que le jury avait le choix d’ajouter foi soit au témoignage de la plaignante, soit à celui de l’accusé. Cette erreur commise dans l’exposé supplémentaire constitue un motif d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

Compte tenu de cette conclusion, il n’y a pas lieu d’examiner la question de savoir si le verdict était déraisonnable.

Les juges L’Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes): Bien que les questions posées par le jury méritent une réponse complète, attentive et correcte, il y a un principe bien établi selon lequel il faut interpréter l’exposé principal et l’exposé supplémentaire comme un tout pour déterminer si le juge du procès a donné des directives erronées au jury. Le rôle de la cour d’appel est de déterminer si le jury aurait pu être mal avisé par l’erreur alléguée, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes. En l’espèce, une erreur commise dans l’exposé supplémentaire ne pourrait pas être corrigée par le fait que le juge avait donné des directives correctes au jury la première fois, car l’exposé supplémentaire venait en réponse à une question qui peut accroître son importance et il a été donné quelques heures après l’exposé principal. Le juge du procès n’a toutefois pas commis d’erreur dans ses directives supplémentaires au jury. Il a dit plusieurs fois au jury durant son exposé supplémentaire qu’il ne pouvait conclure que le ministère public avait présenté une preuve hors de tout doute raisonnable qu’en évaluant l’ensemble de la preuve. Autrement dit, le jury ne pouvait pas régler l’affaire uniquement en décidant s’il croyait la plaignante ou l’accusé. Comme les seuls témoins étaient la plaignante et l’accusé, le juge du procès n’a pas commis d’erreur en indiquant que le rejet total de l’ensemble du témoignage de l’accusé, ajouté à l’acceptation du témoignage de la plaignante, ne laisserait aucun élément de preuve sur lequel pourrait se fonder un doute raisonnable. En outre, le juge du procès a dit expressément au jury que sa tâche n’était pas terminée s’il écartait le témoignage de l’accusé, car il devait se demander ensuite s’il avait un doute raisonnable. Pourvu que le jury ait été clairement informé qu’il ne s’agissait pas d’une simple épreuve de crédibilité et que, après avoir examiné l’ensemble de la preuve, il devait considérer si un doute raisonnable per-

mention of the competing versions before the jury was not in error.

As there was ample evidence before the jury upon which it could convict, the verdict in this case was not unreasonable.

Cases Cited

By Cory J.

Distinguished: *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; **referred to:** *R. v. Waite* (1986), 28 C.C.C. (3d) 326, aff'd [1989] 1 S.C.R. 1436; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3; *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. François, [1994] 2 S.C.R. 827; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Desveaux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88; *R. v. Waite* (1986), 28 C.C.C. (3d) 326, aff'd [1989] 1 S.C.R. 1436; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

Authors Cited

Gibson, J. L. "Misquote Changes Meaning" (1994), 24 C.R. (4th) 395.
 Gibson, Jack. "The Liars' Defence" (1993), 20 C.R. (4th) 96.
 Gold, Alan D. "The 'Average, Nervous, Inadequate, Inarticulate, in Short, Typical' Accused's Defence" (1993), 22 C.R. (4th) 253.
 Gold, Alan D. "Typo Does Not Change Anything" (1994), 24 C.R. (4th) 397.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

Brian A. Beresh, for the appellant.

Bart Rosborough, for the respondent.

sistait, il n'était pas incorrect de parler des versions contradictoires présentées au jury.

Comme le jury disposait d'une preuve suffisante pour prononcer un verdict de culpabilité, le verdict en l'espèce n'était pas déraisonnable.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; **arrêts mentionnés:** *R. c. Waite* (1986), 28 C.C.C. (3d) 326, conf. par [1989] 1 R.C.S. 1436; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3; *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. François, [1994] 2 R.C.S. 827; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Desveaux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88; *R. c. Waite* (1986), 28 C.C.C. (3d) 326, conf. par [1989] 1 R.C.S. 1436; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i).

f Doctrine citée

Gibson, J. L. «Misquote Changes Meaning» (1994), 24 C.R. (4th) 395.
 Gibson, Jack. «The Liars' Defence» (1993), 20 C.R. (4th) 96.
 Gold, Alan D. «The «Average, Nervous, Inadequate, Inarticulate, in Short, Typical» Accused's Defence» (1993), 22 C.R. (4th) 253.
 Gold, Alan D. «Typo Does Not Change Anything» (1994), 24 C.R. (4th) 397.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre la déclaration de culpabilité prononcée contre lui pour agression sexuelle. Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

Brian A. Beresh, pour l'appellant.

Bart Rosborough, pour l'intimée.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory and Major J.J. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory et Major rendu par

CORY J. — The principal questions raised on this appeal are these: Did the trial judge err in responding to a question from the jury pertaining to reasonable doubt? If so, can it constitute the grounds for a retrial if the main charge was free from error on this issue?

LE JUGE CORY — Voici les principales questions soulevées dans le présent pourvoi: Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans sa réponse à une question du jury au sujet du doute raisonnable? Dans l'affirmative, cela peut-il justifier la tenue d'un nouveau procès si l'exposé principal n'était pas entaché d'erreur sur ce point?

Factual Background

The appellant was charged with two counts of sexual assault against his twin nieces S.D. and V.D. He was acquitted on the count involving V.D. and the Crown took no appeal from that acquittal. He was convicted on the count involving S.D. He appealed his conviction to the Alberta Court of Appeal on two grounds: first, that the trial judge had erred in his recharge to the jury on the issue of reasonable doubt, and secondly, on the basis that the verdict was unreasonable. The appeal was dismissed. McClung J. dissented from that decision, holding that the verdict was unreasonable. The appellant was granted leave to appeal to this Court on the issue of the recharge on reasonable doubt: [1993] 3 S.C.R. ix.

Les faits

L'appellant a été accusé d'agression sexuelle contre ses deux nièces jumelles S.D. et V.D. Il a été acquitté du chef d'accusation concernant V.D., et le ministère public n'a pas interjeté appel de cet acquittement. Il a été reconnu coupable du chef d'accusation concernant S.D. Il a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité auprès de la Cour d'appel de l'Alberta et a invoqué deux moyens: premièrement, que le juge du procès avait commis une erreur dans son exposé supplémentaire au jury au sujet du doute raisonnable et, deuxièmement, que le verdict était déraisonnable. L'appel a été rejeté. Le juge McClung était dissident et a conclu que le verdict était déraisonnable. L'appellant a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour au sujet de l'exposé supplémentaire sur le doute raisonnable: [1993] 3 R.C.S. ix.

At the time of the trial, which took place in October of 1991, the appellant was 74 years of age. The assault was said to have occurred in the fall of 1986, when the complainant was in grade 7, and was 12 or 13 years of age. At the time, the appellant lived in a house trailer on the farm belonging to the complainants' family. The house where the complainants lived with their parents, two other sisters and a brother was only some 50 metres from the trailer.

L'appellant était âgé de 74 ans à l'époque du procès, qui a eu lieu en octobre 1991. L'agression serait survenue à l'automne 1986, lorsque la plaignante était en 7^e année et avait 12 ou 13 ans. L'appellant vivait alors dans une roulotte située sur la ferme appartenant à la famille des plaignantes. La maison où les plaignantes vivaient avec leurs parents, deux autres sœurs et un frère se trouvait à environ 50 mètres de la roulotte.

S.D. testified that the appellant called her on the telephone and asked her to come over to his trailer to look at some books. She went to the trailer, and looked at the books for a few minutes. She said that the appellant kept moving closer to her. He then stood up and undid his pants. He pushed the

S.D. a témoigné que l'appellant lui a téléphoné pour l'inviter à venir regarder des livres dans sa roulotte. Elle s'y est rendue et a regardé les livres pendant quelques minutes. Elle a dit que l'appellant ne cessait de se rapprocher d'elle. Il s'est ensuite levé et a défait son pantalon. Il a renversé la plai-

complainant over onto her back, and pulled her pants down. He started "playing" with her breasts, and then attempted to enter her with his penis. The complainant tried to push him away and told him to get off. The telephone then rang and the appellant got up to answer it and pulled up his pants. At this point, the complainant left the trailer. S.D. stated she avoided her uncle after the incident. However, she confirmed that subsequent to the alleged assault she went to work at a remote resort where she knew her uncle was employed.

The appellant testified and denied that the incident had ever occurred. There is no suggestion that threats were ever made by the appellant to his nieces. The complaint of S.D. was not made until several years after the incident. After her complaint was made, the police contacted her sister V.D., who also then made a complaint. There was no corroboration for either allegation aside from evidence which was never in dispute that on some occasions the complainants were alone with their uncle.

The only evidence presented at the trial pertaining to the incident was that of the complainant and the appellant. There was no other evidence for the jury to consider.

Proceedings at Trial

It is conceded that in the main charge the trial judge properly instructed the jury on all matters including directions as to the onus resting upon the Crown to prove the case against the appellant beyond a reasonable doubt. At the conclusion of the charge, the jury retired to deliberate. Four hours later, the jury submitted a question to the trial judge. All questions from the jury are extremely important; however, the wording of the question presented in this case emphasizes its fundamental importance for the jury. It was framed in this way:

The jury is hung up and there has been no change in the vote. We would like an explanation of the guideline on the jury's duty regarding evidence and reasonable doubt.

gnante sur le dos et lui a baissé son pantalon. Il a commencé à «jouer» avec ses seins et a ensuite tenté de la pénétrer avec son pénis. La plaignante a essayé de le repousser en lui disant de la laisser. Le téléphone a alors sonné, l'appelant s'est levé pour répondre et a remonté son pantalon. La plaignante a quitté la roulotte à ce moment-là. S.D. a déclaré avoir évité son oncle après l'incident. Toutefois, elle a confirmé que, plus tard, elle est allée travailler dans un lieu de villégiature éloigné où elle savait que son oncle lui-même travaillait.

L'appelant a témoigné et nié que l'incident se soit jamais produit. Rien ne laisse supposer que l'appelant ait jamais proféré des menaces envers ses nièces. La plainte de S.D. n'a été portée que plusieurs années après l'incident. Après le dépôt de la plainte, les policiers ont communiqué avec sa sœur V.D., qui a également porté plainte à ce moment-là. Il n'y a pas eu corroboration de l'une ou l'autre allégation, à l'exception du témoignage qui n'a jamais été contesté et selon lequel les plaignantes se sont trouvées seules avec leur oncle à quelques reprises.

Les seuls témoignages présentés au procès et se rapportant à l'incident ont été celui de la plaignante et celui de l'appelant. Les jurés n'ont pas eu d'autres éléments de preuve à examiner.

Le procès

Il est admis que, dans l'exposé principal, le juge du procès a donné des directives appropriées au jury sur tous les sujets, dont des directives sur le fait qu'il incombe au ministère public de présenter contre l'appelant une preuve hors de tout doute raisonnable. Une fois l'exposé terminé, le jury s'est retiré pour délibérer. Quatre heures plus tard, il a soumis une question au juge du procès. Toutes les questions émanant du jury sont extrêmement importantes; cependant, le libellé de la question présentée en l'espèce souligne son importance fondamentale pour le jury. Elle était formulée ainsi:

[TRADUCTION] Le jury est dans une impasse et il n'y a pas eu de changement dans le vote. Nous voudrions une explication de la directive concernant l'obligation du jury en matière de preuve et de doute raisonnable.

The response of the trial judge to that question gives rise to difficulties presented in this case. He stated:

The accused is entitled to a reasonable doubt on the issue of credibility; who is to be believed, either complainant in each of the counts or the accused. If you cannot reject his evidence, it must raise a reasonable doubt. If you believe his evidence, it raises a reasonable doubt. If you reject his evidence, in comparison to the evidence of either of the complainants and that complainant's evidence is accepted by you as being true, then you convict.

It's as simple to say it as that. I know it is difficult to work out. You have two stories here. You have to decide whether one is strong enough — one of the complainants' evidence is strong enough to convince you of the guilt, and you can reject the accused's evidence. If it isn't that strong and you can't reject the accused's evidence, you must have a reasonable doubt. If it is that strong, and you can reject the accused's evidence, you should be able to say, I am convinced beyond a reasonable doubt.

Now, I don't know what — if you want me to deal with evidence any further, any point of evidence or just what your duties are with respect to the evidence. I will tell you what they are. You weigh all of the evidence, and you look at the whole case, and you say, looking at everything, Am I convinced beyond a reasonable doubt that her evidence is correct and his evidence can't be accepted, and you do that with each count.

Following these remarks it appears from the transcript that some members of the jury were confused because the trial judge added these words:

I see some nodding yes; I see some still wondering, but I know you have a difficult task, but you must seize it and deal with it as best you can.

At the conclusion of these remarks, the jury then retired and continued its deliberations for another 4½ hours. They then returned and delivered the verdict acquitting the accused of the charge of

Les problèmes soulevées en l'espèce découlent de la réponse apportée à cette question par le juge du procès, qui a déclaré:

[TRADUCTION] L'accusé a droit au doute raisonnable sur la question de la crédibilité; qui faut-il croire, la plaignante dans chacun des chefs d'accusation ou l'accusé. Si vous ne pouvez pas écarter son témoignage, il doit soulever un doute raisonnable. Si vous ajoutez foi à son témoignage, il soulève un doute raisonnable. Si vous écarterez son témoignage, par comparaison à celui de l'une ou l'autre des plaignantes et si vous admettez comme vrai le témoignage de cette plaignante, vous reconnaissez alors la culpabilité de l'accusé.

C'est aussi simple à dire que cela. Je sais que c'est difficile à faire. Vous vous trouvez en présence de deux histoires. Vous devez décider si l'une est assez solide — le témoignage de l'une des plaignantes est assez solide pour vous convaincre de la culpabilité de l'accusé, et vous pouvez écarter le témoignage de l'accusé. S'il n'est pas assez solide et si vous ne pouvez pas écarter le témoignage de l'accusé, vous devez avoir un doute raisonnable. S'il est aussi solide et si vous pouvez écarter le témoignage de l'accusé, vous devez pouvoir dire: «Je suis convaincu hors de tout doute raisonnable.»

Maintenant je ne sais pas — si vous voulez que je traite davantage de la preuve, de quelque élément de la preuve ou seulement de vos obligations en ce qui concerne la preuve. Je vous dirai quelles sont ces obligations. Vous évaluez tous les éléments de la preuve, vous examinez l'affaire dans son ensemble et vous vous dites, en tenant compte de tout: «Suis-je convaincu hors de tout doute raisonnable que le témoignage de la plaignante est correct et que le témoignage de l'accusé ne peut pas être accepté?», et vous procédez ainsi avec chacun des chefs d'accusation.

À la suite de ces remarques, il appert que la transcription indique une certaine confusion parmi les jurés, parce que le juge du procès a ajouté ces mots:

[TRADUCTION] J'en vois quelques-uns qui font un signe de tête affirmatif; j'en vois d'autres qui sont encore perplexes; je sais que vous avez une tâche difficile, mais vous devez vous en acquitter de votre mieux.

À la fin de ces remarques, les jurés se sont retirés et ont continué à délibérer pendant 4½ heures. Ils sont ensuite revenus et ont fait connaître leur verdict, qui acquittait l'accusé de l'accusation

assaulting V.D. but convicting him of the assault upon S.D.

d'avoir agressé V.D., mais le reconnaissait coupable de l'accusation d'agression contre S.D.

The Court of Appeal

The Court of Appeal was unanimous in its finding that the recharge on the issue of reasonable doubt did not constitute a reversible error. The majority further determined that the verdict was not unreasonable. McClung J.A. in dissent would have allowed the appeal on the ground that the verdict of the jury was unreasonable.

The appellant brought an appeal as of right to this Court on the question of unreasonable verdict. As well he sought and obtained leave to appeal on the issue of the recharge on reasonable doubt.

Analysis

Significance and Importance of Questions from the Jury

It is true that directions to a jury must always be read as a whole; however, it cannot ever be forgotten that questions from the jury require careful consideration and must be clearly, correctly and comprehensively answered. This is true for any number of reasons which have been expressed by this Court on other occasions. A question presented by a jury gives the clearest possible indication of the particular problem that the jury is confronting and upon which it seeks further instructions. Even if the question relates to a matter that has been carefully reviewed in the main charge, it still must be answered in a complete and careful manner. It may be that after a period of deliberation, the original instructions, no matter how exemplary they were, have been forgotten or some confusion has arisen in the minds of the jurors. The jury must be given a full and proper response to their question. The jury is entitled to no less. It is the obligation of the trial judge assisted by counsel to make certain that the question is fully and properly answered.

La cour d'appel

La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que l'exposé supplémentaire sur le sujet du doute raisonnable ne constituait pas une erreur justifiant une infirmation. La cour a en outre décidé à la majorité que le verdict n'était pas déraisonnable. Le juge McClung, qui était dissident, aurait accueilli l'appel pour le motif que le verdict du jury était déraisonnable.

L'appelant a présenté un pourvoi de plein droit auprès de notre Cour sur la question du verdict raisonnable. Il a également demandé et obtenu une autorisation de pourvoi concernant l'exposé supplémentaire sur le doute raisonnable.

Analyse

L'importance des questions posées par les jurés

Il est vrai qu'il faut toujours interpréter dans leur ensemble les directives données au jury; toutefois, il ne faut jamais oublier que les questions posées par le jury doivent être examinées attentivement et que les réponses doivent être claires, correctes et complètes. Cela est vrai pour certaines raisons, que notre Cour a exposées en d'autres occasions. La question posée par un jury reflète le plus clairement possible le problème particulier devant lequel il se trouve et au sujet duquel il demande des directives supplémentaires. Même si la question se rapporte à un sujet qui a été examiné soigneusement dans l'exposé principal, il faut y répondre quand même de façon complète et attentive. Après une période de délibération, il se peut que les directives originales, quelque exemplaires qu'elles soient, aient été oubliées ou qu'une certaine confusion ait envahi l'esprit des jurés. Le jury doit recevoir une réponse complète et adéquate. Il a droit à au moins cela. Le juge du procès doit, avec l'aide des avocats, s'assurer que la question a reçu une réponse complète et adéquate.

The importance of giving a full and proper response to questions from the jury has been recognized by this Court on a number of occasions. In *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at pp. 759-60, the following was stated on behalf of the majority:

When a jury submits a question, it gives a clear indication of the problem the jury is having with a case. Those questions merit a full, careful and correct response. As well, the answer should remind the jury of its instructions given in the course of the main charge. See *R. v. Desveaux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.), at p. 93, where it was said:

Questions from a jury manifest their concern and indicate their desire for direction on a particular issue. The trial judge should read the question to counsel and obtain their submissions as to the response that should be made. It is then incumbent on the trial judge to answer the question in a complete and reasonably detailed manner. It is unfair to the parties and the jury to attempt a short form answer to a problem that is obviously presenting difficulties. The definitions requested had been adequately set out early in the charge. However, memories are short and much had intervened in the way of directions and recharges before the question was submitted. The original instructions should have been repeated in the response.

R. v. Waite (1986), 28 C.C.C. (3d) 326 (Ont. C.A.), affirmed [1989] 1 S.C.R. 1436, involved a recharge in response to a question from the jury approximately two hours into its deliberations. At page 329, the Ontario Court of Appeal held:

It is reasonable to assume that not all parts of a charge will be remembered with great particularity by a jury. A question such as the one posed in this case indicates an area of concern for the members of the jury. No matter how careful and extensive the original directions, the question, focusing as it does upon the jury's problem, should be answered carefully and completely even if these later directions seem to be repetitious.

In this case, the directions were of great importance for they were given in response to a question from the jury on a matter that was obviously worrying them.

Most recently in *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122, and in *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3, this

Notre Cour a reconnu à quelques reprises l'importance de répondre pleinement et adéquatement aux questions du jury. Dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, aux pp. 759 et 760, la Cour a déclaré ce qui suit, à la majorité:

Lorsque le jury pose une question, ce fait indique manifestement que les jurés éprouvent des difficultés avec le cas. Ces questions appellent une réponse soignée et correcte. De plus, cette réponse devrait rappeler aux jurés les directives données dans l'exposé principal. Voir *R. v. Desveaux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.), à la p. 93 où l'on dit:

[TRADUCTION] Les questions posées par les jurés reflètent leurs préoccupations et leur volonté d'obtenir des directives sur un point particulier. Le juge du procès devrait lire la question aux avocats et entendre leurs observations quant à la réponse à donner. Il revient au juge du procès de répondre à la question de façon complète et raisonnablement détaillée. Il est injuste pour les parties et le jury de chercher à donner une réponse brève à un problème qui manifestement soulève des difficultés. Les définitions demandées avaient été adéquatement énoncées plus tôt dans l'exposé. Cependant, les gens ont tendance à oublier et il s'était produit beaucoup de choses entre l'exposé principal et l'exposé supplémentaire avant que la question soit posée. Les directives originales auraient dû être répétées dans la réponse.

R. c. Waite (1986), 28 C.C.C. (3d) 326 (C.A. Ont), confirmé par [1989] 1 R.C.S. 1436, portait sur un exposé supplémentaire fait en réponse à une question posée par le jury environ deux heures après le début de ses délibérations. La Cour d'appel de l'Ontario a déclaré, à la p. 329:

[TRADUCTION] Il est raisonnable de présumer que le jury ne se souviendra pas très précisément de tous les éléments d'un exposé. Une question du genre de celle posée en l'espèce indique que le jury a un sujet de préoccupations. Quelques soignées et complètes qu'aient été les directives originales, la question, qui met l'accent sur le problème rencontré par le jury, devra appeler une réponse attentive et complète même si ces dernières directives semblent être des redites.

En l'espèce, les directives étaient très importantes car elles ont été fournies en réponse à une question que le jury a posée sur un sujet qui manifestement l'inquiétait.

Plus récemment dans *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, et dans *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3,

Court recognized that answers to questions from the jury will be given special emphasis by jurors. Lamer C.J., writing for the majority in *R. v. Naglik*, *supra*, stated at p. 139:

Answers to questions from the jury are extremely important, and carry influence far exceeding instructions given in the main charge. If the jury asks a question about an issue addressed in the main charge, it is clear that they did not understand or remember that part of the main charge, and it is also clear that they must exclusively rely on the answer given by the trial judge to resolve any confusion or debate on the point which may have taken place in the jury room during their deliberations up to that point.

In *R. v. Pétel*, *supra*, Lamer C.J., writing for the majority, stated at p. 15:

The importance of adequately answering questions put by the jury should be borne in mind: *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at pp. 759-60. The question will generally relate to an important point in the jury's reasoning, so that any error the judge may make in answering it becomes all the more damaging. It is often necessary to repeat certain aspects of the main charge in order to place the specific question in a more general context.

There can be no doubt about the significance which must be attached to questions from the jury and the fundamental importance of giving correct and comprehensive responses to those questions. With the question the jury has identified the issues upon which it requires direction. It is this issue upon which the jury has focused. No matter how exemplary the original charge may have been, it is essential that the recharge on the issue presented by the question be correct and comprehensive. No less will suffice. The jury has said in effect, on this issue there is confusion, please help us. That help must be provided.

If an error is made, then as a general rule, the correctness of the original charge cannot be used to excuse the subsequent error on the very issue upon which the jury seeks clarification. It would be irrational to conclude that although the trial judge has erred on a recharge on the very point on which the jury had been confused or forgetful, the

notre Cour a reconnu que les jurés accorderont une importance particulière aux réponses données à leurs questions. Le juge en chef Lamer a déclaré, au nom de la majorité, dans *R. c. Naglik*, précité, à la p. 139:

Les réponses aux questions du jury revêtent une importance capitale, et leur effet dépasse de loin celui des directives principales. Si le jury pose une question concernant un point traité dans celles-ci, il est évident que les jurés n'ont pas compris ou qu'ils ont oublié cette partie des directives principales. Il est évident aussi qu'ils doivent compter exclusivement sur la réponse donnée par le juge du procès pour dissiper toute confusion ou régler tout débat sur ce point qui ont pu survenir jusque-là au cours de leurs délibérations.

Dans *R. c. Pétel*, précité, le juge en chef Lamer a dit au nom de la majorité, à la p. 15:

Il convient de rappeler l'importance de répondre adéquatement aux questions posées par le jury: *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, aux pp. 759 et 760. La question porte généralement sur un point important du raisonnement du jury, ce qui rend encore plus dommageable toute erreur que le juge peut faire en y répondant. Il sera souvent nécessaire de reprendre certains éléments de l'exposé principal pour situer la question précise dans un contexte plus général.

Il n'y a pas de doute possible quant à l'importance qu'il faut accorder aux questions posées par le jury et à l'importance fondamentale de répondre de façon correcte et complète à ces questions. Par sa question, le jury a indiqué les points sur lesquels il a besoin de directives. C'est sur ce point-là qu'il s'est concentré. Quelque exemplaire qu'ait pu être l'exposé original, il est essentiel que l'exposé supplémentaire sur le point soulevé par la question soit correct et complet. Rien de moins ne suffira. Le jury a dit en fait qu'il existe une certaine confusion sur ce point et qu'il a besoin d'aide. Il faut fournir cette aide.

Si une erreur est commise, alors en règle générale, on ne peut recourir au fait que l'exposé original était correct pour excuser une erreur subséquente sur la question même au sujet de laquelle le jury demande des précisions. Il ne serait pas logique de conclure que, bien que le juge du procès ait commis une erreur à l'occasion d'un exposé

mistake is of little consequence because some time ago a correct charge was given. Such reasoning would be unfair to the jury and unjust to the parties. When the jury submits a question it must be assumed that the jurors have forgotten the original instructions or are in a state of confusion on the issue. Their subsequent deliberations will be based on the answer given to their question. That is why the recharge must be correct and why a faultless original charge cannot as a rule rectify a significant mistake made on the recharge.

To this I would add that obviously the greater the passage of time that has elapsed between the main charge and the question from the jury, the more imperative it is that a correct and comprehensive answer be given. Here, four hours had elapsed between the main charge and the question submitted from the jury. It was therefore essential the response be correct and comprehensive. Let us now consider the recharge given in this case.

Was the Charge Erroneous?

In this case all the evidence presented at trial was that of the complainant and the appellant. There was nothing else before the jury. It therefore was essential that the jury, which had advised the judge that it was "hung up" on the issue of reasonable doubt, be properly directed with regard to the issue.

This was vital since this case turned completely on the question of credibility and the correct consideration by the jury of the onus of proof resting upon the Crown of proving the charge beyond a reasonable doubt.

In *R. v. W. (D.)*, *supra*, this Court considered the manner in which a jury should be charged on the principle of reasonable doubt. Writing for the majority, I attempted to set out a procedure or sequence which would be appropriate in directing

supplémentaire sur le point même qui créait la confusion chez le jury ou que celui-ci avait oublié, l'erreur n'est pas très grave parce que des directives correctes ont été données quelque temps auparavant. Un tel raisonnement ne serait pas équitable envers le jury et ne serait pas juste envers les parties. Lorsque le jury pose une question, il faut supposer que les jurés ont oublié les directives originales ou ressentent une certaine confusion relativement à la question. Leurs délibérations subséquentes se fonderont sur la réponse donnée à leur question. C'est la raison pour laquelle l'exposé supplémentaire doit être correct et pourquoi un exposé original sans faute ne peut pas, en principe, corriger une erreur importante faite dans l'exposé supplémentaire.

J'ajouterai que, manifestement, plus le délai écoulé entre l'exposé principal et la question du jury est grand, plus il est impératif que la réponse soit correcte et complète. En l'espèce, il s'était écoulé quatre heures entre l'exposé principal et la question posée par le jury. Il était donc essentiel que la réponse soit correcte et complète. Examinons maintenant l'exposé supplémentaire donné dans la présente affaire.

f L'exposé était-il erroné?

En l'espèce, l'ensemble de la preuve présentée au procès consistait dans le témoignage de la plaignante et celui de l'appelant. Rien d'autre n'a été présenté au jury. Il était donc essentiel que ce dernier, qui avait informé le juge qu'il était «dans une impasse» au sujet du doute raisonnable, reçoivent des directives appropriées à cet égard.

C'était vital puisque cette affaire tournait entièrement autour de la crédibilité et de l'examen adéquat par le jury de la charge incombant au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusation était fondée.

Dans *R. c. W. (D.)*, précité, notre Cour a examiné quelles directives le jury devrait recevoir sur le principe du doute raisonnable. J'ai essayé, au nom de la majorité, d'exposer une procédure ou une démarche qu'il serait approprié de suivre au

a jury in a case where the accused had testified. At pages 757-58 of that case, the following appears:

It is incorrect to instruct a jury in a criminal case that, in order to render a verdict, they must decide whether they believe the defence evidence or the Crown's evidence. Putting this either/or proposition to the jury excludes the third alternative; namely, that the jury, without believing the accused, after considering the accused's evidence in the context of the evidence as a whole, may still have a reasonable doubt as to his guilt.

In a case where credibility is important, the trial judge must instruct the jury that the rule of reasonable doubt applies to that issue. The trial judge should instruct the jury that they need not firmly believe or disbelieve any witness or set of witnesses. Specifically, the trial judge is required to instruct the jury that they must acquit the accused in two situations. First, if they believe the accused. Second, if they do not believe the accused's evidence but still have a reasonable doubt as to his guilt after considering the accused's evidence in the context of the evidence as a whole. See *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (Ont. C.A.), approved in *R. v. Morin*, *supra*, at p. 357.

Ideally, appropriate instructions on the issue of credibility should be given, not only during the main charge, but on any recharge. A trial judge might well instruct the jury on the question of credibility along these lines:

First, if you believe the evidence of the accused, obviously you must acquit.

Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.

Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused.

If that formula were followed, the oft repeated error which appears in the recharge in this case would be avoided. The requirement that the Crown prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt is fundamental in our system of criminal law. Every effort should be

moment de donner des directives au jury dans une affaire où l'accusé avait témoigné. Voici ce qu'on peut lire aux pp. 757 et 758:

Il est incorrect d'indiquer aux jurés, dans une affaire criminelle que, pour arriver à un verdict, ils doivent décider s'ils ajoutent foi à la preuve de la défense ou à celle de la poursuite. Énoncer cette alternative aux jurés écarte une troisième option possible, celle que les jurés, sans croire l'accusé et après avoir tenu compte de la déposition de l'accusé dans le contexte de l'ensemble de la preuve, puissent encore avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé.

Dans une affaire où la crédibilité est importante, le juge du procès doit dire au jury que la règle du doute raisonnable s'applique à cette question. Le juge doit dire aux jurés qu'il n'est pas nécessaire qu'ils ajoutent fermement foi à la déposition de l'un ou l'autre témoin ou qu'il rejettent entièrement cette déposition. Plus précisément, le juge doit dire aux jurés qu'ils sont tenus d'acquitter l'accusé dans deux cas. Premièrement, s'ils croient l'accusé. Deuxièmement, s'ils n'ajoutent pas foi à la déposition de l'accusé, mais ont un doute raisonnable sur sa culpabilité après avoir examiné la déposition de l'accusé dans le contexte de l'ensemble de la preuve. Voir *R. v. Challice* (1979), 45 C.C.C. (2d) 546 (C.A. Ont.), confirmé par *R. c. Morin*, précité, à la p. 357.

Idealement, il faudrait donner des directives adéquates sur le sujet de la crédibilité non seulement dans l'exposé principal mais dans tout exposé supplémentaire. Le juge du procès pourrait donner des directives aux jurés au sujet de la crédibilité selon le modèle suivant:

Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquittement.

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement.

Troisièmement, même si vous n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé.

Si on utilisait cette formule, on éviterait l'erreur qu'on trouve trop souvent dans les exposés supplémentaires. L'obligation du ministère public de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable est fondamentale dans notre système de droit criminel. Il faudrait

made to avoid mistakes in charging the jury on this basic principle.

Nonetheless, the failure to use such language is not fatal if the charge, when read as a whole, makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply: *R. v. Thatcher, supra*. [Emphasis in original.]

(See also *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646, at pp. 650-51.)

Obviously, it is not necessary to recite this formula word for word as some magic incantation. However, it is important that the essence of these instructions be given. It is erroneous to direct a jury that they must accept the Crown's evidence or that of the defence. To put forward such an either/or approach excludes the very real and legitimate possibility that the jury may not be able to select one version in preference to the other and yet on the whole of the evidence be left with a reasonable doubt. The effect of putting such a position to the jury is to shift a burden to the accused of demonstrating his or her innocence, since a jury might believe that the accused could not be acquitted unless the defence evidence was believed.

It seems to me that the recharge in this case suffers from the same flaw as the recharge in *R. v. W. (D.)*, *supra*. It will be remembered that in that case the trial judge instructed the jury on the recharge that the issue that they had to decide was whether they believed the accused or the complainant. Directions such as that exclude what has sometimes been referred to as the "third alternative"; namely, that without believing the accused, the jury, upon considering the evidence of accused in the context of all of the evidence, may have a reasonable doubt as to his guilt.

Running through the recharge in this case is the notion of choosing between the credibility of the complainant and that of the accused. The confusing and erroneous provisions are underlined in the

prendre tous les moyens possibles pour éviter de commettre des erreurs dans les directives au jury sur ce principe fondamental.

Néanmoins, l'omission de se servir de ce modèle n'est pas fatale si l'exposé, considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s'appliquent; *R. c. Thatcher*, précité. [Souligné dans l'original.]

(Voir également *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646, aux pp. 650 et 651.)

Évidemment, il n'est pas nécessaire de réciter cette formule mot à mot comme une incantation. Toutefois, il est important de donner l'essentiel de ces directives. Il est erroné de dire au jury qu'il doit accepter la preuve du ministère public ou celle de la défense. Proposer ainsi une alternative exclut la possibilité réelle et légitime que le jury ne puisse choisir l'une des versions de préférence à l'autre et reste cependant avec un doute raisonnable sur l'ensemble de la preuve. Présenter au jury une telle position a pour effet de transférer à l'accusé la charge de prouver son innocence, parce que les jurés pourraient croire que l'accusé ne pourrait pas être acquitté à moins qu'ils n'ajoutent foi à la preuve de la défense.

Il me semble que, en l'espèce, l'exposé supplémentaire souffre du même vice de forme que l'exposé supplémentaire dans *R. c. W. (D.)*, précité. On se rappellera que, dans cette affaire, le juge du procès a dit au jury, dans l'exposé supplémentaire, que la question qu'il avait à trancher était de savoir s'il croyait l'accusé ou la plaignante. Des directives de ce genre excluent ce que l'on a parfois appelé la «troisième option possible», à savoir que, sans croire l'accusé, le jury peut avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé au moment d'examiner son témoignage dans le contexte de l'ensemble de la preuve.

Ce qui revient dans l'exposé supplémentaire en l'espèce, c'est la notion de choix entre la crédibilité de la plaignante et celle de l'accusé. Les propositions confuses et erronées sont soulignées dans

three paragraphs of the recharge which for convenience are set out below.

1. The accused is entitled to a reasonable doubt on the issue of credibility; who is to be believed, either complainant in each of the counts or the accused. If you cannot reject his evidence, it must raise a reasonable doubt. If you believe his evidence, it raises a reasonable doubt. If you reject his evidence, in comparison to the evidence of either of the complainants and that complainant's evidence is accepted by you as being true, then you convict.

2. It's as simple to say it as that. I know it is difficult to work out. You have two stories here. You have to decide whether one is strong enough — one of the complainants' evidence is strong enough to convince you of the guilt, and you can reject the accused's evidence. If it isn't that strong and you can't reject the accused's evidence, you must have a reasonable doubt. If it is that strong, and you can reject the accused's evidence, you should be able to say, I am convinced beyond a reasonable doubt.

3. Now, I don't know what — if you want me to deal with evidence any further, any point of evidence or just what your duties are with respect to the evidence. I will tell you what they are. You weigh all of the evidence, and you look at the whole case, and you say, looking at everything, Am I convinced beyond a reasonable doubt that her evidence is correct and his evidence can't be accepted, and you do that with each count. [Emphasis added.]

In the first paragraph, the trial judge seems to have attempted to put the three-part instructions set out in *R. v. W. (D.)* to the jury. However, two problems are apparent. First, the reference to believing either the complainant or the accused might have suggested to the jury that all they had to do was decide which of the accused or the complainant they believed. Such an approach would exclude the third alternative, with the result that the jury would not apply the reasonable doubt stan-

les trois paragraphes de l'exposé supplémentaire qui, pour plus de commodité, sont repris ci-dessous.

[TRANSDUCTION]

1. L'accusé a droit au doute raisonnable sur la question de la crédibilité; qui faut-il croire, la plaignante dans chacun des chefs d'accusation ou l'accusé. Si vous ne pouvez pas écarter son témoignage, il doit soulever un doute raisonnable. Si vous ajoutez foi à son témoignage, il soulève un doute raisonnable. Si vous écarterez son témoignage, par comparaison à celui de l'une ou l'autre des plaignantes, et si vous admettez comme vrai le témoignage de cette plaignante, vous reconnaissez alors la culpabilité de l'accusé.

2. C'est aussi simple à dire que cela. Je sais que c'est difficile à faire. Vous vous trouvez en présence de deux histoires. Vous devez décider si l'une est assez solide — le témoignage de l'une des plaignantes est assez solide pour vous convaincre de la culpabilité de l'accusé, et vous pouvez écarter le témoignage de l'accusé. S'il n'est pas assez solide et si vous ne pouvez pas écarter le témoignage de l'accusé, vous devez avoir un doute raisonnable. S'il est aussi solide et si vous pouvez écarter le témoignage de l'accusé, vous devez pouvoir dire: «Je suis convaincu hors de tout doute raisonnable.»

3. Maintenant je ne sais pas — si vous voulez que je traite davantage de la preuve, de quelque élément de la preuve ou seulement de vos obligations en ce qui concerne la preuve. Je vous dirai quelles sont ces obligations. Vous évaluez tous les éléments de la preuve, vous examinez l'affaire dans son ensemble et vous vous dites, en tenant compte de tout: «Suis-je convaincu hors de tout doute raisonnable que le témoignage de la plaignante est correct et que le témoignage de l'accusé ne peut pas être accepté?», et vous procédez ainsi avec chacun des chefs d'accusation. [Je souligne.]

Dans le premier paragraphe, le juge du procès semble avoir essayé de présenter aux jurés les directives exposées en trois parties dans *R. c. W. (D.)*. Cependant, deux problèmes ressortent de façon manifeste. Premièrement, l'allusion au fait de croire la plaignante ou l'accusé aurait pu laisser supposer au jury que tout ce qu'il avait à faire était de décider qui, de l'accusé ou de la plaignante, il croyait. Une telle démarche exclurait la troisième option possible, de sorte que le jury n'appliquerait

ard to the accused's evidence. Second, in the last sentence of the first paragraph, the trial judge refers to rejecting the accused's evidence "in comparison to the evidence of either of the complainants". This again suggests a credibility contest, where the jury must choose which of the two versions it believes.

The errors in the second and third paragraphs are more significant. The approach set out in both those paragraphs would have conveyed to the jury that they had to believe either the complainant's evidence or that of the accused. The jury was told that if the complainant's evidence was strong enough, they could reject the evidence of the accused. From this instruction, the jury would have understood that they had to decide which story was stronger, and act on that one. That approach is incorrect. It was just this type of either/or approach to credibility which was rejected in *R. v. W. (D.)*. It excludes the "third alternative"; that is to say, that although a jury may not believe an accused, it may still have a reasonable doubt on the whole of the evidence. It shifts the burden of proof to the accused by telling the jury it can only acquit if the accused's story is believed rather than that of the complainant.

It is true that the trial judge told the jury several times in the recharge that they had to base their verdict on "the whole of the evidence" and "the whole of the case". However, in this case the whole of the evidence was the evidence of the complainant and the accused. Thus, those words would not have conveyed the correct standard of proof to the jury. Rather they would indicate that the jury had the choice to believe either the complainant's or the accused's evidence. The errors in this recharge could have been avoided if the trial judge had followed the outline set out in *R. v. W. (D.)*.

pas la norme du doute raisonnable au témoignage de l'accusé. Deuxièmement, dans la dernière phrase du premier paragraphe, le juge du procès parle d'écarter le témoignage de l'accusé, «par comparaison à celui de l'une ou l'autre des plaignantes». Encore une fois, cela laisse supposer une épreuve de crédibilité, où le jury doit choisir laquelle des deux versions il croit.

Les erreurs dans les deuxième et troisième paragraphes sont plus importantes. La démarche exposée dans ces deux paragraphes aurait fait comprendre au jury qu'il devait ajouter foi soit au témoignage de la plaignante soit à celui de l'accusé. On a dit au jury que, si le témoignage de la plaignante était assez solide, il pouvait écarter le témoignage de l'accusé. À partir de cette directive, le jury pouvait comprendre qu'il devait décider quelle histoire était la plus solide et agir en conséquence. Cette démarche est incorrecte. C'est justement ce genre d'alternative relativement à la crédibilité qui a été rejetée dans *R. c. W. (D.)*. Elle exclut la «troisième option possible»; c'est-à-dire que, même si le jury peut ne pas croire l'accusé, il peut avoir encore un doute raisonnable quant à l'ensemble de la preuve. Elle transfère la charge de la preuve à l'accusé en disant au jury qu'il peut seulement prononcer l'acquittement s'il ajoute foi à l'histoire de l'accusé plutôt qu'à celle de la plaignante.

Il est vrai que le juge du procès a dit plusieurs fois aux jurés dans l'exposé supplémentaire qu'ils devaient fonder leur verdict sur [TRADUCTION] «l'ensemble de la preuve» et [TRADUCTION] «l'ensemble de l'affaire». Cependant, en l'espèce, l'ensemble de la preuve consistait dans le témoignage de la plaignante et dans celui de l'accusé. Donc, ces mots n'ont pas fait comprendre au jury la norme de la preuve correcte. Ils auraient plutôt indiqué que le jury avait le choix d'ajouter foi soit au témoignage de la plaignante, soit à celui de l'accusé. Les erreurs commises dans cet exposé supplémentaire auraient pu être évitées si le juge du procès avait suivi ce qui avait été énoncé dans *R. c. W. (D.)*.

The Effect of the Correct Instructions Given During the Main Charge

It has been seen that the directions on the recharge on this vitally important issue were in error. Nonetheless, it was argued by the respondent that the charge must be looked at as a whole, and in light of the correct instructions given at the time of the main charge that the error in the recharge does not constitute a ground for directing a new trial. It was argued that the case of *R. v. W. (D.)*, *supra*, supported the position of the respondent. I cannot agree with that contention.

In *R. v. W. (D.)*, there were a number of factors which led to a conclusion that the charge as a whole would not have misled the jury as to the issue of reasonable doubt. In that case the main charge was not only correct but repeated on a number of occasions the proper directions pertaining to the burden of proof and the issue of reasonable doubt. As well there was a very short delay of less than 10 minutes between the main charge and the recharge. Further the recharge was not given in response to a question from the jury. The situation was summarized in this way at pp. 759-60:

Fourth, there was a very short delay between the one-hour long correctly given main charge and the 11-minute recharge. The time that elapsed between the end of the main charge and the beginning of the recharge could not have been more than ten minutes.

Fifth, the recharge was not the result of a question from the jury. When a jury submits a question, it gives a clear indication of the problem the jury is having with a case. Those questions merit a full, careful and correct response. . . .

If the error had occurred in the course of a response to a question from the jury or if the recharge had been given some hours after the main charge, a new trial would have to be ordered. However, in the case at bar, the jury had not yet begun its deliberations and the main charge, correctly and fairly given, had been completed just a few minutes earlier. The correct instructions as to the burden of proof must have been fresh in the minds of the jury at the time of the recharge. [Emphasis added.]

L'effet des directives appropriées données durant l'exposé principal

On a vu que les directives données dans l'exposé supplémentaire sur cette question fondamentalement importante étaient erronées. Néanmoins, l'intimée a soutenu qu'il faut regarder les directives comme un tout et, compte tenu des directives appropriées données dans l'exposé principal, que l'erreur contenue dans l'exposé supplémentaire ne justifie pas la tenue d'un nouveau procès. On a allégué que l'arrêt *R. c. W. (D.)*, précité, venait étayer la position de l'intimée. Je ne puis admettre cette prétention.

Dans *R. c. W. (D.)*, il y avait un certain nombre de facteurs qui ont mené à la conclusion que l'exposé principal dans son ensemble n'aurait pas induit le jury en erreur sur la question du doute raisonnable. Dans cette affaire, l'exposé principal était non seulement correct mais répétait à quelques reprises les directives appropriées concernant la charge de la preuve et la question du doute raisonnable. De plus, il y a eu un très court délai de moins de 10 minutes entre l'exposé principal et l'exposé supplémentaire. En outre, l'exposé supplémentaire n'a pas été fait pour répondre à une question du jury. La situation a été résumée ainsi aux pp. 759 et 760:

Quatrièmement, il s'est écoulé très peu de temps entre l'exposé principal qui a duré environ une heure et l'exposé supplémentaire qui a duré 11 minutes. L'intervalle entre la fin de l'exposé principal et le début de l'exposé supplémentaire ne peut avoir été de plus de dix minutes.

Cinquièmement, l'exposé supplémentaire n'a pas résulté d'une question posée par le jury. Lorsque le jury pose une question, ce fait indique manifestement que les jurés éprouvent des difficultés avec le cas. Ces questions appellent une réponse soignée et correcte. . . .

Si l'erreur avait été faite dans une réponse donnée à une question posée par le jury ou si l'exposé supplémentaire avait été donné quelques heures après l'exposé principal, il faudrait ordonner un nouveau procès. Cependant, en l'espèce, le jury n'avait pas commencé à délibérer et l'exposé principal, qui était correct et équitable, venait de prendre fin quelques minutes plus tôt. Les jurés devaient avoir fraîches à la mémoire les directives correctes sur le fardeau de la preuve au moment de l'exposé supplémentaire. [Je souligne.]

How very different is the case at bar. Here the jury had been deliberating for four hours after the conclusion of the main charge. Further, not only was there a question from the jury but it began with the disclosure that the jury was "hung up" on the very issue upon which the directions were sought. In these circumstances it was essential that clear, correct and comprehensive instructions be given in response to the question. The instructions given were incorrect. In these circumstances it would be irrational to hold that correct instructions given four hours earlier could remedy the error. The only inference that can be drawn is that the jury followed the directions given in response to their question. Those directions were incorrect. They did not follow the outline suggested in *R. v. W. (D.)*, *supra*.

It follows that a new trial must be directed. In light of this conclusion it is not necessary to consider the question of whether the verdict was unreasonable.

Summary

The manner in which questions from the jury should be handled may be summarized in this way:

1. All questions received from the jury must be considered to be of significance and important.
2. Counsel must be advised of the question and their submissions heard as to the nature and content of the response.
3. The answer to the question must be correct and comprehensive. Even if the issue was covered in the original charge it must, in its essence, be repeated even if this seems to be repetitious.
4. No precise formula need be used but the response to the question must always be accurate and complete.
5. The longer the delay the more important it will be that the recharge be correct and comprehensive. As a general rule an error in the recharge on the question presented will not be saved by a correct charge which was given earlier. The question indicates the concern or confusion of the jury. It is that concern or confusion which must be correctly addressed on the recharge.

L'affaire en cause est vraiment très différente. Le jury délibérait depuis quatre heures à la suite de l'exposé principal. De plus, non seulement y a-t-il eu une question posée par le jury, mais elle commençait par l'indication que le jury était «dans une impasse» quant au sujet sur lequel il demandait des directives. Dans ces circonstances, il était essentiel de donner des directives claires, correctes et complètes pour répondre à la question. Les directives données étaient incorrectes. Dans ces circonstances, il serait illogique de conclure que des directives correctes données quatre heures plus tôt pourraient venir corriger l'erreur. La seule conclusion que l'on peut tirer est que le jury a suivi les directives données en réponse à sa question. Ces directives étaient incorrectes. Elles ne suivaient pas les grandes lignes énoncées dans *R. c. W. (D.)*, précité.

Il s'ensuit qu'il faut ordonner la tenue d'un nouveau procès. Compte tenu de cette conclusion, il n'y a pas lieu d'examiner la question de savoir si le verdict était déraisonnable.

Résumé

On peut résumer ainsi la façon dont il faut traiter les questions posées par le jury:

1. Toutes les questions posées par le jury doivent être considérées comme importantes.
2. Il faut informer les avocats de la question posée et entendre leurs observations sur la nature et le contenu de la réponse.
3. La réponse à la question doit être correcte et complète. Même si l'exposé original traitait de la question, il faut le répéter pour l'essentiel même que cela semble constituer une redite.
4. Il n'est pas nécessaire d'utiliser une formule précise, mais la réponse à la question doit toujours être exacte et complète.
5. Plus le délai est long, plus il sera important que l'exposé supplémentaire soit correct et complet. En règle générale, un exposé correct présenté précédemment ne viendra pas écarter un erreur commise dans l'exposé supplémentaire en réponse à la question. La question reflète les préoccupations ou la confusion du jury. Ce sont ces préoccupations ou cette confusion dont il faut traiter correctement dans l'exposé supplémentaire.

Disposition

The appeal is allowed. The order of the Court of Appeal upholding the conviction is set aside and a new trial is directed.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — In January 1991, the appellant was charged with two counts of sexual assault against his twin nieces, S.D. and V.D. The jury convicted him of sexually assaulting S.D. and acquitted him of sexually assaulting V.D. The girls were 12 or 13 at the time of the alleged events; the charges were laid three or four years later.

The Trial

S.D. testified that her uncle, who lived in a trailer on her parents' farm, called her by telephone and asked her to come over to his trailer to "look at some books". It was evening but still light out. She went to the trailer and found her uncle alone inside. She sat down on the couch in the living room and looked at some books. She noticed that her uncle kept moving closer and closer to her on the couch. At one point, the cat that had been sitting on her lap jumped off and the appellant stood up. He began undoing his pants and pulled them down to his knees. He pushed her over on the couch and pulled down her trousers and underwear, and "then he got on top of me". He began "playing" with her breasts and attempted intercourse. She tried to push him away and told him to get off her. She was too scared to attempt to call others. Just then, the telephone in the trailer rang. The appellant pulled up his pants and went to the kitchen to answer the telephone, and S.D. left the trailer.

For her part, V.D. testified that the appellant had put his arm around her shoulder and fondled her breast for 10 to 15 minutes.

Dispositif

Le pourvoi est accueilli. L'ordonnance de la Cour d'appel qui maintenait la déclaration de culpabilité est annulée et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — En janvier 1991, l'appellant a été accusé d'agression sexuelle contre ses deux nièces jumelles S.D. et V.D. Le jury l'a reconnu coupable d'agression sexuelle contre S.D. mais l'a acquitté de l'agression sexuelle contre V.D. Les jeunes filles étaient âgées de 12 ou 13 ans à l'époque des événements allégués; les accusations ont été portées trois ou quatre ans plus tard.

Le procès

S.D. a témoigné que son oncle, qui vivait dans une roulotte sur la ferme de ses parents, lui a téléphoné pour l'inviter à venir [TRADUCTION] «regarder des livres» dans sa roulotte. C'était durant la soirée, mais il faisait encore jour. Elle s'est rendue à la roulotte et y a trouvé son oncle seul à l'intérieur. Elle s'est assise sur le divan de la salle de séjour et a regardé quelques livres. Elle s'est aperçue que son oncle se rapprochait d'elle de plus en plus sur le divan. À un moment donné, le chat qui était sur ses genoux a sauté et l'appellant s'est levé. Il a commencé à défaire son pantalon et l'a baissé jusqu'aux genoux. Il a renversé la plaignante sur le divan, lui a baissé son pantalon et ses sous-vêtements et [TRADUCTION] «il s'est placé sur moi». Il a commencé à [TRADUCTION] «jouer» avec ses seins et a tenté d'avoir des rapports sexuels. Elle a essayé de le repousser en lui disant de la laisser. Elle avait trop peur pour tenter d'appeler au secours. Le téléphone de la roulotte a alors sonné. L'appellant a remonté son pantalon et est allé dans la cuisine répondre au téléphone, et S.D. a quitté la roulotte.

Quant à V.D., elle a témoigné que l'appellant avait passé son bras autour de son épaule et caressé ses seins de 10 à 15 minutes.

The appellant testified that the events had never occurred.

The jury was charged fairly and fully. After a short period of deliberation, the jury put a question to the trial judge, which was answered. About two hours later, the jury sent a second message to the judge:

The jury is hung up and there has been no change in the vote. We would like an explanation of the guideline on the jury's duty regarding evidence and reasonable doubt.

The judge responded, reinstructing the jury on reasonable doubt and credibility:

The accused is entitled to a reasonable doubt on the issue of credibility; who is to be believed, either [the] complainant in each of the counts or the accused. If you cannot reject his evidence, it must raise a reasonable doubt. If you believe his evidence, it raises a reasonable doubt. If you reject his evidence, in comparison to the evidence of either of the complainants and that complainant's evidence is accepted by you as being true, then you convict.

It's as simple to say it as that. I know it is difficult to work out. You have two stories here. You have to decide whether one is strong enough — one of the complainants' evidence is strong enough to convince you of the guilt, and you can reject the accused's evidence. If it isn't that strong and you can't reject the accused's evidence, you must have a reasonable doubt. If it is that strong, and you can reject the accused's evidence, you should be able to say, I am convinced beyond a reasonable doubt.

Now, I don't know what — if you want me to deal with evidence any further, any point of evidence or just what your duties are with respect to the evidence. I will tell you what they are. You weigh all of the evidence, and you look at the whole case, and you say, looking at everything, Am I convinced beyond a reasonable doubt that her evidence is correct and his evidence can't be accepted, and you do that with each count. [Emphasis added.]

L'appelant a témoigné que ces événements ne se sont jamais produits.

Le jury a reçu des directives appropriées. Après une brève période de délibérations, il a posé une question au juge du procès, qui y a répondu. Environ deux heures plus tard, le jury a fait parvenir un deuxième message au juge:

[TRADUCTION] Le jury est dans une impasse et il n'y a pas eu de changement dans le vote. Nous voudrions une explication de la directive concernant l'obligation du jury en matière de preuve et de doute raisonnable.

Le juge a répondu en fournissant au jury de nouvelles directives concernant le doute raisonnable et la crédibilité:

[TRADUCTION] L'accusé a droit au doute raisonnable sur la question de la crédibilité; qui faut-il croire, la plaignante dans chacun des chefs d'accusation ou l'accusé. Si vous ne pouvez pas écarter son témoignage, il doit soulever un doute raisonnable. Si vous ajoutez foi à son témoignage, il soulève un doute raisonnable. Si vous écarterez son témoignage, par comparaison à celui de l'une ou l'autre des plaignantes et si vous admettez comme vrai le témoignage de cette plaignante, vous reconnaissez alors la culpabilité de l'accusé.

C'est aussi simple à dire que cela. Je sais que c'est difficile à faire. Vous vous trouvez en présence de deux histoires. Vous devez décider si l'une est assez solide — le témoignage de l'une des plaignantes est assez solide pour vous convaincre de la culpabilité de l'accusé, et vous pouvez écarter le témoignage de l'accusé. S'il n'est pas assez solide et si vous ne pouvez pas écarter le témoignage de l'accusé, vous devez avoir un doute raisonnable. S'il est aussi solide et si vous pouvez écarter le témoignage de l'accusé, vous devez pouvoir dire: «Je suis convaincu hors de tout doute raisonnable».

Maintenant je ne sais pas — si vous voulez que je traite davantage de la preuve, de quelque élément de la preuve ou seulement de vos obligations en ce qui concerne la preuve. Je vous dirai quelles sont ces obligations. Vous évaluez tous les éléments de la preuve, vous examinez l'affaire dans son ensemble et vous vous dites, en tenant compte de tout: «Suis-je convaincu hors de tout doute raisonnable que le témoignage de la plaignante est correct et que le témoignage de l'accusé ne peut pas être accepté?», et vous procédez ainsi avec chacun des chefs d'accusation. [Je souligne.]

The jury deliberated 4½ hours more, and returned with verdicts of guilty on Count 1 (relating to S.D.) and not guilty on Count 2 (relating to V.D.).

The Appeal

The appellant appealed his conviction on the charge involving S.D. to the Alberta Court of Appeal, alleging: (1) that the trial judge had erred in his response to the jury's question on evidence and reasonable doubt by telling the jury in effect that it must choose between two competing versions — that of the complainants on the one hand, and that of the accused on the other; and (2) that the verdict was unreasonable. The Court of Appeal upheld the verdict, McClung J.A. dissenting.

On the first ground, the Court of Appeal was unanimous in its finding that, viewed globally, the trial judge did not misdirect the jury. Fraser C.J.A. stated for the court:

We are satisfied that the jury could not have understood that it was obligated to choose between two competing versions — that involving the complainant's evidence on the one hand, and that of the appellant's on the other. Therefore, we are unanimously of the view that this ground of appeal must fail.

On the second ground, the majority rejected the submission that the verdict was unreasonable. Referring to the alleged weaknesses in S.D.'s evidence, it concluded that the jury had before it explanations which it was entitled to accept:

... the jury had ample opportunity to evaluate [S.D.'s] stated explanations for her actions in the context of all the other evidence in this case.

The majority saw no merit in the allegation that the two verdicts were inconsistent:

The fact that the jury chose to acquit the appellant on one charge of sexual assault against [S.D.'s] sister, [V.D.], in circumstances essentially unrelated to the assaults involving [S.D.], is in our view irrelevant. That decision does not warrant an acquittal in this case any-

Le jury a continué à délibérer pendant 4½ heures et a rendu un verdict de culpabilité relativement au premier chef d'accusation (concernant S.D.) et un verdict de non-culpabilité relativement au second (concernant V.D.).

L'appel

L'appelant a interjeté appel de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui relativement à S.D. auprès de la Cour d'appel de l'Alberta, en alléguant: (1) que le juge du procès avait commis une erreur dans sa réponse à la question du jury sur la preuve et le doute raisonnable, en lui disant en fait qu'il devait choisir entre deux versions contradictoires — celle des plaignantes d'une part et celle de l'accusé d'autre part, et (2) que le verdict était déraisonnable. La Cour d'appel a maintenu le verdict, le juge McClung étant dissident.

En ce qui concerne le premier moyen, la Cour d'appel a conclu à l'unanimité que, dans l'ensemble, le juge du procès n'a pas donné de directives erronées au jury. Le juge en chef Fraser a déclaré au nom de la cour:

[TRADUCTION] Nous sommes convaincus que le jury n'aurait pas pu comprendre qu'il devait choisir entre deux versions contradictoires — celle du témoignage de la plaignante d'une part et celle du témoignage de l'accusé d'autre part. Nous sommes donc unanimes pour dire que ce moyen d'appel ne doit pas être retenu.

En ce qui concerne le second moyen d'appel, les juges de la majorité ont rejeté la prétention selon laquelle le verdict était déraisonnable. En se reportant aux présumées faiblesses du témoignage de S.D., ils ont conclu que le jury disposait d'explications qu'il avait le droit d'accepter:

[TRADUCTION] ... le jury a vraiment eu la possibilité d'évaluer les explications de [S.D.] relativement aux gestes qu'elle a accomplis dans le contexte de tous les autres éléments de preuve en l'espèce.

Les juges de la majorité n'ont pas trouvé convaincante l'allégation selon laquelle les deux verdicts étaient incompatibles:

[TRADUCTION] Le fait que le jury a choisi d'acquitter l'appelant de l'accusation d'agression sexuelle contre [V.D.], la sœur [de S.D.], dans des circonstances qui, pour l'essentiel, ne se rapportaient pas aux agressions concernant [S.D.], n'est pas pertinent selon nous. Cette

more than the jury's conviction in this case would warrant a conviction on the count involving [V.D.].

McClung J.A. in short dissenting reasons expressed the view that the two verdicts were arguably inconsistent and referred to the fact that S.D. had accepted work after the alleged events at a resort where her uncle was working as "difficult to reconcile with an assault having happened at all". He would have allowed the appeal on the ground that the conviction was "patently dangerous to maintain".

The appellant appealed as of right to this Court on the point of law raised by the dissent: that the verdict was unreasonable. Leave to appeal was granted on a second ground of appeal, the alleged error in the judge's answer to the jury question.

Analysis

The Verdict Issue

Section 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, permits a court of appeal to set aside a conviction where it is unreasonable or not supported by the evidence:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction . . . the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

I agree with the majority of the Court of Appeal that this ground of appeal is not made out. There was ample evidence before the jury upon which it could convict on the charge involving S.D. The alleged frailties in her evidence were explored in cross-examination and evident to the jury. The most telling point, it was said, was that after the alleged incident S.D. accepted a job at a remote

décision ne justifie pas un acquittement dans la présente affaire, pas plus que la déclaration de culpabilité prononcée par le jury en l'espèce ne justifierait une déclaration de culpabilité dans le cas qui concerne [V.D.].

^a Dans de brefs motifs dissidents, le juge McClung a exprimé l'opinion que les deux verdicts pourraient être considérés comme incompatibles et a mentionné que le fait que S.D. avait, après les événements allégués, accepté un travail dans un lieu de villégiature où travaillait son oncle était [TRADUCTION] «difficile à concilier avec la perpétration d'une agression». Il aurait accueilli l'appel pour le motif qu'il était [TRADUCTION] «manifestement risqué de maintenir» la déclaration de culpabilité.

^d L'appelant se pourvoit de plein droit devant notre Cour relativement au point de droit soulevé dans la dissidence, à savoir que le verdict était déraisonnable. Il a obtenu une autorisation de pourvoi relativement à un second moyen d'appel, soit l'erreur que le juge aurait commise dans sa réponse au jury.

Analyse

La question du verdict

Le sous-alinéa 686(1)a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, autorise une cour d'appel à infirmer une déclaration de culpabilité lorsqu'elle est déraisonnable ou ne s'appuie pas sur la preuve:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité [. . .] la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

ⁱ Je suis d'accord avec la Cour d'appel à la majorité pour dire que ce moyen d'appel n'est pas établi. Le jury disposait d'une preuve suffisante pour prononcer un verdict de culpabilité relativement à l'accusation concernant S.D. Les faiblesses alléguées de son témoignage ont été examinées à fond en contre-interrogatoire et étaient évidentes pour le jury. Le point le plus révélateur, a-t-on dit, était

lodge knowing that her uncle was employed there. Questioned about why she had done so, S.D. replied that she took the view she should have the right to go and work where she wanted. This explanation was before the jury. The jury was entitled to accept it. McClung J.A. apparently would not have accepted it. But that task was the jury's. The fact that a judge might come to a different conclusion on the evidence than the jury apparently did does not permit a verdict to be set aside on the ground that it is unreasonable. For further elaboration on this point, reference may be had to my reasons in *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827.

Nor was the verdict unreasonable by reason of inconsistency. There was no inconsistency. The jury evidently chose to believe one witness testifying to one set of events, while entertaining a reasonable doubt on another witness's evidence as to other events.

The Alleged Error in the Judge's Answer to the Jury's Question

The main issue is whether the Court of Appeal erred in concluding that the judge's response to the jury's question, viewed in conjunction with the main charge, did not offend the rule against winning and competing stories.

Although questions from the jury merit full, careful and correct response, it is a settled principle that the main charge and recharge must be read as a whole in determining whether the trial judge misdirected the jury. As a result, a small error in a recharge made shortly after a faultless charge might not vitiate a verdict. On the other hand, a significant error in response to a question at a time when the original instructions may have dimmed in the jury's memory might vitiate the trial: see *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742. The task of the Court of Appeal is to determine whether the jury

que, à la suite de l'incident allégué, S.D. a accepté un travail dans un lieu de villégiature éloigné tout en sachant que son oncle y travaillait. Interrogée sur la raison pour laquelle elle avait agi ainsi, S.D. a répondu qu'elle considérait qu'elle devrait avoir le droit d'aller travailler où elle voulait. Cette explication a été présentée au jury. Il lui était loisible de l'accepter. Le juge McClung ne l'aurait apparemment pas acceptée. Mais cette tâche incombait au jury. Le fait qu'un juge pourrait arriver, au sujet de la preuve, à une conclusion différente de celle à laquelle le jury a apparemment abouti ne permet pas de rejeter un verdict pour le motif qu'il est déraisonnable. Pour plus de précisions sur ce point, on peut se reporter aux motifs de jugement que j'ai formulés dans *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827.

Le verdict n'était pas non plus déraisonnable pour cause d'incompatibilité. Il n'y avait pas d'incompatibilité. Le jury a manifestement choisi de croire la déposition d'un témoin sur une série d'événements, tout en entretenant un doute raisonnable au sujet du témoignage d'un autre témoin relativement à d'autres événements.

L'erreur que le juge aurait commise dans sa réponse au jury

La principale question est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que la réponse du juge à la question du jury, examinée conjointement avec l'exposé principal, n'allait pas à l'encontre de la règle contre les histoires divergentes et contradictoires.

Bien que les questions posées par le jury méritent une réponse complète, attentive et correcte, il y a un principe bien établi selon lequel il faut interpréter l'exposé principal et l'exposé supplémentaire comme un tout pour déterminer si le juge du procès a donné des directives erronées au jury. Par conséquent, une légère erreur faite dans un exposé supplémentaire peu après un exposé irréprochable ne pourrait vicier un verdict. Par contre, une erreur importante faite en réponse à une question à un moment où les directives originales peuvent s'être effacées de la mémoire des jurés pourrait vicier le procès: voir *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. Le rôle de la cour d'appel est de déterminer si le jury

might have been misled by the alleged error, taking into account all relevant circumstances.

In the case at bar, an error in the recharge could not be saved by the fact that the judge had correctly charged the jury in the first instance. The recharge was in answer to a question which may heighten its significance: *R. v. Desveaux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.), *per* Cory J.A.; *R. v. Waite* (1986), 28 C.C.C. (3d) 326 (Ont. C.A.), affirmed [1989] 1 S.C.R. 1436; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; and *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3, *per* Lamer C.J. Moreover, it came some hours after the main charge.

It is therefore necessary to consider whether in fact the trial judge erred in recharging the jury. The reproach brought against the recharge is that the trial judge defined reasonable doubt in terms of an either-or proposition — either you believe the complainant or you believe the appellant. This would be contrary to the principle that the jury may accept all of a witness's evidence, part of a witness's evidence, or none of a witness's evidence. It would also be contrary to the obligation of the jury to acquit if any of the evidence, even that which they may not unequivocally accept, leaves them with a reasonable doubt as to the guilt of the accused. As Cory J. put it in *R. v. W. (D.)*, *supra*, at pp. 757-58:

A trial judge might well instruct the jury on the question of credibility along these lines:

First, if you believe the evidence of the accused, obviously you must acquit.

Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.

Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused.

In short, the appellant's argument is that the second and/or the third branch of Cory J.'s statement was not put to the jury.

aurait pu être mal avisé par l'erreur alléguée, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes.

En l'espèce, une erreur commise dans l'exposé supplémentaire ne pourrait pas être corrigée par le fait que le juge avait donné des directives correctes au jury la première fois. L'exposé supplémentaire venait en réponse à une question qui peut accroître son importance: *R. c. Desveaux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.), le juge Cory; *R. c. Waite* (1986), 28 C.C.C. (3d) 326 (C.A. Ont.), confirmé par [1989] 1 R.C.S. 1436; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, et *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3, le juge en chef Lamer. De plus, il a été donné quelques heures après l'exposé principal.

Il est donc nécessaire d'examiner si, en fait, le juge du procès a commis une erreur dans ses directives supplémentaires au jury. Le reproche opposé à ces directives supplémentaires est que le juge du procès a défini le doute raisonnable en fonction d'une alternative — vous croyez la plaignante ou vous croyez l'appelant. Cela serait contraire au principe selon lequel le jury peut accepter la totalité ou une partie seulement de la déposition d'un témoin ou la rejeter entièrement. Ce serait également contraire à l'obligation du jury de prononcer l'acquittement si des éléments de preuve, même ceux qu'il ne peut pas accepter de façon décisive, laissent persister chez eux un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Comme l'a dit le juge Cory dans *R. c. W. (D.)*, précité, à la p. 758:

Le juge du procès pourrait donner des directives aux jurés au sujet de la crédibilité selon le modèle suivant:

Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquittement.

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement.

Troisièmement, même si vous n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé.

En résumé, l'appelant soutient que le deuxième ou le troisième élément de l'énoncé du juge Cory, ou les deux, n'ont pas été présentés aux jurés.

I note in passing that the second branch as stated by Cory J. has given rise to some academic debate: J. Gibson, "The Liars' Defence" (1993), 20 C.R. (4th) 96; A. D. Gold, "The 'Average, Nervous, Inadequate, Inarticulate, in Short, Typical' Accused's Defence" (1993), 22 C.R. (4th) 253; J. L. Gibson, "Misquote Changes Meaning" (1994), 24 C.R. (4th) 395; and A. D. Gold, "Typo Does Not Change Anything" (1994), 24 C.R. (4th) 397. It has been suggested that if one rejects the evidence of the accused, it is logically inconsistent to have a reasonable doubt with respect to it. Such a doubt, it is argued, would not be reasonable. Certainly if the jury rejected (as opposed to merely being undecided about) all of the evidence of the accused, it is difficult to see how that very evidence, having been rejected, could raise a reasonable doubt. However, a jury could reject part of the evidence of the accused and still reasonably entertain a doubt as to his guilt based on other parts of the accused's evidence, which the jury did not reject, but either accepted or was undecided about. It is in the latter sense that I read the second condition of Cory J. I note also that immediately preceding his three-part statement of the rule, Cory J. states the rule in two branches, rolling the second and third branch of the three-part statement into one (at p. 757):

Specifically, the trial judge is required to instruct the jury that they must acquit the accused in two situations. First, if they believe the accused. Second, if they do not believe the accused's evidence but still have a reasonable doubt as to his guilt after considering the accused's evidence in the context of the evidence as a whole. [Emphasis in original.]

I raise this point only for one purpose: when scholars of the criminal law themselves argue about how the second branch of the *W. (D.)* test should be phrased, it would be wrong to reverse a conviction merely because a particular formula was not repeated verbatim. We must remember that jurors are laypeople, not lawyers, and do not hear and interpret each and every word of the judge's charge with all the legal baggage that a career in the law may engender. An overly legalis-

Je note au passage que le deuxième élément énoncé par le juge Cory a donné lieu à un certain débat sur le plan de la doctrine: J. Gibson, «The Liars' Defence» (1993), 20 C.R. (4th) 96; A. D. Gold, «The «Average, Nervous, Inadequate, Inarticulate, in Short, Typical» Accused's Defence» (1993), 22 C.R. (4th) 253; J. L. Gibson, «Misquote Changes Meaning» (1994), 24 C.R. (4th) 395; A. D. Gold, «Typo Does Not Change Anything» (1994), 24 C.R. (4th) 397. On a prétendu que, si on écarte le témoignage de l'accusé, il est logiquement incompatible d'avoir un doute raisonnable à son sujet. Un tel doute, allègue-t-on, ne serait pas raisonnable. Certes, si le jury a écarté (par opposition à être simplement indécis à son sujet) la totalité du témoignage de l'accusé, il est difficile de voir comment ce témoignage même, après avoir été écarté, pourrait soulever un doute raisonnable. Toutefois, le jury pourrait écarter une partie du témoignage de l'accusé et entretenir encore raisonnablement un doute quant à sa culpabilité en se fondant sur d'autres éléments de son témoignage, qu'il n'a pas écartés, mais qu'il a acceptés ou au sujet desquels il était indécis. C'est dans ce dernier sens que j'ai interprété la deuxième condition posée par le juge Cory. Je remarque également que, immédiatement avant l'énoncé en trois volets de la règle, le juge Cory expose la règle sous la forme de deux éléments, en fusionnant les deuxième et troisième éléments de son énoncé en trois volets (à la p. 757):

Plus précisément, le juge doit dire aux jurés qu'ils sont tenus d'acquitter l'accusé dans deux cas. Premièrement, s'ils croient l'accusé. Deuxièmement, s'ils n'ajoutent pas foi à la déposition de l'accusé, mais ont un doute raisonnable sur sa culpabilité après avoir examiné la déposition de l'accusé dans le contexte de l'ensemble de la preuve. [Souligné dans l'original.]

Je soulève ce point à une seule fin: quand les auteurs de doctrine en droit pénal se disputent au sujet de la façon dont le deuxième élément du critère de l'arrêt *W. (D.)* devrait être formulé, il serait incorrect d'annuler une déclaration de culpabilité uniquement parce que l'on n'a pas répété textuellement une formule particulière. Il ne faut pas oublier que les jurés sont des profanes, non pas des avocats, et qu'ils n'entendent ni n'interprètent chaque mot de l'exposé du juge avec toutes les

tic focus on the strict text of the judge's charge does not take this courtroom reality into account, nor accommodate the fact that the judge may have to formulate his or her remarks in various ways in order to make the jury understand that it must acquit regardless of what evidence it may accept or reject if it is left with a reasonable doubt when considering that evidence as a whole. What is required, to quote Sopinka J. in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 362, is that the "charge alerts [the jury] to the fact that, if the defence evidence leaves them in a state of doubt after considering it in the context of the whole of the evidence, then they are to acquit".

Against this backdrop, I return to the judge's recharge to the jury in this case. The judge told the jury several times during the recharge that proof beyond a reasonable doubt could only be arrived at by weighing all of the evidence. In other words, the jury could not resolve the case simply by deciding whether it believed the complainant or the accused. The trial judge did, however, at one point make the following statement:

The accused is entitled to a reasonable doubt on the issue of credibility; who is to be believed, either [the] complainant in each of the counts or the accused. If you cannot reject his evidence, it must raise a reasonable doubt. If you believe his evidence, it raises a reasonable doubt. If you reject his evidence, in comparison to the evidence of either of the complainants and that complainant's evidence is accepted by you as being true, then you convict.

While the last sentence in this passage at first glance seems to contradict the second and/or third branch of Cory J.'s three-part test in *W. (D.)*, it was not incorrect on the facts of this case. Since the only witnesses were the complainant and the accused, total rejection of all the accused's evidence coupled with acceptance of the complainant's evidence would leave no evidence upon which a reasonable doubt could be based. Any doubt would not be founded on the evidence and

connaissances juridiques que peut apporter une carrière en droit. Si on met un accent trop légaliste sur le texte pur et simple de l'exposé du juge, on ne tient pas compte de cette réalité d'une salle d'audience ni du fait que le juge puisse devoir formuler ses remarques de façons différentes pour faire comprendre au jury qu'il doit prononcer l'acquiescement indépendamment du témoignage qu'il accepte ou écarte, s'il garde un doute raisonnable après avoir examiné l'ensemble de la preuve. Ce qu'il faut, selon les termes mêmes du juge Sopinka dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 362, c'est que la «directive [...] signale [au jury] que, si la preuve à décharge le laisse dans un état de doute une fois qu'il l'a examinée dans le contexte de l'ensemble de la preuve, il doit alors prononcer un acquiescement».

Tenant compte de ce contexte, je retourne à l'exposé supplémentaire du juge au jury en l'espèce. Le juge a dit plusieurs fois au jury durant son exposé supplémentaire qu'il ne pouvait conclure à une preuve hors de tout doute raisonnable qu'en évaluant l'ensemble de la preuve. Autrement dit, le jury ne pouvait pas régler l'affaire uniquement en décidant s'il croyait la plaignante ou l'accusé. À un moment donné, le juge du procès a cependant fait la déclaration suivante:

[TRADUCTION] L'accusé a droit au doute raisonnable sur la question de la crédibilité; qui faut-il croire, la plaignante dans chacun des chefs d'accusation ou l'accusé. Si vous ne pouvez pas écarter son témoignage, il doit soulever un doute raisonnable. Si vous ajoutez foi à son témoignage, il soulève un doute raisonnable. Si vous écartez son témoignage, par comparaison à celui de l'une ou l'autre des plaignantes et si vous admettez comme vrai le témoignage de cette plaignante, vous reconnaissez alors la culpabilité de l'accusé.

Bien que la dernière phrase de ce passage semble à prime abord contredire le deuxième ou le troisième élément du critère en trois volets énoncé par le juge Cory dans l'arrêt *W. (D.)*, ou les deux, elle n'était pas incorrecte compte tenu des faits de l'espèce. Comme les seuls témoins étaient la plaignante et l'accusé, le rejet total de l'ensemble du témoignage de l'accusé, ajouté à l'acceptation du témoignage de la plaignante, ne laisserait aucun élément de preuve sur lequel pourrait se fonder un

would therefore be unreasonable. So this aspect of the trial judge's instruction was not in error.

Any doubt was removed by the passages that followed immediately after, which make it clear that at the end of the day, whether it accepts or rejects the accused's evidence, the jury must be convinced beyond a reasonable doubt:

You have to decide whether . . . [the complainant's] evidence is strong enough to convince you of the guilt, and you can reject the accused's evidence. If it isn't that strong and you can't reject the accused's evidence, you must have a reasonable doubt. If it is that strong, and you can reject the accused's evidence, you should be able to say, I am convinced beyond a reasonable doubt. [Emphasis added.]

In this passage, the trial judge expressly tells the jury that their task is not concluded if they reject the accused's evidence. They must go on to ask themselves the further question of whether they entertain a reasonable doubt. This complies fully with the second and/or third branch of Cory J.'s three-part test in *R. v. W. (D.)*. My colleague Cory J., relying on this passage, says (at p. 535) "[t]he jury was told that if the complainant's evidence was strong enough, they could reject the evidence of the accused". With respect, I cannot read the passage in this way. The trial judge did not say that acceptance of the complainant's evidence would allow the jury to reject the accused's evidence. Rather he was addressing the possibility that the jury might (1) find the complainant's evidence strong enough to establish guilt, and (2) reject the evidence of the accused. This purpose was to tell the jury that even in that situation, it could not convict unless it could say, "we are convinced beyond a reasonable doubt". The trial judge went on to emphasize the need to look at all the evidence in determining reasonable doubt:

You weigh all of the evidence, and you look at the whole case, and you say, looking at everything, Am I

doute raisonnable. Tout doute ne serait pas fondé sur la preuve et serait donc déraisonnable. Cet aspect des directives du juge du procès n'était donc pas erroné.

Tout doute a été écarté par les passages qui ont suivi immédiatement et qui précisent que, en fin de compte, qu'il accepte ou écarte le témoignage de l'accusé, le jury doit être convaincu hors de tout doute raisonnable:

[TRADUCTION] Vous devez décider si [. . .] le témoignage de [la plaignante] est assez solide pour vous convaincre de la culpabilité de l'accusé, et vous pouvez écarter le témoignage de l'accusé. S'il n'est pas assez solide et si vous ne pouvez pas écarter le témoignage de l'accusé, vous devez avoir un doute raisonnable. S'il est assez solide et si vous pouvez écarter le témoignage de l'accusé, vous devez pouvoir dire: «Je suis convaincu hors de tout doute raisonnable.» [Je souligne.]

Dans ce passage, le juge du procès dit expressément au jury que sa tâche n'est pas terminée s'il écarte le témoignage de l'accusé. Il doit se demander ensuite s'il a un doute raisonnable. Cela est tout à fait conforme au deuxième ou au troisième élément du critère en trois volets énoncé par le juge Cory dans *R. c. W. (D.)*. Mon collègue le juge Cory mentionne (à la p. 535), en s'appuyant sur ce passage, qu'«[o]n a dit au jury que, si le témoignage de la plaignante était assez solide, il pouvait écarter le témoignage de l'accusé». Je ne puis malheureusement interpréter le passage de cette façon. Le juge du procès n'a pas dit que l'acceptation du témoignage des plaignantes permettrait au jury d'écarter le témoignage de l'accusé. Il envisageait plutôt la possibilité pour le jury (1) de trouver le témoignage de la plaignante assez solide pour établir la culpabilité et (2) d'écarter le témoignage de l'accusé. Le but recherché était de dire aux jurés que, même dans cette situation, il ne pouvaient pas déclarer l'accusé coupable à moins qu'ils puissent se dire «nous sommes convaincus hors de tout doute raisonnable». Le juge du procès a ensuite souligné la nécessité d'examiner l'ensemble de la preuve pour établir l'existence ou non d'un doute raisonnable:

[TRADUCTION] Vous évaluez tous les éléments de la preuve, vous examinez l'affaire dans son ensemble et

convinced beyond a reasonable doubt that her evidence is correct and his evidence can't be accepted, and you do that with each count. [Emphasis added.]

With all due respect, it would appear that Justice Cory has interpreted the above two excerpts of the judge's charge to read as follows:

You have to decide whether . . . [the complainant's] evidence is strong enough to convince you of the guilt, so that you can reject the accused's evidence. If it isn't that strong and you can't reject the accused's evidence, you must have a reasonable doubt. If it is that strong, so that you can reject the accused's evidence, you should be able to say, I am convinced beyond a reasonable doubt.

You weigh all of the evidence, and you look at the whole case, and you say, looking at everything, Am I convinced beyond a reasonable doubt that her evidence is correct so that his evidence can't be accepted, and you do that with each count. [Emphasis added to substituted term.]

Admittedly, there is no way of knowing for sure the impression left on the jury by these portions of the recharge. On balance, however, when the actual remarks are placed in the context of the totality of the judge's recharge, I would lean towards saying that the impression left on the jury was consistent with the words actually used in the judge's recharge and not with the possible interpretation raised by Cory J.

Finally, I note that the fact that the jury convicted the appellant on one count and acquitted him on the other is consistent with the view that the jury understood that it had to acquit if it was left in reasonable doubt, whether or not it believed the testimony of the accused.

Having considered the impugned passages of the trial judge's recharge and found them not to violate the requirements of law, I turn to the question of whether viewed globally the trial judge over-

vous vous dites, en tenant compte de tout: «Suis-je convaincu hors de tout doute raisonnable que le témoignage de la plaignante est correct et que le témoignage de l'accusé ne peut pas être accepté?», et vous procédez ainsi avec chacun des chefs d'accusation. [Je souligne.]

En toute déférence, il semblerait que le juge Cory a interprété les deux extraits précédents de l'exposé du juge comme qu'ils se lisaient comme suit:

[TRADUCTION] Vous devez décider si [. . .] le témoignage de [la plaignante] est assez solide pour vous convaincre de la culpabilité de l'accusé, de sorte que vous pouvez écarter le témoignage de l'accusé. S'il n'est pas assez solide et si vous ne pouvez pas écarter le témoignage de l'accusé, vous devez avoir un doute raisonnable. S'il est aussi solide de sorte que vous pouvez écarter le témoignage de l'accusé, vous devez pouvoir dire: «Je suis convaincu hors de tout doute raisonnable».

Vous évaluez tous les éléments de la preuve, vous examinez l'affaire dans son ensemble et vous vous dites, en tenant compte de tout: «Suis-je convaincu hors de tout doute raisonnable que le témoignage de la plaignante est correct de sorte que le témoignage de l'accusé ne peut pas être accepté?», et vous procédez ainsi avec chacun des chefs d'accusation. [Je souligne les expressions remplacées.]

Il faut reconnaître qu'on ne peut savoir de façon certaine quelle impression ces parties de l'exposé supplémentaire ont laissée aux jurés. Tout bien considéré, cependant, si l'on place ces remarques dans le contexte de l'ensemble de l'exposé supplémentaire du juge, je dirais que l'impression laissée au jury était compatible avec les mots employés dans cet exposé et non avec l'interprétation possible avancée par le juge Cory.

Enfin, je remarque que le fait que le jury ait reconnu l'appelant coupable relativement à un chef d'accusation et ait prononcé son acquittement relativement à l'autre est compatible avec l'opinion selon laquelle le jury a compris qu'il devait prononcer l'acquittement s'il avait un doute raisonnable, qu'il ait ajouté foi ou non au témoignage de l'accusé.

Après avoir examiné les passages contestés de l'exposé supplémentaire du juge du procès et avoir conclu qu'ils n'allaient pas à l'encontre des exigences du droit, je passe à la question de savoir si,

emphasized the credibility contest between the complainant and the accused. I cannot conclude that he did. He repeatedly told the jury that they must look to all of the evidence in determining reasonable doubt. He indicated that Crown evidence which they accepted might nevertheless leave them with a reasonable doubt, and that rejection of the accused's evidence still left open the possibility of a reasonable doubt. These propositions are inconsistent with the view that the jury's task was to choose between the complainant on the one hand and the accused on the other. In the context of this case, where the only Crown witnesses were the complainants and the only defence witness was the accused, explanation of the law and how it applied necessarily involved reference to the evidence of the complainants on the one hand and the evidence of the accused on the other. But provided that the jury was clearly advised that the case was not a simple credibility contest and that after having considered all the evidence it must consider whether it was left with any reasonable doubt, mention of the competing versions before the jury was not in error.

Disposition

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Beresh, Depoe, Cunningham, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Bart Rosborough, Edmonton.

dans l'ensemble, le juge du procès a trop insisté sur l'épreuve de crédibilité entre la plaignante et l'accusé. Je ne puis conclure qu'il ait trop insisté. Il a dit à maintes reprises aux jurés qu'ils devaient examiner l'ensemble de la preuve pour déterminer l'existence ou non d'un doute raisonnable. Il a indiqué que la preuve du ministère public qu'ils ont acceptée pourrait néanmoins laisser persister chez eux un doute raisonnable et que le rejet du témoignage de l'accusé laissait encore subsister la possibilité d'un doute raisonnable. Ces propositions sont incompatibles avec l'opinion selon laquelle le rôle du jury était de choisir entre la plaignante d'une part et l'accusé d'autre part. Dans le contexte de la présente affaire, où les seuls témoins du ministère public étaient les plaignantes et le seul témoin de la défense était l'accusé, l'explication du droit et la façon dont il s'appliquait exigeaient que l'on se reporte nécessairement aux témoignages des plaignantes d'une part et à celui de l'accusé d'autre part. Mais, pourvu que le jury ait été clairement informé qu'il ne s'agissait pas d'une simple épreuve de crédibilité et que, après avoir examiné l'ensemble de la preuve, il devait considérer si un doute raisonnable persistait, il n'était pas incorrect de parler des versions contradictoires présentées au jury.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.

Procureurs de l'appellant: Beresh, Depoe, Cunningham, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Bart Rosborough, Edmonton.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 1994 Vol. 3

4^e cahier, 1994 Vol. 3

Cited as [1994] 3 S.C.R. 549-759

Renvoi [1994] 3 R.C.S. 549-759

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

Native Women's Assn. of Canada v. Canada..... 627

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Federal government funding four national aboriginal associations alleged to be male-dominated and inviting them to participate in constitutional discussions — Aboriginal women's association not provided with equal funding and rights of participation to express its views — Whether aboriginal women's freedom of expression infringed — Whether federal government obliged under ss. 2(b) and 28 of Canadian Charter of Rights and Freedoms to provide equal funding and participation to aboriginal women's association.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Sex discrimination — Federal government funding four national aboriginal associations alleged to be male-dominated and inviting them to participate in constitutional discussions — Aboriginal women's association not provided with equal funding and rights of participation to express its views — Whether

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

Arrêtiistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada 627

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Gouvernement fédéral finançant quatre associations autochtones nationales qui seraient à prédominance masculine et les invitant à participer à des discussions constitutionnelles — Association des femmes autochtones ne bénéficiant pas d'un financement et de droits de participation équivalents pour exprimer son point de vue — Y a-t-il eu violation de la liberté d'expression des femmes autochtones? — Le gouvernement fédéral était-il tenu en vertu des art. 2b) et 28 de la Charte canadienne des droits et libertés d'accorder à l'association des femmes autochtones un financement et un droit de participation équivalents?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination fondée sur le sexe — Gouvernement fédéral finançant quatre associations autochtones nationales qui

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

aboriginal women's equality rights infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).

Constitutional law — Aboriginal and treaty rights — Constitutional reform — Right of Aboriginal people of Canada to participate in constitutional discussions not derived from any existing aboriginal and treaty rights protected by s. 35 of Constitution Act, 1982.

Courts — Federal Court of Appeal — Jurisdiction — Declaratory relief — Whether Federal Court of Appeal had jurisdiction to grant declaratory relief when applicants sought order of prohibition in Trial Division.

R. v. Brown 749

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Criminal law — Sentencing — Mandatory minimum sentence for use of firearm while committing indictable offence — Sentence to be served consecutively to punishment imposed for an offence arising from same event — Sentence imposed on conviction for armed robberies using shotgun — Whether provision creating minimum sentence infringing s. 12 of Charter — If so, whether justified under s. 1 of Charter — Whether provision requiring sentence to be served consecutively if arising out of same event infringing s. 12 of Charter — If so, whether justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 85(1), (2).

Criminal law — Sentencing — Mandatory minimum sentence for use of firearm while committing indictable offence — Sentence to be served consecutively to punishment imposed for an offence arising from same event — Sentence imposed on conviction for armed robberies using shotgun — Whether provision creating minimum sentence infringing s. 12 of Charter — If so, whether justified under s. 1 of Charter — Whether provision requiring sentence to be served consecutively if arising out of same event infringing s. 12 of Charter — If so, whether justified under s. 1 of Charter.

R. v. Dubasz 759

Criminal law — Manslaughter — Court of Appeal erring in setting aside conviction.

R. v. Ferris..... 756

Criminal law — Evidence — Prejudicial effect — Accused overheard to say he had killed victim — Trial judge admitting statement — Accused convicted of second degree murder — Court of Appeal ordering new trial — Meaning of evidence so speculative and probative value so tenuous that it ought to have been excluded — Crown's appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

seraient à prédominance masculine et les invitait à participer à des discussions constitutionnelles — Association des femmes autochtones ne bénéficiant pas d'un financement et de droits de participation équivalents pour exprimer son point de vue — Y a-t-il eu violation des droits à l'égalité des femmes autochtones? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Réforme de la Constitution — Droit des peuples autochtones du Canada de participer aux discussions sur la Constitution ne découlant d'aucun droit existant, ancestral ou issu de traités, protégé par l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

Tribunaux — Cour d'appel fédérale — Compétence — Jugement déclaratoire — La Cour d'appel fédérale avait-elle compétence pour prononcer un jugement déclaratoire alors que les requérantes avaient demandé une ordonnance de prohibition à la Section de première instance?

R. c. Brown 749

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peines cruelles et inusitées — Droit criminel — Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire pour usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel — Peine devant être purgée consécutivement à celle imposée pour l'infraction basée sur les mêmes faits — Peine faisant suite à une déclaration de culpabilité de vols à main armée commis au moyen d'un fusil — La disposition créant la peine minimale viole-t-elle l'art. 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte? — La disposition qui exige que la peine soit purgée consécutivement à celle imposée pour l'infraction basée sur les mêmes faits viole-t-elle l'art. 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 85(1), (2).

Droit criminel — Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire pour usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel — Peine devant être purgée consécutivement à celle imposée pour l'infraction basée sur les mêmes faits — Peine faisant suite à une déclaration de culpabilité de vols à main armée commis au moyen d'un fusil — La disposition créant la peine minimale viole-t-elle l'art. 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte? — La disposition qui exige que la peine soit purgée consécutivement à celle imposée pour l'infraction basée sur les mêmes faits viole-t-elle l'art. 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?

R. c. Dubasz 759

Droit criminel — Homicide involontaire coupable — Cour d'appel commettant une erreur en annulant la déclaration de culpabilité.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. H. (L.M.) 758

Criminal law — Fresh evidence — Accused's application to adduce fresh evidence in Court of Appeal dismissed — Whether Court of Appeal erred in not admitting fresh evidence.

Thomson v. Thomson 551

Family law — International child abduction — Convention on Civil Aspects of International Child Abduction — Interpretation and application of Convention — Interaction between Convention and provincial legislation implementing it — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35 — Child Custody Enforcement Act, R.S.M. 1987, c. C360, s. 6.

Family law — Custody — Wrongful removal or retention of child — Scottish court granting mother interim custody of child with access to father — Insertion of non-removal clause in interim custody order — Mother removing child from Scotland to Manitoba — Scottish court later granting father permanent custody of child — Father applying in Manitoba for return of child to Scotland under provincial legislation and international convention on child abduction — Whether removal of child from Scotland constituting "wrongful removal or retention" of child — Whether child's return would expose him to grave risk of psychological harm — Whether transitory measures for child's return within jurisdiction of Manitoba courts — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, Arts. 3, 5, 12, 13 — Child Custody Enforcement Act, R.S.M. 1987, c. C360, s. 6.

TransGas Ltd. v. Mid-Plains Contractors Ltd. 753

Constitutional law — Division of powers — Property and civil rights — Taxation — Income Tax Act providing for seizure of funds owing by tax debtor — Priority given over other security interests created by province — Whether or not manner in which money obtained ultra vires federal Parliament — Constitution Act, 1867, s. 92(13) — Income Tax Act, S.C. 1987, c. 46, s. 224(1.2), (1.3).

Webster v. British Columbia Hydro and Power Authority 549

Appeals — Supreme Court of Canada — Wrongful dismissal — Appellant's death and changes in provincial legislation radically altering situation presented in application for leave to appeal — Appeal dismissed without comment on issues, questions of law and principles raised in courts below.

Willick v. Willick 670

Family law — Divorce — Support — Variation — Parties entering into separation agreement later incorporated into divorce judgment — Appellant subsequently applying to vary amount of child support — Extent to which court bound by

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Ferris 756

Droit criminel — Preuve — Effet préjudiciable — Accusé surpris à dire qu'il avait tué la victime — Juge du procès admettant la déclaration en preuve — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Preuve ayant une signification si conjecturale et une valeur probante si faible qu'elle aurait dû être écartée — Appel du ministère public rejeté.

R. c. H. (L.M.) 758

Droit criminel — Nouvelle preuve — Rejet de la demande de l'accusé de présenter une nouvelle preuve à la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en refusant d'admettre la nouvelle preuve?

Thomson c. Thomson 551

Droit de la famille — Enlèvement international d'enfants — Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants — Interprétation et application de la Convention — Interaction entre la Convention et sa loi d'application provinciale — Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35 — Loi sur l'exécution des ordonnances de garde, L.R.M. 1987, ch. C360, art. 6.

Droit de la famille — Garde — Déplacement ou non-retour illicites d'un enfant — Garde provisoire de l'enfant accordée à la mère et droit de visite accordé au père par un tribunal écossais — Insertion dans l'ordonnance de garde provisoire d'une disposition interdisant le déplacement de l'enfant — Enfant emmené de l'Écosse au Manitoba par la mère — Garde permanente de l'enfant subséquemment accordée au père par le tribunal écossais — Demande présentée par le père au Manitoba pour le retour de l'enfant en Écosse en vertu de la loi provinciale et de la convention internationale sur l'enlèvement d'enfants — Le déplacement de l'enfant hors de l'Écosse constitue-t-il un «déplacement ou un non-retour illicites» de l'enfant? — Le retour de l'enfant l'exposerait-il à un risque grave de préjudice psychique? — Les mesures transitoires régissant le retour de l'enfant relèvent-elles de la compétence des tribunaux manitobains? — Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, art. 3, 5, 12, 13 — Loi sur l'exécution des ordonnances de garde, L.R.M. 1987, ch. C360, art. 6.

TransGas Ltd. c. Mid-Plains Contractors Ltd. 753

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Propriété et droits civils — Impôt — Saisie de fonds dus par un contribuable prévue dans la Loi de l'impôt sur le revenu — Priorité accordée sur d'autres garanties créées par la province — La méthode utilisée pour obtenir des sommes d'argent est-elle ultra vires du Parlement du Canada — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13) — Loi de l'impôt sur le revenu, L.C. 1987, ch. 46, art. 224(1.2), (1.3).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

original support order — Whether conditions for granting variation order met — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 17(4).

SOMMAIRE (Fin)

Webster c. British Columbia Hydro and Power Authority..... 549

Appels — Cour suprême du Canada — Licenciement injustifié — Décès de l'appelant et changements dans la législation provinciale modifiant radicalement la situation présentée dans la demande d'autorisation de pourvoi — Pourvoi rejeté sans commentaires sur les questions en litige, questions de droit et principes soulevés devant les juridictions inférieures.

Willick c. Willick..... 670

Droit de la famille — Divorce — Pension alimentaire — Modification — Convention de séparation conclue par les parties incorporée dans le jugement de divorce — Demande de modification de la pension alimentaire payable aux enfants — Dans quelle mesure le tribunal est-il lié par l'ordonnance alimentaire initiale? — Les conditions de délivrance d'une ordonnance modificative sont-elles remplies? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 17(4).

Herbert Raymond Webster *Appellant*

v.

British Columbia Hydro and Power Authority *Respondent*

INDEXED AS: WEBSTER v. BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY

File No.: 23085.

1994: October 12; 1994: October 20.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Appeals — Supreme Court of Canada — Wrongful dismissal — Appellant's death and changes in provincial legislation radically altering situation presented in application for leave to appeal — Appeal dismissed without comment on issues, questions of law and principles raised in courts below.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 129, 91 D.L.R. (4th) 272, 13 B.C.A.C. 84, 24 W.A.C. 84, 42 C.C.E.L. 105, allowing the respondent's appeal and dismissing the appellant's cross-appeal from a judgment of Maczko J. (1990), 31 C.C.E.L. 224, awarding the appellant damages for wrongful dismissal. Appeal dismissed.

John Fairburn, for the appellant.

Linda A. Loo, Q.C., and *Glenn A. Urquhart*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT — The appellant in this appeal unfortunately died after leave was granted by the Court. This, coupled with the passage of legislation which compels the payment of a death benefit amounting to \$161,325, have radically altered the situation which was presented in the application for leave to appeal. The death benefit would not

Herbert Raymond Webster *Appellant*

c.

^a **British Columbia Hydro and Power Authority** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: WEBSTER c. BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY

^b

N° du greffe: 23085.

1994: 12 octobre; 1994: 20 octobre.

^c Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

^d *Appels — Cour suprême du Canada — Licenciement injustifié — Décès de l'appellant et changements dans la législation provinciale modifiant radicalement la situation présentée dans la demande d'autorisation de pourvoi — Pourvoi rejeté sans commentaires sur les questions en litige, questions de droit et principes soulevés devant les juridictions inférieures.*

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 66 B.C.L.R. (2d) 129, 91 D.L.R. (4th) 272, 13 B.C.A.C. 84, 24 W.A.C. 84, 42 C.C.E.L. 105, qui a accueilli l'appel de l'intimée et rejeté le pourvoi incident de l'appellant contre un jugement du juge Maczko (1990), 31 C.C.E.L. 224, qui avait accordé à l'appellant des dommages-intérêts pour licenciement injustifié. Pourvoi rejeté.

John Fairburn, pour l'appellant.

^f *Linda A. Loo, c.r.*, et *Glenn A. Urquhart*, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

^g LA COUR — L'appellant en l'espèce est malheureusement décédé après que notre Cour eut accordé l'autorisation. Ce décès, de même que l'adoption d'une loi exigeant le paiement d'une prestation de décès s'élevant à 161 325 \$, ont radicalement changé la situation dont il était fait état dans la demande d'autorisation de pourvoi. La

have been payable if any pension benefits had been paid to the appellant. The death benefit amounts to basically the same sum which was awarded by the trial court for loss of the appellant's pension benefit when interest payable to Webster is taken into account. Under these circumstances, there is no reason to interfere with the result arrived at by the British Columbia Court of Appeal. We specifically refrain from commenting upon the issues, questions of law, and principles raised in the courts below. These issues, particularly what significance should be assigned to pensions in determining what constitutes reasonable notice of termination of employment, we must leave for another occasion when all the relevant factors and legislation have been considered by the courts below.

The appeal is therefore dismissed. In these special circumstances there should be no costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Mulholland Webster, Richmond, British Columbia.

Solicitors for the respondent: Singleton Urquhart Macdonald, Vancouver.

prestation de décès n'aurait pas été payable si des prestations de retraite avaient été versées à l'appellant. Si l'on tient compte de l'intérêt payable à Webster, la prestation de décès s'élève essentiellement à la même somme que celle qu'a accordée le tribunal de première instance pour la perte de la prestation de retraite de l'appellant. Dans les circonstances, il n'y a aucune raison de modifier le résultat obtenu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Nous nous abstenons expressément de commenter les questions en litige, les questions de droit et les principes soulevés devant les tribunaux de juridiction inférieure. Nous répondons à ces questions, en particulier l'importance qui devrait être accordée aux pensions pour déterminer ce qui constitue un avis raisonnable de cessation d'emploi, à une autre occasion, dans une affaire où tous les facteurs pertinents et la loi auront été examinés par les tribunaux de juridiction inférieure.

Le pourvoi est par conséquent rejeté. Compte tenu des circonstances exceptionnelles, il n'y aura pas de frais.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Mulholland Webster, Richmond, Colombie-Britannique.

Procureurs de l'intimée: Singleton Urquhart Macdonald, Vancouver.

Amanda Louise Thomson *Appellant*

v.

Paul Thomson *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario and the
Attorney General of Manitoba** *Interveners*

INDEXED AS: THOMSON v. THOMSON

File No.: 23794.

Hearing and judgment: January 26, 1994.

Reasons delivered: October 20, 1994.

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
MANITOBA

Family law — International child abduction — Convention on Civil Aspects of International Child Abduction — Interpretation and application of Convention — Interaction between Convention and provincial legislation implementing it — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35 — Child Custody Enforcement Act, R.S.M. 1987, c. C360, s. 6.

Family law — Custody — Wrongful removal or retention of child — Scottish court granting mother interim custody of child with access to father — Insertion of non-removal clause in interim custody order — Mother removing child from Scotland to Manitoba — Scottish court later granting father permanent custody of child — Father applying in Manitoba for return of child to Scotland under provincial legislation and international convention on child abduction — Whether removal of child from Scotland constituting “wrongful removal or retention” of child — Whether child’s return would expose him to grave risk of psychological harm — Whether transitory measures for child’s return within jurisdiction of Manitoba courts — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can.

Amanda Louise Thomson *Appelante*

c.

^a **Paul Thomson** *Intimé*

et

^b **Le procureur général du Canada, le
procureur général de l’Ontario et le
procureur général du Manitoba** *Intervenants*

^c RÉPERTORIÉ: THOMSON c. THOMSON

N° du greffe: 23794.

Audition et jugement: 26 janvier 1994.

^d Motifs déposés: 20 octobre 1994.

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 DU MANITOBA

^f *Droit de la famille — Enlèvement international d'enfants — Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants — Interprétation et application de la Convention — Interaction entre la Convention et sa loi d'application provinciale — Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35 — Loi sur l'exécution des ordonnances de garde, L.R.M. 1987, ch. C360, art. 6.*

^g *Droit de la famille — Garde — Déplacement ou non-retour illicites d'un enfant — Garde provisoire de l'enfant accordée à la mère et droit de visite accordé au père par un tribunal écossais — Insertion dans l'ordonnance de garde provisoire d'une disposition interdisant le déplacement de l'enfant — Enfant emmené de l'Écosse au Manitoba par la mère — Garde permanente de l'enfant subséquemment accordée au père par le tribunal écossais — Demande présentée par le père au Manitoba pour le retour de l'enfant en Écosse en vertu de la loi provinciale et de la convention internationale sur l'enlèvement d'enfants — Le déplacement de l'enfant hors de l'Écosse constitue-t-il un «déplacement ou un non-retour illicites» de l'enfant? — Le retour de l'enfant l'exposerait-il à un risque grave de préjudice psy-*

T.S. 1983 No. 35, Arts. 3, 5, 12, 13 — Child Custody Enforcement Act, R.S.M. 1987, c. C360, s. 6.

The parties, who were married in Scotland in February 1991, agreed to separate in September 1992. Each sought custody of their seven-month-old child. The Scottish court granted interim custody to the mother and interim access to the father and ordered that the child remain in Scotland pending a final court order. A few days later, the mother left Scotland with the child to visit her parents in Manitoba. Once there, she decided to stay permanently in Canada and applied for custody of her child in Manitoba. On the same day in Scotland, the father was granted an *ex parte* custody order. He later made an application under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (“Convention”) and the Manitoba Child Custody Enforcement Act (“CCEA”) for the return of the child to Scotland. The motion judge in the Manitoba Court of Queen’s Bench found that the child was wrongfully removed from Scotland within the meaning of Article 3 of the Convention and ordered his return forthwith. She noted that, on an interim basis, it was clearly in the best interests of the child that he remain in the mother’s care and, under s. 6(c) CCEA, ordered that interim custody of the child be granted to the mother for a period of four months to allow her time to proceed with a custody application in Scotland. The majority of the Manitoba Court of Appeal dismissed the mother’s appeal and ordered the return of the child forthwith, indicating that the motion judge’s order giving the mother four-month interim custody was not justified. The dissenting judge would have ordered pursuant to s. 6 CCEA that the mother be awarded interim custody, that the father’s application be stayed until he agreed to allow the mother interim custody in Scotland while she proceeded with a custody application there, and that she be directed to commence a custody application in Scotland within two months. The main issue in this appeal is whether the child should be returned to Scotland under the terms of the Convention or under other provisions of the CCEA implementing the Convention in Manitoba.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The underlying purpose of the

chique? — Les mesures transitoires régissant le retour de l’enfant relèvent-elles de la compétence des tribunaux manitobains? — Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, art. 3, 5, 12, 13 — Loi sur l’exécution des ordonnances de garde, L.R.M. 1987, ch. C360, art. 6.

Les parties, qui se sont mariées en Écosse en février 1991, ont convenu de se séparer en septembre 1992. Toutes deux ont demandé la garde de leur enfant de sept mois. Le tribunal écossais a accordé la garde provisoire à la mère et un droit de visite provisoire au père, et a ordonné que l’enfant demeure en Écosse jusqu’à ce que la cour rende une ordonnance définitive. Quelques jours plus tard, la mère a quitté l’Écosse avec l’enfant pour visiter ses parents au Manitoba. Une fois au Canada, elle a décidé d’y rester définitivement et a demandé la garde de son enfant au Manitoba. Le même jour en Écosse, le père a obtenu une ordonnance de garde rendue *ex parte*. Il a par la suite introduit une demande visant le retour de l’enfant en Écosse en vertu de la Convention sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants de La Haye (la «Convention») et de la Loi sur l’exécution des ordonnances de garde du Manitoba (la «Loi»). Le juge des requêtes de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a conclu que l’enfant avait été déplacé illicitement de l’Écosse au sens de l’art. 3 de la Convention et a ordonné son retour immédiat. Elle a signalé qu’à titre provisoire, il était manifestement au mieux des intérêts de l’enfant de ne pas être soudainement soustrait aux soins de sa mère et, en vertu de l’al. 6c) de la Loi, elle a ordonné que la garde provisoire de l’enfant soit accordée à la mère pour une période de quatre mois pour lui permettre de poursuivre sa demande de garde en Écosse. La Cour d’appel du Manitoba à la majorité a rejeté l’appel de la mère et ordonné le retour immédiat de l’enfant, signalant que l’ordonnance du juge des requêtes accordant à la mère la garde provisoire pendant quatre mois n’était pas justifiée. Le juge dissident aurait, conformément à l’art. 6 de la Loi, ordonné que la garde provisoire soit accordée à la mère, suspendu la demande du père jusqu’à ce qu’il accepte d’accorder à la mère la garde provisoire en Écosse pendant qu’elle y poursuivait sa demande de garde, et ordonné à la mère d’y introduire une demande de garde dans les deux mois. Il s’agit principalement en l’espèce de savoir si l’enfant doit être rapatrié en Écosse conformément à la Convention ou aux dispositions de la Loi, qui met en application la Convention au Manitoba.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: L’objectif fonda-

Convention is to protect children from the harmful effects of their wrongful removal or retention and to establish procedures to ensure their prompt return to the state of their habitual residence. Its primary object is the protection of custody rights, i.e. "rights relating to the care . . . of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence" (Article 5). Under the Convention the removal of a child is wrongful if it is in breach of "custody [rights] attributed to a person, an institution or any other body . . . under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention" (Article 3(a)). Such custody rights may arise by operation of law, as well as by judicial or administrative decision, or agreement (Article 3). Here the Scottish court in determining the issue of custody had granted the mother interim custody. When a court is vested with jurisdiction to determine who shall have custody of a child, it has rights relating to the care and control of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence. Accordingly, the court had rights of custody as defined by Article 5 of the Convention. It preserved its jurisdiction to make a final determination of custody at a later date by inserting a non-removal clause into the interim custody order. The Scottish court was thus "an institution or any other body" having custody rights and the mother's removal of the child, being in breach of those rights, was wrongful within the meaning of Article 3 of the Convention. The possibility that the mother did not know she was violating the Scottish court's order is irrelevant. This Court therefore must order the return of the child "forthwith". However, from the emphasis placed by the Convention and the preparatory work on the enforcement of custody, as distinguished from mere access, a prohibition against removal in a permanent custody order would raise different issues.

While, as indicated in the preamble of the Convention, "the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody", this should not be interpreted as giving a court seized with the issue of whether a child should be returned to the jurisdiction to consider the best interests of the child in the manner the court would do at a custody hearing. This part of the preamble speaks of the "interests of children" generally, not the interest of the particular child before the court. This view is supported by Article 16 of the Convention, which states that the courts of the requested state shall not decide on the merits of custody until they have

mental de la Convention est de protéger l'enfant contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et d'établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle. Elle vise principalement la protection du droit de garde, c.-à-d. «le droit portant sur les soins [. . .] de l'enfant, et en particulier celui, de décider de son lieu de résidence» (art. 5). Aux termes de la Convention, le déplacement d'un enfant est illicite s'il est en violation «d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme [. . .] par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour» (art. 3a)). Un tel droit de garde peut résulter d'une attribution de plein droit, de même que d'une décision judiciaire ou administrative ou d'un accord (art. 3). En l'espèce, le tribunal écossais avait, pour trancher la question de la garde, accordé la garde provisoire à la mère. Lorsqu'un tribunal est investi de la compétence de déterminer qui doit obtenir la garde d'un enfant, il a des droits quant aux soins et à la surveillance de l'enfant et, en particulier, celui de décider de son lieu de résidence. Le tribunal exerçait donc un droit de garde au sens de l'art. 5 de la Convention. Il a maintenu sa compétence de rendre à une date ultérieure une décision finale relativement à la garde en prévoyant une disposition interdisant le déplacement dans l'ordonnance de garde provisoire. Le tribunal écossais était ainsi devenu «une institution ou tout autre organisme» ayant un droit de garde, et le déplacement de l'enfant par la mère, ayant violé ce droit de garde, était illicite au sens de l'art. 3 de la Convention. La possibilité que la mère n'ait pas compris qu'elle violait l'ordonnance du tribunal écossais n'est pas pertinente. Notre Cour doit par conséquent ordonner le retour «immédiat» de l'enfant. Toutefois, du fait de l'importance qu'accordent la Convention et les travaux préparatoires au respect du droit de garde, que l'on distingue du simple droit de visite, une interdiction de déplacement dans une ordonnance de garde permanente soulèverait des questions différentes.

Si, selon les termes du préambule de la Convention, «l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde», cette phrase ne doit toutefois pas être interprétée comme conférant au tribunal saisi de la question de savoir si un enfant doit être retourné, le pouvoir de considérer l'intérêt de l'enfant comme le ferait le tribunal dans le cadre d'une audience sur la garde. Dans cette partie du préambule, il est question de «l'intérêt de l'enfant» en général, et non de l'intérêt de l'enfant qui est devant le tribunal. Ce point de vue est étayé par l'art. 16 de la Convention, qui prescrit que les tribunaux de l'État requis ne pourront

determined that a child is not to be sent back under the Convention. It is also entirely consistent with the objects of the Convention as set out in Article 1.

The custody order granted by the Scottish court in favour of the father — a “chasing order” — would not, standing alone, have been sufficient to ground an application under the Convention, as it could not, in itself, make the retention of the child by the mother wrongful. Under the Convention, a wrongful retention generally begins from the moment of the expiration of the period of access, where the original removal was with the consent of the rightful custodian of the child. A “chasing order”, issued after the child has been taken out of the jurisdiction, cannot by itself make unlawful what was otherwise not contrary to the Convention. There is nothing in the Convention requiring the recognition of an *ex post facto* custody order. The initiative for obtaining a “chasing order” under the Convention is with the requested state and this order serves only to clarify for the requested state the opinion of the requesting state that indeed the continuing retention was wrongful. The procedures followed by the father in this case appear more consonant with the language and requirements of the European Convention dealing with the recognition and enforcement of custody decisions.

This case does not fall within one of the exceptions set forth in the Convention to the return of a wrongfully removed child. In particular, there is no “grave risk that his return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation” (Article 13(b)). While there is no doubt that the child would suffer some psychological harm in being torn from his mother’s custody and thrust into that of his father, the harm is not severe enough to invoke Article 13(b). The physical or psychological harm contemplated by this Article is harm to a degree that also amounts to an intolerable situation. The risk of harm may come from a cause related to the return of the child to the other parent or from the removal of the child from his present caregiver but it would only be in the rarest of cases that the fact the child is now settled in the abductor’s environment would constitute the level of harm contemplated by the Convention.

Because of the “chasing order” obtained by the father, however, a return to the *status quo* as it existed before the wrongful removal — a prime objective of the Convention — is impossible to achieve without taking additional action. While the Convention does not pro-

statuer sur le fond du droit de garde que lorsqu’il sera établi que les conditions de la Convention pour le retour de l’enfant ne sont pas réunies. Cela est également tout à fait compatible avec les objectifs de la Convention énoncés dans son article premier.

L’ordonnance de garde rendue par le tribunal écossais en faveur du père — une «ordonnance de retour» («*chasing order*») — n’aurait pas suffi comme telle à fonder une demande en vertu de la Convention, puisqu’elle ne pouvait en soi rendre illicite le non-retour de l’enfant par la mère. Sous le régime de la Convention, le non-retour sera généralement illicite dès l’expiration de la période de visite, lorsque le déplacement original a été autorisé par le gardien légal de l’enfant. L’«ordonnance de retour», rendue après que l’enfant a été enlevé du ressort, ne peut en elle-même rendre illicite ce qui était par ailleurs conforme à la Convention. Rien dans la Convention n’exige la reconnaissance d’une ordonnance de garde rendue *ex post facto*. Sous le régime de la Convention, c’est à l’État requis de demander une «ordonnance de retour», laquelle permet uniquement de préciser pour le bénéfice de l’État requis l’opinion de l’État requérant qu’effectivement le non-retour était illicite. Les procédures suivies par le père en l’espèce semblent plus conformes au libellé et aux exigences de la Convention européenne qui traite de la reconnaissance et de l’exécution des décisions en matière de garde.

La présente affaire ne relève pas de l’une des exceptions au retour d’un enfant déplacé illicitement, énoncées dans la Convention. En particulier, il n’existe aucun «risque grave que le retour de l’enfant ne l’expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable» (al. 13b)). Bien qu’il ne fasse aucun doute que l’enfant subirait quelque préjudice psychique s’il était soustrait à la garde de sa mère pour être confié à celle de son père, le préjudice n’est pas suffisamment grave pour que l’on puisse invoquer l’al. 13b). Le préjudice physique ou psychique prévu dans cet article est tel qu’il devient également une situation intolérable. Le risque de préjudice peut découler d’une cause liée au retour de l’enfant à l’autre parent ou du retrait de l’enfant du parent qui en prend soin, mais ce n’est que dans de très rares cas que le fait que l’enfant soit maintenant intégré dans le milieu du ravisseur causera un préjudice au niveau envisagé par la Convention.

En raison de l’«ordonnance de retour» obtenue par le père, il est toutefois impossible de revenir au *status quo* qui existait avant le déplacement illicite — l’un des principaux objectifs de la Convention — à moins de prendre des mesures additionnelles. Bien que la Con-

vide specifically for remedial flexibility, a court must be assumed to have sufficient control over its process to take the necessary action to meet the purpose and spirit of the Convention. Through the use of undertakings, the requirement in Article 12 of the Convention that “the authority concerned shall order the return of the child forthwith” can be complied with in accordance with that purpose and spirit. Here, this Court has accepted the father’s undertakings not to take physical custody of the child upon his return to Scotland until a court permits such custody, and to commence proceedings rapidly before a Scottish court to determine, on a final basis, the issue of the child’s care and control. These undertakings appeared, in the circumstances, best calculated to achieve the purpose and spirit of the Convention.

The Convention and the *CCEA* establish two regimes. When an application is made solely under the Convention or solely under the *CCEA*, the particular procedure of the regime chosen should operate independently of the other, though where the *CCEA* is selected it may not be improper to look at the Convention in determining the attitude that should be taken by the courts, since the legislature’s adoption of the Convention is indicative of its judgment that international child custody disputes are best resolved by returning the child to its habitual place of residence. As well, when, as in this case, applications are made under both the *CCEA* and the Convention, the independent procedures of each regime should not be mixed. The *CCEA* does not expressly provide that in the event of conflict the Convention prevails, but this is unnecessary since there is nothing in the *CCEA* indicating that the independent procedure provided by the *CCEA* should be referred to when an application is made under the Convention. So, unless the applicant chooses to abandon it, the application under the Convention applies. The motion judge and the dissenting judge in the Court of Appeal therefore could not make an interim custody order under s. 6 *CCEA*. The possibility that the end sought by the dissenting judge could be achieved under the Convention, however, should not be ruled out. Undertakings may not always be forthcoming or this course may not be acceptable. In such circumstances, the time frame for return proposed by the dissenting judge might well be justified under the Convention.

Per L’Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: La Forest J.’s interpretation and application of the Convention to

vention ne permette aucune souplesse à l’égard des réparations, le tribunal doit être réputé détenir un pouvoir suffisant à l’égard de sa procédure pour prendre les mesures nécessaires en vue de respecter la lettre et l’esprit de la Convention. Les engagements permettent de remplir l’exigence prévue à l’art. 12 de la Convention, suivant laquelle «l’autorité saisie ordonne [le] retour immédiat [de l’enfant]», en conformité avec cette lettre et cet esprit. En l’espèce, notre Cour a accepté les engagements du père de ne pas exercer son droit de garde physique sur l’enfant à son retour en Écosse, jusqu’à ce qu’un tribunal le lui permette et d’entamer des procédures rapidement devant un tribunal écossais afin que la question des soins et de la surveillance de l’enfant soit tranchée définitivement. Dans les circonstances, ces engagements paraissent plus aptes à respecter la lettre et l’esprit de la Convention.

La Convention et la Loi créent deux régimes. Lorsqu’une demande est présentée soit en vertu de la Convention, soit en vertu de la Loi, la procédure particulière choisie devrait s’appliquer indépendamment de l’autre, bien que, lorsque l’on invoque les dispositions de la Loi, il peut être justifié de se reporter à la Convention pour déterminer la ligne de conduite que les tribunaux devraient suivre puisque l’adoption de la Convention par le législateur indique qu’il est d’avis que la meilleure façon de résoudre les conflits internationaux sur la garde d’enfants est de retourner l’enfant dans son lieu de résidence habituelle. De même, lorsque, comme en l’espèce, les demandes sont présentées en vertu à la fois des dispositions de la Loi et de celles de la Convention, les procédures indépendantes de chaque régime ne devraient pas être fusionnées. La Loi ne prévoit pas expressément qu’en cas de conflit c’est la Convention qui prévaut, mais cela n’est pas nécessaire puisque rien dans la Loi n’indique que, dans le cas d’une demande fondée sur la Convention, la procédure indépendante prévue par la Loi devrait être invoquée. Donc, à moins que le requérant ne choisisse de l’abandonner, la demande en vertu de la Convention s’applique. Par conséquent, le juge des requêtes et le juge dissident en Cour d’appel ne pouvaient rendre une ordonnance de garde provisoire en vertu de l’art. 6 de la Loi. Il ne faudrait toutefois pas écarter la possibilité que la fin recherchée par le juge dissident puisse être atteinte en vertu de la Convention. Il peut arriver qu’il n’y ait pas d’engagements ou que ce moyen soit inacceptable. Dans de telles circonstances, l’échéancier proposé pour le retour par le juge dissident pourrait bien être justifié en vertu de la Convention.

Le juge L’Heureux-Dubé et McLachlin: L’interprétation que le juge La Forest donne de la Convention et la

the present case is agreed with. The Manitoba courts, however, have jurisdiction under s. 6 CCEA to impose transitory measures for the return of the child to his habitual place of residence. The Convention has been recognized by the international community in order to protect the best interests of children. In Manitoba, the Convention has been implemented by the CCEA, which, in light of the best interests of children, seeks to expand on the provisions of the Convention. There is no conflict between the Convention and the CCEA but, rather, they complement each other. The two documents must be read in concert and, in doing so, courts should attempt to arrive at an interpretation that, to the extent possible, gives full effect to the purpose of the Convention. Since the Convention and the CCEA do not establish independent regimes, the jurisdiction of the Manitoba courts hearing an application under the Convention are not limited to the considerations set out in the Convention. While, in most cases, the best interests of the child will be served by a quick and expedited return of the child to the country of origin with the aim of decreasing the traumatic nature of the wrongful removal, there may be circumstances in which immediate return is no longer in the child's absolute best interest. Section 6 CCEA provides a mechanism for addressing this problem. Therefore, under the CCEA, the Manitoba courts have jurisdiction to make a transitory order on the condition that such order does not conflict with or frustrate the objective of prompt return under the Convention and that it fosters the best interests of the child. The best interests of the child must prevail at all times and must be the paramount consideration when enforcing the return of a child pursuant to the Convention. Undertakings, such as those offered in this case by the father, do not preclude the Manitoba courts from imposing transitory measures where necessary when applying the Convention. In the circumstances of this case, the transitory order the dissenting judge in the Court of Appeal would have made was appropriate at the time. To be implemented in a manner consistent with the purpose of the Convention, however, the duration of such a transitory order should be as short as possible. Since at the time of the hearing three months had already passed since the dissenting judge in the Court of Appeal first proposed the transitory order, the return of the child should not be further delayed by making a similar transitory order now. The immediate return of the child to Scotland should be ordered.

Per Major J.: The mother's removal of her child from Scotland to Canada constituted a breach of the custody rights of the Scottish court within the meaning of Arti-

façon dont il l'applique aux faits de l'espèce sont acceptées. Les tribunaux du Manitoba sont toutefois habilités à imposer, en vertu de l'art. 6 de la Loi, des mesures transitoires régissant le retour de l'enfant dans son lieu de résidence habituelle. La Convention a été reconnue par la communauté internationale pour protéger l'intérêt des enfants. Au Manitoba, la Convention a été mise en œuvre par la Loi, qui, en fonction de l'intérêt des enfants, cherche à élargir les dispositions de la Convention. La Convention et la Loi ne sont pas conflictuelles, elles se complètent. Les deux textes doivent être lus conjointement et, ce faisant, les tribunaux devraient tenter d'en arriver à une interprétation qui, dans la mesure du possible, donne plein effet à l'objectif de la Convention. Puisque la Convention et la Loi ne créent pas des régimes indépendants, la compétence des tribunaux manitobains saisis d'une demande fondée sur la Convention n'est pas limitée aux facteurs qui y sont énoncés. Si, dans la plupart des cas, l'intérêt de l'enfant sera servi par un retour hâtif dans le pays d'origine qui vise à amoindrir le traumatisme causé par le déplacement illicite, il peut néanmoins arriver que le retour immédiat ne soit plus dans l'intérêt absolu de l'enfant. L'article 6 de la Loi prévoit un mécanisme permettant de résoudre cette difficulté. Par conséquent, conformément à la Loi, les tribunaux du Manitoba sont compétents pour rendre une ordonnance transitoire, à la condition que celle-ci ne contrecarre ni ne frustre l'objectif du prompt retour prévu dans la Convention et qu'elle protège l'intérêt de l'enfant. L'intérêt de l'enfant doit prévaloir en tout temps et doit être le facteur primordial lorsque le retour d'un enfant est exigé en vertu de la Convention. Des engagements, comme ceux qu'a pris le père en l'espèce, n'empêchent pas les tribunaux du Manitoba d'imposer des mesures transitoires, s'ils le jugent nécessaire, lorsqu'ils appliquent la Convention. Dans les circonstances de l'espèce, l'ordonnance transitoire que le juge dissident de la Cour d'appel aurait rendue était pertinente à l'époque. Pour qu'une telle mesure transitoire soit mise en œuvre d'une manière conforme à l'objectif de la Convention, elle doit cependant être assortie d'un terme aussi bref que possible. Puisqu'au moment de l'audience il s'était déjà écoulé trois mois depuis que le juge dissident de la Cour d'appel avait d'abord proposé l'ordonnance transitoire, le retour de l'enfant ne devrait pas être à ce moment-ci retardé plus longtemps par une ordonnance transitoire semblable. Le retour immédiat de l'enfant en Écosse devrait être ordonné.

Le juge Major: Le déplacement par la mère de son enfant, de l'Écosse au Canada, constituait, au sens de l'art. 3 de la Convention, une violation du droit de garde

cle 3 of the Convention. This Court must therefore order the return of the child forthwith.

Cases Cited

By La Forest J.

Approved: *B. v. B. (Abduction: Custody Rights)*, [1993] 2 All E.R. 144; **referred to:** *Re K.H. (A Minor) (Abduction)*, [1990] F.C.R. 990; *C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)*, [1989] 2 All E.R. 465; *Lavitch v. Lavitch* (1985), 37 Man. R. (2d) 261; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *C. v. S. (Minor: Abduction: Illegitimate Child)*, [1990] 2 All E.R. 449 (C.A.), aff'd [1990] 2 All E.R. 961 (H.L.); *Re B.-M. (Wardship: Jurisdiction)*, [1993] 1 F.L.R. 979; *Re N. (Child Abduction: Habitual Residence)*, [1993] 2 F.L.R. 124; *In the Marriage of W. M. and G. R. Barraclough* (1987), 11 Fam. L.R. 773; *Meredith v. Meredith*, 759 F.Supp. 1432 (1991); *Gsponer v. Johnstone* (1988), 12 Fam. L.R. 755; *Re A. (A Minor) (Abduction)*, [1988] 1 F.L.R. 365; *Re A. and another (Minors) (Abduction: Acquiescence)*, [1992] 1 All E.R. 929; *Re L. (Child Abduction) (Psychological Harm)*, [1993] 2 F.L.R. 401; *Re N. (Minors) (Abduction)*, [1991] 1 F.L.R. 413; *Director-General of Family and Community Services v. Davis* (1990), 14 Fam. L.R. 381; *P. v. P. (Minors) (Child Abduction)*, [1992] 1 F.L.R. 155; *G. v. G. (Minors) (Abduction)*, [1991] Fam. Law 519; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *P. v. P. (Minors) (Child Abduction)*, [1992] 1 F.L.R. 155; *C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)*, [1989] 2 All E.R. 465.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction, S.Q. 1984, c. 12.
Child Abduction Act, S.N.S. 1982, c. 4.
Child Custody Enforcement Act, R.S.M. 1987, c. C360, ss. 3, 4(1), 5, 6, 17.
Child Custody Enforcement Act, S.M. 1982, c. 27.
Children's Law Act, S.N. 1988, c. 61.
Children's Law Reform Amendment Act, 1982, S.O. 1982, c. 20.

accordé par le tribunal écossais. Par conséquent, la Cour est tenue d'ordonner son retour immédiat.

Jurisprudence

a

Citée par le juge La Forest

b

Arrêt approuvé: *B. c. B. (Abduction: Custody Rights)*, [1993] 2 All E.R. 144; **arrêts mentionnés:** *Re K.H. (A Minor) (Abduction)*, [1990] F.C.R. 990; *C. c. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)*, [1989] 2 All E.R. 465; *Lavitch c. Lavitch* (1985), 37 Man. R. (2d) 261; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *C. c. S. (Minor: Abduction: Illegitimate Child)*, [1990] 2 All E.R. 449 (C.A.), conf. par [1990] 2 All E.R. 961 (H.L.); *Re B.-M. (Wardship: Jurisdiction)*, [1993] 1 F.L.R. 979; *Re N. (Child Abduction: Habitual Residence)*, [1993] 2 F.L.R. 124; *In the Marriage of W. M. and G. R. Barraclough* (1987), 11 Fam. L.R. 773; *Meredith c. Meredith*, 759 F.Supp. 1432 (1991); *Gsponer c. Johnstone* (1988), 12 Fam. L.R. 755; *Re A. (A Minor) (Abduction)*, [1988] 1 F.L.R. 365; *Re A. and another (Minors) (Abduction: Acquiescence)*, [1992] 1 All E.R. 929; *Re L. (Child Abduction) (Psychological Harm)*, [1993] 2 F.L.R. 401; *Re N. (Minors) (Abduction)*, [1991] 1 F.L.R. 413; *Director-General of Family and Community Services c. Davis* (1990), 14 Fam. L.R. 381; *P. c. P. (Minors) (Child Abduction)*, [1992] 1 F.L.R. 155; *G. c. G. (Minors) (Abduction)*, [1991] Fam. Law 519; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

c

d

e

g

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *P. c. P. (Minors) (Child Abduction)*, [1992] 1 F.L.R. 155; *C. c. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)*, [1989] 2 All E.R. 465.

h

Lois et règlements cités

i

Child Abduction Act, S.N.S. 1982, ch. 4.
Child Custody Enforcement Act, S.M. 1982, ch. 27.
Children's Law Act, S.N. 1988, ch. 61.
Children's Law Reform Amendment Act, 1982, S.O. 1982, ch. 20.
Convention de Vienne sur le droit des traités, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 31, 32.
Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants

j

Constitution Act, 1867, s. 132.

Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, preamble, Arts. 1, 3, 5, 11, 12, 13, 15, 16, 20, 21.

Custody Jurisdiction and Enforcement Act, S.P.E.I. 1984, c. 17.

European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children, Eur. T.S. No. 105.

Family Relations Amendment Act, 1982, S.B.C. 1982, c. 8 [am. 1985, c. 72, s. 20].

International Child Abduction Act, S.A. 1986, c. I-6.5.

International Child Abduction Act, S.N.B. 1982, c. I-12.1.

International Child Abduction Act, S.S. 1986, c. I-10.1.

Vienna Convention on the Law of Treaties, Can. T.S. 1980 No. 37, Arts. 31, 32.

Authors Cited

Anton, A. E. "The Hague Convention on International Child Abduction" (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537.

Black, Vaughan. "Statutory Confusion in International Child Custody Disputes" (1993), 9 *C.F.L.Q.* 279.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.

Eekelaar, John M. "International Child Abduction by Parents" (1982), 32 *U.T.L.J.* 281.

Farquhar, Keith B. "The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada" (1983), 4 *Can. J. Fam. L.* 5.

Hague Conference on Private International Law. *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. III, *Child Abduction*. La Haye: Imprimerie nationale, 1982.

Helzick, Cathy S. "Returning United States Children Abducted to Foreign Countries: The Need to Implement the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction" (1987), 5 *Boston U. Int'l L.J.* 119.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Lowe, Nigel, and Michael Nicholls. "Child Abduction: The Wardship Jurisdiction and the Hague Convention", [1994] *Fam. Law* 191.

Manitoba. Legislative Assembly. Standing Committee on Law Amendments, vol. XXX No. 6, June 28, 1982, p. 101.

et le rétablissement de la garde des enfants, S.T.E. n° 105.

Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, préambule, art. 1, 3, 5, 11, 12, 13, 15; 16, 20, 21.

Custody Jurisdiction and Enforcement Act, S.P.E.I. 1984, ch. 17.

Family Relations Amendment Act, 1982, S.B.C. 1982, ch. 8 [mod. 1985, ch. 72, art. 20].

International Child Abduction Act, S.A. 1986, ch. I-6.5.

International Child Abduction Act, S.S. 1986, ch. I-10.1.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 132.

Loi sur l'enlèvement international d'enfants, L.N.-B. 1982, ch. I-12.1.

Loi sur l'exécution des ordonnances de garde, L.R.M. 1987, ch. C360, art. 3, 4(1), 5, 6, 17.

Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants, L.Q. 1984, ch. 12.

Doctrines citées

Anton, A. E. «The Hague Convention on International Child Abduction» (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537.

Black, Vaughan. «Statutory Confusion in International Child Custody Disputes» (1993), 9 *C.F.L.Q.* 279.

Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. III, *Enlèvement d'enfants*. La Haye: Imprimerie nationale, 1982.

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.

Eekelaar, John M. «International Child Abduction by Parents» (1982), 32 *U.T.L.J.* 281.

Farquhar, Keith B. «The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada» (1983), 4 *Rev. can. d. fam.* 5.

Helzick, Cathy S. «Returning United States Children Abducted to Foreign Countries: The Need to Implement the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction» (1987), 5 *Boston U. Int'l L.J.* 119.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Lowe, Nigel, and Michael Nicholls. «Child Abduction: The Wardship Jurisdiction and the Hague Convention», [1994] *Fam. Law* 191.

Manitoba. Legislative Assembly. Standing Committee on Law Amendments, vol. XXX n° 6, 28 juin 1982, p. 101.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1993), 88 Man. R. (2d) 204, 51 W.A.C. 204, 50 R.F.L. (3d) 145, 107 D.L.R. (4th)

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1993), 88 Man. R. (2d) 204, 51 W.A.C. 204, 50 R.F.L. (3d) 145, 107 D.L.R. (4th) 695,

695, [1993] 8 W.W.R. 385, upholding a decision of the Court of Queen's Bench, Family Division (1993), 87 Man. R. (2d) 68, 48 R.F.L. (3d) 308, [1993] 7 W.W.R. 355, ordering that the mother return the child to Scotland. Appeal dismissed. ^a

Martin G. Tadman, for the appellant.

Jack A. King and Holly D. Penner, for the respondent. ^b

Graham Garton, Q.C., and *Louise Lussier*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robert H. Ratcliffe and Elizabeth Bucci, for the intervener the Attorney General for Ontario. ^c

Joan A. MacPhail, for the intervener the Attorney General of Manitoba. ^d

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by ^e

LA FOREST J. — This appeal raises for the first time in this Court the interpretation and application of the Hague *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35, to which Canada is a party. The underlying purpose of the Convention, as set forth in its preamble, is to protect children from the harmful effects of their wrongful removal or retention and to establish procedures to ensure their prompt return to the state of their habitual residence. ^f

The case arises in a context where a baby boy born in Scotland of Scottish parents was taken by his mother to Canada in December 1992 to visit her parents in Manitoba. Once there, she decided to stay permanently. At the time of the removal of the child, she had been granted interim custody of the child following the breakdown of her marriage; the father had, however, been granted interim access, and the court order contained a prohibition against the child being taken out of Scotland. The principal question is whether the child should be returned to Scotland under the terms of the Con- ^g

[1993] 8 W.W.R. 385, qui a confirmé la décision de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille (1993), 87 Man. R. (2d) 68, 48 R.F.L. (3d) 308, [1993] 7 W.W.R. 355, qui avait ordonné que la mère retourne l'enfant en Écosse. Pourvoi rejeté.

Martin G. Tadman, pour l'appelante.

Jack A. King et Holly D. Penner, pour l'intimé. ^b

Graham Garton, c.r., et *Louise Lussier*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert H. Ratcliffe et Elizabeth Bucci, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario. ^c

Joan A. MacPhail, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba. ^d

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par ^e

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi pose pour la première fois à notre Cour la question de l'interprétation et de l'application de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* de la Haye, R.T. Can. 1983 n° 35, à laquelle le Canada est partie. L'objectif fondamental de la Convention, énoncé dans son préambule, est de protéger l'enfant contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et d'établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle. ^f

En l'espèce, un enfant né en Écosse de parents écossais a été emmené au Canada en décembre 1992 par sa mère qui venait visiter ses parents au Manitoba. Une fois au pays, elle a décidé d'y rester définitivement. Au moment où elle a emmené l'enfant, elle avait obtenu sa garde provisoire à la suite de la rupture de son mariage; le père avait toutefois obtenu un droit de visite provisoire dans une ordonnance qui interdisait que l'enfant soit emmené hors de l'Écosse. Il s'agit principalement de savoir si l'enfant doit être rapatrié conformément à la Convention ou aux dispositions de la loi ^g

vention or under other provisions of the Act implementing the Convention in Manitoba, the *Child Custody Enforcement Act*, R.S.M. 1987, c. C360.

Facts

The appellant, Amanda Louise Thomson, and the respondent, Paul Thomson, were married in Scotland in February 1991. She was 17; he was 22. Their child, Matthew, was born on March 22, 1992. From then until July 1992, they all lived with the husband's parents. In July 1992, they moved to their own rented accommodations. Matthew, however, continued to live at his paternal grandparents' home for part of the week; the rest of the week, he lived with his parents.

On Sunday, September 27, 1992, the child was due to be returned from his grandparents but was not. Three days later, he had still not been returned. This precipitated a fight between his parents, and they agreed to separate. The child remained with his paternal grandparents.

Each parent sought custody of Matthew. The mother's application was heard before the Stranraer Sheriff Court in Scotland on October 9, 1992; both parties were represented. A solicitor was appointed by the court to report on the circumstances of the child. The report indicates, among other things, that the mother was the more suitable parent, and had more drive and ambition than the father; that all parties were on welfare; that when Matthew was in the custody of his father, it was his paternal grandmother who cared for him; and that it was acceptable to the father that Matthew's grandmother bring up the child.

The Sheriff granted the appellant wife interim custody of Matthew on November 27, 1992. He also granted the respondent interim access and ordered that the child remain in Scotland pending a further court order (the court had evidence that the mother had been thinking of going to Canada to live with her parents who had recently emigrated). Neither party appeared in person at the

d'application de la Convention au Manitoba, la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*, L.R.M. 1987, ch. C360.

^a Les faits

L'appelante, Amanda Louise Thomson, et l'intimé, Paul Thomson se sont mariés en Écosse en février 1991. Elle était âgée de 17 ans, lui de 22 ans. Leur enfant Matthew est né le 22 mars 1992. À compter de cette date jusqu'en juillet 1992, ils vivaient tous chez les parents de l'époux. En juillet 1992, ils ont emménagé dans leur propre appartement loué. Matthew a toutefois continué de vivre une partie de la semaine chez ses grands-parents paternels et l'autre partie, avec ses parents.

^a Le dimanche 27 septembre 1992, les grands-parents devaient retourner l'enfant, mais ne l'ont pas fait. Trois jours plus tard, ils ne l'avaient toujours pas retourné. Cet incident a précipité une dispute entre ses parents, qui ont convenu de se séparer. L'enfant est demeuré avec ses grands-parents paternels.

^f Les deux parents ont demandé la garde de Matthew. La demande de la mère a été entendue devant la Cour du shérif de Stranraer en Écosse le 9 octobre 1992; les deux parties y étaient représentées. Le procureur désigné par la cour pour rendre compte de la situation de l'enfant a indiqué notamment dans son rapport que la mère était le parent le plus qualifié, qu'elle était animée d'une plus grande volonté et d'une plus grande ambition que le père, que toutes les parties vivaient de l'aide sociale, que lorsque Matthew était sous la garde de son père, c'est sa grand-mère paternelle qui prenait soin de lui, et que le père de Matthew jugeait acceptable que son enfant soit élevé par sa grand-mère.

ⁱ Le 27 novembre 1992, le shérif a accordé à l'appelante la garde provisoire de Matthew. Il a également accordé à l'intimé un droit de visite provisoire et ordonné que l'enfant demeure en Écosse jusqu'à ce que la cour rende une autre ordonnance (la cour avait en main une preuve que la mère songeait à aller vivre au Canada avec ses parents, qui y avaient récemment émigré). Aucune des parties

hearing. The appellant later deposed that when she talked to her lawyer after the hearing, the lawyer was in a hurry, and told her only "We won! You have custody of Matthew", and that Mr. Thomson had been granted visitation rights. The lawyer is alleged to have told the appellant that she would provide a report detailing the court's decision in a "few days". On December 2, 1992, without receiving this report, the appellant left Scotland with Matthew to visit her parents in Manitoba.

Some time during the next two months, the appellant formed the intention to remain with her child in Manitoba. She enrolled in a Canadian high school and, she deposed, planned to pursue higher education after graduation. Meanwhile, she and Matthew lived on the family farm near Wawanesa, Manitoba.

On February 3, 1993, the appellant applied for custody of Matthew in Manitoba. The same day, the custody hearing resumed in Scotland. At the latter hearing, the respondent husband was granted an order of custody. The appellant later deposed that she did not know of this Scottish custody hearing; she did not attend it; nor did she provide instructions to the lawyer who had represented her before. Consequently, her counsel was allowed to withdraw at the hearing. The record disclosed only that the respondent and his mother presented evidence.

On February 25, 1993, the respondent launched a request for the return of the child under the *Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*. The application was filled out in a manner that, as we shall see, appears to denote a misunderstanding of the Convention's language and requirements. In the letter accompanying the request, the Scottish central authority (i.e., the body designated in Scotland for dealing with applications under the Convention) stated that "Under the common law of Scotland, married parents of a child have joint rights of custody unless a court orders otherwise." Later in the document,

n'a comparu en personne à l'audience. L'appelante a subséquemment attesté que, lorsqu'elle a discuté avec son avocate après l'audience, cette dernière était pressée et lui a seulement dit: [TRADUCTION] «Nous avons gagné! Vous avez la garde de Matthew», et que M. Thomson avait obtenu un droit de visite. L'avocate aurait dit à l'appelante qu'elle lui remettrait un rapport expliquant la décision de la cour dans [TRADUCTION] «quelques jours». Le 2 décembre 1992, sans avoir reçu ce rapport, l'appelante a quitté l'Écosse avec Matthew pour visiter ses parents au Manitoba.

C'est pendant les deux mois suivants qu'a germé dans l'esprit de l'appelante l'intention de demeurer au Manitoba avec son enfant. Elle s'est inscrite dans une école secondaire canadienne et elle a affirmé qu'elle prévoyait poursuivre une éducation post-secondaire après avoir reçu son diplôme. Pendant ce temps, elle et Matthew vivaient à la ferme familiale près de Wawanesa (Manitoba).

Le 3 février 1993, l'appelante a demandé la garde de Matthew au Manitoba. Le même jour, l'audition sur la garde a repris en Écosse. L'époux intimé y a obtenu une ordonnance de garde. L'appelante a témoigné par la suite qu'elle n'était pas au courant de cette audience tenue en Écosse, qu'elle n'y a pas assisté et n'a donné aucune instructions à l'avocate qui l'avait auparavant représentée. Cette dernière a d'ailleurs obtenu, à l'audience, l'autorisation de se retirer. Le dossier indique seulement que l'intimé et sa mère ont témoigné.

Le 25 février 1993, l'intimé a introduit une demande visant le retour de l'enfant en vertu de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* de La Haye. La demande a été remplie d'une façon qui, comme nous le verrons, semble dénoter une mauvaise compréhension du libellé de la Convention et de ses conditions. Dans la lettre qui accompagnait la demande, l'autorité centrale écossaise (c'est-à-dire l'organisme désigné en Écosse pour étudier les demandes sous le régime de la Convention) indiquait qu'[TRADUCTION] «[e]n vertu de la common law de l'Écosse, les parents mariés d'un enfant ont un droit de

under the space for "Requesting Individual or Institution (who actually exercised custody before the removal or retention)" was written the name of the appellant, Amanda Louise Thomson. Still later, under "Factual or Legal Grounds Justifying the Request", was written "Paul Thomson has legal custody of child as confirmed by order of Stranraer Sheriff Court on February 3, 1993." As will become apparent, the procedure followed seems to be more consonant with the language and requirements of the European Convention dealing with the matter in the European Economic Community. That approach is not uncommon, at least for British requests under the Hague Convention. It can, however, result and has here resulted in difficulties in relation to the return of the child from Canada.

In March 1993, the respondent replied to his wife's application for custody in Manitoba with an application under the *Child Custody Enforcement Act* and under the Convention for the return of the child to Scotland. Shortly afterwards, in April 1993, Mrs. Thomson unsuccessfully appealed the custody order in Scotland (it seems that she instructed her counsel over the telephone and did not personally appear). The reasons for the dismissal of the appeal were not part of the record.

Relevant Convention and Statutory Provisions

For ease of reference, I set forth here the relevant provisions of the Convention and the Act:

Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35

[PREAMBLE]

The States signatory to the present Convention,

Firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody,

garde conjoint à moins que la cour n'ordonne autrement». Plus loin dans le document, sous le titre «Partie requérante: personne ou institution (qui exerçait la garde effectivement avant l'enlèvement)» est inscrit le nom de l'appelante, Amanda Louise Thomson. Encore plus loin, sous la rubrique «Motifs de fait ou légaux justifiant la requête», on a écrit [TRADUCTION] «Aux termes de l'ordonnance rendue le 3 février 1993 par la Cour du shérif de Stranraer, Paul Thomson a la garde légale de l'enfant». Comme nous pourrions le constater, la procédure suivie semble être plus conforme au libellé et aux exigences de la Convention européenne qui traite de cette question au sein de la Communauté économique européenne. Cette démarche n'est pas rare, du moins quant aux demandes britanniques présentées en vertu de la Convention de La Haye. Toutefois elle peut, comme ce fut le cas en l'espèce, entraîner des difficultés relativement au retour de l'enfant à partir du Canada.

En mars 1993, l'intimé a répliqué à la demande présentée par son épouse au Manitoba pour obtenir la garde par une demande fondée sur la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde* et sur la Convention afin que l'enfant soit retourné en Écosse. Peu après, soit en avril 1993, M^{me} Thomson a interjeté sans succès appel de l'ordonnance de garde rendue en Écosse (il semble qu'elle ait donné ses instructions à son avocate au téléphone et n'ait pas comparu en personne). Les motifs du rejet de l'appel ne font pas partie du dossier.

Dispositions pertinentes de la Convention et de la Loi

Par souci de commodité, je reproduis ici les dispositions pertinentes de la Convention et de la Loi:

Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35

[PRÉAMBULE]

Les États signataires de la présente Convention,

Profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde,

Desiring to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention and to establish procedures to ensure their prompt return to the State of their habitual residence, as well as to secure protection for rights of access,

Have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions:

ARTICLE 1

The objects of the present Convention are:

- (a) to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State; and
- (b) to ensure that rights of custody and of access under the law of one Contracting State are effectively respected in the other Contracting States.

ARTICLE 3

The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where:

- (a) it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and
- (b) at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention.

The rights of custody mentioned in sub-paragraph (a) above, may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of that State.

ARTICLE 5

For the purposes of this Convention:

- (a) "rights of custody" shall include rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence;
- (b) "rights of access" shall include the right to take a child for a limited period of time to a place other than the child's habitual residence.

Désirant protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet, et sont convenus des dispositions suivantes:

ARTICLE 1

La présente Convention a pour objet:

- a) d'assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant;
- b) de faire respecter effectivement dans les autres États contractants les droits de garde et de visite existant dans un État contractant.

ARTICLE 3

Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite:

- a) lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour; et
- b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

Le droit de garde visé en a) peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet État.

ARTICLE 5

Au sens de la présente Convention:

- a) le «droit de garde» comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence;
- b) le «droit de visite» comprend le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle.

ARTICLE 11

The judicial or administrative authorities of Contracting States shall act expeditiously in proceedings for the return of children.

If the judicial or administrative authority concerned has not reached a decision within six weeks from the date of commencement of the proceedings, the applicant or the Central Authority of the requested State, on its own initiative or if asked by the Central Authority of the requesting State, shall have the right to request a statement of the reasons for the delay. If a reply is received by the Central Authority of the requested State, that Authority shall transmit the reply to the Central Authority of the requesting State, or to the applicant, as the case may be.

ARTICLE 12

Where a child has been wrongfully removed or retained in terms of Article 3 and, at the date of the commencement of the proceedings before the judicial or administrative authority of the Contracting State where the child is, a period of less than one year has elapsed from the date of the wrongful removal or retention, the authority concerned shall order the return of the child forthwith.

ARTICLE 13

Notwithstanding the provisions of the preceding Article, the judicial or administrative authority of the requested State is not bound to order the return of the child if the person, institution or other body which opposes its return establishes that:

- (a) the person, institution or other body having the care of the person of the child was not actually exercising the custody rights at the time of removal or retention, or had consented to or subsequently acquiesced in the removal or retention; or
- (b) there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation.

The judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views.

ARTICLE 11

Les autorités judiciaires ou administratives de tout État contractant doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant.

Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative saisie n'a pas statué dans un délai de six semaines à partir de sa saisine, le demandeur ou l'Autorité centrale de l'État requis, de sa propre initiative ou sur requête de l'Autorité centrale de l'État requérant, peut demander une déclaration sur les raisons de ce retard. Si la réponse est reçue par l'Autorité centrale de l'État requis, cette Autorité doit la transmettre à l'Autorité centrale de l'État requérant ou, le cas échéant, au demandeur.

ARTICLE 12

Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'État contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat.

ARTICLE 13

Nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit:

- a) que la personne, l'institution ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, ou avait consenti ou acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour; ou
- b) qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.

L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

In considering the circumstances referred to in this Article, the judicial and administrative authorities shall take into account the information relating to the social background of the child provided by the Central Authority or other competent authority of the child's habitual residence.

ARTICLE 15

The judicial or administrative authorities of a Contracting State may, prior to the making of an order for the return of the child, request that the applicant obtain from the authorities of the State of the habitual residence of the child a decision or other determination that the removal or retention was wrongful within the meaning of Article 3 of the Convention, where such a decision or determination may be obtained in that State. The Central Authorities of the Contracting States shall so far as practicable assist applicants to obtain such a decision or determination.

ARTICLE 16

After receiving notice of a wrongful removal or retention of a child in the sense of Article 3, the judicial or administrative authorities of the Contracting State to which the child has been removed or in which it has been retained shall not decide on the merits of rights of custody until it has been determined that the child is not to be returned under this Convention

ARTICLE 20

The return of the child under the provisions of Article 12 may be refused if this would not be permitted by the fundamental principles of the requested State relating to the protection of human rights and fundamental freedoms.

ARTICLE 21

An application to make arrangements for organizing or securing the effective exercise of rights of access may be presented to the Central Authorities of the Contracting States in the same way as an application for the return of a child.

The Central Authorities are bound by the obligations of co-operation which are set forth in Article 7 to promote the peaceful enjoyment of access rights and the fulfilment of any conditions to which the exercise of those rights may be subject. The Central Authorities shall take steps to remove, as far as possible, all obstacles to the exercise of such rights.

Dans l'appréciation des circonstances visées dans cet article, les autorités judiciaires ou administratives doivent tenir compte des informations fournies par l'Autorité centrale ou toute autre autorité compétente de l'État de la résidence habituelle de l'enfant sur sa situation sociale.

ARTICLE 15

Les autorités judiciaires ou administratives d'un État contractant peuvent, avant d'ordonner le retour de l'enfant, demander la production par le demandeur d'une décision ou d'une attestation émanant des autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant constatant que le déplacement ou le non-retour était illicite au sens de l'article 3 de la Convention, dans la mesure où cette décision ou cette attestation peut être obtenue dans cet État. Les Autorités centrales des États contractants assistent dans la mesure du possible le demandeur pour obtenir une telle décision ou attestation.

ARTICLE 16.

Après avoir été informées du déplacement illicite d'un enfant ou de son non-retour dans le cadre de l'article 3, les autorités judiciaires ou administratives de l'État contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne pourront statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la présente Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies

ARTICLE 20

Le retour de l'enfant conformément aux dispositions de l'article 12 peut être refusé quand il ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l'État requis sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

ARTICLE 21

Une demande visant l'organisation ou la protection de l'exercice effectif d'un droit de visite peut être adressée à l'Autorité centrale d'un État contractant selon les mêmes modalités qu'une demande visant au retour de l'enfant.

Les Autorités centrales sont liées par les obligations de coopération visées à l'article 7 pour assurer l'exercice paisible du droit de visite et l'accomplissement de toute condition à laquelle l'exercice de ce droit serait soumis, et pour que soient levés, dans toute la mesure du possible, les obstacles de nature à s'y opposer.

The Central Authorities, either directly or through intermediaries, may initiate or assist in the institution of proceedings with a view to organizing or protecting these rights and securing respect for the conditions to which the exercise of these rights may be subject.

The Child Custody Enforcement Act, R.S.M. 1987, c. C360

3 A court on application shall enforce, and may make such orders as it considers necessary to give effect to, a custody order made by an extra-provincial tribunal as if the custody order had been made by the court unless it is satisfied on evidence adduced that the child affected by the custody order did not, at the time the custody order was made, have a real and substantial connection with the province, state or country in which the custody order was made.

4(1) Notwithstanding the existence of a custody order affecting a child made by an extra-provincial tribunal, a court on application may make a custody order in respect of the child that differs from the custody order made by the extra-provincial tribunal, if it is satisfied

(a) that the child affected does not, at the time the application is made, have a real and substantial connection with the province, state or country in which the custody order made by the extra-provincial tribunal was made or was last enforced; and

(b) that the child has a real and substantial connection with Manitoba or all the parties affected by the custody order are habitually resident in Manitoba.

5 Notwithstanding any other provision of this Act, where a court is satisfied that a child would suffer serious harm if the child remained in or was restored to the custody of the person named in a custody order made by an extra-provincial tribunal, the court may make a custody order in respect of the child that differs from the custody order made by the extra-provincial tribunal.

6 Upon application, a court,

(a) that is satisfied that a child has been wrongfully removed to or is being wrongfully retained in Manitoba; or

(b) that may not exercise jurisdiction under section 4,

may do any one or more of the following:

Les Autorités centrales, soit directement, soit par des intermédiaires, peuvent entamer ou favoriser une procédure légale en vue d'organiser ou de protéger le droit de visite et les conditions auxquelles l'exercice de ce droit pourrait être soumis.

Loi sur l'exécution des ordonnances de garde, L.R.M. 1987, ch. C360

3 Le tribunal saisi d'une demande à cet effet, est tenu de faire exécuter l'ordonnance de garde rendue par un tribunal extra-provincial; il peut prendre toute mesure qu'il juge nécessaire pour donner à cette ordonnance la force exécutoire de ses propres ordonnances, à moins d'être convaincu, sur la foi des preuves produites, qu'à la date de cette ordonnance, l'enfant qui en fait l'objet n'avait pas de liens étroits et véritables avec la province, l'État ou le pays dans lequel l'ordonnance de garde a été rendue.

4(1) Malgré l'existence d'une ordonnance de garde à l'égard d'un enfant rendue par un tribunal extra-provincial, un tribunal peut, sur demande, rendre une ordonnance de garde à l'égard de cet enfant qui diffère de celle rendue par le tribunal extra-provincial s'il conclut:

a) d'une part, que l'enfant qui fait l'objet de l'ordonnance de garde extra-provinciale n'a pas, à la date de la demande d'une nouvelle ordonnance, de liens étroits et véritables avec la province, l'État ou le pays dans lequel l'ordonnance extra-provinciale a été rendue ou exécutée en dernier lieu;

b) d'autre part, que l'enfant a des liens étroits et véritables avec le Manitoba ou que toutes les parties intéressées dans l'ordonnance de garde résident au Manitoba.

5 Malgré toute autre disposition de la présente loi, le tribunal qui conclut que l'enfant subirait un préjudice grave s'il demeurait sous la garde de la personne nommée dans une ordonnance de garde extra-provinciale ou s'il était confié de nouveau à la garde de cette personne, peut rendre une ordonnance de garde à l'égard de l'enfant différente de celle rendue par le tribunal extra-provincial.

6 Si le tribunal saisi de la demande:

a) ou bien conclut que l'enfant a été amené ou est retenu irrégulièrement au Manitoba;

b) ou bien ne peut statuer en application de l'article 4;

il peut:

(c) Make such interim custody order as the court considers is in the best interests of the child.

(d) Stay the application subject to,

(i) the condition that a party to the application promptly commence or proceed expeditiously with a similar proceeding before an extra-provincial tribunal, or

(ii) such other conditions as the court considers appropriate.

(e) Order a party to return the child to such place as the court considers appropriate and, in the discretion of the court, order payment of the cost of the reasonable travel and other expenses of the child and any parties to or witnesses at the hearing of the application.

17(1) In this section "convention" means the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction set out in the Schedule hereto.

17(2) On, from and after December 1, 1983, the convention is in force in Manitoba and the provisions thereof are law in Manitoba.

17(3) The Department of the Attorney-General shall be the Central Authority for the province for the purpose of the convention.

The Courts Below

Manitoba Court of Queen's Bench, Family Division (1993), 87 Man. R. (2d) 68

The husband's application for the return of the child was heard by Davidson J. of the Manitoba Court of Queen's Bench both under the terms of the Convention and under provisions in its implementing Act, the *Child Custody Enforcement Act* of Manitoba.

At the outset, Davidson J. stated that she was prepared to recognize the orders of the Scottish courts and dealt with the objections raised to them in the following manner. Whether or not the appellant knew of the non-removal clause in the interim order of November 27, 1992, Mrs. Thomson did know of the access provisions contained in that order and chose to ignore them. In addition, Davidson J. found that Mrs. Thomson was wilfully blind to the proceedings she had instituted in Scotland, and that she failed to return the child once

c) rendre toute ordonnance de garde provisoire qu'il juge être au mieux des intérêts de l'enfant;

d) suspendre l'audition de la demande sous réserve:

(i) soit de l'obligation faite à une partie d'intenter promptement la même procédure devant un tribunal extra-provincial ou d'y donner suite avec diligence,

(ii) soit de toute autre condition que le tribunal juge indiquée;

e) ordonner à une partie de renvoyer l'enfant au lieu que le tribunal juge indiqué et ordonner, à sa discrétion, le paiement des dépenses de voyage et autres dépenses raisonnables faites par l'enfant, par les autres parties ou par les témoins à l'audition de la demande.

17(1) Dans le présent article, «Convention» s'entend de la Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants figurant en annexe.

17(2) Dès le 1^{er} décembre 1983, la Convention a force de loi dans la province.

17(3) Le ministère du procureur général est l'Autorité centrale pour l'application de la Convention dans la province.

Les juridictions inférieures

La Cour du Banc de la Reine du Manitoba, Division de la famille (1993), 87 Man. R. (2d) 68

La demande de l'époux visant le retour de l'enfant a été entendue par le juge Davidson de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, tant sous le régime de la Convention que sous celui de sa loi d'application, la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*.

Dès le début, le juge Davidson s'est montrée disposée à reconnaître les ordonnances des tribunaux écossais et elle a tranché de la façon suivante les objections soulevées à leur encontre. Qu'elle ait ou non connu l'existence de la clause de l'ordonnance provisoire rendue le 27 novembre 1992 qui interdisait le déplacement, M^{me} Thomson connaissait les dispositions relatives au droit de visite contenues dans cette ordonnance et elle a choisi de ne pas en tenir compte. En outre, le juge Davidson a conclu que M^{me} Thomson a volontairement passé

she became aware of the contents of the orders of the Scottish court of November 27, 1992 and February 3, 1993.

Davidson J. held that both the Convention (Article 12) and the Act (s. 6) required her to start from the position that she should enforce orders from other jurisdictions except in limited circumstances. The former (with which I am principally concerned) reads:

ARTICLE 12

Where a child has been wrongfully removed or retained in terms of Article 3 and, at the date of the commencement of the proceedings before the judicial or administrative authority of the Contracting State where the child is, a period of less than one year has elapsed from the date of the wrongful removal or retention, the authority concerned shall order the return of the child forthwith.

Davidson J. had no difficulty holding that the child had substantial connections with Scotland and not with Manitoba as contemplated by ss. 3 and 4(1) of the Act. Under these circumstances she obviously did not find it necessary to consider whether he “was habitually resident [in Scotland] immediately before the removal or retention” as required by Article 3(a) of the Convention. She simply turned to a consideration of whether any of the exceptions to a requirement to return in the Convention (Article 13) or the Act (s. 5) were applicable.

The latter question involved whether the child had suffered harm of the nature described in Article 13 of the Convention or s. 5 of the Act sufficient to warrant a refusal to return the child. She noted that the requisite harm was expressed differently in the two provisions. Article 13 spoke of a “grave risk” that the return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation, whereas s. 5 merely referred to the fact that the child would “suffer serious harm”. However, she concluded that whatever test was used, it was not satisfied on the evidence. The appellant’s affidavits, she

autre aux procédures qu’elle avait introduites en Écosse, et qu’elle n’a pas retourné l’enfant après avoir pris connaissance de la teneur des ordonnances prononcées le 27 novembre 1992 et le 3^a février 1993 par le tribunal écossais.

Le juge Davidson a conclu qu’elle devait prendre comme point de départ que tant la Convention (art. 12) que la Loi (art. 6) la contraignaient à exécuter les ordonnances des autres ressorts, sauf dans des cas limités. La première disposition (qui m’intéresse particulièrement) porte:

ARTICLE 12

Lorsqu’un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l’article 3 et qu’une période de moins d’un an s’est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l’introduction de la demande devant l’autorité judiciaire ou administrative de l’État contractant où se trouve l’enfant, l’autorité saisie ordonne son retour immédiat.

Le juge Davidson a pu sans peine conclure que l’enfant avait des liens étroits avec l’Écosse et non avec le Manitoba, au sens de l’art. 3 et du par. 4(1) de la Loi. Compte tenu de ces circonstances, elle n’a évidemment pas jugé essentiel de se demander si c’est en Écosse que «l’enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour», comme le requiert l’al. 3a) de la Convention. Elle s’est simplement demandée si les exceptions relatives à l’obligation de retourner l’enfant, énoncées dans la Convention (art. 13) et dans la Loi (art. 5), étaient applicables.

Pour répondre à cette question, il fallait savoir si l’enfant avait subi un préjudice de la nature décrite à l’art. 13 de la Convention ou à l’art. 5 de la Loi, c’est-à-dire suffisamment grave pour justifier un refus de le retourner. Le juge a signalé que les deux dispositions formulaient différemment le préjudice requis. À l’article 13, il est question d’un «risque grave» que le retour de l’enfant ne l’expose à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable, alors que l’art. 5 renvoie simplement au fait que l’enfant «subirait un préjudice grave». Le juge Davidson a néanmoins conclu en se fon-

observed, were worded in terms of the “best interests” of the child, and Davidson J. concluded that the appellant truly saw the issue of whether the child should remain in Canada as a best interests issue, rather than harm as contemplated by the Act or the Convention.

Davidson J. further rejected the argument that she was required to direct a trial on the issue of harm and not decide the matter herself on the basis of affidavit material. While, she noted, a trial of the issue had been ordered by the Manitoba Court of Appeal in *Lavitch v. Lavitch* (1985), 37 Man. R. (2d) 261, that case had dealt with children who were 12 and 13 years old and their ambivalence about resuming a relationship with their father had to be considered in determining whether their return would cause them serious psychological harm. However, Davidson J. continued, the court in that case had indicated that where children were of such a tender age that their objection should not be a factor and no serious question of a risk of harm arose, it would be appropriate for the judge to make the order without requiring a trial of the issue. That was the situation in the case before her.

Davidson J. then dealt with the appellant’s contention that the child was not wrongfully removed within the meaning of Article 3 of the Convention, which I repeat:

ARTICLE 3

The removal or the retention of a child is to be considered wrongful where:

- (a) it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention; and
- (b) at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would

dant sur la preuve que, peu importe le critère utilisé, il n’y avait pas été satisfait. Les affidavits de l’appelante, a-t-elle remarqué, étaient rédigés en fonction du «mieux des intérêts» de l’enfant. Elle a donc conclu que c’est sous cet angle, plutôt que sous celui du préjudice comme le prescrivent la Loi et la Convention, que l’appelante considérait véritablement la question de savoir si l’enfant devait demeurer au Canada.

Le juge Davidson a également écarté l’argument portant qu’elle était tenue d’ordonner la tenue d’un procès sur la question du préjudice et de ne pas trancher elle-même la question sur le fondement des affidavits. Bien que la Cour d’appel du Manitoba ait ordonné la tenue d’un procès sur la question dans *Lavitch c. Lavitch* (1985), 37 Man. R. (2d) 261, a-t-elle signalé, cette affaire mettait en cause des enfants âgés de 12 et de 13 ans, et il fallait tenir compte de leur ambivalence quant à la possibilité de reprendre contact avec leur père pour déterminer si un retour leur causerait un préjudice psychique grave. Toutefois, a poursuivi le juge Davidson, le tribunal dans cette affaire avait indiqué que lorsque les enfants sont jeunes au point que leur opposition ne devrait pas constituer un facteur et qu’aucune question importante ne se pose relativement au risque de préjudice, il convient que le juge rende une ordonnance sans exiger un procès sur la question. Tel était le cas dans l’affaire dont elle était saisie.

Le juge Davidson s’est ensuite penchée sur la prétention de l’appelante portant que l’enfant n’a pas été déplacé illicitement au sens de l’art. 3 de la Convention, que je reproduis de nouveau:

ARTICLE 3

Le déplacement ou le non-retour d’un enfant est considéré comme illicite:

- a) lorsqu’il a lieu en violation d’un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l’État dans lequel l’enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour; et
- b) que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du

have been so exercised but for the removal or retention.

The rights of custody mentioned in sub-paragraph (a) above, may arise in particular by operation of law or by reason of a judicial or administrative decision, or by reason of an agreement having legal effect under the law of that State.

Custody and access are thus defined in Article 5:

ARTICLE 5

For the purposes of this Convention:

- (a) "rights of custody" shall include rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence;
- (b) "rights of access" shall include the right to take a child for a limited period of time to a place other than the child's habitual residence.

Davidson J. held that the appellant's custody right was a restricted one, which took away her right to determine the child's place of residence. Hence, by removing Matthew, Mrs. Thomson had breached a term of her right of custody, and thus his removal was wrongful within the terms of the Convention. The removal being wrongful, the subsequent retention was also wrongful. In *obiter*, Davidson J. rejected the appellant's argument that, by the time of the February 3, 1993 order in Scotland, the child was habitually resident in Manitoba.

On this basis, Davidson J. ordered the return of the child to Scotland. She then went on to consider the terms and conditions of the return that could be dictated by a Manitoba court under s. 6(c) of the *Child Custody Enforcement Act*. In her view, that provision allowed her to make such interim custody order as would be in the best interests of the child. While on the evidence before her she believed it would, in the long-term, be in Matthew's best interests to remain in the custody of his mother, the issue was for the Scottish courts to determine. She thought, however, that on an interim basis it was clearly in the best interests of the child that he not be abruptly removed from his mother's care. On that basis, she ordered that

non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus.

Le droit de garde visé en a) peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet État.

Les droits de garde et de visite sont décrits dans les termes suivants à l'art. 5:

ARTICLE 5

Au sens de la présente Convention:

- a) le «droit de garde» comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence;
- b) le «droit de visite» comprend le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle.

Le juge Davidson a conclu que la restriction dont était assorti le droit de garde de l'appelante la privait du droit de décider du lieu de résidence de l'enfant. Ainsi, en déplaçant Matthew, M^{me} Thomson a manqué à une condition de son droit de garde. Le déplacement étant par conséquent illicite au sens de la Convention, le non-retour subséquent l'était également. Dans un commentaire incident, le juge Davidson a rejeté l'argument de l'appelante portant qu'au moment où l'ordonnance a été prononcée en Écosse le 3 février 1993, l'enfant avait sa résidence habituelle au Manitoba.

Pour ce motif, le juge Davidson a ordonné le retour de l'enfant en Écosse. Elle a ensuite étudié les modalités du retour qui pouvaient être prescrites par un tribunal du Manitoba en vertu de l'al. 6(c) de la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*. À son avis, cette disposition lui permettait de rendre une ordonnance de garde provisoire qui soit au mieux des intérêts de l'enfant. Bien que, sur la foi de la preuve produite, elle ait cru qu'il était à long terme au mieux des intérêts de Matthew de demeurer sous la garde de sa mère, il appartenait aux tribunaux écossais de trancher cette question. Elle estimait toutefois qu'à titre provisoire, il était manifestement au mieux des intérêts de l'enfant de ne pas être soudainement soustrait aux soins de sa

interim custody of the child be granted to Mrs. Thomson, but that the child was to be returned to the jurisdiction in Scotland where the order was made. To ensure that Mrs. Thomson proceeded expeditiously to have matters resolved in Scotland, Davidson J. further ordered that her interim custody order would expire in four months.

Manitoba Court of Appeal (1993), 88 Man. R. (2d) 204

On the appeal to the Court of Appeal, Twaddle J.A., for the majority, first disposed of the argument that the Manitoba court required formal proof of the Scottish order to give the Manitoba court jurisdiction. The Act, he noted, expressly provides that the court may take notice of such orders. He had no more difficulty with the issue of the residence of the child, whether considered in terms of the Convention or the specific provisions of the Act. Like Davidson J., he held that the child was a resident of Scotland and not Manitoba.

On the issue of wrongful removal, Twaddle J.A. held that while the wife might well be technically right in her contention that the child was not wrongfully removed, since she alone was the custodial parent, the point was somewhat academic since the child was clearly wrongly retained in Manitoba once the custody order in favour of the father was made.

Turning then to the exceptions to the requirement to return the child in the Act and the Convention, Twaddle J.A., at p. 208, quoted what he had said in *Lavitch*, *supra*, at p. 265:

In the case of an application to enforce the order of a jurisdiction bound by the *Convention*, a court might allow for the differences between the *Act* and the *Convention* by construing the *Act* broadly to give effect to the tenor and plain intent of the *Convention*, the provisions of which, as I have already noted, are law in Manitoba.

mère. Elle a pour ce motif ordonné que la garde provisoire de l'enfant soit accordée à M^{me} Thomson, mais que l'enfant soit retourné dans le ressort où, en Écosse, l'ordonnance a été rendue. Pour faire en sorte que M^{me} Thomson tente rapidement de faire trancher la question en Écosse, le juge Davidson a en outre ordonné que son ordonnance de garde provisoire expire après quatre mois.

La Cour d'appel du Manitoba (1993), 88 Man. R. (2d) 204

À la Cour d'appel, le juge Twaddle, pour la majorité, a d'abord répondu à l'argument portant que le tribunal manitobain devait avoir une preuve officielle de l'ordonnance écossaise pour avoir compétence. La Loi, a-t-il indiqué, prévoit expressément que le tribunal peut prendre connaissance de ces ordonnances. Il n'a éprouvé guère plus de difficulté à trancher la question de la résidence de l'enfant, qu'elle soit considérée sous l'angle de la Convention ou sous celui des dispositions particulières de la Loi. À l'instar du juge Davidson, il a déterminé que le lieu de résidence de l'enfant était l'Écosse et non le Manitoba.

Sur la question du déplacement illicite, le juge Twaddle a conclu que, bien que l'épouse puisse en principe prétendre à bon droit que l'enfant n'avait pas été déplacé illicitement puisqu'elle seule en avait la garde, la question était quelque peu théorique puisque l'enfant était manifestement retenu illicitement au Manitoba depuis que l'ordonnance de garde avait été rendue en faveur du père.

Se penchant sur les exceptions prévues dans la Loi et dans la Convention relativement à l'obligation de retourner l'enfant, le juge Twaddle a, à la p. 208, repris ce qu'il avait dit dans *Lavitch*, précité, à la p. 265:

[TRADUCTION] Dans le cadre d'une demande visant à faire exécuter l'ordonnance rendue dans un ressort lié par la *Convention*, le tribunal pourrait pallier les différences entre la *Loi* et la *Convention* en interprétant la *Loi* de manière libérale afin de rendre efficace la teneur et l'intention manifeste de la *Convention*, dont les dispositions, comme je l'ai mentionné précédemment, constituent le droit au Manitoba.

He then added:

In the result, the exceptions in the *Act* and those in the *Convention* must be read together. As 'serious harm' to the little boy in this case would necessarily be preceded by a grave risk of harm to him, it is only necessary to consider the exceptions set out in the *Convention*.

The mother had sought to introduce new evidence before the Court of Appeal from a medical doctor specializing in developmental pediatrics regarding the harm the child would suffer by being removed from his primary caregiver, but the court refused categorizing the evidence as "irrelevant" for the following reasons (at pp. 208-9):

The risk contemplated by the *Convention* must come, in my opinion, from a cause related to the return of the child to the other parent. This construction is required both by the language of the *Convention* and by the consequence of construing it otherwise.

At least in the case of a child of tender years, an extra-territorial order of custody could never be enforced if the risk of harm from the removal of the child from its present caregivers was to be allowed for. It is almost always that the removal of a very young child from its immediate environment, or from those with whom the child has become familiar, will cause some temporary psychological trauma. Those who signed the *Convention* could not have intended this as a ground for not enforcing an order. Such a result would negate the *Convention's* purpose.

Twaddle J.A. continued that although the guiding principle in all matters dealing with the custody of a child is that the adjudicating court must make the order which is in the best interests of the child, the parties to the *Convention* have agreed that the concurrent exercise of custody jurisdiction is not in the best interests of a child (pp. 209-10). As regards judicial comity, he held that if the *Convention* is fully applicable, the court in the requested state must accept the other court's order as having been made in accordance with the guiding principle. That court, he added, must also accept that the child's future welfare will be safeguarded by the court in its home jurisdiction.

Puis il a ajouté:

[TRADUCTION] À la fin, les exceptions prévues à la *Loi* et à la *Convention* doivent être interprétées ensemble. Puisque le «préjudice grave» à l'enfant en l'espèce serait nécessairement précédé d'un risque grave qu'il subisse un préjudice, il suffit de tenir compte des exceptions énoncées dans la *Convention*.

La mère a cherché à introduire en Cour d'appel un nouveau témoignage d'un médecin spécialiste en pédiatrie du développement sur le préjudice que l'enfant subirait s'il était retiré des soins de son gardien principal, mais le tribunal a refusé, jugeant la preuve «sans pertinence» pour les motifs suivants (aux pp. 208 et 209):

[TRADUCTION] Le risque auquel renvoie la *Convention* doit à mon avis découler d'une cause reliée au retour de l'enfant à l'autre parent. Cette interprétation découle nécessairement du libellé de la *Convention* et des conséquences qu'entraînerait une interprétation autre.

À tout le moins dans le cas d'un enfant en bas âge, une ordonnance extra-territoriale de garde ne pourrait jamais être exécutée si l'on tenait compte du risque que l'enfant subisse un préjudice s'il est soustrait aux soins de ses gardiens actuels. Dans presque tous les cas, le retrait d'un très jeune enfant de son environnement immédiat ou de ceux qui lui sont devenus familiers lui causera un traumatisme psychologique temporaire. Les pays signataires de la *Convention* n'ont pu souhaiter qu'il s'agisse là d'une raison de ne pas exécuter une ordonnance. Un tel résultat saperait l'objectif de la *Convention*.

Le juge Twaddle a poursuivi en ajoutant que, bien que dans toutes les affaires qui traitent de la garde d'un enfant, le principe directeur soit que le tribunal qui rend l'ordonnance doive le faire au mieux des intérêts de l'enfant, les parties à la *Convention* ont convenu que l'exercice concomitant de la compétence en matière de garde n'est pas au mieux des intérêts de l'enfant (pp. 209 et 210). Quant à la courtoisie entre tribunaux, il a conclu que, si la *Convention* est entièrement applicable, le tribunal de l'État requis doit présumer que l'autre tribunal a rendu l'ordonnance conformément à ce principe directeur. Ce tribunal, a-t-il ajouté, doit également accepter que le bien-être futur de l'enfant sera garanti par le tribunal de son ressort.

Finally, Twaddle J.A. found that the remedies available under s. 6 of the Act give more flexibility than the requirement in Article 12 of the Convention, which requires that the child be returned “forthwith”. He noted that, although the Scottish court purported to have given a “final” order, from which the appellant’s appeal was dismissed, the case had never been heard on its merits, and it was probable that the Scottish court would wish to do this. However, he doubted that this event would transpire until the appellant returned the child to Scotland. Thus he ordered the return of the child forthwith, and chided Davidson J. for having given an order “worded in such a way as to suggest that it is intended to have continued effect after the child’s return to the foreign jurisdiction” (p. 212).

The dissenting judge, Helper J.A., took a different approach to the issue of whether there had been a wrongful removal of the child from Scotland. In her view, the Scottish court had retained its jurisdiction to determine custody, and it was for that reason that the removal from Scotland was wrongful.

Helper J.A.’s reasons are otherwise largely confined to the terms of the order to return the child to Scotland. Reading the obligation to return in Article 1 of the Convention in the light of its preamble, which recognizes the paramount importance of the interests of children along with the desire to protect children internationally from their wrongful removal, she held that the governing principles are twofold: the recognition and enforcement of extraprovincial custody orders, and the protection of the best interests of children.

The Act, she thought, gave effect to these principles. The interim procedures set out in s. 6 of the Act, she held, allow a Manitoba court to take cognizance of the welfare of children while still observing the requirements of the Convention to return children to the state of their habitual residence. She stated, at p. 215:

Enfin, le juge Twaddle a conclu que les réparations prévues à l’art. 6 de la Loi offrent plus de flexibilité que l’obligation, à l’art. 12 de la Convention, prévoyant le retour «immédiat» de l’enfant. Il a signalé que, bien que le tribunal écossais ait eu l’intention de rendre une ordonnance «définitive» à l’encontre de laquelle l’appel de l’appelante a été rejeté, l’affaire n’a jamais été entendue sur le fond, et il est probable que le tribunal écossais souhaite le faire. Toutefois, il doutait que cet événement se produise avant que l’appelante ne retourne l’enfant en Écosse. Il a donc ordonné le retour immédiat de l’enfant et a reproché au juge Davidson d’avoir rendu une ordonnance [TRADUCTION] «rédigée en des termes qui donnent à entendre qu’elle est destinée à être maintenue après le retour de l’enfant dans le ressort étranger» (p. 212).

Le juge Helper, dissidente, a abordé différemment la question de savoir si l’enfant a été illicitement déplacé hors de l’Écosse. À son avis, le tribunal écossais a conservé sa compétence en matière de garde, et c’est pour cette raison que le déplacement hors de l’Écosse était illicite.

Les motifs du juge Helper sont par ailleurs en grande partie restreints aux modalités de l’ordonnance visant le retour de l’enfant en Écosse. Après avoir lu l’obligation de retour prévue à l’article premier de la Convention à la lumière de son préambule, qui reconnaît l’importance primordiale de l’intérêt de l’enfant de même que le désir de protéger l’enfant, sur le plan international, contre un déplacement illicite, elle a conclu que les principes directeurs comportent deux volets: la reconnaissance et l’exécution d’ordonnances de garde extraprovinciales et la protection de l’intérêt de l’enfant.

La Loi, a-t-elle estimé, a reconnu ces principes. À son avis, les procédures provisoires énoncées à l’art. 6 de la Loi permettent à un tribunal manitobain de prendre acte du bien-être de l’enfant tout en respectant les exigences de la Convention de retourner l’enfant dans l’État où il réside habituellement. Elle a indiqué à la p. 215:

... children must not be made to suffer twice over as a result of their parents' wrongdoing. In giving effect to extra-provincial custody orders, courts must recognize that a possible by-product of the black letter application of the *Act* and the *Convention* is undue stress and, in some cases, actual trauma suffered by young children who have no voice in the courtroom. The corollary to the direction in the *Convention* that the signatories wish to protect children from the harmful effects of their wrongful removal or retention is the reality that children must also be protected from harmful changes that are incomprehensible to them.

The combined effect of the Scottish and Manitoba orders here would be Matthew's removal from his mother's care immediately upon his return to Scotland to be placed with his father and cared for by his grandparents, now strangers to him. Matthew would not be well served by thus allowing him to be bounced between caregivers. Accordingly, Helper J.A. would have ordered that the appellant be awarded interim custody, that the respondent's application be stayed until he agreed to allow the appellant interim custody in Scotland while she proceeded with a custody application there, and that the appellant be directed to commence a custody application in Scotland within two months.

The Appeal to this Court

The appellant sought and was granted leave to appeal to this Court. The leave application and the hearing of the appeal were both heard on an expedited basis, and judgment was rendered immediately after the hearing dismissing the appeal subject to undertakings made by the respondent to which I shall later refer. That judgment was given with reasons to follow. These are the reasons.

The case raises a number of broad issues regarding the purpose, application and interpretation of the *Convention* and its interrelationship with the *Act* implementing it in Manitoba. It also raises several more specific issues, relating to:

(1) the nature of the custody required by the *Convention* and whether there was custody suf-

[TRADUCTION] ... les enfants ne doivent pas souffrir deux fois des écarts de conduite de leurs parents. En appliquant les ordonnances de garde extra-provinciales, les tribunaux doivent tenir compte du fait que l'application stricte de la *Loi* et de la *Convention* risque de causer un stress excessif et, dans certains cas, un traumatisme véritable aux jeunes enfants qui n'ont aucune voix dans la salle d'audience. La *Convention* mentionne que les signataires souhaitent protéger l'enfant contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites. Il s'ensuit que, dans les faits, l'enfant doit également être protégé contre les changements nuisibles qu'il ne comprend pas.

Les ordonnances rendues en Écosse et au Manitoba auraient pour effet conjugué de retirer Matthew de la garde de sa mère immédiatement à son retour en Écosse, et de le remettre à son père. Ce sont ses grands-parents, maintenant des étrangers pour lui, qui en prendraient soin. L'intérêt de Matthew ne serait pas bien servi si on le renvoyait d'un gardien à l'autre. Le juge Helper aurait par conséquent accordé la garde provisoire à l'appelante, suspendu la demande de l'intimé jusqu'à ce qu'il accepte d'accorder à l'appelante la garde provisoire en Écosse pendant qu'elle poursuit sa demande de garde en Écosse, et ordonné à l'appelante d'y introduire une demande de garde dans les deux mois.

Le pourvoi devant notre Cour

L'appelante a demandé et obtenu une autorisation de pourvoi à notre Cour. La demande d'autorisation et le pourvoi ont tous deux été entendus d'urgence et, dans un jugement rendu immédiatement après l'audience, notre Cour a rejeté le pourvoi sous réserve d'engagements pris par l'intimé, dont je parlerai plus loin. Les motifs du jugement devaient suivre. Les voici.

L'affaire soulève diverses questions générales sur l'objectif, l'application et l'interprétation de la *Convention* et sa corrélation avec sa loi d'application au Manitoba. Elle soulève également des interrogations plus précises sur:

(1) la nature de la garde requise par la *Convention* et la question de savoir s'il y avait garde

ficient to trigger the operation of the Convention in this case;

(2) whether the child had been wrongfully removed from Scotland or wrongfully retained in Manitoba so as to bring the case within the operation of the Convention;

(3) whether the return of the child would cause harm to the child sufficient within the terms of the Convention or the Act to warrant refusal to return him; and

(4) the power of a court to which the application for return is made to accord remedies to ameliorate difficulties the child might incur from the return.

I shall begin with the general issues concerning the Convention, then deal with the particular issues before returning to the interrelationship between the Convention and the Act.

Background to the Hague Convention

By the mid-1970s, the problem of international parental child abduction had reached such proportions that the Commonwealth Law Ministers described it as being of "immense social importance and requiring concrete early action" (Hague Conference on Private International Law, *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. III, *Child Abduction* (1982) (hereinafter "*Actes et documents*"), at p. 15, n. 6). At a meeting of a Special Commission of the Hague Conference on Private International Law held in January 1976, the Expert of Canada proposed that the Hague Conference undertake the preparation of an international treaty dealing with the problem of the abduction of children by one of their parents. The proposal was received with interest, and the Hague Conference Secretariat proceeded with a study of the legal and social aspects of the problem. A 1978 international study conducted by the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law was informed of the following reported cases of abductions: Australia (10), Belgium (15), Denmark (8), France (75); the scale of the problem in the United Kingdom was indicated by the fact that in a 12-month period the Home Office was asked to

suffisante pour déclencher l'application de la Convention en l'espèce;

(2) la question de savoir si l'enfant a été illicitement déplacé hors de l'Écosse ou illicitement retenu au Manitoba de façon que l'affaire soit soumise à l'application de la Convention;

(3) la question de savoir si le retour de l'enfant lui causerait un préjudice suffisant au sens de la Convention ou de la Loi pour justifier le refus de le retourner; et

(4) le pouvoir d'un tribunal à qui la demande de retour est présentée d'accorder les réparations visant à aplanir les difficultés que l'enfant pourrait subir au retour.

J'examinerai d'abord les questions générales concernant la Convention, puis je me pencherai sur les questions particulières avant de revenir à la corrélation entre la Convention et la Loi.

Historique de la Convention de La Haye

Au milieu des années 1970, le problème de l'enlèvement international d'enfants par l'un des parents avait atteint des proportions telles que les ministres de la Justice du Commonwealth l'ont jugé «d'une immense importance sociale, qui exige que des mesures concrètes soient rapidement prises» (Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. III, *Enlèvement d'enfants* (1982) (ci-après appelé «*Actes et documents*»), à la p. 15, n. 6). Lors d'une réunion d'une Commission spéciale de la Conférence de La Haye de droit international privé tenue en janvier 1976, l'expert du Canada a proposé que la Conférence entreprenne la rédaction d'un traité international portant sur le problème de l'enlèvement d'enfants par l'un des parents. La proposition a été bien accueillie, et le Secrétariat de la Conférence de La Haye a effectué une étude sur les aspects juridiques et sociaux du problème. Dans le cadre d'une étude internationale menée en 1978, le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé a été avisé des cas suivants d'enlèvements rapportés: Australie (10), Belgique (15), Danemark (8), France (75); l'étendue du problème au Royaume-

take precautions in airports and ports in 691 cases involving 69 different countries; see A. E. Anton, "The Hague Convention on International Child Abduction" (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537. Though, as Anton has pointed out, these numbers were relatively small, the risk of harm to the child and the certainty of distress to the parents made it imperative that governments coordinate their efforts to prevent this evil. At all events, the numbers showed signs of increasing. For example, between 1982 and 1984 (the United States did not implement the treaty until 1988), the number of American citizens seeking the return of abducted children from abroad doubled, and in 1986 there were 276 reported cases of parental child abduction in the United States; see C. S. Helzick, "Returning United States Children Abducted to Foreign Countries: The Need to Implement the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction" (1987), 5 *Boston U. Int'l L.J.* 119.

In March 1979 the Conference convened a Special Commission to examine the matter and to consider possible solutions. At a further meeting of the Special Commission in November 1979 a preliminary draft Convention was prepared which formed the basis for discussion at the Fourteenth Session of the Hague Conference in October 1980.

At that session representatives of 28 states prepared a draft *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* which the Conference adopted by a unanimous vote on October 24, 1980. The Convention was immediately made available for signature by states, and Canada was one of four states to sign it on October 25, 1980. Scotland implemented the Convention in 1986.

In Canada, effect was given to the Convention by provincial statutes. Manitoba, we saw, made it part of its law by virtue of s. 17 of its *Child Custody Enforcement Act* which contains other provisions for the enforcement of extraprovincial orders. I shall refrain here from discussing the

Uni ressortait du fait que dans une période de 12 mois, on avait demandé au Home Office de prendre des précautions dans les aéroports et les ports dans 691 cas concernant 69 pays différents; voir A. E. Anton, «The Hague Convention on International Child Abduction» (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537. Bien que, comme le remarque Anton, ces chiffres soient relativement peu élevés, le risque que l'enfant subisse un préjudice et le désarroi certain des parents ont contraint les gouvernements à unir leurs efforts pour enrayer ce mal. À tout événement, les chiffres montraient un accroissement. Ainsi, entre 1982 et 1984 (les États-Unis n'ont mis le traité en œuvre qu'en 1988), le nombre de citoyens américains demandant le retour d'enfants enlevés à l'étranger a doublé et, en 1986, 276 cas d'enlèvement d'enfants par un parent ont été rapportés aux États-Unis; voir C. S. Helzick, «Returning United States Children Abducted to Foreign Countries: The Need to Implement the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction» (1987), 5 *Boston U. Int'l L.J.* 119.

En mars 1979, la Conférence a convoqué une Commission spéciale chargée d'examiner la question et de songer aux solutions possibles. Lors d'une réunion subséquente de la Commission spéciale tenue en novembre 1979, un avant-projet de la Convention a été rédigé, lequel a constitué le point de départ de la discussion lors de la Quatorzième session de la Conférence de La Haye en octobre 1980.

Lors de cette session, les représentants de 28 États ont rédigé un avant-projet de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, que la Conférence a adopté unanimement le 24 octobre 1980. La Convention a immédiatement été soumise aux États pour signature, et le Canada a été l'un des quatre pays à la signer le 25 octobre 1980. L'Écosse a mis la Convention en œuvre en 1986.

Au Canada, c'est par l'entremise de lois provinciales que la Convention a été mise en vigueur. Le Manitoba, comme nous l'avons vu, l'a intégrée à sa législation par l'entremise de l'art. 17 de sa *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*, qui contient d'autres dispositions relatives à l'exécution

interrelation between the provisions of the Convention and the Act, but before getting into the specific issues raised by the parties, it is useful to make a few general remarks about the interpretation of international treaties and conventions adopted in domestic legislation.

Structure and Interpretation

By and large, international treaties are interpreted in a manner similar to statutes. This is evident from a perusal of Article 31 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, which reads:

ARTICLE 31

General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

There is a significant difference, however, in the use that may be made of the legislative history and other preparatory material. Article 32 provides that such material can be used to confirm the meaning found under Article 31, or to resolve an ambiguity or obscurity or avoid a result that is manifestly absurd or unreasonable. It reads:

ARTICLE 32

Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

des ordonnances extra-provinciales. Je n'analyserai pas ici la corrélation entre les dispositions de la Convention et celles de la Loi, mais avant de me pencher sur les questions particulières soulevées par les parties, il est utile d'apporter quelques remarques générales sur l'interprétation des conventions et traités internationaux adoptés dans les lois d'un pays.

Structure et interprétation

Généralement parlant, les traités internationaux sont interprétés d'une manière semblable aux lois. On le constate à la lecture de l'art. 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, qui porte:

ARTICLE 31

Règle générale d'interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:

a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;

Il existe en revanche une nette différence dans l'utilisation qui peut être faite de l'historique législatif et d'autres documents préparatoires. L'article 32 prévoit que ces documents peuvent être utilisés pour confirmer le sens résultant de l'application de l'art. 31, ou pour résoudre toute ambiguïté ou obscurité ou éviter un résultat manifestement absurde ou déraisonnable. Il est ainsi libellé:

ARTICLE 32

Moyens complémentaires d'interprétation

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31:

a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

It would be odd if in construing an international treaty to which the legislature has attempted to give effect, the treaty were not interpreted in the manner in which the state parties to the treaty must have intended. Not surprisingly, then, the parties made frequent references to this supplementary means of interpreting the Convention, and I shall also do so. I note that this Court has recently taken this approach to the interpretation of an international treaty in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689.

The *travaux préparatoires* to the Hague Convention are found in the Hague Conference on Private International Law *Actes et documents, supra*. Also of interest is the article by Anton, chair of the Special Commission, "The Hague Convention on International Child Abduction", *supra*.

I now turn to a closer examination of the purpose of the Convention. The preamble of the Convention thus states the underlying goal that document is intended to serve: "[T]he interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody." In view of Helper J.A.'s remarks on this matter, however, I should immediately point out that this should not be interpreted as giving a court seized with the issue of whether a child should be returned to the jurisdiction to consider the best interests of the child in the manner the court would do at a custody hearing. This part of the preamble speaks of the "interests of children" generally, not the interest of the particular child before the court. This view gains support from Article 16, which states that the courts of the requested state shall not decide on the merits of custody until they have determined that a child is not to be sent back under the Convention. I would also draw attention to the fact that the preamble goes on to indicate the manner in which its goal is to be advanced under the Convention by saying:

Desiring to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention

b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

Il serait étrange qu'un traité international auquel la législature a tenté de donner effet ne soit pas interprété dans le sens que les États parties au traité doivent avoir souhaité. Il n'est donc guère surprenant que les parties aient fréquemment recouru à ce moyen complémentaire d'interpréter la Convention, et je ferai de même. Je remarque que notre Cour a récemment adopté cette position à l'égard de l'interprétation d'un traité international dans *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689.

Les travaux préparatoires à la Convention de La Haye se trouvent dans les *Actes et documents, op. cit.*, de la Conférence de La Haye de droit international privé. L'article d'Anton, président de la Commission spéciale, «The Hague Convention on International Child Abduction», *loc. cit.*, est également intéressant.

J'examinerai maintenant de plus près l'objectif de la Convention. Le préambule édicte ainsi son objectif fondamental: «[L]'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde.» Compte tenu des remarques du juge Helper de la Cour d'appel sur cette question, toutefois, je devrais signaler immédiatement que cette phrase ne doit pas être interprétée comme conférant au tribunal saisi de la question de savoir si un enfant doit être retourné, le pouvoir de considérer l'intérêt de l'enfant comme le ferait le tribunal dans le cadre d'une audience sur la garde. Dans cette partie du préambule, il est question de «l'intérêt de l'enfant» en général, et non de l'intérêt de l'enfant qui est devant le tribunal. On peut invoquer à l'appui de ce point de vue l'art. 16, qui prescrit que les tribunaux de l'État requis ne pourront statuer sur le fond du droit de garde que lorsqu'il sera établi que les conditions de la Convention pour le retour de l'enfant ne sont pas réunies. J'attirerais également l'attention sur le fait que le préambule précise ensuite la manière dont son objectif doit être promu en vertu de la Convention:

Désirant protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un

and to establish procedures to ensure their prompt return to the State of their habitual residence, as well as to secure protection for rights of access. . . .

The foregoing is entirely consistent with the objects of the Convention as set out in its first Article. Article 1 sets out two objects: (a) securing the return of children wrongfully removed to or retained in any contracting state; and (b) ensuring that the rights of custody and access under the law of one contracting state are effectively respected in other contracting states. Anton, *supra*, at pp. 542-43, indicates that prompt return was intended to be predominant:

The Special Commission also considered — and, until recently, this would have been an equally novel proposition for judges in common law countries — that the courts of the State addressed should order the return of the child, subject to certain limited exceptions, despite the possibility that further inquiries might disclose that the child's welfare would be better secured by its remaining in that State. . . . [T]he primary purpose of the Convention [is], namely, as Article 1(a) states, to secure the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State. The Commission started from the assumption that the abduction of a child will generally be prejudicial to its welfare. It followed that, when a child has been abducted from one country to another, international mechanisms should be available to secure its return either voluntarily or through court proceedings.

It is clear from the wording of the preamble and Article 3 of the Convention, cited *supra*, and from the *travaux préparatoires* that the primary object of the Convention is the enforcement of custody rights. Article 3 provides that the removal or retention of a child is to be considered wrongful where “it is in breach of rights of custody attributed to a person, an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention”. Such rights of custody are given effect through proceedings for the return of the child under Article 12.

non-retour illicites et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite. . .

Ce qui précède est tout à fait compatible avec les deux objectifs de la Convention énoncés dans son article premier: a) assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement dans tout État contractant, et b) faire respecter effectivement dans les autres États contractants les droits de garde et de visite existant dans un État contractant. Anton, *loc. cit.*, aux pp. 542 et 543, indique que le retour immédiat était destiné à être prédominant:

[TRADUCTION] La Commission spéciale a également considéré — et, jusqu'à récemment, cela aurait constitué une proposition également nouvelle pour les juges des pays de common law — que les tribunaux de l'État requis devraient ordonner le retour de l'enfant sous réserve de certaines exceptions limitées, en dépit de la possibilité que d'autres examens révèlent que le bien-être de l'enfant serait mieux servi s'il restait dans cet État. [. . .] [L]'objectif premier de la Convention [est] notamment, comme l'alinéa 1a) le prescrit, de garantir le retour immédiat de l'enfant déplacé ou retenu illicitement dans un État contractant. La Commission a présumé que l'enlèvement d'un enfant sera en général préjudiciable à son bien-être. Il s'ensuit que, lorsqu'un enfant a été emmené hors d'un pays, les mécanismes internationaux devraient être mis en branle afin qu'il soit retourné volontairement ou par voie de recours judiciaires.

Il ressort du libellé du préambule et de l'art. 3 de la Convention déjà cités et des travaux préparatoires que l'objectif principal de la Convention est l'exécution du droit de garde. L'article 3 prévoit que le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite lorsqu'«il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement; par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour». Les procédures de retour de l'enfant prévues à l'art. 12 permettent de faire respecter ce droit de garde.

By contrast, the Convention leaves the enforcement of access rights to the administrative channels of Central Authorities designated by the state parties to the Convention. The duties of these central authorities, set forth in Article 21, are, unlike situations involving custody rights, not to return the child forthwith, but rather to cooperate “to promote the peaceful enjoyment of access rights and the fulfilment of any conditions to which the exercise of those rights may be subject”, including the initiation of or assistance “in the institution of proceedings with a view to organizing or protecting these rights and securing respect for the conditions to which the exercise of these rights may be subject”.

Custody

Custody, as understood by the Convention, is a broad term that covers the many situations where a person lawfully has the care and control of a child. The breach of rights of custody described in Article 3, it will be remembered, are those attributed to a person, an institution or any other body by the law of the state where the child was habitually resident immediately before the removal or retention. Article 3 goes on to say that custody may arise by operation of law. The most obvious case is the situation of parents exercising the ordinary care and control over their child. It does not require any formal order or other legal document, although custody may also arise by reason of a judicial or administrative decision, or by agreement.

From the preparatory work, it seems clear, at least in some cases, that the removal of a child from a country in the face of a court order prohibiting it was intended to be covered by the Convention. Thus in the Preliminary Document No. 1 “Questionnaire and Report on international child abduction by one parent” (the “Dyer Report”), a survey of conference members was conducted in which five types of situations considered to constitute “child abduction” for the purposes of the questionnaire were described. I set them forth here, noting that the fifth is directly relevant:

À l'inverse, la Convention laisse aux organismes administratifs des autorités centrales désignées par les États parties à la Convention la tâche de faire respecter le droit de visite. Aux termes de l'art. 21, ces autorités centrales sont tenues non pas de retourner l'enfant immédiatement comme elles doivent le faire lorsqu'est en cause le droit de garde, mais de coopérer «pour assurer l'exercice paisible du droit de visite et l'accomplissement de toute condition à laquelle l'exercice de ce droit serait soumis», notamment en entamant ou favorisant «une procédure légale en vue d'organiser ou de protéger le droit de visite et les conditions auxquelles l'exercice de ce droit pourrait être soumis».

La garde

La garde, au sens de la Convention, est un terme général qui couvre de nombreuses situations où une personne est légalement chargée des soins et de la surveillance d'un enfant. On se souviendra que la violation du droit de garde décrit à l'art. 3 se rapporte au droit qui est attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour. L'article 3 prescrit ensuite que la garde peut résulter d'une attribution de plein droit. Le cas le plus évident est celui des parents qui voient aux soins et à la surveillance ordinaires de leur enfant. Cet exercice ne requiert aucune ordonnance formelle ni autre document légal, bien que la garde puisse également résulter d'une décision judiciaire ou administrative ou d'un accord.

D'après les travaux préparatoires, il semble clair que l'on a voulu, au moins dans certains cas, que le déplacement d'un enfant hors d'un pays contrairement à l'ordonnance d'un tribunal l'interdisant relève de la Convention. Par conséquent, dans le Document préliminaire n° 1 «Questionnaire et Rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents» (le «rapport Dyer»), un sondage effectué auprès des membres de la Conférence décrivait les cinq types d'enlèvement considérés comme un «enlèvement d'enfant» pour les fins du questionnaire. Je les énonce ici, en signalant que le cinquième est directement pertinent:

A The child was removed by a parent from the country of the child's habitual residence to another country without the consent of the other parent, at a time when no custody decision had yet been handed down but serious problems between the parents already existed.

B The child was abducted by a parent from the judicially determined custodian in one country and removed to another, where no conflicting custody decision had been handed down.

C The child was retained by the non-custodial parent or other relatives beyond a legal visitation period, in a country other than that in which the child habitually resided.

D The child was abducted by a parent from the legal custodian in one country and removed to another, where the abductor has been granted custody under a conflicting order in that other country or in a third country.

E The child was removed by a parent from one country to another in violation of a court order which expressly prohibited such removal. [Emphasis added.]

(*Actes et documents, supra*, at p. 9.)

Preliminary Document No. 5 "Conclusions drawn from the discussions of the Special Commission of March 1979 on legal kidnapping", in referring to the five types of abductions mentioned in the Dyer Report's survey, expresses the view that "the Convention should cover *all types*" (*Actes et documents, supra*, at p. 163 (emphasis in original)).

It by no means follows, however, that the Convention applies to every case where a child is removed from one country to another where a court order prohibits it. From the emphasis placed in the Convention and the preparatory work on the enforcement of custody, as distinguished from mere access, the proper view would appear to be that the mandatory return dictated by the Convention is limited to cases where the removal is in violation of the custody rights of a person, institution or other body. That is the view adopted by Anton, *supra*, at pp. 546 and 554-55, who stated:

It is clear also from the definitions of custody and access in Article 5 that the removal or retention of a

A L'enfant a été déplacé par un de ses parents du pays de la résidence habituelle de cet enfant dans un autre pays sans le consentement de l'autre parent, à un moment où aucune décision judiciaire en matière de garde n'avait encore été prononcée, mais où des problèmes sérieux opposaient déjà les parents.

B L'enfant a été enlevé par un de ses parents au gardien désigné par une décision judiciaire dans un pays et conduit dans un autre pays, où aucune décision en matière de garde contredisant la première n'a été prononcée.

C L'enfant a été retenu par le parent qui n'a pas la garde, ou par d'autres membres de la famille, au-delà de la durée légale de la visite, dans un pays autre que celui de la résidence habituelle de l'enfant.

D L'enfant a été enlevé par un de ses parents à son gardien légal dans un pays et conduit dans un autre, la garde ayant été attribuée au ravisseur par une décision judiciaire contraire rendue dans cet autre pays ou dans un troisième pays.

E L'enfant a été déplacé par un de ses parents dans un autre [pays], en violation d'une décision judiciaire qui interdit expressément ce déplacement. [Je souligne.]

(*Actes et documents, op. cit.*, à la p. 9.)

Le Document préliminaire n° 5, intitulé «Conclusions des discussions de la Commission spéciale de mars 1979 sur le kidnapping légal», concernant les cinq types d'enlèvements décrits dans le sondage du rapport Dyer, exprime l'avis que «la Convention doit les couvrir *tous*» (*Actes et documents, op. cit.*, à la p. 163 (en italique dans l'original)).

Il ne s'ensuit toutefois aucunement que la Convention s'applique à tous les cas où un enfant est déplacé d'un pays à un autre alors qu'une ordonnance judiciaire l'interdit. Du fait de l'importance qu'accordent la Convention et les travaux préparatoires au respect du droit de garde, que l'on distingue du simple droit de visite, il semblerait juste de prétendre que le retour obligatoire prescrit par la Convention est limité aux cas où le déplacement viole le droit de garde d'une personne, d'une institution ou d'un autre organisme. C'est la position qu'a adoptée Anton, *loc. cit.*, aux pp. 546, 554 et 555:

[TRADUCTION] Il ressort également des définitions des droits de garde et de visite à l'article 5 que le déplace-

child in breach merely of access rights would not be a wrongful removal or retention in the sense of Article 3.

The Convention contains no mandatory provisions for the support of access rights comparable with those of its provisions which protect breaches of rights of custody. This applies even in the extreme case where a child is taken to another country by the parent with custody rights and is so taken deliberately with a view to render the further enjoyment of access rights impossible.

Anton's view gains support from the fact that the other four types of situations identified in the Dyer Report's survey as constituting "child abduction" are all of a kind where the custodial parent is deprived of her or his right of custody.

In my view, that is the correct approach and, accordingly, I propose to deal with the issue of whether there was a wrongful removal of Matthew on this basis.

Wrongful Removal

Before turning to the issue of whether there was an infringement of custody rights warranting the return of Matthew under the Convention, I would like to dispose briefly of two issues that were raised in the courts below.

The first of these concerns the possibility that the appellant did not know she was violating the Scottish court's order. In my view, this is irrelevant. Nothing in the nature of *mens rea* is required; the Convention is not aimed at attaching blame to the parties. It is simply intended to prevent the abduction of children from one country to another in the interests of children. If the removal of the child was wrongful in that sense, it does not matter what the appellant's view of the situation was.

The second preliminary issue relates to the dispute regarding whether Matthew's residence was in Scotland or in Manitoba at the relevant time. On the facts of this case, I agree with the courts below that this issue is also without substance.

ment ou le non-retour d'un enfant en contravention du droit de visite seulement ne serait pas un déplacement ou un non-retour illicite au sens de l'article 3.

La Convention ne contient aucune disposition obligatoire visant la protection du droit de visite qui soit semblable à celles qui protègent le droit de garde contre les violations. Il en est ainsi même dans le cas extrême où un enfant est emmené dans un autre pays par le parent titulaire du droit de garde, qui rend ainsi délibérément impossible l'exercice du droit de visite.

L'opinion d'Anton trouve appui dans le fait que, dans les quatre autres types de cas considérés dans le sondage du rapport Dyer comme un «enlèvement d'enfant», le parent qui a la garde est privé de son droit de garde.

À mon avis, cette interprétation est la bonne; je propose donc d'étudier sur ce fondement la question de savoir si Matthew a été déplacé illicitement.

e Le déplacement illicite

Avant d'examiner la question de savoir s'il y a eu violation du droit de garde justifiant le retour de Matthew en vertu de la Convention, j'aimerais régler sommairement deux questions qui ont été soulevées devant les juridictions inférieures.

La première concerne la possibilité que l'appellante n'ait pas compris qu'elle violait l'ordonnance du tribunal écossais. À mon avis, cet élément n'est pas pertinent. Rien de la nature d'une *mens rea* n'est requis; la Convention ne vise pas à imputer le blâme aux parties. Elle vise simplement à prévenir l'enlèvement d'enfants d'un pays à un autre, dans leur intérêt. Si le déplacement de l'enfant était illicite dans ce sens, l'angle sous lequel l'appellante voyait la situation n'a aucune importance.

La seconde question préliminaire porte sur le litige qui oppose les parties sur la question de savoir si Matthew avait sa résidence en Écosse ou au Manitoba à l'époque concernée. Compte tenu des faits de l'affaire, je conviens avec les juridictions inférieures que cette question est également sans importance.

I turn then to the issue of whether there was a removal of Matthew from Scotland constituting a breach of custody rights there. The appellant argued that Matthew's removal cannot be considered wrongful under the Convention because the appellant had interim custody. For the respondent, reference was made to the letter of the central authority in Scotland that a parent had custody of a child until a court ordered otherwise. The difficulty, however, is that before Matthew's removal from Scotland, there was a court order awarding interim custody to his mother, leaving the respondent father with a mere right of access. Under these circumstances, the Court must determine what the law is as best it can by reference to relevant decisions.

Three approaches have been taken in the case law. Common to all three is that the courts have shown a strong disposition to give effect to the spirit of the Convention. The first is to the effect that a removal in breach of a non-removal clause is contrary to the terms of the Convention because such a removal is in breach of the custodial parent's own right of custody. This is arguably the approach adopted by Davidson J. in the present case. She stated, at p. 76:

... the removal was in breach of rights of custody in the November 27, 1992, order because the custody awarded to Ms. Thomson was not unconditional. I see non-removal restrictions generally as a term of custody.

Further, rights of custody are specifically defined in article 5 as including "rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence". Ms. Thomson was clearly given rights of custody which restricted her right to determine the child's place of residence and she is clearly in breach of that restricted right of custody.

A similar approach was adopted by Ewbank J. of the English High Court (Family Division) in *Re K.H. (A Minor) (Abduction)*, [1990] F.C.R. 990. In that case, the parents of an infant daughter, residing in Ontario, separated, and the mother gained interim custody of the child but with the condition

Je me penche maintenant sur la question de savoir si Matthew a été déplacé hors de l'Écosse en violation du droit de garde qui y a été attribué. L'appelante soutient que le déplacement de Matthew ne peut être considéré comme illicite sous le régime de la Convention puisqu'elle en avait la garde provisoire. Au nom de l'intimé, on a invoqué la lettre de l'autorité centrale en Écosse suivant laquelle un parent a la garde d'un enfant jusqu'à ce que la cour ordonne autrement. La difficulté réside toutefois dans le fait qu'avant que Matthew soit déplacé hors de l'Écosse, le tribunal avait, dans une ordonnance, attribué la garde provisoire à sa mère, n'accordant au père intimé qu'un droit de visite. Compte tenu de ces circonstances, la Cour doit déterminer du mieux qu'elle peut l'état du droit en se reportant aux décisions pertinentes.

Trois positions ont été adoptées dans la jurisprudence. Dans les trois cas, les tribunaux se sont montrés fort disposés à respecter l'esprit de la Convention. Suivant la première position, le déplacement fait en violation d'une disposition l'interdisant est contraire aux termes de la Convention parce qu'il viole le droit de garde même du parent titulaire de la garde de l'enfant. On pourrait soutenir qu'il s'agit là de la position adoptée par le juge Davidson en l'espèce. Elle a écrit, à la p. 76:

[TRADUCTION] ... le déplacement violait les droits de garde accordés à M^{me} Thomson dans l'ordonnance du 27 novembre 1992 puisque ceux-ci n'étaient pas absolus. Je considère l'interdiction de déplacer généralement comme une modalité du droit de garde.

En outre, le droit de garde est expressément défini à l'art. 5 comme incluant «le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence». M^{me} Thomson a de toute évidence obtenu un droit de garde qui restreignait son droit de décider du lieu de résidence de l'enfant, et elle a clairement violé ce droit de garde restreint.

Une position semblable a été adoptée par le juge Ewbank de la Haute Cour de l'Angleterre (Division de la famille) dans *Re K.H. (A Minor) (Abduction)*, [1990] F.C.R. 990. Dans cette affaire, les parents d'une fillette qui résidaient en Ontario, se sont séparés, et la mère a obtenu la garde provi-

that the child was not to be removed from Ontario without leave of the court. In violation of this clause, the mother brought the child to England. On the request of the English court under Article 15, the office of the Attorney General in Ontario sent a certificate and an affidavit, stating its opinion of the effect of the non-removal clause under Canadian law. Accepting this submission, Ewbank J. summarized the Attorney General of Ontario's view as follows, at p. 992:

... it is the opinion of the Crown Law Officer that the mother's conduct in removing the child from the Province of Ontario constituted a wrongful removal within the meaning of Article 3 of the Convention in that it was a breach of the rights of custody attributed to her under the law of the Province by reason of a judicial decision. Her rights of custody under the order of September 19, 1989 were rights of custody within the Province of Ontario which specifically provided by the order of the court that the child was not to be removed from Ontario, and in removing the child the mother was in breach of the rights of custody which she had been granted. [Emphasis added.]

I confess to having some discomfort with this approach. By providing that "at the time of removal or retention those rights [of custody] were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exercised but for the removal or retention", Article 3 would seem to imply that the rights breached must have belonged to someone other than the breaching party. That reading is confirmed by the structure of the Convention as well as by the comments of those engaged in the drafting of the Convention, from which it appears that primary protection to custody rather than access was intended.

It must, however, be remembered that the request for return in this case appears to have been based on the approach set forth in the cases just cited. Mrs. Thomson, the request reads, was the person whose custody rights were breached. The validity of this approach, I noted, was contested on a substantive basis, but it was never argued that it vitiated the request for the return of the child as such. For my part, I do not think one should insist on technical precision in matters of form, given the

soire de l'enfant, mais à la condition que celle-ci ne soit pas déplacée hors de l'Ontario sans autorisation de la cour. En contravention de cette disposition, la mère a emmené l'enfant en Angleterre. À la demande du tribunal anglais, fondée sur l'art. 15, le bureau du procureur général en Ontario a envoyé un certificat et un affidavit exposant son opinion relativement à l'effet en droit canadien de la clause interdisant le déplacement. Acceptant cette thèse, le juge Ewbank a résumé ainsi l'opinion du procureur général de l'Ontario, à la p. 992:

[TRADUCTION] ... le représentant de la Couronne est d'avis qu'en déplaçant l'enfant hors de la province d'Ontario, la mère a commis un déplacement illicite au sens de l'article 3 de la Convention en ce qu'elle a violé le droit de garde qui lui a été conféré en vertu de la loi de la province dans une décision judiciaire. Le droit de garde qui lui a été attribué dans l'ordonnance du 19 septembre 1989 était un droit de garde s'appliquant à l'Ontario. L'ordonnance de la cour prévoyait expressément que l'enfant ne devait pas être déplacé hors de l'Ontario. En déplaçant l'enfant, la mère a violé le droit de garde qu'elle avait obtenu. [Je souligne.]

J'avoue que cette position me préoccupe. En prescrivant que «ce droit [de garde] était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus», l'art. 3 semble impliquer que le droit violé doit avoir appartenu à une personne autre que la partie qui commet la violation. Cette interprétation est confirmée par l'économie de la Convention et les commentaires de ses rédacteurs, desquels il appert qu'on a d'abord visé à protéger le droit de garde plutôt que le droit de visite.

Il faut cependant se rappeler que la demande de retour en l'espèce paraît avoir été fondée sur la position énoncée dans les affaires que je viens de citer. M^{me} Thomson, peut-on lire sur la demande, est la personne dont le droit de garde a été violé. La validité de cette position, ai-je remarqué, a été contestée sur le fond, mais on n'a jamais prétendu qu'elle viciait la demande de retour de l'enfant comme telle. Pour ma part, je ne crois pas qu'il faille insister sur la précision technique dans les

difficulty institutions in various countries may have in knowing precisely what the courts in another country may require. Here the request adequately informed the courts of the situation, whatever its form or whatever the theory under which the requesting state was acting, and I think the request was properly acted upon. This is all the more compelling because on the basis of the statement of law given by the Canadian authorities in *Re K.H.*, *supra*, there was reason for the authorities in Scotland to think they were acting in accordance with Canadian law.

The second and third approaches mentioned hold that “the right to determine the child’s place of residence” is a custody right divisible from the right to care for the person of the child, and by virtue of a non-removal clause, this right vests in either the access parent (the second approach), or the court (the third approach). These approaches gain support from the open-ended wording of Article 5: ““rights of custody” shall include rights relating to the care of the person of the child and, in particular, the right to determine the child’s place of residence” (emphasis added).

In *C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)*, [1989] 2 All E.R. 465 (C.A.), the court accepted the second approach, that the access parent (the father) gained a right of custody within the meaning of the Convention. There, the parties had married in England in 1978 and moved to Australia in 1979. In 1982 they became the parents of a son. They separated in 1986. A consent order made by the Australian Family Court directed that the father and the mother were to remain joint guardians of the child, the mother to have day-to-day custody; neither parent was to remove the child from Australia without the consent of the other. In 1988 the mother removed the child to England without the father’s consent. The English Court of Appeal, while not presented with any evidence of Australian law, noted that, under Article 3 of the Convention, custody rights are specifically

questions de forme, étant donné la difficulté que les institutions de divers pays peuvent avoir à déterminer exactement ce que les tribunaux étrangers peuvent exiger. En l’espèce, la demande renseignait bien les tribunaux sur la situation, peu importe sa forme ou la théorie sur laquelle l’État requérant se fondait, et j’estime qu’on y a donné suite comme il se doit. Cela est d’autant plus convaincant que, sur le fondement de l’exposé de droit fourni par les autorités canadiennes dans *Re K.H.*, précité, les autorités écossaises avaient des raisons de croire qu’elles agissaient conformément au droit canadien.

Suivant les deuxième et troisième positions mentionnées, le droit «de décider du lieu de résidence de l’enfant» est un droit de garde distinct du droit de prendre soin de la personne de l’enfant. Du fait d’une clause interdisant le déplacement, ce droit est conféré soit au parent qui jouit d’un droit de visite (la seconde position), soit à la cour (la troisième position). Ces positions trouvent appui dans le libellé non limitatif de l’art. 5: «le «droit de garde» comprend le droit portant sur les soins de la personne de l’enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence» (je souligne).

Dans *C. c. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)*, [1989] 2 All E.R. 465 (C.A.), la cour a adopté la seconde position, suivant laquelle le parent qui a le droit de visite (le père) a obtenu un droit de garde au sens de la Convention. Dans cette affaire, les parties s’étaient mariées en Angleterre en 1978, puis avaient déménagé en Australie en 1979. En 1982, elles ont eu un fils, puis se sont séparées en 1986. Dans une ordonnance sur consentement, le tribunal australien de la famille a dit que le père et la mère devaient demeurer les gardiens conjoints de l’enfant, la mère exerçant la garde quotidienne; aucun d’eux ne devait déplacer l’enfant hors de l’Australie sans le consentement de l’autre. En 1988, la mère a emmené l’enfant en Angleterre sans le consentement du père. La Cour d’appel de l’Angleterre, tout en n’ayant reçu aucune preuve relative au droit australien, a signalé qu’en vertu de l’art. 3 de la Convention, les droits de garde sont expressément reconnus comme étant

recognized as being held either jointly or alone. Neill L.J. thus put the matter, at p. 472:

I am satisfied that this right to give or withhold consent to any removal of the child from Australia, coupled with the implicit right to impose conditions, is a right to determine the child's place of residence, and thus a right of custody within the meaning of arts 3 and 5 of the convention. I am further satisfied that this conclusion is in accordance with the objects of the convention and of the 1985 Act. Until last August this child was habitually resident in Australia. In 1986 the Family Court of Australia made orders relating to his custody, which included an agreed provision that he should not be removed from Australia without the father's consent. In my judgment, the enforcement of that provision falls plainly within the objects which the convention and the 1985 Act are seeking to achieve.

Lord Donaldson M.R. concurred, stating at p. 473:

'Custody', as a matter of non-technical English, means 'Safe keeping, protection; charge, care, guardianship' (I take that from the *Shorter Oxford English Dictionary*); but 'rights of custody' as defined in the convention includes a much more precise meaning, which will, I apprehend, usually be decisive of most applications under the convention. This is 'the right to determine the child's place of residence'. This right may be in the court, the mother, the father, some caretaking institution, such as a local authority, or it may, as in this case, be a divided right, in so far as the child is to reside in Australia, the right being that of the mother but, in so far as any question arises as to the child residing outside Australia, it being a joint right subject always, of course, to the overriding rights of the court. If anyone, be it an individual or the court or other institution or a body, has a right to object, and either is not consulted or refuses consent, the removal will be wrongful within the meaning of the convention. I add for completeness that a 'right to determine the child's place of residence' (using the phrase in the convention) may be specific, the right to decide that it shall live at a particular address, or it may be general, eg. 'within the Commonwealth of Australia'.

That case presented more compelling facts than the present case. There, it will be observed, the parents were joint guardians under an agreed pro-

détenus conjointement ou seul. Le lord juge Neill a exposé ainsi la question à la p. 472:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que ce droit d'accorder ou de refuser son consentement à tout déplacement de l'enfant hors de l'Australie, conjointement au droit implicite d'imposer des conditions, est un droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, et donc, un droit de garde au sens des art. 3 et 5 de la convention. Je suis également convaincu que cette conclusion est compatible avec les objectifs de la convention et de la Loi de 1985. Jusqu'au mois d'août dernier, cet enfant avait sa résidence habituelle en Australie. En 1986, le tribunal de la famille de l'Australie a prononcé des ordonnances portant sur sa garde, qui interdisaient, avec le consentement des parties, qu'il soit déplacé hors de l'Australie sans l'autorisation du père. À mon sens, l'exécution de cette disposition tombe directement sous le coup des objectifs que la convention et la Loi de 1985 cherchent à atteindre.

Le maître des rôles Lord Donaldson a souscrit à ces propos, s'exprimant ainsi à la p. 473:

[TRADUCTION] «*Custody*» («garde») en anglais ordinaire signifie «soutien sûr, protection; charge, soin, tutelle» (puisé dans le *Shorter Oxford English Dictionary*); toutefois, le «droit de garde» défini dans la Convention a un sens beaucoup plus précis qui, je le crains, déterminera la plupart des demandes fondées sur celle-ci. C'est «le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant». Ce droit appartient à la cour, à la mère, au père ou à quelque institution de garde, comme une autorité locale, ou peut, comme en l'espèce, être un droit partagé, dans la mesure où l'enfant doit résider en Australie, le droit étant celui de la mère mais, pour ce qui est de toute question quant à la résidence de l'enfant hors de l'Australie, il s'agit d'un droit conjoint sous réserve, il va de soi, des droits prépondérants de la cour. Si une personne, qu'il s'agisse d'un particulier, de la cour ou d'un autre organisme ou institution, a le droit de s'opposer, et qu'elle n'est pas consultée ou refuse son consentement, le déplacement est illicite au sens de la convention. J'ajoute pour plus de précision que le «droit de décider de son lieu de résidence» (suivant le libellé de la convention) peut être spécifique, par exemple le droit de décider que l'enfant vivra à une adresse donnée, ou général, par exemple «dans les limites du Commonwealth de l'Australie».

Dans cette affaire, les faits étaient plus convaincants que ceux de l'espèce. Il est à noter que les parents étaient les gardiens conjoints en vertu

vision that the child should not be removed from the country. Here the father under the court order appears to have had only a right of access, which the Convention does not equate with custody.

The third approach, that the effect of the insertion of a non-removal clause in an interim custody order is to retain a right of custody in the court, was adopted by the English Court of Appeal in *B. v. B. (Abduction: Custody Rights)*, [1993] 2 All E.R. 144. There, the mother and father married in England in 1977 and moved to Ontario in 1981, where they became Canadian citizens. Their son was born in 1985. The parties separated in 1990. In January 1991 a consent order granted interim custody to the mother with liberal access to the father, and included an order preventing the child's removal from Ontario. In May 1991 the mother sought final custody and leave of the court to remove the child to England. That motion was returnable on June 27, 1991. In her affidavit, the mother stated: "I have no intention of leaving this jurisdiction without an appropriate order of this honourable court." On June 27 the motions judge adjourned the hearing of the substantive issues but ordered that the child "shall not be removed from the jurisdiction in the interim". The hearing was to resume July 2, 1992. On that day, the judge gave directions for the substantive hearing to continue at a later date in a new venue. His order continued the interim custody of the wife and specified the access times of the husband. It did not, however, include a non-removal clause. The next day, the wife left for England with the child.

Sir Stephen Brown P. of the English Court of Appeal held, at p. 149:

In my view this was the plainest example of an unlawful removal. The mother herself appears to have thought so, for she later stated that she regretted having taken that step at that time. It is suggested that she did not appreciate the legal position, although she was in receipt of legal advice at the time. It seems to me that the court

d'une disposition convenue portant que l'enfant ne devait pas être déplacé hors du pays. En l'espèce, en vertu de l'ordonnance de la cour, le père paraît n'avoir obtenu qu'un droit de visite, que la Convention n'assimile pas au droit de garde.

La troisième position, celle suivant laquelle l'existence d'une disposition interdisant le déplacement dans une ordonnance de garde provisoire a pour effet de conserver à la cour le droit de garde, a été adoptée par la Cour d'appel anglaise dans *B. c. B. (Abduction: Custody Rights)*, [1993] 2 All E.R. 144. Dans cette affaire, la mère et le père, qui se sont mariés en Angleterre en 1977, sont venus vivre en Ontario en 1981, et sont devenus des citoyens canadiens. Leur fils est né en 1985. Les parties se sont séparées en 1990. En janvier 1991, une ordonnance sur consentement accordait la garde provisoire à la mère et un droit de visite généreux au père, et interdisait en outre que l'enfant soit déplacé hors de l'Ontario. En mai 1991, la mère a demandé la garde permanente et l'autorisation de la cour d'emmener l'enfant en Angleterre. Cette requête devait être présentée le 27 juin 1991. Dans son affidavit, la mère déclarait: [TRADUCTION] «Je n'ai pas l'intention de quitter le ressort sans une ordonnance appropriée de la cour.» Le 27 juin, le juge des requêtes a ajourné l'audience sur les questions de fond, tout en ordonnant que l'enfant [TRADUCTION] «ne soit pas déplacé hors du ressort entre-temps». L'audience devait reprendre le 2 juillet 1992. Ce jour là, le juge a donné des directives afin que l'audience sur le fond soit tenue ultérieurement devant une autre cour. Par son ordonnance, il maintenait la garde provisoire accordée à l'épouse et précisait les heures de visite de l'époux. Il n'interdisait toutefois pas le déplacement. Le lendemain, l'épouse a emmené l'enfant en Angleterre.

Sir Stephen Brown de la Cour d'appel de l'Angleterre a conclu, à la p. 149:

[TRADUCTION] À mon avis, il s'agit là de l'exemple le plus frappant d'un déplacement illicite. La mère elle-même paraît l'avoir cru puisqu'elle a subséquemment admis qu'elle regrettait avoir agi ainsi à ce moment-là. On donne à entendre qu'elle n'a pas bien saisi la position légale, bien qu'elle ait bénéficié de conseils juri-

itself had a right of custody at this time in the sense that it had the right to determine the child's place of residence, and it was in breach of that right that the mother removed the child from its place of habitual residence.

I am fully in agreement with this statement. It seems to me that when a court has before it the issue of who shall be accorded custody of a child, and awards interim custody to one of the parents in the course of dealing with that issue, it has rights relating to the care and control of the child and, in particular, the right to determine the child's place of residence. It has long been established that a court may be a body or institution capable of caring for the person of a child. As I explained in *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388, the Court of Chancery has long exercised wardship over children in need of protection in the exercise of its *parens patriae* jurisdiction. But I see no need to rely on jurisdiction emanating from this doctrine, which has understandably "puzzled and concerned" other Contracting Parties; wardship, as we know it, does not apparently exist in Scotland; see Nigel Lowe and Michael Nicholls, "Child Abduction: The Wardship Jurisdiction and the Hague Convention", [1994] *Fam. Law* 191, at p. 191.

This Court heard no evidence on the legal effect under Scottish law of the insertion of the non-removal clause in the interim custody order granted to Mrs. Thomson on November 27, 1992. Therefore we must interpret the clause without aid, from general principles and by analogy to Canadian law. Under Canadian law, a non-removal clause may be placed in an interim order of custody to preserve the court's jurisdiction to make a final determination of custody. It seems to me that when a court is vested with jurisdiction to determine who shall have custody of a child, it is while in the course of exercising that jurisdiction, exercising rights of custody within the broad meaning of the term contemplated by the Convention. In the words of Article 3(b), "at the time of removal or retention those rights were actually exercised, either jointly or alone, or would have been so exer-

diques à l'époque. Il me semble que le tribunal lui-même détenait un droit de garde à ce moment-là en ce sens qu'il avait le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant, et c'est en contravention à ce droit que la mère a déplacé l'enfant de son lieu de résidence habituelle.

Je suis tout à fait d'accord avec cet exposé. Il me semble que le tribunal qui doit déterminer qui doit obtenir la garde d'un enfant et qui accorde la garde provisoire à l'un des parents pendant qu'il étudie cette question, a des droits relatifs aux soins et à la surveillance de l'enfant et, en particulier, celui de décider de son lieu de résidence. Il est depuis longtemps établi qu'un tribunal peut être un organisme ou une institution en mesure de prendre soin de la personne de l'enfant. Comme je l'ai expliqué dans *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388, dans l'exercice de sa compétence *parens patriae*, la Cour de la chancellerie a longtemps exercé une tutelle à l'égard des enfants ayant besoin d'être protégés. Mais je ne vois pas la nécessité d'invoquer une compétence issue de cette doctrine, qui a à juste titre [TRADUCTION] «troublé et préoccupé» d'autres parties contractantes; la tutelle, telle que nous la connaissons, n'existe apparemment pas en Écosse; voir Nigel Lowe and Michael Nicholls, «Child Abduction: The Wardship Jurisdiction and the Hague Convention», [1994] *Fam. Law* 191; à la p. 191.

Notre Cour n'a entendu aucun témoignage sur l'effet en droit écossais de l'existence dans l'ordonnance de garde provisoire rendue en faveur de M^{me} Thomson le 27 novembre 1992 d'une disposition interdisant le déplacement. Nous devons donc interpréter la clause sans assistance, à partir des principes généraux et par analogie au droit canadien. En droit canadien, une disposition interdisant le déplacement peut être prévue dans une ordonnance de garde provisoire afin de maintenir la compétence de la cour de rendre une décision finale relativement à la garde. Il me semble que lorsqu'un tribunal est investi de la compétence de déterminer qui doit obtenir la garde d'un enfant, il exerce alors un droit de garde au sens général du terme visé par la Convention. Pour reprendre les termes de l'al. 3b), «que ce droit était exercé de façon effective seul ou conjointement, au moment

cised but for the removal or retention". As noted earlier, the *travaux préparatoires* envision this situation.

All of this seems particularly appropriate in the case at bar. The non-removal clause here reads simply: "Of new Grants interim interdict quoad crave 2 ad interim against the Defender from removing the said Matthew Paul Thomson furth of Scotland" (emphasis in original). Given the under-scoring twice of the word 'interim', it seems clear that the non-removal clause was inserted into the custody order of November 27, 1992 to preserve jurisdiction in the Scottish court to decide the issue of custody on its merits in a full hearing at a later date. Thus the Scottish court became "an institution or any other body, either jointly or alone, under the law of the State in which the child was habitually resident immediately before the removal or retention" having custody rights within the meaning of Article 3. The preservation of the access rights of the respondent would be merely a corollary effect of the clause. The appellant's removal of Matthew therefore constituted a breach of the custody right of the Scottish court within the meaning of Article 3 of the Convention. Article 12 of the Convention, therefore, charges this Court to order his return "forthwith".

It will be observed that I have underlined the purely interim nature of the mother's custody in the present case. I would not wish to be understood as saying the approach should be the same in a situation where a court inserts a non-removal clause in a permanent order of custody. Such a clause raises quite different issues. It is usually intended to ensure permanent access to the non-custodial parent. The right of access is, of course, important but, as we have seen, it was not intended to be given the same level of protection by the Convention as custody. The return of a child in the care of a person having permanent custody will ordinarily be far more disruptive to the child since the child

du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient survenus». Comme je l'ai dit précédemment, les travaux préparatoires envisagent cette situation.

a

Tout cela semble particulièrement approprié dans le présent pourvoi. La disposition interdisant le déplacement en l'espèce se lit simplement comme suit: [TRADUCTION] «Accorde de nouveau l'interdiction provisoire, relativement à la requête n° 2 provisoirement contre la défenderesse, de déplacer Matthew Paul Thomson hors de l'Écosse» (souligné dans l'original). Comme les termes «provisoire» et «provisoirement» sont tous deux soulignés, il semble clair que la disposition interdisant le déplacement a été insérée dans l'ordonnance de garde du 27 novembre 1992 afin que soit maintenue la compétence du tribunal écossais de trancher la question de la garde sur le fond au cours d'une audience complète devant se tenir à une date ultérieure. Le tribunal écossais est ainsi devenu «une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour» ayant un droit de garde au sens de l'art. 3. Le maintien du droit de visite de l'intimé ne serait qu'un effet connexe de la disposition. Le déplacement de Matthew par l'appelante a par conséquent violé le droit de garde du tribunal écossais au sens de l'art. 3 de la Convention. L'article 12 de la Convention oblige donc notre Cour à ordonner son retour «immédiat».

b

c

d

e

f

g

h

i

j

Il est à noter que j'ai souligné la nature purement provisoire de la garde de la mère en l'espèce. Je ne voudrais pas donner à entendre que j'estime que la position devrait être la même dans le cas où le tribunal interdit le déplacement dans une ordonnance de garde permanente. Une telle clause soulève des questions fort différentes. Elle est en général destinée à garantir un droit de visite permanent au parent qui n'a pas obtenu la garde. Le droit de visite est évidemment important mais, comme nous l'avons vu, on n'a pas voulu lui donner la même protection que la garde dans le cadre de la Convention. Le retour de l'enfant aux soins d'une personne ayant la garde permanente sera

may be removed from its habitual place of residence long after the custody order was made. The situation also has serious implications for the mobility rights of the custodian.

Wrongful Retention

In light of my determination that the removal of Matthew was wrongful, it is not in strictness necessary to deal with wrongful retention. However, in view of the argument concerning the effect of the February 3, 1993 order of the Scottish court in favour of the father, I think it is important to discuss this issue.

The respondent argued that the appellant's retention of Matthew after the Scottish court's order of February 3, 1993 was wrongful within the meaning of Article 3 because it was in breach of rights the respondent would have exercised if not for the retention. Neither side placed any evidence before this Court as to the reasons of the Scottish court in granting the order of February 3 which flies in the face of the Solicitor's report indicating that the appellant is the more suitable parent. The lower courts assumed, and the appellant argued, that this custody decision was made solely for the purpose of bolstering the respondent's application under the Hague Convention. This type of order is known internationally as a "chasing order".

Since the Hague Convention's reference to "wrongful retention" is somewhat ambiguous, it must be read in light of the background to the Convention. The drafters of the Convention did not wish to follow the approach of the Council of Europe's *Convention on Recognition and Enforcement of Decisions Concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children*, Eur. T.S. No. 105, which bases the return of children on the recognition of custody decisions or orders of the requesting state, thus necessitating the request-

habituellement beaucoup plus perturbant pour l'enfant puisqu'il peut être déplacé de son lieu de résidence habituelle longtemps après que l'ordonnance de garde a été rendue. La situation entraîne également des répercussions graves à l'égard de la liberté de circulation et d'établissement du gardien.

Le non-retour illicite

Puisque j'estime que le déplacement de Matthew était illicite, il n'est pas absolument nécessaire que je traite du non-retour illicite. Toutefois, étant donné l'argument concernant l'effet de l'ordonnance rendue le 3 février 1993 par le tribunal écossais en faveur du père, j'estime important d'étudier la question.

L'intimé soutient que l'omission par l'appelante de retourner Matthew après que le tribunal eut rendu l'ordonnance du 3 février 1993 était illicite au sens de l'art. 3 car elle violait les droits que l'intimé aurait exercés n'eût été le non-retour. Ni l'une ni l'autre partie n'a présenté de preuve devant notre Cour quant aux raisons pour lesquelles le tribunal écossais a prononcé l'ordonnance du 3 février, qui va à l'encontre du rapport du procureur indiquant que l'appelante est le parent le plus qualifié. Les tribunaux d'instance inférieure ont présumé, et l'appelante a prétendu, que cette décision relative à la garde a été rendue exclusivement en vue d'appuyer la demande de l'intimé fondée sur la Convention de La Haye. Cette forme d'ordonnance est connue au plan international comme une «*chasing order*» (ci-après «*ordonnance de retour*»).

Puisque la mention dans la Convention de La Haye du «non-retour illicite» est quelque peu ambiguë, elle doit être lue à la lumière de son historique. Les rédacteurs de la Convention ne souhaitaient pas adopter la position de la *Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants*, S.T.E. n° 105, adoptée par le Conseil de l'Europe, qui fonde le retour de l'enfant sur la reconnaissance des décisions ou ordonnances relatives à la garde rendues

ing state to issue a “chasing order”. Anton, *supra*, explains (at pp. 541-42):

... in many abduction cases there will have been no anterior custody decision: the right breached may have been a right conferred by law. The Council of Europe Convention comes into operation only where there is a custody decision to recognise and enforce, and meets the problem presented by the possible absence of an anterior decision by providing for the recognition and enforcement under the Convention of a retrospective decision (the so-called “chasing order”) relating to the custody of the child and declaring his removal to have been unlawful. The Special Commission at The Hague, however, considered that it would be wrong to require a person seeking the return of an abducted child to go first to the courts of the State of the habitual residence of the child to obtain a “chasing order”. . . . Although, therefore, under Article 15 of the Hague Convention, the courts of a State to which applications for the return of a child have been made may call for a “chasing order”, this is merely an option. They are likely to avail themselves of it only when they have substantial doubts which cannot otherwise be resolved.

Article 15, allowing for the requested state to seek a “chasing order” from the requesting state, is as follows:

ARTICLE 15

The judicial or administrative authorities of a Contracting State may, prior to the making of an order for the return of the child, request that the applicant obtain from the authorities of the State of the habitual residence of the child a decision or other determination that the removal or retention was wrongful within the meaning of Article 3 of the Convention, where such a decision or determination may be obtained in that State. The Central Authorities of the Contracting States shall so far as practicable assist applicants to obtain such a decision or determination.

The provision, it will be observed, contemplates that the initiative for obtaining a chasing order is with the requested state, and that the order is intended to determine whether the removal or retention was wrongful. In short, for the purposes of the Convention, a “chasing order” serves to

par l’État requérant, obligeant ainsi ce dernier à rendre une «ordonnance de retour». Anton, *loc. cit.*, explique (aux pp. 541 et 542):

[TRADUCTION] . . . dans de nombreux cas d’enlèvement, il n’y aura aucune décision antérieure sur la garde: le droit violé peut avoir été conféré par la loi. La Convention adoptée par le Conseil de l’Europe n’entre en jeu que lorsqu’il existe relativement à la garde une décision qu’il faut reconnaître et exécuter. Elle remédie à la difficulté créée par l’absence possible d’une décision antérieure en prévoyant la reconnaissance et l’exécution sous son régime d’une décision rétrospective (ce que l’on appelle «ordonnance de retour») relativement à la garde de l’enfant, et en déclarant son déplacement comme ayant été illicite. La Commission spéciale de La Haye a toutefois considéré qu’il serait erroné d’exiger d’une personne qui demande le retour d’un enfant enlevé qu’elle se présente d’abord devant les tribunaux de l’État de la résidence habituelle de l’enfant pour obtenir une «ordonnance de retour». [. . .] Bien que, par conséquent, en vertu de l’art. 15 de la Convention de La Haye, les tribunaux de l’État auxquels les demandes de retour d’un enfant ont été présentées puissent demander une «ordonnance de retour», il ne s’agit là que d’une option. Ils ne s’en prévaudront probablement que s’ils éprouvent des doutes sérieux qui ne peuvent être dissipés autrement.

L’article 15, qui permet à l’État requis de demander une «ordonnance de retour» auprès de l’État requérant, porte:

ARTICLE 15

Les autorités judiciaires ou administratives d’un État contractant peuvent, avant d’ordonner le retour de l’enfant, demander la production par le demandeur d’une décision ou d’une attestation émanant des autorités de l’État de la résidence habituelle de l’enfant constatant que le déplacement ou le non-retour était illicite au sens de l’article 3 de la Convention, dans la mesure où cette décision ou cette attestation peut être obtenue dans cet État. Les Autorités centrales des États contractants assistent dans la mesure du possible le demandeur pour obtenir une telle décision ou attestation.

Il est à remarquer que la disposition prévoit que c’est à l’État requis de demander l’«ordonnance de retour» et que l’ordonnance est destinée à déterminer si le déplacement ou le non-retour était illicite. En bref, aux fins de la Convention, l’«ordonnance de retour» permet de préciser pour le bénéfice de

clarify for the requested state the opinion of the requesting state that indeed the continuing retention was wrongful.

There is nothing in the Convention requiring the recognition of an *ex post facto* custody order of foreign jurisdictions. And there are several statements in the supplementary material to support the view that “wrongful retention” under the Hague Convention does not contemplate a retention becoming wrongful only after the issuance of a “chasing order”. According to the report of Professor Pérez-Vera on the Preliminary draft Convention (Preliminary Document No. 6 “Report of the Special Commission”) the situations to which “wrongful retention” under the Hague Convention was intended to refer are quite straightforward and conform to common sense. She states:

As a result, an analytical approach seems to be the most appropriate for getting into the gist of the matter in an area where legal terminology could become either too complex or too simple. As a basis for this approach, we shall consider just two elements which coexist in all the situations we have to face and which, in such a way, may be deemed to constitute the unalterable nucleus of the problem.

[Describing “removal”] In the first place, and in all cases, we have the removal of a child away from the normal social environment in which he lived in the care of a custodian (or institution) who exercised over him a legal right of custody. [Describing “retention”] Naturally, we must assimilate to this situation the case of a refusal to return the child after a sojourn abroad, where the sojourn has been made with the consent of the rightful custodian of the child’s person. In both cases, the outcome is the same: the child has been removed from the social and family background which shaped his life.

Secondly, the person who removed the child . . . hopes to obtain the right of custody from the authorities of the country where the child has been taken . . . [in order to] legalize the factual situation he has created . . . [Emphasis added.]

(*Actes et documents, supra*, at p. 172.)

To paraphrase, a wrongful retention begins from the moment of the expiration of the period of access, where the original removal was with the

l’État requis l’opinion de l’État requérant qu’effectivement le non-retour était illicite.

Rien dans la Convention n’exige la reconnaissance d’une ordonnance de garde rendue *ex post facto* dans un autre ressort. En outre, plusieurs exposés dans les documents supplémentaires appuient l’opinion que, sous le régime de la Convention de La Haye, le non-retour ne devient pas illicite uniquement après qu’une «ordonnance de retour» est rendue. Selon le rapport du professeur Pérez-Vera sur l’avant-projet de Convention (Document préliminaire n° 6 «Rapport de la Commission spéciale»), les situations auxquelles le «non-retour illicite» visé à la Convention de La Haye était destiné à renvoyer sont très précises et conformes au bon sens. Elle dit:

En conséquence, une approche analytique semble être la plus adéquate pour saisir l’essence d’une question dont l’expression en termes de droit court le risque de tomber ou bien dans le simplisme ou bien dans une excessive complexité. Comme point de départ de cette approche nous retiendrons seulement deux éléments présents dans toutes les situations qui nous concernent, de telle façon qu’il est légitime d’estimer qu’ils constituent le noyau irréductible du problème.

[Décrivant «déplacement»:] En premier lieu, dans toutes les hypothèses, il existe le déplacement d’un enfant hors de son milieu habituel, où il se trouvait à la charge d’une personne (ou d’une institution) qui exerçait sur lui un droit de garde légitime. [Décrivant «non-retour»:] Bien entendu, on doit assimiler à une telle situation le refus de réintégrer l’enfant à son milieu, après un séjour à l’étranger, avec le consentement de celui qui exerçait la garde sur sa personne. En effet, dans les deux cas la conséquence est la même: l’enfant a été soustrait de l’environnement familial et social dans lequel se déroulait sa vie.

En second lieu, la personne qui déplace l’enfant [. . .] a l’espoir d’obtenir des autorités du pays où l’enfant a été emmené le droit de garde sur la personne de celui-ci [. . .] [afin de] légalise[r] la situation de fait qu’elle vient de créer . . . [Je souligne.]

(*Actes et documents, op. cit.*, à la p. 172.)

En d’autres termes, le non-retour sera illicite dès l’expiration de la période de visite, lorsque le déplacement original a été autorisé par le gardien

consent of the rightful custodian of the child. This interpretation is repeated in the “Commentary on the Draft” in the Report of the Special Commission, which states:

In the first place, the reference to wrongfully ‘retained’ children tends to cover the case of a child who is in a different place from that of his habitual residence, with the consent of the rightful custodian, and who has not been returned by the non-custodial parent.

(*Actes et documents, supra*, at p. 187.)

Similarly, the Explanatory Report on the Convention states:

The fixing of the decisive date in cases of wrongful retention should be understood as that on which the child ought to have been returned to its custodians or on which the holder of the right of custody refused to agree to an extension of the child’s stay in a place other than that of its habitual residence.

(*Actes et documents, supra*, at pp. 458-59.)

At page 429, it adds: “The Convention . . . places at the head of its objectives the restoration of the *status quo*”.

Accordingly, I conclude that the order granted by the Scottish court in favour of the father on February 3, 1993, standing alone, would not have been sufficient to ground an application under the Hague Convention, as it could not, in itself, make the retention wrongful.

As noted earlier, I am aware of a number of cases, like the present, where the British authorities appear to have assumed that a “chasing order” issued after the child has been taken out of the jurisdiction can by itself make unlawful what was otherwise not contrary to the Convention; see *C. v. S. (Minor: Abduction: Illegitimate Child)*, [1990] 2 All E.R. 449 (C.A.), aff’d [1990] 2 All E.R. 961 (H.L.); *Re B.-M. (Wardship: Jurisdiction)*, [1993] 1 F.L.R. 979 (H.C. (Fam. Div.)); and *Re N. (Child Abduction: Habitual Residence)*, [1993] 2 F.L.R. 124 (C.A.). In particular, since this case was argued, a number of British and Australian cases have come to my attention where wardship proceedings in England have been used as “chasing

légal de l’enfant. Cette interprétation est reprise dans le «Commentaire de l’avant-projet» du Rapport de la Commission spéciale, qui prévoit:

^a En premier lieu, la référence aux enfants «retenus» illicitement entend couvrir les cas où l’enfant se trouvant dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle — avec le consentement de la personne qui exerçait normalement sa garde — n’est pas renvoyé par la personne avec laquelle il séjournait.

(*Actes et documents, op. cit.*, à la p. 187.)

^b De même, dans le Rapport explicatif de la Convention on écrit:

... la concrétisation de la date décisive en cas de non-retour devant être entendue comme celle à laquelle l’enfant aurait dû être remis au gardien, ou à laquelle le titulaire de la garde a refusé son consentement à un prolongement du séjour de l’enfant dans un autre lieu que celui de sa résidence habituelle.

(*Actes et documents, op. cit.*, aux pp. 458 et 459.)

^c À la page 429, on ajoute: «. . . la Convention consacre en tout premier lieu, parmi ses objectifs, le rétablissement du *statu quo*».

^d Je conclus donc que l’ordonnance rendue le 3 février 1993 par le tribunal écossais en faveur du père n’aurait pas suffi comme telle à fonder une demande en vertu de la Convention de La Haye, puisqu’elle ne pouvait en soi rendre le non-retour illicite.

^e Je le répète, je suis conscient de nombreux cas où, comme en l’espèce, les autorités britanniques paraissent avoir présumé qu’une «ordonnance de retour» rendue après que l’enfant a été enlevé du ressort peut en elle-même rendre illicite ce qui était par ailleurs conforme à la Convention; voir *C. c. S. (Minor: Abduction: Illegitimate Child)*, [1990] 2 All E.R. 449 (C.A.), conf. par [1990] 2 All E.R. 961 (H.L.); *Re B.-M. (Wardship: Jurisdiction)*, [1993] 1 F.L.R. 979 (H.C. (Fam. Div.)), et *Re N. (Child Abduction: Habitual Residence)*, [1993] 2 F.L.R. 124 (C.A.). En particulier, depuis que la présente affaire a été entendue, bon nombre de causes britanniques et australiennes ont été portées à mon attention, dans lesquelles des procédures

orders” after the removal of a child to establish wrongful retention whether by or against the person having the right of custody at the time of the removal; see, for example, *Re B.-M.*, *supra*; and *In the Marriage of W. M. and G. R. Barraclough* ^a (1987), 11 Fam. L.R. 773 (Fam. Ct. Aust.). I refrain from commenting further about these cases, but I simply observe that such an approach taken against a custodial parent (other than one acting on an interim basis, as here) appears at first blush to be directed to protecting interests other than custody rights, to which the remedy of return of the child is confined under the Convention. Should such a situation arise here, it would have to be very carefully scrutinized to see if this conformed to the letter and spirit of the Convention. I observe that in a recent United States case, the court there refused to honour a request for return under such circumstances; see *Meredith v. Meredith*, 759 F.Supp. 1432 (D. Ariz. 1991).

Exceptions to the Return of a Wrongfully Removed Child

Having determined that Matthew was wrongfully removed under the terms of the Convention, Article 12 of the Convention mandates this Court to order his return “forthwith” unless his case fits into one of the exceptions set forth in Articles 12, 13 and 20. These are (see John M. Eekelaar, “International Child Abduction by Parents” (1982), 32 *U.T.L.J.* 281, at p. 311):

1. More than a year has elapsed between the removal and the commencement of judicial proceedings and it can be demonstrated that the child is now settled into his new environment: Article 12;

2. The person, institution or other body having the care of the person of the child was not actually exercising the custody rights at the time of removal or retention: Article 13(a);

intentées en Angleterre relativement à une tutelle ont été utilisées comme des «ordonnances de retour» après le déplacement d’un enfant afin d’établir le non-retour illicite par la personne qui a le droit de garde au moment du déplacement ou contre elle; voir par exemple *Re B.-M.*, précité, et *In the Marriage of W. M. and G. R. Barraclough* (1987), 11 Fam. L.R. 773 (Fam. Ct. Aust.) Je m’abstiendrai de commenter plus amplement ces affaires, mais je remarque simplement qu’une telle position adoptée à l’encontre du parent qui a la garde (autre que provisoire, comme en l’espèce) paraît à prime abord viser à protéger des intérêts autres que le droit de garde, auquel le retour de l’enfant est limité en vertu de la Convention. Si une telle situation se produisait en l’espèce, il faudrait l’examiner avec grand soin afin de déterminer si elle est conforme à la lettre et à l’esprit de la Convention. Je remarque qu’aux États-Unis, le tribunal a, dans une affaire récente, refusé de faire droit à une demande de retour dans de telles circonstances; voir *Meredith c. Meredith*, 759 F.Supp. 1432 (D. Ariz. 1991).

Exceptions au retour d’un enfant déplacé illicitement

Puisque Matthew a été déplacé illicitement au sens de la Convention, l’art. 12 de la Convention contraint notre Cour à ordonner son retour «immédiat», à moins que sa situation ne soit visée par l’une des exceptions énoncées aux art. 12, 13 et 20. Elles sont les suivantes (voir John M. Eekelaar, «International Child Abduction by Parents» (1982), 32 *U.T.L.J.* 281, à la p. 311):

1. Plus d’un an s’est écoulé entre le déplacement et le moment de l’introduction des procédures judiciaires, et il peut être établi que l’enfant s’est intégré dans son nouveau milieu: art. 12;

2. La personne, l’institution ou l’organisme qui avait le soin de la personne de l’enfant n’exerçait pas effectivement le droit de garde à l’époque du déplacement ou du non-retour: al. 13a);

3. The person, institution or other body having the care of the person of the child had acquiesced in the removal or retention: Article 13(a);

4. There is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm, or otherwise place the child in an intolerable situation: Article 13(b);

5. The child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take into account its views: Article 13;

6. The return of the child would “not be permitted by the fundamental principles of the requested State relating to the protection of human rights and fundamental freedoms”: Article 20.

As well, it will be remembered, there is the exception in s. 5 of the Manitoba Act that if the court is satisfied that a child would suffer serious harm from leaving or placing the child with the person named in an extraprovincial order, it must make another custody order.

The only exceptions into which it is claimed Matthew fits are that of “serious harm” under the Manitoba Act or “a grave risk . . . [of] physical or psychological harm” under the Convention. It is argued that Matthew’s separation from his mother, who has been his primary caretaker for the past 13 months, will cause such harm, and that such separation is the necessary consequence of an order of return, due to the currency of the Scottish custody order in favour of the father of February 3, 1993. I shall deal with the matter on the basis that both tests of harm are applicable to the present proceedings; I shall have more to say about this later.

As noted by Davidson J., the tests for harm under the Manitoba Act and the Convention are not expressed in the same terms. The former requires that the “child would suffer serious harm if the child remained in or was restored to the custody . . .”. The latter requires “a grave risk that his

3. La personne, l’institution ou l’organisme qui avait le soin de la personne de l’enfant a acquiescé à ce déplacement ou à ce non-retour: al. 13a);

4. Il existe un risque grave que le retour de l’enfant ne l’expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable: al. 13b);

5. L’enfant s’oppose à son retour et il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion: art. 13;

6. Le retour de l’enfant «ne serait pas permis par les principes fondamentaux de l’État requis sur la sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales»: art. 20.

En outre, convient-il de rappeler, l’art. 5 de la Loi manitobaine prévoit une exception, suivant laquelle, si le tribunal conclut que l’enfant subirait un préjudice grave s’il demeurait sous la garde, ou s’il était confié à la garde, de la personne nommée dans une ordonnance de garde extra-provinciale, il doit rendre une ordonnance de garde différente.

Les seules exceptions qui, soutient-on, s’appliquent à Matthew, sont celles du «préjudice grave» selon la Loi du Manitoba ou du «risque grave [. . .] [de] danger physique ou psychique» selon la Convention. On soutient que la séparation de Matthew d’avec sa mère, qui a été sa principale gardienne pendant les 13 derniers mois, lui causera pareil préjudice et que cette séparation est la conséquence inévitable d’une ordonnance de retour, étant donné l’existence de l’ordonnance de garde rendue en Écosse le 3 février 1993 en faveur du père. J’étudierai la question en tenant pour acquis que les deux critères en matière de préjudice s’appliquent aux présentes procédures; j’ajouterai plus loin des commentaires à cet égard.

Comme le juge Davidson l’a signalé, les critères en matière de préjudice en vertu de la Loi manitobaine et de la Convention ne sont pas formulés en des termes identiques. Aux termes de la première, «l’enfant subirait un préjudice grave s’il demeurait sous la garde [. . .] ou s’il était confié de nouveau à

or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation". Twaddle J.A. disposed of the problems raised by this variance by stating, at p. 208: "As 'serious harm' to the little boy in this case would necessarily be preceded by a grave risk of harm to him, it is only necessary to consider the exceptions set out in the *Convention*." In view of the findings that the facts here did not meet the tests of harm either as expressed in the Convention or the Act, I need not delve into this issue. I content myself by saying that I agree that the inconsistencies between the Convention and the Act are not so great as to mandate the application of a significantly different test of harm. Because of this and because, as I will explain later, it is in my view the only relevant exception, I will consider only case law under the "harm" exception of the Convention, on which in any case the appellant essentially relied.

It has been generally accepted that the Convention mandates a more stringent test than that advanced by the appellant. In brief, although the word "grave" modifies "risk" and not "harm", this must be read in conjunction with the clause "or otherwise place the child in an intolerable situation". The use of the word "otherwise" points inescapably to the conclusion that the physical or psychological harm contemplated by the first clause of Article 13(b) is harm to a degree that also amounts to an intolerable situation. Examples of cases that have come to this conclusion are: *Gsponer v. Johnstone* (1988), 12 Fam. L.R. 755 (Fam. Ct. Aust. (Full Ct.)); *Re A. (A Minor) (Abduction)*, [1988] 1 F.L.R. 365 (Eng. C.A.); *Re A. and another (Minors) (Abduction: Acquiescence)*, [1992] 1 All E.R. 929 (C.A.); *Re L. (Child Abduction) (Psychological Harm)*, [1993] 2 F.L.R. 401 (Eng. H.C. (Fam. Div.)); *Re N. (Minors) (Abduction)*, [1991] 1 F.L.R. 413 (Eng. H.C. (Fam. Div.)); *Director-General of Family and Community Services v. Davis* (1990), 14 Fam. L.R. 381 (Fam. Ct. Aust. (Full

la garde . . . ». Aux termes de la seconde, il doit exister «un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable». Le juge Twaddle de la Cour d'appel a solutionné ainsi à la p. 208 la difficulté qu'engendre cette différence: [TRADUCTION] «Puisque le «préjudice grave» à l'enfant en l'espèce serait nécessairement précédé d'un risque grave qu'il subisse un préjudice, il suffit de tenir compte des exceptions énoncées dans la *Convention*.» Vu les conclusions que les faits en l'espèce ne satisfont pas aux critères en matière de préjudice prévus soit dans la Convention, soit dans la Loi, je n'ai pas à approfondir la question. Je me contenterai de dire que je conviens que les différences entre la Convention et la Loi ne sont pas marquées au point de forcer l'application d'un critère sensiblement différent en matière de préjudice. Pour cette raison et parce que, comme je l'expliquerai plus loin, il s'agit à mon avis de la seule exception pertinente, j'étudierai uniquement la jurisprudence portant sur l'exception relative au «préjudice» de la Convention, sur laquelle, de toute façon, l'appellante s'est essentiellement fondée.

Il est généralement reconnu que la Convention requiert un critère plus rigoureux que celui proposé par l'appelante. En bref, bien que le mot «grave» détermine le «risque» et non le «préjudice», le terme doit être lu conjointement avec la phrase «ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable». L'emploi de l'expression «autre manière» nous amène inévitablement à conclure que le préjudice physique ou psychique prévu dans la première partie de l'al. 13b) est tel qu'il devient également une situation intolérable. On en est venu à cette conclusion dans les affaires suivantes: *Gsponer c. Johnstone* (1988), 12 Fam. L.R. 755 (Fam. Ct. Aust. (Full Ct.)); *Re A. (A Minor) (Abduction)*, [1988] 1 F.L.R. 365 (Eng. C.A.); *Re A. and another (Minors) (Abduction: Acquiescence)*, [1992] 1 All E.R. 929 (C.A.); *Re L. (Child Abduction) (Psychological Harm)*, [1993] 2 F.L.R. 401 (Eng. H.C. (Fam. Div.)); *Re N. (Minors) (Abduction)*, [1991] 1 F.L.R. 413 (Eng. H.C. (Fam. Div.)); *Director-General of Family and Community Services c. Davis* (1990), 14 Fam. L.R. 381

Ct.)); and *C. v. C.*, *supra*. In *Re A. (A Minor) (Abduction)*, *supra*, Nourse L.J., in my view correctly, expressed the approach that should be taken, at p. 372:

... the risk has to be more than an ordinary risk, or something greater than would normally be expected on taking a child away from one parent and passing him to another. I agree ... that not only must the risk be a weighty one, but that it must be one of substantial, and not trivial, psychological harm. That, as it seems to me, is the effect of the words 'or otherwise place the child in an intolerable situation'.

I hasten to add, however, that I do not accept Twaddle J.A.'s assessment that the risk contemplated by the Convention must come from a cause related to the return of the child to the other parent and not merely from the removal of the child from his present caregiver. As this Court stated in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, from a child centred perspective, harm is harm. If the harm were severe enough to meet the stringent test of the Convention, it would be irrelevant from whence it came. I should observe, however, that it would only be in the rarest of cases that the effects of "settling in" to the abductor's environment would constitute the level of harm contemplated by the Convention. By stating that before one year has elapsed the rule is that the child must be returned forthwith, Article 12 makes it clear that the ordinary effects of settling in, therefore, do not warrant refusal to surrender. Even after the expiration of one year, return must be ordered unless, in the words of the Convention, "it is demonstrated that the child is now settled in its new environment".

In the case at bar, there is no doubt that Matthew would suffer some psychological harm in being torn from his mother's custody and thrust into that of his father, especially in light of the possibility that, on a re-hearing, the Scottish court may award final custody back to the mother. To paraphrase Helper J.A., it is not good for a child to be bounced from one caregiver to another. This problem has been recognized by other courts. In *Re L.*, *supra*, the father was American and the mother British.

(Fam. Ct. Aust. (Full Ct.)); et *C. c. C.*, précité. À la page 372 de *Re A. (A Minor) (Abduction)*, précité, le lord juge Nourse exprime, à mon avis avec justesse, la position qui devrait être adoptée:

[TRADUCTION] ... il doit s'agir d'un risque plus grand qu'un risque ordinaire, ou plus grand que ce dont on s'attendrait normalement du fait de prendre un enfant d'un parent et de le remettre à l'autre. Je conviens [...] que non seulement le risque doit être grave, mais il doit causer un préjudice psychique sérieux, et non pas négligeable. C'est là, me semble-t-il, le sens de l'expression «ou de toute autre manière place l'enfant dans une situation intolérable».

Je m'empresse d'ajouter cependant que je n'accepte pas l'affirmation du juge Twaddle que le risque visé par la Convention doit découler d'une cause liée au retour de l'enfant à l'autre parent et non seulement du retrait de l'enfant du parent qui en prend soin. Comme notre Cour l'a remarqué dans *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, du point de vue de l'enfant, un préjudice est un préjudice. Si le préjudice était suffisamment grave pour satisfaire au critère rigoureux de la Convention, sa source importerait peu. Je tiens toutefois à signaler que ce ne sera que dans de très rares cas que les effets de «l'intégration» dans le milieu du ravisseur causeront un préjudice au niveau envisagé par la Convention. La déclaration à l'art. 12 selon laquelle, lorsqu'une période de moins d'un an s'est écoulée, la règle prescrit que l'enfant doit être retourné immédiatement, précise que les effets ordinaires de l'intégration ne justifient donc pas le refus de rendre l'enfant. Même après un an, l'autorité saisie doit ordonner le retour de l'enfant à moins, comme le dit la Convention, «qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu».

En l'espèce, il ne fait aucun doute que Matthew subirait quelque préjudice psychique s'il était soustrait à la garde de sa mère pour être confié à celle de son père, particulièrement compte tenu de la possibilité que, dans le cadre d'une nouvelle audience, le tribunal écossais accorde de nouveau la garde permanente à la mère. Pour reprendre les propos du juge Helper, il n'est pas bon pour un enfant d'être renvoyé d'un pourvoyeur de soins à l'autre. D'autres tribunaux ont reconnu ce pro-

They had lived in Texas where the child was born in 1991. The mother wrongfully removed the child to England. The father applied under the Hague Convention for the return of the child, and the mother resisted the application under the exception in Article 13(b). The mother adduced evidence from two developmental psychologists that to separate a mother from a 19 month old would cause the child grave psychological harm. The court held that this evidence went to the merits of a custody hearing. The court determined that the risk of harm to the child would only arise if the mother refused to accompany the child or was denied a visa to do so. Even so, the court held that the harm was not severe enough to invoke Article 13(b). At page 405, it stated:

Even if she still failed [to accompany the child to Texas or] to obtain such a visa, I do not accept that there is a grave risk that Thomas would be exposed to psychological harm of the necessary degree, or be placed in an intolerable situation of the necessary degree. After all, he will be collected by his father here, and taken to Texas, and then will be cared for by his father and by his paternal grandmother thereafter.

In light of the undertakings of the father in *Re L.* to pay the mother's airfare, to pay interim support money, and to vacate the matrimonial home in Texas for her to stay there with the child until the custody hearing, the court was satisfied that the child's interests were safeguarded while the Convention was honoured.

Remedies

As discussed earlier, the "chasing order" issued by the Scottish court complicates matters in the case at bar, for it makes one objective of the Convention, a return to the *status quo* as it existed before the wrongful removal, impossible to achieve without taking additional action. The Convention does not provide specifically for remedial flexibility because it is based on the primary assumption that the wrongful removal of a child necessarily has harmful effects (see the preamble;

blème. Dans *Re L.*, précité, le père était américain et la mère britannique. Ils avaient vécu au Texas, où l'enfant est né en 1991. La mère a illicitement emmené l'enfant en Angleterre. Le père a demandé le retour de l'enfant en vertu de la Convention de La Haye et la mère s'y est opposée en invoquant l'exception prévue à l'al. 13b). Elle a appelé à témoigner deux psychologues de l'enfance, suivant lesquels un enfant de 19 mois séparé de sa mère subirait un préjudice psychique grave. Le tribunal a conclu que cette preuve ressortissait au fond d'une audience sur la garde. Il a déterminé que le risque de préjudice à l'enfant ne se poserait que si la mère refusait de l'accompagner ou ne pouvait obtenir un visa pour ce faire. Même dans ce cas-là, a conclu le tribunal, le préjudice n'était pas suffisamment grave pour que l'on puisse invoquer l'al. 13b). À la page 405, il a dit:

[TRADUCTION] Même si elle ne réussit tout de même pas [à accompagner l'enfant au Texas ou] à obtenir un tel visa, je ne crois pas qu'il existe un risque grave que Thomas subisse un préjudice psychique de la nature requise, ou qu'il soit placé dans une situation suffisamment intolérable. Après tout, il sera recueilli par son père, qui l'amènera au Texas, et en prendra soin avec l'aide de la grand-mère paternelle de l'enfant par la suite.

Étant donné la promesse du père dans *Re L.* de payer le transport aérien de la mère, de lui verser une pension alimentaire provisoire et de quitter la résidence familiale du Texas pour lui permettre d'y demeurer avec l'enfant jusqu'à l'audience relative à la garde, le tribunal était convaincu que les intérêts de l'enfant étaient protégés et que la Convention était respectée.

h Réparations

Comme je l'ai mentionné précédemment, l'«ordonnance de retour» rendue par le tribunal écossais complique la question en l'espèce car, à moins de prendre des mesures additionnelles, il est impossible d'atteindre l'un des objectifs de la Convention, soit celui de revenir au statu quo qui existait avant le déplacement illicite. La Convention ne permet aucune souplesse à l'égard des réparations puisqu'elle est fondée sur la prémisse que le déplacement illicite de l'enfant a nécessairement des effets

see also Anton, *supra*, at p. 543). In interpreting the Convention, courts have recognized that frequently an unqualified return order can be detrimental to the short term interests of the child in that it wrenches the child from its *de facto* primary caregiver. As Helper J.A. put it, at p. 215, “children must not be made to suffer twice over as a result of their parents’ wrongdoing”. The younger the child, the greater the need for the courts’ concern. This is especially so in fact patterns like the present to which the *travaux préparatoires* refer to as “in effect, the reverse of the usual child abduction case” (Dyer Report, *Actes et documents, supra*, at p. 40).

Given the preamble’s statement that “the interests of children are of paramount importance”, courts of other jurisdictions have deemed themselves entitled to require undertakings of the requesting party provided that such undertakings are made within the spirit of the Convention: see *Re L., supra; C. v. C., supra; P. v. P. (Minors) (Child Abduction)*, [1992] 1 F.L.R. 155 (Eng. H.C. (Fam. Div.)); and *Re A. (A Minor) (Abduction), supra*. Through the use of undertakings, the requirement in Article 12 of the Convention that “the authority concerned shall order the return of the child forthwith” can be complied with, the wrongful actions of the removing party are not condoned, the long-term best interests of the child are left for a determination by the court of the child’s habitual residence, and any short-term harm to the child is ameliorated.

Mr. Thomson has offered the following undertakings through his solicitors which this Court has accepted:

- (a) He will not take physical custody of Matthew upon Matthew’s return to Scotland and not until a Court permits such custody.
- (b) That he will commence such proceedings as will enable the Court of competent jurisdiction in Scotland to determine within approximately 5 weeks of

nuisibles (voir le préambule; voir également Anton, *loc. cit.*, à la p. 543). En interprétant la Convention, les tribunaux ont reconnu que l’ordonnance de retour sans réserves risque fréquemment d’être préjudiciable aux intérêts de l’enfant à court terme car elle arrache ce dernier des mains de la personne qui, dans les faits, est son principal pourvoyeur de soins. Comme le dit le juge Helper à la p. 215, [TRADUCTION] «les enfants ne doivent pas souffrir deux fois des écarts de conduite de leurs parents». Plus l’enfant est jeune, plus le tribunal doit faire preuve de prudence. C’est d’autant plus vrai lorsque les faits sont de la nature de ceux de l’espèce, auxquels les travaux préparatoires renvoient comme s’agissant, «en fait, du contraire d’un cas normal d’enlèvement d’enfant» (rapport Dyer, *Actes et documents, op. cit.*, à la p. 40).

Compte tenu du préambule, aux termes duquel «l’intérêt de l’enfant est d’une importance primordiale», certains tribunaux étrangers se sont investis du pouvoir d’exiger des engagements de la part de la partie demanderesse, pour autant que ces engagements respectent l’esprit de la Convention: voir *Re L.*, précité; *C. c. C.*, précité; *P. c. P. (Minors) (Child Abduction)*, [1992] 1 F.L.R. 155 (Eng. H.C. (Fam. Div.)), et *Re A. (A Minor) (Abduction)*, précité. Grâce aux engagements, la condition prévue à l’art. 12 de la Convention, suivant laquelle «l’autorité saisie ordonne [le] retour immédiat [de l’enfant]», peut être respectée, les actes illicites de la partie qui a déplacé l’enfant ne sont pas excusés, l’intérêt à long terme de l’enfant est déterminé par le tribunal de la résidence habituelle de l’enfant et tout préjudice à court terme à l’enfant est atténué.

Monsieur Thomson a proposé, par l’entremise de ses procureurs, les engagements suivants, que notre Cour a acceptés:

[TRADUCTION]

- i) Il n’exercera pas la garde physique de Matthew au retour de celui-ci en Écosse, et ne l’exercera que si un tribunal la lui attribue.
- ii) Il entamera les procédures qui conféreront au tribunal compétent en Écosse le pouvoir de trancher provisoirement ou définitivement dans un délai d’envi-

Matthew's return on an interim or final basis, the issue of Matthew's care and control.

ron 5 semaines suivant le retour de Matthew la question des soins et de la surveillance de Matthew.

Interaction Between Convention and Manitoba Act

Davidson J. made a four-month interim custody order in favour of the appellant. The interveners before this Court disagreed on whether the Manitoba Court of Queen's Bench had jurisdiction to grant such an order. This difference of opinion arises from the interpretation of s. 6 of the Manitoba Act (which allows such interim orders as are in the best interests of the child) and the interpretation of Articles 12 of the Convention (which demands that a wrongfully removed child must be returned "forthwith") and 16 (which states that a court charged with determining a case by application of the Convention "shall not decide on the merits of rights of custody" unless it has first determined that the child is not to be returned under the Convention). The Attorney General of Canada submits that, if a conflict exists between these provisions, the Convention must prevail. The Attorney General of Manitoba submits that in such a case, the Manitoba legislation must prevail.

Professor Vaughan Black in his article "Statutory Confusion in International Child Custody Disputes" (1993), 9 *C.F.L.Q.* 279, at pp. 279-80, describes the problem created by the provincial enactments of the Convention:

The problem arises because in some cases two distinct statutory regimes present themselves as applicable. In the mid-1980s, all Canadian provinces and territories adopted legislation implementing the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. This legislation was enacted on top of existing statutes dealing with matters of child custody. Those existing statutes typically had some provisions dealing with questions of territorial complexity. Specifically, the existing statutes contained provisions dealing with the questions of when the provinces' courts could and should take jurisdiction over a geographically complex custody case, and the related matter of the circumstances in which foreign custody orders should be accorded recognition. In some provinces . . . the Hague Convention is found in the same statute as the general

Corrélation entre la Convention et la Loi du Manitoba

Le juge Davidson a rendu une ordonnance de garde provisoire de quatre mois en faveur de l'appelante. Les intervenants devant notre Cour n'ont pu se mettre d'accord sur la question de savoir si la Cour du Banc de la Reine du Manitoba était compétente pour prononcer cette ordonnance. Cette divergence d'opinion naît de l'interprétation de l'art. 6 de la Loi manitobaine (qui permet qu'une ordonnance provisoire soit rendue au mieux des intérêts de l'enfant), de l'art. 12 de la Convention (qui exige le retour «immédiat» d'un enfant illicitement déplacé) et de l'art. 16 (qui prescrit que les tribunaux tenus de trancher une affaire par l'application de la Convention «ne pourront statuer sur le fond du droit de garde» à moins d'avoir d'abord déterminé que les conditions de la Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies). Le procureur général du Canada soutient que, si un conflit existe entre ces dispositions, la Convention doit prévaloir. Le procureur général du Manitoba soutient pour sa part que, dans un tel cas, la loi du Manitoba doit prévaloir.

Dans un article intitulé «Statutory Confusion in International Child Custody Disputes» (1993), 9 *C.F.L.Q.* 279, aux pp. 279 et 280, le professeur Vaughan Black décrit le problème créé par les lois provinciales d'application de la Convention:

[TRADUCTION] Le problème réside dans le fait que, dans certains cas, deux régimes législatifs distincts sont applicables. Au milieu des années 1980, toutes les provinces et tous les territoires canadiens ont adopté une loi visant la mise en vigueur de la Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Ces lois se sont ajoutées aux textes de loi qui existaient déjà en matière de garde d'enfant. Ces textes de loi contenaient généralement des dispositions sur des questions de complexité territoriale. Plus précisément, les lois existantes déterminaient les cas où les tribunaux provinciaux pouvaient et devaient assumer leur compétence à l'égard des affaires de garde complexes du point de vue géographique, et traitaient de la question connexe des circonstances dans lesquelles les ordonnances de garde étrangères devaient être reconnues. Dans cer-

custody provisions. In others, the Convention was enacted in a separate statute confined to the promulgation of that treaty. In either event — at least in those cases where the foreign country in question is a contracting state under the Convention — international custody cases appear to present the problem of two applicable statutes.

The preliminary draft Convention that had been completed by the Hague Conference Special Commission in November 1979 was submitted to the Uniform Law Conference of Canada in August 1980 by its Committee on International Conventions on Private International Law (see K. B. Farquhar, "The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada" (1983), 4 *Can. J. Fam. L.* 5). The Uniform Law Conference agreed upon the text of a "Uniform Act" to implement the Hague Convention. Four provinces (New Brunswick, Nova Scotia, Saskatchewan and Alberta) enacted legislation that paralleled the Uniform Act, including its provision that, in the event of a conflict between the Convention and any other enactment, the Convention prevailed: *International Child Abduction Act*, S.N.B. 1982, c. I-12.1; *Child Abduction Act*, S.N.S. 1982, c. 4; *The International Child Abduction Act*, S.S. 1986, c. I-10.1; and *International Child Abduction Act*, S.A. 1986, c. I-6.5.

Quebec chose not to enact the Convention at all, but to legislate equivalent provisions: *An Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction*, S.Q. 1984, c. 12. The five remaining provinces (Manitoba, Ontario, British Columbia, Prince Edward Island and Newfoundland) adopted the Convention in a more general statute dealing with the civil aspects of child abduction: *The Child Custody Enforcement Act*, S.M. 1982, c. 27 (now R.S.M. 1987, c. C360); *Children's Law Reform Amendment Act*, 1982, S.O. 1982, c. 20; *Family Relations Amendment Act*, 1982, S.B.C. 1982, c. 8, as am. by S.B.C. 1985, c. 72, s. 20; *Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, S.P.E.I. 1984, c. 17; and *The Children's Law Act*, S.N. 1988, c. 61. Of these five, Ontario, Prince Edward Island and New-

tainies provinces [...] la Convention de La Haye se retrouve au côté de dispositions générales en matière de garde. Dans d'autres, la Convention a été adoptée dans une loi distincte se limitant à la promulgation du traité. Quoi qu'il en soit — du moins dans les affaires où le pays étranger en question est un État partie à la Convention — les affaires internationales de garde paraissent soulever le problème de deux lois applicables.

L'avant-projet de la Convention qui a été achevé par la Commission spéciale de la Conférence de La Haye en novembre 1979 a été soumis à la Conférence sur l'uniformisation des lois du Canada en août 1980 par l'intermédiaire de son comité sur les conventions internationales en droit international privé (voir K. B. Farquhar, «The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada» (1983), 4 *Rev. can. d. fam.* 5). La Conférence sur l'uniformisation des lois a accepté le texte d'une «Loi uniforme» pour l'application de la Convention de La Haye. Quatre provinces (le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Écosse, la Saskatchewan et l'Alberta) ont adopté une loi parallèle à la Loi uniforme, dont sa disposition portant que, dans le cas d'un conflit entre la Convention et toute autre loi, la Convention doit prévaloir: *Loi sur l'enlèvement international d'enfants*, L.N.-B. 1982, ch. I-12.1; *Child Abduction Act*, S.N.S. 1982, ch. 4; *The International Child Abduction Act*, S.S. 1986, ch. I-10.1, et *International Child Abduction Act*, S.A. 1986, ch. I-6.5.

Le Québec a choisi de ne pas adopter la Convention du tout, adoptant plutôt des dispositions équivalentes: *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, L.Q. 1984, ch. 12. Les cinq autres provinces (le Manitoba, l'Ontario, la Colombie-Britannique, l'Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve) ont adopté la Convention dans une loi plus générale régissant les aspects civils de l'enlèvement d'enfants: *The Child Custody Enforcement Act*, S.M. 1982, ch. 27 (maintenant la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*, L.R.M. 1987, ch. C360). *Children's Law Reform Amendment Act*, 1982, S.O. 1982, ch. 20; *Family Relations Amendment Act*, 1982, S.B.C. 1982, ch. 8, mod. par S.B.C. 1985, ch. 72, art. 20; *Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, S.P.E.I. 1984, ch. 17, et *The*

foundland's enactments all contain the provision that, in the event of a conflict between the Convention and any other legislative scheme, the Convention prevails. Only the British Columbia and Manitoba Acts do not contain such supremacy provisions.

Black (*supra*, at p. 286) asserts that the difference of view between the provinces that enacted the Convention *simpliciter* and those that grafted it onto a more expansive legislative scheme stem from the fact that:

A province might wish to enact legislation which imposes an obligation to order the return of abducted children which is "stricter" — that is, subject to narrower exceptions — than the obligation imposed by the Convention. Parties seeking an order for return pursuant to such laws should not then be faced with an argument that one of the exceptions in the Convention operates to preclude that relief. In other words, the Convention enacts *minimal* obligations to order the return of abducted children, and does not operate to preclude the enactment of more stringent obligations. [Emphasis in original.]

However, the situation described by Black, where a province might hypothetically wish to enact provisions narrower than those of the Convention, is the reverse situation to that of the case at bar. It was argued before us that, because the two pieces of legislation were not pleaded as alternatives, and because Manitoba has enacted enforcement provisions looser than those of the Convention, the Manitoba Court of Queen's Bench has jurisdiction to make an interim custody order that is in contravention of the requirements of Articles 12 and 16 of the Convention.

It is, in strictness, not necessary to decide whether the provisions of the *Child Custody Enforcement Act* conflict with the provisions of the Convention in the case at bar. The four months of interim custody granted to the appellant by Davidson J. have expired, as have the two months Helper J.A. would have granted. Although this case has been expedited, the appellant has had *de facto* cus-

Children's Law Act, S.N. 1988, ch. 61. De ces cinq lois, celles de l'Ontario, de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve prévoient qu'en cas de conflit entre la Convention et tout autre régime législatif, la Convention prévaut. Seules les lois de la Colombie-Britannique et du Manitoba n'accordent pas cette primauté.

Black (*loc. cit.*, à la p. 286) affirme que la différence d'opinions entre les provinces qui ont adopté la Convention comme telle et celles qui l'ont intégrée dans un régime législatif plus vaste découle du fait suivant:

[TRADUCTION] Une province pourrait souhaiter adopter une loi qui impose une obligation plus «rigoureuse» d'ordonner le retour des enfants enlevés — c'est-à-dire soumise à des exceptions plus restreintes — que l'obligation imposée par la Convention. Les parties qui demandent une ordonnance de retour conformément à de telles lois ne devraient pas alors se faire répondre que l'une des exceptions à la Convention a pour effet de fermer la porte à cette réparation. En d'autres termes, la Convention adopte des obligations *minimales* d'ordonner le retour des enfants enlevés, et elle n'a pas pour effet d'interdire l'adoption d'obligations plus rigoureuses. [En italique dans l'original.]

Cependant, la situation décrite par Black, où une province pourrait hypothétiquement souhaiter adopter des dispositions plus restrictives que celles de la Convention, est la situation contraire à celle de l'espèce. On a fait valoir devant nous que, parce que les deux textes législatifs n'ont pas été plaidés de façon subsidiaire, et parce que le Manitoba a adopté des dispositions plus généreuses que celles de la Convention en matière d'exécution, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a compétence pour rendre une ordonnance de garde provisoire contraire aux exigences des art. 12 et 16 de la Convention.

Strictement parlant, il n'est pas nécessaire de décider si les dispositions de la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde* entrent en conflit avec celles de la Convention en l'espèce. Les quatre mois de garde provisoire accordés à l'appelante par le juge Davidson sont expirés, tout comme les deux mois que le juge Helper aurait accordés. Bien que l'audition de la présente affaire ait été accéléré-

tody of Matthew in Canada for 13 months. The respondent has undertaken not to enforce any right to custody he might have under Scottish law until a full hearing of the matter if the appellant accompanies the child back to Scotland. Whether she accompanies Matthew or not, the appellant must return the child to Scotland "forthwith".

I think it advisable, however, to set forth my views on the interrelationship of the Convention and the other provisions of the Act in circumstances such as arose here. As I see it, those provisions and the Convention operate independently of one another. This result appears obvious when an application is made solely under the Convention or solely under the Act. One procedure may provide advantages that the other does not. When a particular procedure is chosen, however, it should operate independently of the other, though where the provisions of the Act are selected it may not be improper to look at the Convention in determining the attitude that should be taken by the courts, since the legislature's adoption of the Convention is indicative of the legislature's judgment that international child custody disputes are best resolved by returning the child to its habitual place of residence; see *G. v. G. (Minors) (Abduction)*, [1991] *Fam. Law* 519 (C.A.), at p. 519; and Black, *supra*, at pp. 290-91.

In the present case, applications were made under both the provisions of the Act and the Convention, and the courts below attempted to deal with both at the same time. Such mixing of independently devised comprehensive procedures is seldom helpful, and what is more important I do not think it is called for by the Act. It is true that unlike the Uniform Act, the Manitoba Act does not expressly provide that in the event of conflict the Convention prevails, but I do not think this is necessary where an application is made under the Convention. There is nothing in the Act indicating that when an application is made under the Convention, the independent procedure provided by the Act (which, unlike the Convention, is more

ré, l'appelante a la garde de facto de Matthew au Canada depuis 13 mois. L'intimé s'est engagé à ne faire respecter aucun droit de garde qu'il pourrait détenir en vertu du droit écossais jusqu'à ce que l'affaire soit entendue intégralement, à condition que l'appelante raccompagne l'enfant en Écosse. Qu'elle accompagne Matthew ou non, l'appelante doit retourner l'enfant en Écosse «immédiat[ement]».

Je crois sage toutefois d'exprimer mon avis sur la corrélation qui existe entre la Convention et les autres dispositions de la Loi étant donné les circonstances de l'espèce. À mon avis, ces dispositions et celles de la Convention ont un effet indépendant les unes des autres. Ce résultat est évident lorsqu'une demande est présentée soit en vertu de la Convention, soit en vertu de la Loi. Une procédure peut offrir des avantages que l'autre n'offre pas. Lorsqu'une procédure particulière est choisie, elle devrait toutefois s'appliquer indépendamment de l'autre. Cependant, lorsqu'on invoque les dispositions de la Loi, il peut être justifié de se reporter à la Convention pour déterminer la ligne de conduite que les tribunaux devraient suivre puisque l'adoption de la Convention par le législateur indique qu'il est d'avis que la meilleure façon de résoudre les conflits internationaux sur la garde d'enfants est de retourner l'enfant dans son lieu de résidence habituelle; voir *G. c. G. (Minors) (Abduction)*, [1991] *Fam. Law* 519 (C.A.), à la p. 519, et Black, *loc. cit.*, aux pp. 290 et 291.

En l'espèce, les demandes ont été présentées en vertu à la fois des dispositions de la Loi et de celles de la Convention, et les tribunaux d'instance inférieure ont tenté de traiter des deux en même temps. Une telle fusion de procédures exhaustives conçues séparément est rarement utile. Qui plus est, je ne crois pas que la Loi le requiert. Il est vrai que, contrairement à la Loi uniforme, la Loi du Manitoba ne prévoit pas expressément qu'en cas de conflit, c'est la Convention qui prévaut, mais je ne crois pas que cela soit nécessaire lorsque la demande est présentée en vertu de la Convention. Rien dans la Loi n'indique que, dans le cas d'une demande fondée sur la Convention, la procédure indépendante prévue par la Loi (qui, contrairement

narrowly directed at the enforcement of custody orders) should be referred to. By adopting the Convention, then, the legislature must be taken to do what it requires: promptly return a child wrongfully removed from its state of habitual residence to that state. Unless the applicant chooses to abandon it, the application under the Convention applies. Black, *supra*, at pp. 281-82, thus puts the matter:

The Convention simply requires that, subject to a narrow list of exceptions, children wrongfully removed from the country of their habitual residence be promptly returned to that state. The courts in the contracting state where the "abducted" children are present have an obligation to order such return. Article 16 of the Convention makes it clear that where there is an application for the return of a child, such application takes precedence over any custody application:

After receiving notice of a wrongful removal or retention of a child . . . , the judicial or administrative authorities of the Contracting State to which the child has been removed or in which it has been retained shall not decide on the merits of rights of custody until it has been determined that the child is not to be returned under this Convention . . .

Thus, an application for return *pursuant to the Convention* preempts a local custody application. Only if the application for return is refused — either because the Convention is held to be inapplicable or because one of its narrow exceptions is found to operate — should a custody application proceed. Since the court which decided to grant an order for return of the children pursuant to the Convention would obviously not both order such return and then proceed to determine custody, a successful application under the Convention entails declining any custody jurisdiction the court might otherwise possess. [Emphasis in original.]

Thus, as I see it, Davidson J. or Helper J.A. could not make an interim custody order under s. 6 of the Act. I am not, however, prepared to completely discount the possibility that the end sought by Helper J.A. could not be achieved under the Convention. Ordinarily, it is neither necessary nor desirable to proceed otherwise than with the utmost expedition. That is because in most cases

à la Convention, vise plus spécifiquement l'exécution d'ordonnances de garde) devrait être invoquée. Parce qu'elle a adopté la Convention, la législature doit être réputée se soumettre à ses exigences: retourner sans délai à son lieu de résidence habituelle l'enfant qui en a été déplacé illicitement. À moins que l'auteur de la demande ne choisisse de l'abandonner, la demande en vertu de la Convention s'applique. Black, *loc. cit.*, aux pp. 281 et 282, pose ainsi la question:

[TRADUCTION] La Convention requiert seulement que, sous réserve d'une liste restreinte d'exceptions, les enfants illicitement déplacés hors du pays de leur résidence habituelle soient retournés rapidement à cet État. Les tribunaux de l'État contractant où se trouvent les enfants «enlevés» sont tenus d'ordonner leur retour. Il ressort clairement de l'art. 16 de la Convention que la demande visant le retour d'un enfant a priorité sur toute demande de garde:

Après avoir été informées du déplacement illicite d'un enfant ou de son non-retour [. . .], les autorités judiciaires ou administratives de l'État contractant où l'enfant a été déplacé ou retenu ne pourront statuer sur le fond du droit de garde jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions de la présente Convention pour un retour de l'enfant ne sont pas réunies . . .

Par conséquent, une demande de retour présentée *conformément à la Convention* a priorité sur une demande de garde présentée dans le pays. Ce n'est que si la demande de retour est refusée — soit parce que la Convention est jugée inapplicable, soit parce que l'une de ses exceptions restreintes s'applique — qu'une demande de garde devrait être traitée. Puisque le tribunal qui a décidé d'accorder une ordonnance de retour des enfants conformément à la Convention n'ordonnerait évidemment pas le retour pour ensuite statuer sur la garde, le fait qu'il accueille une demande fondée sur la Convention le contraint à décliner toute compétence qu'il pourrait par ailleurs avoir en matière de garde. [En italique dans l'original.]

Aussi, tel que je le conçois, le juge Davidson ou le juge Helper ne pouvaient rendre une ordonnance de garde provisoire en vertu de l'art. 6 de la Loi. Je ne suis toutefois pas disposé à écarter complètement la possibilité que la fin recherchée par le juge Helper ne puisse être atteinte en vertu de la Convention. En temps ordinaire, il n'est ni nécessaire ni souhaitable d'agir autrement qu'avec la plus

(as the situations described in the Dyer Report illustrate), the child will be returned to its custodian — its ordinary caregiver. And, in cases of interim custody, the interim custodian will normally accompany the child back. As Helper J.A. pointed out, what makes this case difficult is that the “chasing order” makes the intended operation of the Convention impossible.

Because of the “chasing order” obtained by the applicant, the restoration of the *status quo*, which in the words of the Explanatory Report (*Actes et documents, supra*, at p. 429) “The Convention . . . places at the head of its objectives”, cannot be achieved. Faced with this situation, the court must be assumed to have sufficient control over its process to take the necessary action to meet the purpose and spirit of the Convention. Here this Court accepted undertakings made by the applicant which in the circumstances before it appeared best calculated to achieve that end. However, such undertakings may not always be forthcoming or for one reason or another this course may not be acceptable. That is why I would not rule out the possibility that, in circumstances such as these, the time frame for return proposed by Helper J.A. might be justified under the Convention. I observe that Article 11 contemplates a period of six weeks when the authorities in the requesting state may enquire about delay.

Disposition

At the conclusion of the oral argument, judgment was delivered as follows:

The appeal is dismissed on the undertaking made to the Court by respondent through his counsel. Counsel will deposit with the Registrar no later than tomorrow at noon a signed undertaking in the terms before the Court. Madame Justice L’Heureux-Dubé would have agreed with Madame Justice Helper’s disposition of the case in reference to the undertaking.

Reasons and determination as to costs to follow.

grande diligence. C’est que, dans la plupart des cas (comme les situations décrites dans le rapport Dyer l’illustrent), l’enfant sera retourné à son gardien — son pourvoyeur de soins habituel. Et, dans les cas de garde provisoire, le titulaire de la garde provisoire accompagnera normalement l’enfant lors de son retour. Comme l’a signalé le juge Helper, ce qui rend la présente affaire difficile, c’est que l’«ordonnance de retour» rend impossible l’application projetée de la Convention.

En raison de l’«ordonnance de retour» obtenue par le requérant, il est impossible de réaliser le rétablissement du statu quo que, selon le libellé du Rapport explicatif (*Actes et documents, op. cit.*, à la p. 429): «la Convention consacre en tout premier lieu, parmi ses objectifs». Aux prises avec cette situation, le tribunal doit être réputé détenir un pouvoir suffisant à l’égard de sa procédure pour prendre les mesures nécessaires en vue de respecter la lettre et l’esprit de la Convention. En l’espèce, notre Cour a accepté les engagements pris par le requérant qui, dans les circonstances, paraissent plus aptes à atteindre ce but. Il peut arriver cependant qu’il n’y ait pas de tels engagements ou que, pour une raison ou une autre, ce moyen soit inacceptable. C’est pourquoi je n’écarterais pas la possibilité que, dans des circonstances comme celles de l’espèce, l’échéancier proposé pour le retour par le juge Helper puisse être justifié en vertu de la Convention. Je remarque que l’art. 11 prévoit un délai de six semaines après lequel les autorités de l’État requérant peuvent s’informer des raisons du retard.

Dispositif

Le jugement suivant a été rendu à la fin des plaidoiries:

Le pourvoi est rejeté sous réserve de l’engagement que l’intimé a pris devant notre Cour par l’intermédiaire de son avocat. L’avocat déposera auprès du Registraire, demain midi au plus tard, un engagement signé selon les termes proposés à la Cour. Le juge L’Heureux-Dubé aurait été d’accord avec la façon dont le juge Helper a tranché l’affaire par rapport à l’engagement.

Les motifs et la décision quant aux dépens suivront.

In light of all the circumstances, there will be no order as to costs.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — As my colleague La Forest J. has pointed out, this appeal concerns the problem of international abduction of children in violation of the *Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35 ("Convention"), which, in the province of Manitoba, is implemented through the *Child Custody Enforcement Act*, R.S.M. 1987, c. C360 ("CCEA").

Here, the appellant mother, who was granted interim custody of her eight-month-old son Matthew from the courts in Scotland on November 27, 1992, flew to Canada with her son on December 2, 1992 in breach of the court order which restricted her from leaving Scotland. The respondent father is now seeking his son's return to Scotland. He relies upon the Convention and upon an *ex parte* final custody order granted to him by the Scottish courts after his wife and son had left Scotland. The question before this Court is whether the Convention applies to the facts of this case and, if so, whether transitory measures for the return of the child to his habitual place of residence are within the jurisdiction of the courts in Manitoba pursuant to the CCEA.

As appears from the judgment rendered orally from the bench on January 26, 1994, we are all in agreement that this appeal should be dismissed and that the Convention is applicable to the circumstances of this case. In this respect, I wish to stress that I am in full agreement with my colleague La Forest J.'s interpretation of the Convention as well as the application of the Convention to the present set of circumstances. Specifically, I agree with his interpretation of the terms "wrongful removal" and "wrongful retention" in the Convention and his interpretation of the Article 13(b) exemption under the Convention. Furthermore, I stress my agreement with his comments at pp. 589-90 concerning the mobility rights of women. I

Compte tenu de toutes les circonstances, il n'y aura pas d'ordonnance quant aux dépens.

Version française des motifs des juges
a L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Comme mon collègue le juge La Forest l'a mentionné, cet appel concerne le problème relié à l'enlèvement international d'enfants en violation de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, R.T. Can. 1983 n° 35 (la «Convention»), qui est mise en application au Manitoba au moyen de la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*, L.R.M. 1987, ch. C360 (la «Loi»).

En l'espèce, l'appelante, la mère à qui, le 27 novembre 1992, les tribunaux écossais avaient accordé la garde provisoire de son fils Matthew âgé de huit mois, s'est envolée vers le Canada en compagnie de son fils le 2 décembre 1992, violant ainsi l'ordonnance judiciaire qui lui interdisait de quitter l'Écosse. Le père intimé demande maintenant le retour de son fils en Écosse. Il invoque la Convention ainsi que l'ordonnance de garde permanente qu'ont rendue *ex parte* les tribunaux écossais après que son épouse et son fils eurent quitté l'Écosse. Notre Cour est appelée à déterminer si la Convention s'applique aux faits de la présente affaire et, dans l'affirmative, si les mesures transitoires régissant le retour de l'enfant dans son lieu de résidence habituelle relèvent de la compétence des tribunaux du Manitoba en vertu de la Loi.

Comme il appert du jugement rendu à l'audience le 26 janvier 1994, nous sommes tous d'avis que cet appel doit être rejeté et que la Convention s'applique aux faits de l'espèce. À cet égard, j'aimerais souligner que je souscris entièrement à l'interprétation que mon collègue le juge La Forest donne à la Convention et à la façon dont il l'applique aux circonstances de cette affaire. Plus particulièrement, je partage son opinion quant à l'interprétation des termes «déplacement illicite» et «non-retour illicite» de la Convention et de l'exemption y prévue à l'al. 13b). Je souligne également mon accord avec ses commentaires, aux pp. 589 et 590, sur la liberté de circulation et d'établissement des femmes. Comme lui, je crois que l'in-

agree that the insertion of a non-removal clause in a permanent order of custody does not result in a right of custody being retained by the court and therefore does not result in a wrongful removal, as defined in the Convention, in circumstances where the custodial parent moves with the child to a new jurisdiction.

While I concur with my colleague's interpretation and application of the Convention to the present set of circumstances, I nonetheless express some reservations as regards his view of the jurisdiction of the Manitoba courts to impose transitory measures pursuant to the CCEA for the return of the child to his habitual place of residence. I believe that the Manitoba courts have jurisdiction to make such transitory orders where they are necessary to protect the best interests of the child, provided, of course, that the purpose and terms of these orders do not hamper the objectives of the Convention and that the return of the child to the proper jurisdiction not be delayed to the point of frustrating the purpose of the Convention. In the circumstances of this case, Helper J.A. of the Manitoba Court of Appeal was, in my view, justified in adopting the following transitory order in her dissenting judgment:

1. interim custody of the child Matthew is granted to Mrs. Thomson; 2. Mr. Thomson's application to return Matthew to Scotland is stayed on the understanding that his application may be brought forward upon evidence that he consents to an order in Scotland allowing Mrs. Thomson interim custody; and 3. Mrs. Thomson is directed to commence her application for custody in Scotland within two months of this order and to proceed as expeditiously as possible.

((1993), 88 Man. R. (2d) 204, at p. 218.)

Helper J.A. adopted this order so as to protect the best interests of the child (Matthew), a concern which, as I will explain later, is central to both the Convention and the CCEA. She found that such an order was necessary because of the "chasing order" issued by the Scottish courts on February 3, 1993, after the appellant and Matthew had left Scotland. This "chasing order" provided the respondent with final custody of Matthew. How-

sertion dans une ordonnance de garde permanente d'une disposition interdisant le déplacement du parent gardien ne signifie pas que le tribunal se réserve un droit de garde ni qu'en conséquence le déplacement soit illicite au sens de la Convention lorsque le parent gardien et l'enfant déménagent ailleurs.

Même si je suis d'accord avec la façon dont mon collègue interprète et applique la Convention aux faits de l'espèce, j'ai toutefois quelques réserves sur son opinion quant à la compétence des tribunaux du Manitoba d'imposer, conformément à la Loi, des mesures transitoires régissant le retour de l'enfant dans son lieu de résidence habituelle. J'estime que les tribunaux du Manitoba sont habilités à rendre de telles ordonnances transitoires lorsqu'elles sont nécessaires pour protéger l'intérêt de l'enfant, pour autant, évidemment, que l'objet et les modalités des ordonnances n'entravent pas les objectifs de la Convention et que le retour de l'enfant dans la juridiction compétente ne soit pas retardé au point de contrecarrer ces objectifs. Étant donné les circonstances de l'espèce, le juge Helper de la Cour d'appel du Manitoba était, à mon avis, justifiée de formuler l'ordonnance transitoire suivante dans sa dissidence:

[TRADUCTION] 1. la garde provisoire de l'enfant Matthew est accordée à M^{me} Thomson; 2. la demande de M. Thomson visant à ce que Matthew soit retourné en Écosse est suspendue à la condition que sa demande puisse être présentée sur preuve qu'il consent qu'une ordonnance en Écosse accorde la garde provisoire de l'enfant à M^{me} Thomson, et 3. il est ordonné à M^{me} Thomson d'introduire sa demande de garde en Écosse dans les deux mois suivant la présente ordonnance et d'agir aussi rapidement que possible.

((1993), 88 Man. R. (2d) 204, à la p. 218.)

Le juge Helper visait ainsi à protéger l'intérêt de l'enfant (Matthew), facteur qui, comme je l'expliquerai plus loin, est primordial dans la Convention et dans la Loi. Elle a conclu qu'une telle ordonnance était nécessaire en raison de l'«ordonnance de retour» (*chasing order*) qu'ont rendue les tribunaux écossais le 3 février 1993, après que l'appellante et son fils eurent quitté l'Écosse, laquelle accordait la garde permanente de Matthew à l'in-

ever, it was granted *ex parte* and it appears that in granting it the court did not consider the merits of the custody issue and in particular the best interests of the child. Helper J.A., commenting on this “chasing order” and the effect it could have upon Matthew’s return under the Convention, observed (at p. 217):

The effect of the June 28, 1993 order will be Matthew’s removal from his mother’s care immediately upon his return to Scotland. He will be placed with his father whom he has not seen since November 1992 and will be cared for by his paternal grandparents, now strangers to him. Two different courts have determined that Mrs. Thomson can best meet Matthew’s needs. The very real possibility exists that following a full custody hearing, the Scottish court will again return Matthew to his mother’s care, this time in the long term. He will again be forced to experience change. I am strongly of the view that the possibility of such a result ought to be avoided.

Faced with this situation, Helper J.A. adopted the transitory order described above so as to protect Matthew’s best interests, which after all, are of paramount importance according both to the preamble of the Convention and the Manitoba CCEA.

My colleague La Forest J. also acknowledges the difficult situation created by the “chasing order”, which, as he noted, was issued to bolster the respondent’s application under the Convention. To overcome this difficulty and to protect Matthew’s best interests, my colleague found it sufficient to rely on undertakings from the respondent father to the effect that Matthew would remain in his mother’s custody upon his return to Scotland. Commenting on the use of such undertakings, La Forest J. stated (at p. 599):

Through the use of undertakings, the requirement in Article 12 of the Convention that “the authority concerned shall order the return of the child forthwith” can be complied with . . . and any short-term harm to the child is ameliorated.

However, while La Forest J. found that undertakings from the father were sufficient in this case to protect Matthew’s best interests, he noted that there might be some instances where undertakings

timé. Cette ordonnance ayant, cependant, été rendue *ex parte*, il appert que le tribunal n’a pas examiné au fond la question de la garde non plus que celle de l’intérêt de l’enfant. À ce sujet et considérant les conséquences que cette ordonnance pourrait avoir sur le retour de Matthew en vertu de la Convention, le juge Helper écrit (à la p. 217):

[TRADUCTION] L’ordonnance du 28 juin 1993 aura pour effet de retirer Matthew des soins de sa mère dès son retour en Écosse. Il sera remis à son père, qu’il n’a pas vu depuis novembre 1992, et ce sont ses grands-parents paternels, maintenant des étrangers pour lui, qui prendront soin de lui. Deux tribunaux ont déterminé que Mme Thomson était mieux en mesure de répondre aux besoins de Matthew. Il se peut fort bien qu’à la suite d’une audience de garde intégrale, le tribunal écossais retourne encore une fois Matthew aux soins de sa mère, cette fois à long terme. Il sera alors de nouveau soumis à un changement. Je suis fermement convaincue qu’un tel résultat est à éviter.

Devant cette possibilité, le juge Helper a formulé l’ordonnance transitoire décrite précédemment de façon à protéger les intérêts de Matthew, lesquels, après tout, revêtent une importance primordiale, tant selon le préambule de la Convention que selon la Loi du Manitoba.

Mon collègue le juge La Forest reconnaît d’ailleurs lui-même la situation difficile créée par l’«ordonnance de retour», qui, a-t-il fait remarquer, visait à appuyer la demande de l’intimé fondée sur la Convention. Pour surmonter cette difficulté et protéger les intérêts de Matthew, mon collègue a jugé suffisant de se fonder sur les engagements du père intimé portant que Matthew resterait sous la garde de sa mère à son retour en Écosse. Commentant l’utilité de tels engagements, le juge La Forest déclare (à la p. 599):

Grâce aux engagements, la condition prévue à l’art. 12 de la Convention, suivant laquelle «l’autorité saisie ordonne [le] retour immédiat [de l’enfant]», peut être respectée [. . .] et tout préjudice à court terme à l’enfant est atténué.

Si le juge La Forest a conclu que les engagements pris par le père étaient suffisants en l’espèce pour protéger les intérêts de Matthew, il a toutefois ajouté que, dans certains cas, il se pourrait que de

are incapable of doing so and that in such circumstances he would not rule out the possibility that “the time frame for return proposed by Helper J.A. might be justified under the Convention” (p. 605).

I, however, would go further than my colleague. Rather than merely leaving open the possibility that transitory measures may sometimes be justified under the Convention, I believe that the Manitoba courts do have jurisdiction to impose transitory measures under s. 6 CCEA in circumstances where such measures are necessary to protect the best interests of the child, do not depart from the spirit and purpose of the Convention, and do not overly delay the return of the child to the proper jurisdiction.

The facts of this case present a situation where, given the “chasing order” and the absence of undertakings by the father at the time of the previous hearings, transitory measures were appropriate. Specifically, in the circumstances of this case, the transitory order proposed by Helper J.A. of the Manitoba Court of Appeal was appropriate. However, in saying this, I want to make it clear that the delay in the return of Matthew under such a transitory order should be as short as possible. In the circumstances of this case, I believe Matthew’s return has already been sufficiently delayed. Consequently, I agree with the majority that Matthew should now be returned immediately.

Finally, I do not share my colleague’s view that transitory measures become unnecessary in the face of undertakings such as those offered in this case by Mr. Thomson through his solicitors. These undertakings, which my colleague has reproduced in his reasons, do not, in my view, preclude the Manitoba courts from imposing transitory measures where necessary when applying the Convention.

Given these premises, a discussion of the interplay between the CCEA and the Convention seems essential and will be at the forefront of my analysis.

tels engagements soient insuffisants et qu’alors, il n’écarterait pas la possibilité que «l’échéancier proposé pour le retour par le juge Helper puisse être justifié en vertu de la Convention» (p. 605).

J’irais cependant plus loin que mon collègue. Plutôt que de simplement laisser ouverte la possibilité que des mesures transitoires puissent être quelquefois justifiées sous le régime de la Convention, j’estime que les tribunaux du Manitoba sont effectivement compétents pour imposer des mesures transitoires en vertu de l’art. 6 de la Loi lorsque ces mesures sont nécessaires pour protéger l’intérêt de l’enfant, qu’elles ne dérogent pas à l’esprit et à l’objectif de la Convention, ni ne retardent excessivement le retour de l’enfant dans la juridiction compétente.

Étant donné l’«ordonnance de retour», l’absence d’engagements du père au moment où les audiences antérieures ont été tenues, de même que les faits en l’espèce, des mesures transitoires étaient appropriées. En particulier, dans les circonstances, l’ordonnance transitoire proposée par le juge Helper de la Cour d’appel du Manitoba était pertinente. Je tiens cependant à préciser que le retard dans le retour de Matthew qui pourrait être causé par une telle ordonnance transitoire devrait être aussi bref que possible. Compte tenu des circonstances de la présente affaire, j’estime que le retour de Matthew a déjà été suffisamment retardé. Je conviens donc avec la majorité que Matthew devrait être retourné immédiatement.

Finalement, je ne peux convenir avec mon collègue que les mesures transitoires deviennent inutiles en présence d’engagements comme ceux qu’a pris M. Thomson en l’espèce par l’intermédiaire de ses procureurs. À mon avis, ces engagements, que mon collègue a reproduits dans ses motifs, n’empêchent pas les tribunaux du Manitoba d’imposer des mesures transitoires, s’ils le jugent nécessaire, lorsqu’ils appliquent la Convention.

Vu ces prémisses, une analyse de la corrélation entre la Loi et la Convention semble être essentielle et sera au premier plan de mon analyse.

The Implementation of the Convention

As my colleague has pointed out, the necessity of international agreements with regard to the abduction of children has been abundantly demonstrated particularly in recent years. The increase in rapid international transportation, the freer crossing of international boundaries, the continued decrease in documentation requirements when entering foreign jurisdictions, the increase in "international families", where parents are of different countries of origin, and the escalation of family break-ups world wide, all serve to multiply the number of international abductions. (Hague Conference on Private International Law, *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. III, *Child Abduction* (1982), Preliminary Document No. 1 "Questionnaire and Report on international child abduction by one parent", at pp. 18-19.) In turn, the effects of abduction are as numerous and varied as the causes. In the end, abduction may thwart a hearing of the custodial determination on the merits, children may suffer severe emotional consequences from the traumatic event of being whisked away to an unfamiliar location far from their usual circumstances and, further, if the international community does not act quickly and in a uniform manner, children may never be returned to their country of origin and their custodial parent.

It is with this concern in mind that, in 1976, Canada suggested at the Hague Conference on Private International Law that a solution to these problems be explored. Four years later, on October 25, 1980, the *Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction* was signed.

Federal treaty-making power is found in s. 132 of the *Constitution Act, 1867* which provides that:

132. The Parliament and Government of Canada shall have all Powers necessary or proper for performing the Obligations of Canada or of any Province thereof, as Part of the British Empire, towards Foreign Countries.

La mise en œuvre de la Convention

Comme mon collègue l'a souligné, la nécessité de conclure des accords internationaux sur l'enlèvement d'enfants a été abondamment démontrée, particulièrement au cours des dernières années. La multiplication des transports rapides au niveau international, la possibilité accrue de franchir librement les frontières internationales, la diminution constante des pièces requises pour entrer dans un pays étranger, l'augmentation des «familles internationales», où les parents sont originaires de pays différents, et l'escalade de l'éclatement de la famille partout sur la planète, contribuent à multiplier le nombre d'enlèvements internationaux. (Conférence de la Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. III, *Enlèvement d'enfants* (1982), Document préliminaire n° 1 «Questionnaire et rapport sur l'enlèvement international d'un enfant par un de ses parents», aux pp. 18 et 19.) Par ailleurs, les effets de l'enlèvement sont aussi nombreux et variés que leurs causes. L'enlèvement peut, en dernière analyse, contrecarrer l'audition au fond d'une demande de garde, les enfants risquent de subir les conséquences néfastes sur le plan émotif de l'expérience traumatisante d'être entraînés dans un milieu inconnu, loin de leur environnement habituel et, si la communauté internationale ne réagit pas rapidement et uniformément, les enfants risquent de n'être jamais retournés dans leur pays d'origine et au parent gardien.

C'est avec cette préoccupation en tête que, en 1976, le Canada a suggéré, lors de la Conférence de La Haye sur le droit international privé, qu'une solution à ce phénomène soit envisagée. Quatre ans plus tard, le 25 octobre 1980, la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* de La Haye a été signée.

C'est l'art. 132 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui habilite le gouvernement fédéral à conclure des traités:

132. Le Parlement et le gouvernement du Canada auront tous les pouvoirs nécessaires pour remplir envers les pays étrangers les obligations du Canada ou de l'une de ses provinces, à titre de partie de l'Empire britan-

arising under Treaties between the Empire and such Foreign Countries.

Although this provision makes it clear that the treaty-making power lies within federal jurisdiction, it has, nevertheless, been suggested that a concurrent provincial jurisdiction for treaty-making may exist for matters within provincial control. According to Professor Hogg in *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992) at p. 283, however:

... it suffices to say that the provincial claim has never been accepted by the federal government, and the federal government does in fact exercise exclusive treaty-making powers.

Regardless of this exclusive jurisdiction, federal treaty-making power is, nonetheless, limited by the constitutional division of powers. As has long been set out in the *Labour Conventions Case (Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario, [1937] A.C. 326 (P.C.), at p. 348)*:

But in a State where the Legislature does not possess absolute authority, in a federal State where legislative authority is limited by a constitutional document, or is divided up between different Legislatures in accordance with the classes of subject-matter submitted for legislation, the problem is complex. The obligations imposed by treaty may have to be performed, if at all, by several Legislatures; and the executive have the task of obtaining the legislative assent not of the one Parliament to whom they may be responsible, but possibly of several Parliaments to whom they stand in no direct relation.

This complication is particularly apposite to the situation at hand and is expanded upon by Professor Hogg, *supra*, in the following passage at p. 294:

... the federal government cannot ensure the performance of treaties which require legislation within the legislative competence of the provinces.

This does not mean that Canada is always precluded from signing, ratifying or performing treaties upon subjects within the legislative competence of the provinces. The federal government can consult with the provinces

nique, découlant de traités conclus entre l'Empire et ces pays étrangers.

Même si, suivant cette disposition, il est clair que le pouvoir de conclure des traités relève du gouvernement fédéral, on a prétendu que les provinces pouvaient avoir une compétence concurrente de conclure des traités dans les domaines qui leur sont réservés. Toutefois, selon le professeur Hogg, dans *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 283:

[TRADUCTION] ... il suffit de dire que la prétention des provinces n'a jamais été acceptée par le gouvernement fédéral, et que celui-ci exerce en fait le pouvoir exclusif de conclure des traités.

En dépit de cette compétence exclusive, le pouvoir du gouvernement fédéral de conclure des traités est néanmoins restreint par le partage constitutionnel des pouvoirs. Comme on l'a depuis longtemps indiqué dans l'*Affaire des relations du travail (Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario, [1937] A.C. 326 (C.P.), à la p. 348)*:

[TRADUCTION] Mais dans un État où la législature ne possède pas d'autorité absolue, dans un État fédéral où l'autorité législative est circonscrite par un document constitutionnel, ou est partagée entre différentes législatures selon les catégories de sujets soumis aux législateurs, le problème est complexe. L'exécution des obligations imposées par un traité peut relever de plusieurs législatures et reste problématique; il appartient à l'Exécutif d'obtenir l'assentiment législatif non pas du seul Parlement envers lequel il peut se trouver responsable, mais peut-être de plusieurs parlements avec lesquels il n'a aucun rapport direct.

Dans le passage suivant de la p. 294, le professeur Hogg, *op. cit.*, se penche plus longuement sur cette complexité, particulièrement pertinente dans le présent cas:

[TRADUCTION] ... le gouvernement fédéral ne peut garantir l'exécution de traités qui requièrent l'adoption de lois relevant de la compétence législative des provinces.

Cela ne signifie pas que le Canada ne peut jamais conclure, ratifier ou exécuter des traités dans les domaines qui sont de la compétence des provinces. Le gouvernement fédéral peut consulter les provinces avant

before assuming treaty obligations which would require provincial implementation, and if all provinces (or all affected provinces) agree to implement a particular treaty, then Canada can adhere to the treaty without reservation.

Thus, in light of the above, although the federal government had the necessary jurisdiction to sign the Convention, it remains within the jurisdiction of the individual provinces to implement the Convention. As my colleague has pointed out, New Brunswick, Nova Scotia, Saskatchewan and Alberta implemented the Convention by enacting legislation in line with the Uniform Act, a text agreed upon to implement the Convention in a uniform manner and which includes a provision that, in the event of conflict between the Convention and any other enactment, the Convention is to prevail (*International Child Abduction Act*, S.N.B. 1982, c. I-12.1; *Child Abduction Act*, S.N.S. 1982, c. 4; *The International Child Abduction Act*, S.S. 1986, c. I-10.1; and *International Child Abduction Act*, S.A. 1986, c. I-6.5). Approaching the matter somewhat differently, Quebec did not enact the Convention but, rather, implemented *An Act respecting the civil aspects of international and interprovincial child abduction*, S.Q. 1984, c. 12, which encompassed equivalent provisions. Finally, Manitoba, Ontario, British Columbia, Prince Edward Island and Newfoundland enacted the Convention through a more expansive provincial legislative scheme concerning civil aspects of child abduction (*The Child Custody Enforcement Act*, S.M. 1982, c. 27 (now R.S.M. 1987, c. C360); *Children's Law Reform Amendment Act*, 1982, S.O. 1982, c. 20; *Family Relations Amendment Act*, 1982, S.B.C. 1982, c. 8, as am. by S.B.C. 1985, c. 72, s. 20; *Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, S.P.E.I. 1984, c. 17; and *The Children's Law Act*, S.N. 1988, c. 61). The Ontario, Prince Edward Island and Newfoundland Acts include provisions that provide that the Convention is to prevail in the event of a conflict between it and any other enactment. No such provision is included in the British Columbia and Manitoba Acts.

d'assumer les obligations imposées par un traité qui nécessitent une mise en application par les provinces et, si toutes les provinces (ou toutes celles qui sont concernées) conviennent de mettre en application un traité donné, alors le Canada peut y adhérer sans restriction.

Ainsi, compte tenu de ce qui précède, bien que le gouvernement fédéral ait eu la compétence nécessaire pour conclure la Convention, il relève toutefois de la compétence de chaque province de la mettre en application. Comme mon collègue l'a noté, le Nouveau-Brunswick, la Nouvelle-Écosse, la Saskatchewan et l'Alberta ont mis en œuvre la Convention en adoptant une loi qui concorde avec la Loi uniforme, un texte convenu pour mettre la Convention en application de manière uniforme, et qui prévoit que, en cas de conflit entre la Convention et toute autre loi, la Convention doit prévaloir (*Loi sur l'enlèvement international d'enfants*, L.N.-B. 1982, ch. I-12.1; *Child Abduction Act*, S.N.S. 1982, ch. 4; *The International Child Abduction Act*, S.S. 1986, ch. I-10.1, et *International Child Abduction Act*, S.A. 1986, ch. I-6.5). Optant pour une démarche quelque peu différente, le Québec n'a pas adopté la Convention; il a plutôt mis en œuvre la *Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants*, L.Q. 1984, ch. 12, dont les dispositions sont équivalentes. Enfin, le Manitoba, l'Ontario, la Colombie-Britannique, l'Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve ont adopté la Convention dans un régime législatif provincial plus vaste régissant les aspects civils de l'enlèvement d'enfants (*The Child Custody Enforcement Act*, S.M. 1982, ch. 27 (maintenant la *Loi sur l'exécution des ordonnances de garde*, L.R.M. 1987, ch. C360); *Children's Law Reform Amendment Act*, 1982, S.O. 1982, ch. 20; *Family Relations Amendment Act*, 1982, S.B.C. 1982, ch. 8, mod. par S.B.C. 1985, ch. 72, art. 20; *Custody Jurisdiction and Enforcement Act*, S.P.E.I. 1984, ch. 17, et *The Children's Law Act*, S.N. 1988, ch. 61). Les lois de l'Ontario, de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve prévoient qu'en cas de conflit entre la Convention et tout autre texte législatif, la première prévaut. Les lois de la Colombie-Britannique et du Manitoba n'ont aucune disposition équivalente.

The potential for conflict arising out of the provincial implementation of federally negotiated treaties is a real possibility and has been discussed by Professor Vaughan Black in his article "Statutory Confusion in International Child Custody Disputes" (1993), 9 *C.F.L.Q.* 279, at pp. 279-80, particularly with respect to the Convention:

The problem arises because in some cases two distinct statutory regimes present themselves as applicable. In the mid-1980s, all Canadian provinces and territories adopted legislation implementing the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. This legislation was enacted on top of existing statutes dealing with matters of child custody. Those existing statutes typically had some provisions dealing with questions of territorial complexity. Specifically, the existing statutes contained provisions dealing with the questions of when the provinces' courts could and should take jurisdiction over a geographically complex custody case, and the related matter of the circumstances in which foreign custody orders should be accorded recognition. In some provinces... the Hague Convention is found in the same statute as the general custody provisions. In others, the Convention was enacted in a separate statute confined to the promulgation of that treaty. In either event — at least in those cases where the foreign country in question is a contracting state under the Convention — international custody cases appear to present the problem of two applicable statutes.

Accordingly, I now turn to an examination of the interplay between the Convention and the *CCEA*, a matter on which I reach a somewhat different conclusion than my colleague La Forest J.

Interplay between the Convention and the *CCEA*

This case raises the question of whether or not s. 6 *CCEA* provides the Manitoba courts with jurisdiction to make transitory orders in light of the best interests of the child when applying the Convention. Section 6 *CCEA* reads:

6. Upon application, a court,

(a) that is satisfied that a child had been wrongfully removed to or is being wrongfully retained in Manitoba; or

(b) that may not exercise jurisdiction under section 4,

Le risque de conflit découlant de la mise en œuvre par les provinces de traités négociés par le gouvernement fédéral existe réellement et a été analysé par le professeur Vaughan Black dans son article intitulé «Statutory Confusion in International Child Custody Disputes» (1993), 9 *C.F.L.Q.* 279, aux pp. 279 et 280, particulièrement en ce qui concerne la Convention:

[TRADUCTION] Le problème réside dans le fait que, dans certains cas, deux régimes législatifs distincts sont applicables. Au milieu des années 1980, toutes les provinces et tous les territoires canadiens ont adopté une loi visant la mise en vigueur de la Convention de la Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Ces lois se sont ajoutées aux textes de loi qui existaient déjà en matière de garde d'enfant. Ces textes de loi contenaient généralement des dispositions sur des questions de complexité territoriale. Plus précisément, les lois existantes déterminaient les cas où les tribunaux provinciaux pouvaient et devaient assumer leur compétence à l'égard des affaires de garde complexes du point de vue géographique, et traitaient de la question connexe des circonstances dans lesquelles les ordonnances de garde étrangères devaient être reconnues. Dans certaines provinces [...] la Convention de La Haye se retrouve au côté de dispositions générales en matière de garde. Dans d'autres, la Convention a été adoptée dans une loi distincte se limitant à la promulgation du traité. Quoi qu'il en soit — du moins dans les affaires où le pays étranger en question est un État partie à la Convention — les affaires internationales de garde paraissent soulever le problème de deux lois applicables.

En conséquence, j'examinerai maintenant la corrélation entre la Convention et la Loi, une question sur laquelle je tire une conclusion quelque peu différente de celle de mon collègue le juge La Forest.

Corrélation entre la Convention et la Loi

Il s'agit, en l'espèce, de déterminer si l'art. 6 de la Loi habilite les tribunaux manitobains, lorsqu'ils appliquent la Convention, à rendre des ordonnances transitoires dans l'intérêt de l'enfant. L'article 6 de la Loi porte:

6. Si le tribunal saisi de la demande:

a) ou bien conclut que l'enfant a été amené ou est retenu irrégulièrement au Manitoba;

b) ou bien ne peut statuer en application de l'article 4;

may do any one or more of the following:

(c) Make such interim custody order as the court considers is in the best interests of the child.

(d) Stay the application subject to,

(i) the condition that a party to the application promptly commence or proceed expeditiously with a similar proceeding before an extra-provincial tribunal, or

(ii) such other conditions as the court considers appropriate.

(e) Order a party to return the child to such place as the court considers appropriate and, in the discretion of the court, order payment of the cost of the reasonable travel and other expenses of the child and any parties to or witnesses at the hearing of the application. [Emphasis added.]

Articles 11 and 12 of the Convention read:

ARTICLE 11

The judicial or administrative authorities of Contracting States shall act expeditiously in proceedings for the return of children.

If the judicial or administrative authority concerned has not reached a decision within six weeks from the date of commencement of the proceedings, the applicant or the Central Authority of the requested State, on its own initiative or if asked by the Central Authority of the requesting State, shall have the right to request a statement of the reasons for the delay. If a reply is received by the Central Authority of the requested State, that Authority shall transmit the reply to the Central Authority of the requesting State, or to the applicant, as the case may be.

ARTICLE 12

Where a child has been wrongfully removed or retained in terms of Article 3 and, at the date of the commencement of the proceedings before the judicial or administrative authority of the Contracting State where the child is, a period of less than one year has elapsed from the date of the wrongful removal or retention, the authority concerned shall order the return of the child forthwith.

The judicial or administrative authority, even where the proceedings have been commenced after the expiration of the period of one year referred to in the preced-

il peut:

c) rendre toute ordonnance de garde provisoire qu'il juge être au mieux des intérêts de l'enfant;

a d) suspendre l'audition de la demande sous réserve:

(i) soit de l'obligation faite à une partie d'intenter promptement la même procédure devant un tribunal extra-provincial ou d'y donner suite avec diligence,

b

(ii) soit de toute autre condition que le tribunal juge indiquée;

c e) ordonner à une partie de renvoyer l'enfant au lieu que le tribunal juge indiqué et ordonner, à sa discrétion, le paiement des dépenses de voyage et autres dépenses raisonnables faites par l'enfant, par les autres parties ou par les témoins à l'audition de la demande. [Je souligne.]

d Les articles 11 et 12 de la Convention disposent:

ARTICLE 11

Les autorités judiciaires ou administratives de tout État contractant doivent procéder d'urgence en vue du retour de l'enfant.

Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative saisie n'a pas statué dans un délai de six semaines à partir de sa saisine, le demandeur ou l'Autorité centrale de l'État requis, de sa propre initiative ou sur requête de l'Autorité centrale de l'État requérant, peut demander une déclaration sur les raisons de ce retard. Si la réponse est reçue par l'Autorité centrale de l'État requis, cette Autorité doit la transmettre à l'Autorité centrale de l'État requérant ou, le cas échéant, au demandeur.

ARTICLE 12

h

Lorsqu'un enfant a été déplacé ou retenu illicitement au sens de l'article 3 et qu'une période de moins d'un an s'est écoulée à partir du déplacement ou du non-retour au moment de l'introduction de la demande devant l'autorité judiciaire ou administrative de l'État contractant où se trouve l'enfant, l'autorité saisie ordonne son retour immédiat.

i

L'autorité judiciaire ou administrative, même saisie après l'expiration de la période d'un an prévue à l'alinéa précédent, doit aussi ordonner le retour de l'enfant, à

j

ing paragraph, shall also order the return of the child, unless it is demonstrated that the child is now settled in its new environment.

Where the judicial or administrative authority in the requested State has reason to believe that the child has been taken to another State, it may stay the proceedings or dismiss the application for the return of the child. [Emphasis added.]

It is pursuant to s. 6(c) CCEA that Davidson J. of the Manitoba Court of Queen's Bench made a four month interim custody order in favour of the appellant mother while, at the same time, ordering that the child be immediately returned to Scotland pursuant to the Convention.

On appeal, the Manitoba Court of Appeal did not dispute the court's jurisdiction to make a transitory order under s. 6 CCEA when considering an application for return under the Convention. It did, however, question whether one would be appropriate in the case at hand. Twaddle J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, held that s. 6 CCEA did not provide the court with a multitude of options but, rather, simply enabled the court to delay the return of the child until after a final determination of custody is made in circumstances where "the return of the child might be both unnecessary and unduly harmful to the child" (p. 211). Twaddle J.A. was not convinced, however, that there was a "sufficient likelihood of the Scottish court making a final decision without the boy's return as would justify a deferral of it" (p. 212). Consequently, he ordered that the child be returned to Scotland forthwith. With regard to the order of interim custody, he was of the view that such an order contradicted the goal of return "forthwith" and, thus, had the same effect as the stay and was therefore unjustified. He stated that where "an order [for interim custody] accompanies another [order] for the child's immediate return, it should not extend beyond the time reasonably required to arrange the return" (p. 212). Furthermore, he added that it should not "be worded in such a way as to suggest that it is intended to have

moins qu'il ne soit établi que l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu.

Lorsque l'autorité judiciaire ou administrative de l'État requis a des raisons de croire que l'enfant a été emmené dans un autre État, elle peut suspendre la procédure ou rejeter la demande de retour de l'enfant. [Je souligne.]

C'est en vertu de l'al. 6c) de la Loi que le juge Davidson de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a rendu une ordonnance de garde provisoire pour une période de quatre mois en faveur de la mère appelante, tout en ordonnant le retour immédiat de l'enfant en Écosse conformément à la Convention.

En appel, la Cour d'appel du Manitoba n'a pas contesté la compétence du tribunal de rendre une ordonnance transitoire en vertu de l'art. 6 de la Loi au moment d'étudier une demande de retour présentée dans le cadre de la Convention. Elle s'est toutefois demandée si une telle ordonnance serait appropriée en l'espèce. S'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, le juge Twaddle a conclu que l'art. 6 de la Loi n'accordait pas au tribunal une multitude d'options, mais lui permettait seulement de retarder le retour de l'enfant jusqu'à ce que le droit de garde soit accordé définitivement dans les cas où [TRADUCTION] «il se pourrait que le retour de l'enfant soit inutile et lui soit excessivement préjudiciable» (p. 211). Le juge Twaddle n'était toutefois pas convaincu qu'il était [TRADUCTION] «suffisamment probable que le tribunal écossais rende une décision définitive sans le retour de l'enfant pour justifier sa remise à plus tard» (p. 212). Aussi a-t-il ordonné le retour immédiat de l'enfant en Écosse. Quant à l'ordonnance de garde provisoire, il était d'avis qu'elle allait à l'encontre du but recherché du retour «immédiat» et, partant, qu'elle avait le même effet que la suspension et était donc injustifiée. Il a déclaré que, lorsque [TRADUCTION] «une ordonnance [de garde provisoire] est assortie à une autre [ordonnance] pour le retour immédiat de l'enfant, elle ne devrait pas s'étendre au-delà du délai raisonnablement requis pour préparer le retour» (p. 212). Il a également ajouté qu'elle ne devrait pas être [TRADUCTION] «rédigée en des termes qui donnent à entendre

continued effect after the child's return to the foreign jurisdiction" (p. 212).

Helper J.A., differed from the majority, not so much with regard to the principles in determining the interrelation between the *CCEA* and the Convention, but rather, as to their application. She concluded that the court could and should temporarily stay the respondent's application for the return of the child to Scotland, pending the appellant's application for custody of the child in Scotland. In her view, the court was entitled to consider the best interests of the child and was empowered to make an interim order. She stated (at p. 215):

In giving effect to extra-provincial custody orders, courts must recognize that a possible by-product of the black letter application of the *Act* and the *Convention* is undue stress and, in some cases, actual trauma suffered by young children who have no voice in the courtroom. The corollary to the direction in the *Convention* that the signatories wish to protect children from the harmful effects of their wrongful removal or retention is the reality that children must also be protected from harmful changes that are incomprehensible to them.

With regard to the interrelation between the Convention and the *CCEA*, she held (at p. 217):

The *Convention* and the *Act* must be read together. Each case must be decided on its own facts. The courts are charged with the grave responsibility of protecting young children when determining the appropriate remedy for applicants under the *Act* and the *Convention*.

She concluded that Davidson J. overlooked Matthew's short-term interests in ordering his immediate return to Scotland. She believed that the Scottish custody order would override Davidson J.'s interim order and that as a result Matthew would be removed from his mother's care and custody and placed in that of his father. In her view, the best method of protecting Matthew's best interests would be to stay the respondent's application for return until such time as custody proceedings had been disposed of on the merits in Scotland. In the alternative, she expressed a willingness to permit the application for return to be brought forward if

qu'elle est destinée à être maintenue après le retour de l'enfant dans le ressort étranger» (p. 212).

Le juge Helper n'a pas souscrit à l'opinion majoritaire, non pas tant en ce qui concerne les principes qui servent à définir la corrélation qui existe entre la Loi et la Convention, mais quant à leur application. Elle a conclu que le tribunal pouvait et devait surseoir temporairement à la demande de l'intimé pour le retour de l'enfant en Écosse jusqu'à ce que la demande de l'appelante visant à obtenir la garde de l'enfant soit tranchée en Écosse. À son avis, le tribunal pouvait considérer l'intérêt de l'enfant, et il était habilité à rendre une ordonnance provisoire. Elle a déclaré (à la p. 215):

[TRADUCTION] En appliquant les ordonnances de garde extra-provinciales, les tribunaux doivent tenir compte du fait que l'application stricte de la *Loi* et de la *Convention* risque de causer un stress excessif et, dans certains cas, un traumatisme véritable aux jeunes enfants qui n'ont aucune voix dans la salle d'audience. La *Convention* mentionne que les signataires souhaitent protéger l'enfant contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites. Il s'ensuit que, dans les faits, l'enfant doit également être protégé contre les changements nuisibles qu'il ne comprend pas.

En ce qui concerne la corrélation entre la Convention et la Loi, elle a statué (à la p. 217):

[TRADUCTION] La *Convention* et la *Loi* doivent être lues ensemble. Chaque cas doit être tranché en fonction de ses propres faits. Les tribunaux sont chargés de la mission importante de protéger les jeunes enfants lorsqu'ils déterminent la réparation adéquate pour les requérants en vertu de la *Loi* et de la *Convention*.

Elle a conclu que le juge Davidson n'avait pas tenu compte de l'intérêt à court terme de Matthew en ordonnant son retour immédiat en Écosse. À son avis, l'ordonnance de garde écossaise aurait préséance sur l'ordonnance provisoire rendue par le juge Davidson et, en conséquence, Matthew serait retiré des soins et de la garde de sa mère pour être remis à ceux de son père. Selon elle, le meilleur moyen de protéger l'intérêt de Matthew consistait donc à suspendre la demande de retour faite par l'intimé jusqu'à ce que les tribunaux écossais aient tranché la demande de garde au fond. Subsidiairement, elle s'est dite d'accord pour permettre que la

the respondent consented to the appellant having interim custody in Scotland.

As is apparent from this brief overview of the judgments below, an examination of the interaction and the potential conflict between the *CCEA* and the Convention is crucial to the determination of the questions in this appeal.

In response to this issue, two divergent approaches are taken by the Attorney General of Canada and the Attorney General for the province of Manitoba. On the one hand, the Attorney General of Manitoba submits that the Convention is implemented through the *CCEA* and must be interpreted in light of the statutory language of the *CCEA*. Such an interpretation should, where possible, avoid any conflict between the Convention and the *CCEA*. However, if a conflict is unavoidable, the *CCEA* should prevail. As a result, the Attorney General of Manitoba submits that s. 6 *CCEA* applies to applications, in Manitoba, under the Convention.

The Attorney General of Canada, on the other hand, submits that the *CCEA* and the Convention establish two independent schemes for the enforcement of foreign custody orders. Thus, to the extent that the claim falls under the Convention, interim orders could not be made under s. 6 *CCEA*.

My colleague La Forest J. appears to adopt the submissions of the Attorney General of Canada. At page 603, he states:

I think it advisable, however, to set forth my views on the interrelationship of the Convention and the other provisions of the Act in circumstances such as arose here. As I see it, those provisions and the Convention operate independently of one another. This result appears obvious when an application is made solely under the Convention or solely under the Act. One procedure may provide advantages that the other does not. When a particular procedure is chosen, however, it should operate independently of the other . . .

demande de retour soit entendue si l'intimé consentait à ce que l'appelante ait la garde provisoire en Écosse.

^a Tel qu'il ressort de cette brève revue des décisions des tribunaux d'instance, l'analyse de la corrélation et du risque de conflit entre la Loi et la Convention est cruciale pour la détermination des questions qui se posent ici.

^b En réponse à ces questions, le procureur général du Canada et le procureur général du Manitoba adoptent deux points de vue opposés. D'une part, ^c le procureur général du Manitoba soutient que la Convention est mise en œuvre au moyen de la Loi et doit être interprétée à la lumière du libellé de cette dernière. Pareille interprétation devrait, dans la mesure du possible, éliminer tout conflit entre la Convention et la Loi. ^d Toutefois, si un conflit est inévitable, la Loi devrait prévaloir. En conséquence, le procureur général du Manitoba fait valoir que l'art. 6 de la Loi s'applique aux demandes présentées au Manitoba en vertu de la Convention. ^e

^f Le procureur général du Canada, pour sa part, soutient que la Loi et la Convention créent deux régimes indépendants pour l'exécution des ordonnances de garde rendues par des tribunaux étrangers. Ainsi, dans la mesure où la demande relève de la Convention, aucune ordonnance provisoire ne pourrait être rendue en vertu de l'art. 6 de la Loi. ^g

^h Mon collègue le juge La Forest semble accepter les prétentions du procureur général du Canada. À la page 603, il dit:

ⁱ Je crois sage toutefois d'exprimer mon avis sur la corrélation qui existe entre la Convention et les autres dispositions de la Loi étant donné les circonstances de l'es-pèce. À mon avis, ces dispositions et celles de la Convention ont un effet indépendant les unes des autres. Ce résultat est évident lorsqu'une demande est présentée soit en vertu de la Convention, soit en vertu de la Loi. Une procédure peut offrir des avantages que l'autre n'offre pas. Lorsqu'une procédure particulière est choisie, elle devrait toutefois s'appliquer indépendamment de l'autre. ^j

With respect, I cannot agree. In my opinion, the CCEA and the Convention do not establish two independent regimes. Instead, since the Convention is implemented in Manitoba by means of the CCEA, the two must be read in concert. Of course, in doing so courts should attempt to arrive at an interpretation that, to the extent possible, gives full effect to the purpose of the Convention. This interpretive guideline has been described by P.-A. Côté in *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 308, as follows:

According to the Canadian constitutional system, both the federal Parliament and the provincial legislatures may enact statutes that contradict the country's international obligations. A statute is not void or inoperative simply because it violates international custom or convention. There is a presumption, however, that the legislature does not intend such a result. Given two possible interpretations, the one respecting a state's international obligations is to be favoured. [Emphasis added.]

The Provisions of the CCEA and the Convention

A review of the preamble of the Convention makes it clear that the best interests of the child are a paramount consideration:

The States signatory to the present Convention,

Firmly convinced that the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody,

Desiring to protect children internationally from the harmful effects of their wrongful removal or retention and to establish procedures to ensure their prompt return to the State of their habitual residence, as well as to secure protection for rights of access,

Have resolved to conclude a Convention to this effect, and have agreed upon the following provisions: [Emphasis added.]

While, as my colleague notes, the preamble refers to the best interests of children generally, and not to the best interests of any particular child, I cannot believe that the intention was to ignore the best interests of individual children.

Avec égards, je ne saurais être d'accord. À mon avis, la Loi et la Convention ne créent pas deux régimes indépendants. Au contraire, puisque la Convention est mise en application au Manitoba au moyen de la Loi, les deux textes doivent être lus conjointement. Évidemment, ce faisant, les tribunaux devraient tenter d'en arriver à une interprétation qui, dans la mesure du possible, donne plein effet à l'objectif de la Convention. Cette directive en matière d'interprétation a été décrite par P.-A. Côté dans *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), à la p. 347, comme suit:

Dans notre régime constitutionnel, il est tout à fait loisible au Parlement ou à une législature d'édicter des textes législatifs inconciliables avec les engagements internationaux de l'État: une loi n'est pas nulle du simple fait qu'elle violerait une règle coutumière ou conventionnelle. Cependant, le législateur est censé ne pas vouloir légiférer d'une manière inconciliable avec des obligations internationales de l'État. Entre deux sens possibles d'une disposition, il faut préférer celui qui est conforme à ces engagements. [Je souligne.]

Les dispositions de la Loi et de la Convention

Un examen du préambule de la Convention permet de conclure que l'intérêt de l'enfant est un facteur primordial:

Les États signataires de la présente Convention,

Profondément convaincus que l'intérêt de l'enfant est d'une importance primordiale pour toute question relative à sa garde,

Désirant protéger l'enfant, sur le plan international, contre les effets nuisibles d'un déplacement ou d'un non-retour illicites et établir des procédures en vue de garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'État de sa résidence habituelle, ainsi que d'assurer la protection du droit de visite,

Ont résolu de conclure une Convention à cet effet, et sont convenus des dispositions suivantes: [Je souligne.]

Bien que, comme mon collègue le remarque, le préambule renvoie à l'intérêt des enfants en général, et non à l'intérêt d'un enfant en particulier, je ne puis croire qu'on ait souhaité laisser de côté l'intérêt de chaque enfant.

Regardless, what is clear is that the Convention intends to protect the best interests of children by providing for their prompt return if they are taken from their state of residence in breach of custody rights. To this end, the Convention precludes an investigation by the haven state into the merits of the claim as to rights of custody. A. E. Anton, the Chair of the Commission which drafted the Convention, in "The Hague Convention on International Child Abduction" (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537, at p. 543, comments on the drafters' intent:

The Commission started from the assumption that the abduction of a child will generally be prejudicial to its welfare. It followed that, when a child has been abducted from one country to another, international mechanisms should be available to secure its return either voluntarily or through court proceedings.

As I already noted, in my opinion the Convention and the *CCEA* through which it is implemented in Manitoba must be read in concert, each informing the interpretation of the other. In Manitoba, the two do not establish independent regimes. This interpretive approach is simplified by the fact that both are premised on the best interests of the child. The *CCEA* simply expands upon the Convention by providing an additional mechanism to act in accordance with the best interests of the child. This mechanism does not conflict with the provision of prompt return under the Convention. It cannot be contrary to the objectives of the Convention to provide transitory measures in order to protect the child from the harmful effects of separation from the removing parent. Both returning the child and providing for transitory measures act to further the child's best interests. This is particularly apposite in situations such as this one where it is the parent who has custody of the child, here a very young child, who removes the child from the jurisdiction.

In addition, as the Attorney General of Manitoba suggests, this expansion of the transitory role of courts, pursuant to the *CCEA*, when enforcing the Convention, was clearly in accordance with the

Quoi qu'il en soit, il apparaît nettement que la Convention vise à protéger l'intérêt des enfants en prévoyant leur prompt retour s'ils sont emmenés hors de leur pays de résidence en violation d'un droit de garde. À cette fin, la Convention empêche l'État de refuge de tenir une enquête sur le bien-fondé de la demande quant aux droits de garde. A. E. Anton, le président de la Commission qui a rédigé la Convention, commente, dans «The Hague Convention on International Child Abduction» (1981), 30 *Int'l & Comp. L.Q.* 537, à la p. 543, l'intention des rédacteurs:

[TRADUCTION] La Commission a présumé que l'enlèvement d'un enfant sera en général préjudiciable à son bien-être. Il s'ensuit que, lorsqu'un enfant a été emmené hors d'un pays, les mécanismes internationaux devraient être mis en branle afin qu'il soit retourné volontairement ou par voie de recours judiciaires.

Comme je l'ai remarqué précédemment, j'estime que la Convention et la Loi qui la met en application au Manitoba doivent être lues conjointement, chacune d'elles permettant d'interpréter l'autre. Au Manitoba, les deux textes ne créent pas des régimes indépendants. Cette méthode d'interprétation est simplifiée par le fait que les deux ont pour fondement l'intérêt de l'enfant. La Loi élargit simplement la Convention en prévoyant un mécanisme supplémentaire permettant d'agir dans l'intérêt de l'enfant. Ce mécanisme n'entre pas en conflit avec la disposition de la Convention qui prévoit le retour immédiat. Il ne saurait, en effet, être contraire aux objectifs de la Convention de prévoir des mesures transitoires en vue de protéger l'enfant contre les effets préjudiciables d'une séparation du parent qui l'a déplacé. Le fait de retourner l'enfant et l'établissement de mesures transitoires permettent tous deux de favoriser l'intérêt de l'enfant. Cela est particulièrement à propos dans les situations comme le cas présent, où c'est le parent qui a la garde de l'enfant, en l'occurrence un très jeune enfant, qui l'amène hors de la juridiction compétente.

Par ailleurs, comme le procureur général du Manitoba l'indique, cet élargissement du rôle transitoire des tribunaux lorsqu'ils appliquent la Convention, conformément à la Loi, correspondait cer-

framers' intent. For, while some provinces chose simply to implement the Convention, Manitoba chose to expand upon its provisions, or, to use the language of my colleague, to provide "enforcement provisions looser than those of the Convention" (p. 602 (emphasis in original)). This intention is clear from the comments of then Attorney General Roland Penner in response to questions with regard to the interrelation between the *CCEA* and the Convention:

With respect to the point made about conflict between the Act and the Convention, it is my impression — I'll put this as a question — is it not the case, in both of the examples used by you, Mr. Riley, that in fact the bill that we're proposing gives greater protection and that the Convention is a minimum? What we're doing is going beyond the Convention in both those instances.

I don't think that there is that potential for conflict. It is always possible of course that there is some conflict that may be perceived between one section of an Act and another, but then that falls to be decided by the ordinary rules of statutory interpretation. However, we'll monitor the situation. It was the intention of this bill not to restrict, but to enlarge the protective mechanisms of the Convention and I think substantially that will happen. [Emphasis added.]

(Legislative Assembly of Manitoba, Standing Committee on Law Amendments, vol. XXX No. 6, June 28, 1982, at p. 101.)

Both the wording of the Convention and the *CCEA* provide support for the complementary interpretation of the two. First, the precise wording of s. 6 *CCEA* adopts the same terminology as that of the Convention by making reference to the wrongful removal and retention of the child, thus stressing the fact that the court's jurisdiction to make transitory orders pursuant to s. 6 is to be available regardless of whether the Convention is applicable.

In addition, the wording of the Convention itself provides support for the complementary interpretation of the *CCEA* and the Convention and for the

tes à l'intention des rédacteurs. En effet, bien que certaines provinces aient simplement choisi de mettre la Convention en œuvre, le Manitoba a choisi d'élargir ses dispositions ou, pour reprendre les propos de mon collègue, d'adopter des «dispositions plus généreuses que celles de la Convention» (p. 602 (souligné dans l'original)). Cette intention ressort clairement des commentaires du procureur général de l'époque, Roland Penner, qui répondaient à des questions portant sur la corrélation entre la Loi et la Convention:

[TRADUCTION] Pour ce qui est du point soulevé concernant le conflit entre la Loi et la Convention, j'ai l'impression — je la formulerai sous forme de question — n'est-ce-pas que, en fait, dans les deux exemples que vous utilisez, M. Riley, le projet de loi que nous proposons accorde une plus grande protection et que la Convention est un minimum? Nous allons plus loin que la Convention dans les deux cas.

Je ne crois pas que ce risque de conflit existe. Il se peut toujours, naturellement, que l'on puisse percevoir un conflit entre deux articles de la Loi, mais il faut alors le trancher selon les règles ordinaires de l'interprétation des lois. Cependant, nous surveillerons la situation. Le projet de loi ne vise pas à restreindre mais plutôt à élargir les mécanismes de la Convention et je crois que, pour l'essentiel, c'est ce qui se produira. [Je souligne.]

(Assemblée législative du Manitoba, Standing Committee on Law Amendments, vol. XXX n° 6, 28 juin 1982, à la p. 101.)

Tant le libellé de la Convention que celui de la Loi permettent de conclure que les deux textes doivent être interprétés conjointement. D'une part, le libellé explicite de l'art. 6 de la Loi adopte la même terminologie que la Convention lorsqu'il renvoie, dans le texte anglais, à l'enfant «*wrongfully removed*» ou «*wrongfully retained*», faisant ainsi ressortir le fait que la compétence du tribunal pour rendre des ordonnances transitoires conformément à l'art. 6 doit pouvoir être exercée, peu importe que la Convention s'applique ou non.

En outre, le libellé même de la Convention permet de conclure que la Loi et la Convention doivent être interprétées conjointement et que les

conclusion that there is no conflict between the two. Article 12 of the Convention buttresses this dialectic and flexible approach in so far as it provides that, when a child has been in the haven jurisdiction for over a year and has settled into the new environment, it may not be in the child's best interest to be returned to the state of origin, given the time elapsed since the abduction. This exception brings into focus the fact that the aim of the Convention is the protection of the interests of children and is particularly important given that this accommodating measure is found within the same section which emphasizes return "forthwith".

Article 12 recognizes that the interests of children may differ from case to case and is therefore consistent with an interpretation of the interplay between the Convention and the CCEA which acknowledges that, in some situations, immediate return without transitory measures will not be in the best interests of the child. The emphasis placed upon prompt return in the Convention must be interpreted in light of the paramount objective of the best interests of children and in light of the express wording of the CCEA through which the Convention was enacted in Manitoba, and should not mean return without regard for the immediate needs or circumstances of the child. Although, no doubt, the quick return of a child wrongly removed is critical, a slight delay occasioned by a transitory order made in the best interests of the child can be justifiable under the Convention if the circumstances of the case so indicate.

As well, Article 11 of the Convention, which states that an explanation may be requested for a delay of over six weeks in the return of the child, is consistent with my interpretation of the interplay between the CCEA and the Convention in that it supports the view that the return of the child cannot be expected to be immediate but only that it must be timely and proceed as quickly as practical.

Having examined the interrelationship between the CCEA and the Convention, I find it impossible to agree with my colleague La Forest J. that the CCEA and the Convention establish two separate

deux n'entrent pas en conflit. L'article 12 de la Convention étaye cette conception dialectique et flexible en ce qu'il prévoit que, lorsque l'enfant a été dans le pays de refuge pendant une période d'au moins un an et qu'il s'est intégré à son nouveau milieu, il pourrait ne pas être dans son intérêt de le retourner dans son pays d'origine étant donné le temps écoulé depuis l'enlèvement. Cette exception montre bien que la Convention vise à protéger l'intérêt de l'enfant et elle est particulièrement importante, car cette mesure d'accommodation est prévue dans l'article même qui met l'accent sur le retour «immédiat» de l'enfant.

L'article 12 reconnaît que l'intérêt des enfants peut varier d'un cas à l'autre et est donc conforme à une interprétation qui admet la corrélation entre la Convention et la Loi et qui accepte que, dans certains cas, le retour immédiat, sans mesures transitoires, ne sera pas dans l'intérêt de l'enfant. L'importance accordée dans la Convention au retour immédiat doit être interprétée à la lumière de l'objectif primordial, l'intérêt des enfants, et du libellé explicite de la Loi, au moyen de laquelle la Convention a été adoptée au Manitoba, et ne devrait pas entraîner un retour qui ne tienne pas compte des besoins immédiats ou de la situation de l'enfant. Bien que le retour rapide de l'enfant déplacé illicitement soit sans aucun doute critique, un bref délai engendré par une ordonnance transitoire rendue dans l'intérêt de l'enfant peut être justifié sous le régime de la Convention si les circonstances de l'affaire le commandent.

De même, l'art. 11 de la Convention, qui prescrit qu'une explication peut être demandée sur les raisons d'un retard de plus de six semaines dans le retour de l'enfant, est conforme à mon interprétation qu'il existe une corrélation entre la Loi et la Convention en ce qu'il appuie la conclusion selon laquelle on ne peut s'attendre à ce que le retour de l'enfant soit immédiat, mais seulement qu'il doit être prompt et se faire aussi rapidement que possible.

Après avoir analysé la corrélation entre la Loi et la Convention, je ne puis convenir avec mon collègue le juge La Forest que la Loi et la Convention créent des régimes distincts et que la compétence

regimes and the jurisdiction of the court hearing an application under the Convention is limited to the considerations set out in the Convention and, therefore that, if the Convention applies, the court may not look to the *CCEA* to make orders in addition to those provided for by the Convention. It is, simply, not in line with the purpose of the Convention to suggest that, once a determination has been made with regard to the fact that a child has been wrongfully removed, Article 12 of the Convention requires that the child be returned “forthwith”, without any consideration of other remedies, such as those under s. 6 *CCEA*. Neither is Article 16, which states that a court should not decide on the merits of the rights of custody, violated in any way by a transitory order of stay or of interim custody granted in the best interests of the child, provided, of course, as is the case here, that the purpose of the transitory order not be to hamper the objectives of the Convention and that the return of the child in the proper jurisdiction not be delayed to the point of frustrating the purpose of the Convention.

The *CCEA* provides an avenue for the implementation of transitory processes in the best interests of a child to resolve difficulties which the Convention itself appears to foresee. In most cases, the best interests of the child will be served by a quick and expedited return of the child to the country of origin in the aim of decreasing the traumatic nature of the wrongful removal. Nonetheless, there may be circumstances in which immediate return is no longer in the child’s absolute best interest. Section 6 *CCEA* provides a mechanism for addressing this problem. In my opinion, there is no conflict between the Convention and the *CCEA* and the two documents can act together in a harmonious interplay. The extra remedies provided for in the *CCEA*, to the extent that the remedies are consistent with the objectives of the Convention, are equally available to a court which has decided to return the child but wishes to shield the child in his or her best interests, in so far as is possible, from the immediate negative effects of separation from the removing parent. Recognizing the interactive relationship between the *CCEA* and the Convention enables courts to achieve the objec-

du tribunal saisi d’une demande fondée sur la Convention est limitée aux facteurs qui y sont énoncés et, partant, que si la Convention s’applique, le tribunal ne peut se reporter à la Loi pour rendre des ordonnances autres que celles qui sont prévues dans la Convention. Il est tout simplement contraire à l’objectif de la Convention de prétendre que, dès lors qu’une décision est rendue relativement au déplacement illicite d’un enfant, l’art. 12 de la Convention requiert le retour «immédiat» de ce dernier, sans aucune autre considération pour d’autres réparations, comme celles qui sont prévues à l’art. 6 de la Loi. En outre, l’art. 16, aux termes duquel un tribunal ne devrait pas statuer sur le fond du droit de garde, n’est enfreint d’aucune façon par une ordonnance transitoire de suspension ou de garde provisoire rendue dans l’intérêt de l’enfant, pour autant, évidemment, comme en l’espèce, que l’objectif de l’ordonnance transitoire n’entrave pas les objectifs de la Convention et que le retour de l’enfant dans la juridiction compétente ne soit pas retardé au point de contrecarrer le but de la Convention.

La Loi prévoit un moyen de mettre des processus transitoires en place dans l’intérêt de l’enfant afin de résoudre les difficultés que la Convention elle-même paraît envisager. Dans la plupart des cas, l’intérêt de l’enfant sera servi par un retour hâtif dans le pays d’origine qui vise à amoindrir le traumatisme causé par le déplacement illicite. Il peut néanmoins arriver que le retour immédiat ne soit plus dans l’intérêt absolu de l’enfant. L’article 6 de la Loi prévoit un mécanisme permettant de résoudre cette difficulté. À mon avis, il n’existe aucun conflit entre la Convention et la Loi, et ces deux textes peuvent cohabiter harmonieusement. Le tribunal qui a ordonné le retour de l’enfant, mais qui souhaite le protéger, dans son intérêt et dans la mesure du possible, contre les effets négatifs immédiats de la séparation du parent qui l’a déplacé, peut également accorder les réparations supplémentaires prévues dans la Loi, si celles-ci sont compatibles avec les objectifs de la Convention. Reconnaître la corrélation entre la Loi et la Convention permet aux tribunaux d’atteindre les objectifs de la Convention relativement à l’importance du retour tout en tenant compte de l’intérêt

tives of the Convention with regard to the importance of return and, at the same time, to consider the best interests of the child. Section 6 *CCEA* enables the Manitoba courts to enforce the Convention in a manner which is in the best interests of the child and which recognizes the human consequences of a return order under the Convention and, in turn, which attempts to facilitate the process for the child. In this regard, I very much agree with Helper J.A.'s statement at p. 215 that:

In giving effect to extra-provincial custody orders, courts must recognize that a possible by-product of the black letter application of the *Act* and the *Convention* is undue stress and, in some cases, actual trauma suffered by young children who have no voice in the courtroom.

Clearly, this focus should not be lost in the application of the Convention.

Turning now to the case at hand, I note that we are dealing with a very young child who has been in Manitoba, separated from his father, since December 2, 1992. Clearly, this case presents a situation where transitory measures such as those proposed by Helper J.A. were appropriate in order to buffer the child's return and protect his best interests. However, such transitory measures must be implemented in a manner consistent with the purpose of the Convention. As a result, their duration should be as short as possible. Consequently, while I believe that at the time it was appropriate for Helper J.A. to adopt the transitory order she did, I do not believe such an order would be appropriate at this time because I would not wish to further delay the return of the child. Thus, I, like the majority, dismiss the appeal, but note that at the time and in the circumstances, the order proposed by Helper J.A. was appropriate.

Returning for a moment to the question of the appropriate duration of transitory orders, I wish to briefly comment on the transitory order first proposed by Davidson J. The Court of Appeal judgments of both Twaddle and Helper J.A. expressed certain reservations with this transitory order. I agree with many of these comments. In addition, I

de l'enfant. L'article 6 de la Loi permet aux tribunaux du Manitoba d'appliquer la Convention d'une manière qui sert l'intérêt de l'enfant, qui reconnaît les conséquences sur le plan humain d'une ordonnance de retour rendue en vertu de la Convention et, en retour, qui tente de faciliter le processus pour l'enfant. À cet égard, je suis tout à fait d'accord avec cette observation du juge Helper (à la p. 215):

[TRADUCTION] En appliquant les ordonnances de garde extra-provinciales, les tribunaux doivent tenir compte du fait que l'application stricte de la *Loi* et de la *Convention* risque de causer un stress excessif et, dans certains cas, un traumatisme véritable aux jeunes enfants qui n'ont aucune voix dans la salle d'audience.

De toute évidence, il ne faudrait pas perdre de vue cet aspect essentiel dans l'application de la Convention.

Si l'on se reporte maintenant au cas qui nous est soumis, il est question d'un très jeune enfant qui, depuis le 2 décembre 1992, vit au Manitoba, séparé de son père. Les mesures transitoires comme celles qu'a proposées le juge Helper étaient certes justifiées pour adoucir le retour de l'enfant et protéger son intérêt. Toutefois, de telles mesures transitoires doivent être mises en œuvre d'une manière conforme à l'objectif de la Convention. Aussi, devraient-elles être assorties d'un terme aussi bref que possible. Par conséquent, bien que j'estime qu'à l'époque, il convenait que le juge Helper formule une ordonnance transitoire comme elle l'a fait, je ne crois pas qu'il soit indiqué de le faire à ce moment-ci, car je ne voudrais pas retarder plus longtemps le retour de l'enfant. Aussi, à l'instar de la majorité, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, mais je remarque qu'à l'époque et compte tenu des circonstances, l'ordonnance proposée par le juge Helper était pertinente.

Pour en revenir brièvement à la question du terme dont il convient d'assortir les ordonnances transitoires, je souhaite apporter de brefs commentaires sur celle qu'a d'abord proposée le juge Davidson. Dans leurs décisions, les juges Twaddle et Helper de la Cour d'appel ont tous les deux exprimé certaines réserves à l'égard de cette

feel that it is important to stress that the four month duration of Davidson J.'s transitory order was, in my opinion, excessive in light of the Convention.

Undertakings

The final point that must be examined is the effect the respondent father's undertakings may have on the above determination. In order to facilitate the return of Matthew to Scotland, the respondent has undertaken not to take physical custody of the child upon his return to Scotland and not until a court permits such custody. He has also undertaken to bring proceedings in Scotland that will enable a court to determine within approximately five weeks of Matthew's return the issue of his care and control. My colleagues are of the view that such undertakings are sufficient to remedy any difficulties that may arise as a result of implementing return under the Convention and that they render unnecessary a transitory order such as that proposed by Helper J.A. I disagree.

Undertakings such as those of the respondent in this case are to be commended. They are often made in cases where an applicant seeks the return of a child under the Convention. They have been approved of, for example, in *P. v. P. (Minors) (Child Abduction)*, [1992] 1 F.L.R. 155 (Eng. H.C. (Fam. Div.)), where the order for return was contingent upon certain undertakings. Similarly, undertakings were also approved of in *C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)*, [1989] 2 All E.R. 465 (C.A.), at pp. 469-70, in which Butler-Sloss L.J. held:

Those [undertakings], as far as they go, are very valuable, and, if I may say so, for my part, show the good intent that he has for the welfare of his child and to return him to the jurisdiction of the Australian court. In my view, those undertakings should go somewhat further, and the undertakings that I for my part think should be required of this father, as a prerequisite of the return of the child, and without which I would consider the child should not be expected to return, are as follows [Emphasis added.]

ordonnance. Je souscris à bon nombre de ces commentaires. En outre, j'estime important de souligner que le délai de quatre mois prévu dans l'ordonnance transitoire du juge Davidson était à mon avis excessif eu égard à la Convention.

Engagements

Le dernier point à examiner est l'effet que les engagements du père intimé peuvent avoir sur la décision qui précède. Pour faciliter le retour de Matthew en Écosse, l'intimé s'est engagé à ne pas exercer son droit de garde physique sur l'enfant à son retour en Écosse, jusqu'à ce qu'un tribunal le lui permette. Il s'est également engagé à intenter en Écosse des procédures qui permettront à un tribunal de déterminer dans un délai approximatif de cinq semaines du retour de Matthew la question de sa garde. Mes collègues sont d'avis que de tels engagements sont suffisants pour remédier aux difficultés qui pourraient se poser du fait du retour ordonné en vertu de la Convention et qu'ils rendent inutile une ordonnance transitoire de la nature de celle qu'a proposée le juge Helper. Je ne suis pas d'accord.

Des engagements comme ceux qu'a pris l'intimé en l'espèce sont louables. Ils sont souvent pris dans des cas où le requérant demande le retour d'un enfant en se fondant sur la Convention. Ils ont été approuvés par exemple dans *P. c. P. (Minors) (Child Abduction)*, [1992] 1 F.L.R. 155 (Eng. H.C. (Fam. Div.)), où l'ordonnance de retour dépendait de certains engagements. Ils ont également été approuvés dans *C. c. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad)*, [1989] 2 All E.R. 465 (C.A.), aux pp. 469 et 470, où madame le juge Butler-Sloss a conclu:

[TRADUCTION] [Ces engagements], pour ce qu'il en est, sont très valables et, si je puis dire, démontrent quant à moi sa bonne volonté à l'égard du bien-être de son enfant et son désir de le remettre à la juridiction du tribunal australien. À mon avis, ils devraient être un peu plus poussés, et ceux que, selon moi, le père devrait prendre, comme condition au retour de l'enfant, et sans lesquels je considérerais que l'enfant ne devrait pas être retourné, sont les suivants. . . . [Je souligne.]

In the case at hand, I note that, while the undertakings offered by the respondent may provide some assurance that the interests of the child will be protected, it is only when the child is returned to Scotland that they will take effect, if, in fact, they are respected. Although in no way am I suggesting that the respondent will not respect his undertakings and neither do I have any doubt that they were made in good faith, it remains that, since the Manitoba courts have jurisdiction to make transitory orders in virtue of the *CCEA*, they must consider the best way to insure that the child's best interests are taken into account upon ordering the return from the haven state to the requesting country. Therefore, even if the undertakings before us had been in front of *Helper J.A.*, which they were not, I believe that she would have been justified in making the order she proposed, given in particular that the undertakings by the respondent will only take effect once the child is returned to Scotland, will therefore be difficult to enforce, and do not provide for interim and transitory measures pending the return.

Conclusion

In conclusion, as set out above, the Convention has been recognized by the international community in order to protect the best interests of children. In Manitoba, the Convention has been implemented by the *CCEA*, which, in light of the best interests of children, seeks to expand on the provisions of the Convention. There is no conflict between the Convention and the *CCEA* but, rather, they complement each other. According to the *CCEA*, the Manitoba courts, in this particular instance, had jurisdiction to make a transitory order on the condition that such order did not conflict with or frustrate the objective of prompt return under the Convention and that it fostered the best interests of the child. Such transitory orders are available to the court pursuant to the *CCEA* and, in the proper circumstances, are consistent with the wording and intent of the Convention. The Convention as well as the *CCEA* make it absolutely clear that the best interests of the child must prevail at all times and must be the paramount con-

En l'espèce, je remarque que, bien que les engagements pris par l'intimé offrent une certaine garantie que l'intérêt de l'enfant sera protégé, ce n'est que lorsque celui-ci sera retourné en Écosse qu'ils prendront effet, s'ils sont effectivement respectés. Bien que je ne prétende aucunement que l'intimé ne respectera pas ses engagements, et je n'ai aucun doute qu'ils les a pris de bonne foi, il demeure que, puisque les tribunaux du Manitoba sont compétents pour rendre des ordonnances transitoires en vertu de la Loi, ils doivent envisager la meilleure façon de garantir que l'intérêt de l'enfant soit pris en considération lorsqu'ils ordonnent le retour de l'État requis à l'État requérant. Par conséquent, même si les engagements en question avaient été soumis au juge *Helper*, ce qui n'a pas été le cas, j'estime qu'elle aurait été justifiée de rendre l'ordonnance qu'elle a proposée, étant donné en particulier que les engagements pris par l'intimé ne prendront effet qu'une fois que l'enfant sera retourné en Écosse, qu'il sera par conséquent difficile de les exécuter et que ces engagements ne prévoient pas de mesures provisoires ou transitoires en attendant le retour.

Conclusion

En conclusion, comme je l'ai remarqué précédemment, la Convention a été reconnue par la communauté internationale pour protéger l'intérêt des enfants. Au Manitoba, la Convention a été mise en œuvre par la Loi, qui, en fonction de l'intérêt des enfants, cherche à élargir les dispositions de la Convention. La Convention et la Loi ne sont pas conflictuelles, elles se complètent. Conformément à la Loi, les tribunaux du Manitoba avaient, en l'espèce, compétence pour rendre une ordonnance transitoire à la condition que celle-ci ne contrecarre ni ne frustre l'objectif du prompt retour prévu dans la Convention et qu'elle protège l'intérêt de l'enfant. Le tribunal peut, conformément à la Loi, rendre de telles ordonnances transitoires qui, dans les circonstances appropriées, sont compatibles avec le libellé et l'intention de la Convention. La Convention et la Loi font toutes deux ressortir clairement que l'intérêt de l'enfant doit prévaloir en tout temps et doit être le facteur primordial lorsque le retour d'un enfant est exigé en

sideration when enforcing the return of a child pursuant to the Convention. Helper J.A. was well within her jurisdiction to adopt such a transitory order in Matthew's best interests, independent of the undertakings by the respondent before our court. She exercised that jurisdiction properly given the facts of this case.

Nonetheless, since at the time of this hearing it had already been three months since Helper J.A. first proposed her order and an order such as Helper J.A.'s is to be transitory in nature, I would not further delay the return of the child by making a similar transitory order. Therefore, I join my colleagues in dismissing this appeal and ordering the immediate return of Matthew to Scotland.

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. — I agree with Justice La Forest that the appellant's removal of her son, Matthew, from Scotland to the province of Manitoba in Canada, constituted a breach of the custody right of the Scottish court within the meaning of Article 3 of the *Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*, Can. T.S. 1983 No. 35. Article 12 of the Convention, therefore, charges this Court to order his return forthwith.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Levine Levene Tadman, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

vertu de la Convention. Le juge Helper n'a aucunement outrepassé sa compétence en formulant pareille ordonnance transitoire dans l'intérêt de Matthew, indépendamment des engagements soumis par l'intimé à notre Cour. Elle a exercé sa compétence de façon appropriée vu les faits de l'espèce.

Néanmoins, puisqu'au moment de l'audience, il s'était déjà écoulé trois mois depuis que le juge Helper avait proposé son ordonnance et qu'une telle ordonnance doit être de nature transitoire, je ne retarderais pas plus longtemps le retour de l'enfant en rendant une ordonnance transitoire semblable. Par conséquent, je me joins à mes collègues pour rejeter le pourvoi et ordonner le retour immédiat de Matthew en Écosse.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR — Tout comme le juge La Forest, j'estime que le déplacement par l'appelante de son fils, Matthew, de l'Écosse à la province du Manitoba au Canada, constituait, au sens de l'art. 3 de la *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* de La Haye, R.T. Can. 1983 n° 35, une violation du droit de garde accordé par le tribunal écossais. Par conséquent, la Cour est tenue, en vertu de l'art. 12 de la Convention, d'ordonner son retour immédiat.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: Levine Levene Tadman, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé: Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Native Women's Association of Canada,
Gail Stacey-Moore and Sharon
McIvor** *Respondents*

and

**Inuit Tapirisat of Canada and Assembly of
First Nations** *Interveners*

INDEXED AS: NATIVE WOMEN'S ASSN. OF CANADA v.
CANADA

File No.: 23253.

1994: March 4; 1994: October 27.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom
of expression — Federal government funding four
national aboriginal associations alleged to be male-
dominated and inviting them to participate in constitu-
tional discussions — Aboriginal women's association
not provided with equal funding and rights of participa-
tion to express its views — Whether aboriginal women's
freedom of expression infringed — Whether federal gov-
ernment obliged under ss. 2(b) and 28 of Canadian
Charter of Rights and Freedoms to provide equal fund-
ing and participation to aboriginal women's associa-
tion.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality
rights — Sex discrimination — Federal government
funding four national aboriginal associations alleged to
be male-dominated and inviting them to participate in
constitutional discussions — Aboriginal women's asso-
ciation not provided with equal funding and rights of
participation to express its views — Whether aboriginal
women's equality rights infringed — Canadian Charter
of Rights and Freedoms, s. 15(1).*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Association des femmes autochtones du
Canada, Gail Stacey-Moore et Sharon
McIvor** *Intimées*

^b et

**Inuit Tapirisat du Canada et Assemblée des
premières nations** *Intervenantes*

^c

RÉPERTORIÉ: ASSOC. DES FEMMES AUTOCHTONES DU
CANADA c. CANADA

N° du greffe: 23253.

^d

1994: 4 mars; 1994: 27 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

^f *Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté
d'expression — Gouvernement fédéral finançant quatre
associations autochtones nationales qui seraient à pré-
dominance masculine et les invitant à participer à des
discussions constitutionnelles — Association des
femmes autochtones ne bénéficiant pas d'un finance-
ment et de droits de participation équivalents pour
exprimer son point de vue — Y a-t-il eu violation de la
liberté d'expression des femmes autochtones? — Le
gouvernement fédéral était-il tenu en vertu des art. 2b)
et 28 de la Charte canadienne des droits et libertés
d'accorder à l'association des femmes autochtones un
^g financement et un droit de participation équivalents?
^h*

ⁱ *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à
l'égalité — Discrimination fondée sur le sexe — Gou-
vernement fédéral finançant quatre associations autoch-
tones nationales qui seraient à prédominance masculine
et les invitant à participer à des discussions constitu-
tionnelles — Association des femmes autochtones ne
bénéficiant pas d'un financement et de droits de partici-
pation équivalents pour exprimer son point de vue — Y
a-t-il eu violation des droits à l'égalité des femmes
autochtones? — Charte canadienne des droits et
libertés, art. 15(1).*
^j

Constitutional law — Aboriginal and treaty rights — Constitutional reform — Right of Aboriginal people of Canada to participate in constitutional discussions not derived from any existing aboriginal and treaty rights protected by s. 35 of Constitution Act, 1982.

Courts — Federal Court of Appeal — Jurisdiction — Declaratory relief — Whether Federal Court of Appeal had jurisdiction to grant declaratory relief when applicants sought order of prohibition in Trial Division.

During the constitutional reform discussions which eventually led to the Charlottetown Accord, a parallel process of consultation took place within the Aboriginal community of Canada. The federal government provided \$10 million to fund participation of four national Aboriginal organizations: the Assembly of First Nations ("AFN"), the Native Council of Canada ("NCC"), the Metis National Council ("MNC") and the Inuit Tapirisat of Canada ("ITC"). The Native Women's Association of Canada ("NWAC") was specifically not included in the funding but a portion of the funds advanced was earmarked for women's issues. As a result, AFN and NCC each paid \$130,000 to NWAC and a further \$300,000 was later received directly from the federal government. The four national Aboriginal organizations were invited to participate in a multilateral process of constitutional discussions regarding the Beaudoin-Dobbie Committee Report. The purpose of these meetings was to prepare constitutional amendments that could be presented to Canada as a consensus package. NWAC was concerned that their exclusion from direct funding for constitutional matters and from direct participation in the discussions threatened the equality of Aboriginal women and, in particular, that the proposals advanced for constitutional amendment would not include the requirement that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* be made applicable to any form of Aboriginal self-government which might be negotiated. This fear was based on NWAC's perception that the national Aboriginal organizations are male-dominated so that there was little likelihood that the male majority would adopt the pro-*Charter* view of NWAC. In response to a letter from NWAC, the Minister responsible for Constitutional Affairs indicated that the national organizations represent both men and women and encouraged NWAC to work within the Aboriginal communities to ensure their views are heard and represented. Despite the fact that they participated in the parallel process set up by the four national Aboriginal organizations, NWAC remained fearful that they would

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Réforme de la Constitution — Droit des peuples autochtones du Canada de participer aux discussions sur la Constitution ne découlant d'aucun droit existant, ancestral ou issu de traités, protégé par l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

Tribunaux — Cour d'appel fédérale — Compétence — Jugement déclaratoire — La Cour d'appel fédérale avait-elle compétence pour prononcer un jugement déclaratoire alors que les requérantes avaient demandé une ordonnance de prohibition à la Section de première instance?

Durant les discussions sur la réforme de la Constitution qui ont abouti à la signature de l'Accord de Charlottetown, on a tenu des consultations parallèles au sein de la communauté autochtone du Canada. Le gouvernement fédéral a versé 10 millions de dollars en vue de financer la participation de quatre organismes autochtones nationaux: l'Assemblée des premières nations («APN»), le Conseil national des autochtones du Canada («CNAC»), le Ralliement national des Métis («RNM») et l'Inuit Tapirisat du Canada («ITC»). L'Association des femmes autochtones du Canada («AFAC») n'était pas incluse expressément dans le financement, mais une partie des sommes versées était consacrée aux questions touchant les femmes. En conséquence, l'APN et le CNAC ont versé chacun 130 000 \$ à l'AFAC, et cette dernière a plus tard reçu une somme supplémentaire de 300 000 \$ directement du gouvernement fédéral. Les quatre organismes autochtones nationaux ont été invités à participer à des discussions constitutionnelles multilatérales sur le Rapport du comité Beaudoin-Dobbie. Ces réunions avaient pour but de rédiger des modifications constitutionnelles qui pourraient être présentées au Canada comme un ensemble sur lequel on s'entendait. L'AFAC craignait que son exclusion du financement direct à des fins constitutionnelles et de la participation directe aux discussions ne compromette l'égalité des femmes autochtones et, notamment, que les propositions avancées pour modifier la Constitution ne comportent pas l'exigence que la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique à toute forme d'autonomie gouvernementale autochtone qui pourrait être négociée. Cette crainte de l'AFAC découlait du fait que, selon elle, les organismes autochtones nationaux étaient à prédominance masculine de sorte qu'il y avait peu de chances que la majorité masculine adopte le point de vue de l'AFAC, qui était favorable à la *Charte*. En réponse à une lettre de l'AFAC, le ministre responsable des Affaires constitutionnelles a indiqué que les associations nationales représentaient les personnes des deux sexes et il a encouragé l'AFAC à travailler au sein des

be unsuccessful at putting forward their pro-*Charter* view and commenced proceedings in the Federal Court, Trial Division against the federal government, seeking an order of prohibition to prevent any further disbursements of funds to the four Aboriginal organizations until NWAC was provided with equal funding as well as the right to participate in the constitutional review process on the same terms as the four recipient groups. NWAC alleged that by funding male-dominated groups and failing to provide them with equal funding, the federal government violated their freedom of expression and right to equality. The application was dismissed by the Trial Division. The Federal Court of Appeal also refused to issue an order of prohibition. It made a declaration, however, that the federal government had restricted the freedom of expression of Aboriginal women in a manner that violated ss. 2(b) and 28 of the *Charter*.

Held: The appeal should be allowed and the declaration made by the Federal Court of Appeal should be set aside.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Although NWAC merely sought an order of prohibition at the Trial Division, the Federal Court of Appeal had jurisdiction in the circumstances to make a declaration. It cannot be said that the appellant was taken by surprise or prejudiced in any way since the declaration granted hinged on the violation of *Charter* rights that was specifically argued at the Trial Division. The inclusion of a "basket clause" requesting "such other relief as to this Honourable Court may seem just" in the prayer for relief permits a court to exercise its discretion to grant a declaration even though it was not specifically pleaded. Moreover, s. 18.1 of the *Federal Court Act* now provides for a uniform procedure of an application for judicial review in order to obtain the remedies available in s. 18 of that Act.

The federal government's decision not to provide equal funding and participation in the constitutional discussions to NWAC did not violate their rights under ss. 2(b) and 28 of the *Charter*, since s. 2(b) does not gener-

collectivités autochtones pour s'assurer que ses opinions soient entendues et transmises. Bien que l'AFAC ait participé aux discussions parallèles organisées par les quatre organismes autochtones nationaux, elle a continué de craindre d'être incapable d'exprimer son opinion favorable à la *Charte* et a présenté, devant la Section de première instance de la Cour fédérale, une demande contre le gouvernement fédéral en vue d'obtenir une ordonnance de prohibition empêchant les quatre organismes autochtones de toucher d'autres sommes jusqu'à ce que l'AFAC ait obtenu des subventions équivalentes ainsi que le droit de participer au processus de révision de la Constitution aux mêmes conditions que les quatre groupes bénéficiaires. L'AFAC a allégué qu'en subvenant des groupes à prédominance masculine et en ne lui accordant pas des subventions équivalentes, le gouvernement fédéral a violé sa liberté d'expression et son droit à l'égalité. La Section de première instance a rejeté la demande. La Cour d'appel fédérale a également refusé de rendre une ordonnance de prohibition. Cependant, elle a prononcé un jugement déclarant que le gouvernement fédéral avait restreint la liberté d'expression des femmes autochtones d'une façon contraire à l'al. 2b) et à l'art. 28 de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et le jugement déclaratoire prononcé par la Cour d'appel fédérale est annulé.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Même si l'AFAC a simplement demandé une ordonnance de prohibition à la Section de première instance, la Cour d'appel fédérale avait, dans les circonstances, compétence pour rendre un jugement déclaratoire. On ne peut pas dire que l'appelante a été prise au dépourvu ou a subi un préjudice quelconque, puisque le jugement déclaratoire prononcé était fondé sur la violation des droits garantis par la *Charte* qui avait été alléguée expressément devant la Section de première instance. L'inclusion, dans une demande de réparation, d'une «clause omnibus» sollicitant «toute autre réparation que la cour peut estimer juste» permet à la cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire de prononcer un jugement déclaratoire même si cela n'a pas été soulevé précisément dans les plaidoiries. De plus, l'art. 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* prescrit désormais une procédure uniforme de demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir les redressements prévus à l'art. 18 de cette loi.

La décision du gouvernement fédéral de ne pas accorder à l'AFAC un financement égal et un droit de participation équivalent aux discussions sur la Constitution ne violait pas les droits que lui garantissaient l'al. 2b) et

ally guarantee any particular means of expression or place a positive obligation upon the government to fund or consult anyone. Even assuming that in certain extreme circumstances, the provision of a platform of expression to one group may infringe the expression of another and thereby require the government to provide an equal opportunity for the expression of that group, nothing in this case suggests that the funding or consultation of the four Aboriginal groups infringed NWAC's equal right of freedom of expression. NWAC had many opportunities to express their views both directly to the government, through the Beaudoin-Dobbie Commission, and through the four Aboriginal representative organizations. No evidence supports the contention that the funded groups were less representative of the viewpoint of women with respect to the *Charter* or that the funded groups advocate a male-dominated form of self-government. Nor was there any evidence with respect to the level of support of NWAC by women as compared to the funded groups. The four Aboriginal groups invited to discuss possible constitutional amendments are all *bona fide* national representatives of Aboriginal people in Canada and, based on the facts in this case, there was no requirement under s. 2(b) of the *Charter* to also extend an invitation and funding directly to NWAC.

The refusal to fund NWAC and to invite them to be equal participants at the round of constitutional discussions does not violate their rights under s. 15(1) of the *Charter*. The lack of an evidentiary basis for the arguments with respect to ss. 2(b) and 28 is equally applicable to any arguments advanced under s. 15(1).

The right of the Aboriginal people of Canada to participate in constitutional discussions does not derive from any existing Aboriginal or treaty right protected under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Therefore, s. 35(4), which guarantees Aboriginal and treaty rights referred to in s. 35(1) equally to male and female persons, has no application in this case.

Per L'Heureux-Dubé J.: Although general agreement with Sopinka J.'s reasons was expressed, the outcome of this case should not be interpreted as limiting *Haig*. *Haig* does not establish the principle that generally the government is under no obligation to fund or provide a specific platform of expression to an individual or a

l'art. 28 de la *Charte*, puisqu'en général l'al. 2b) ne garantit aucun mode précis d'expression ou n'impose au gouvernement aucune obligation positive de financer ou de consulter quiconque. Même en supposant que, dans certaines circonstances extrêmes, le fait d'offrir à un certain groupe une tribune pour favoriser l'expression puisse porter atteinte à la liberté d'expression d'un autre groupe et imposer, en conséquence, au gouvernement l'obligation de fournir à cet autre groupe une chance équivalente de s'exprimer, rien ne porte à croire, en l'espèce, que le financement ou la consultation des quatre groupes autochtones violait le droit de l'AFAC à une liberté égale d'expression. L'AFAC a eu de nombreuses occasions de faire connaître son point de vue tant directement au gouvernement, grâce au comité Beaudoin-Dobbie, que par l'intermédiaire des quatre organismes représentant les autochtones. Aucun élément de preuve ne vient étayer la prétention que les groupes subventionnés étaient moins représentatifs du point de vue des femmes sur la *Charte* ou que les groupes subventionnés préconisaient une forme de gouvernement autonome à prédominance masculine. Il n'y avait non plus aucun élément de preuve concernant l'appui que l'AFAC recevait des femmes comparativement aux groupes subventionnés. Les quatre groupes autochtones invités à discuter de modifications constitutionnelles éventuelles étaient tous des représentants nationaux de bonne foi des autochtones du Canada et, d'après les faits de la présente affaire, il n'y avait aucune obligation, en vertu de l'al. 2b) de la *Charte*, de lancer également une invitation à l'AFAC et de la financer directement.

Le refus de financer l'AFAC et de l'inviter à participer également aux discussions constitutionnelles ne viole pas les droits que lui garantit le par. 15(1) de la *Charte*. Il n'y a pas davantage de preuve à l'appui des arguments fondés sur le par. 15(1) qu'il n'en existe à l'égard de ceux fondés sur l'al. 2b) et l'art. 28.

Le droit des peuples autochtones du Canada de participer aux discussions sur la Constitution ne découle d'aucun droit existant — ancestral ou issu de traités — protégé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, le par. 35(4), qui garantit également aux personnes des deux sexes les droits existants — ancestraux et issus de traités — visés au par. 35(1), ne s'applique pas en l'espèce.

Le juge L'Heureux-Dubé: Même si, de façon générale, les motifs du juge Sopinka sont acceptés, l'issue de l'affaire ne devrait pas être interprétée comme limitant l'arrêt *Haig*. Ce dernier arrêt n'établit pas le principe selon lequel le gouvernement n'est pas tenu, en général, de verser des fonds à un individu ou à un groupe, ni de

group. Rather, it stands for the proposition that, while s. 2(b) of the *Charter* does not include the right to any particular means of expression, where a government chooses to provide one, it must do so in a fashion that is consistent with the Constitution. Thus, while the government may extend such a benefit to a limited number of persons, it may not do so in a discriminatory fashion. The circumstances in which a government may be held to a positive obligation in terms of providing a specific platform of expression depend on the nature of the evidence presented by the parties. Here, the evidence demonstrates that the NWAC was not prevented from expressing its views and therefore, on its facts, this case does not give rise to a positive obligation analogous to the type referred to in *Haig* since not providing NWAC with the funding and constitutional voice requested did not amount to a breach of its freedom of expression.

Per McLachlin J.: The freedom of governments to choose and fund their advisors on matters of policy is not constrained by the *Charter*. It is unnecessary to determine whether the evidence was capable of demonstrating a violation of NWAC's rights under s. 2(b) or s. 15 of the *Charter*.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; **referred to:** *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Loudon v. Ryder (No. 2)*, [1953] Ch. 423; *R. v. Bales, Ex parte Meaford General Hospital*, [1971] 2 O.R. 305; *Meisner v. Mason*, [1931] 2 D.L.R. 156; *Harrison-Broadley v. Smith*, [1964] 1 All E.R. 867; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Re Allman and Commissioner of the Northwest Territories* (1983), 144 D.L.R. (3d) 467, aff'd (1983), 8 D.L.R. (4th) 230, leave to appeal refused, [1984] 1 S.C.R. v; *Minnesota State Board for Community Colleges v. Knight*, 465 U.S. 271 (1984); *New Brunswick Broadcasting Co. v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1984] 2 F.C. 410.

leur fournir une tribune précise pour favoriser l'expression. Il énonce plutôt que, même si l'al. 2b) de la *Charte* ne confère aucun droit à un mode particulier d'expression, le gouvernement qui choisit d'en fournir un doit le faire d'une manière conforme à la Constitution. Donc, bien qu'il soit loisible au gouvernement d'accorder un tel avantage à un nombre restreint de personnes, il ne saurait, ce faisant, commettre un acte de discrimination. Les situations factuelles dans lesquelles un gouvernement peut être tenu à une obligation positive de fournir une tribune spécifique sont tributaires de la nature de la preuve présentée par les parties. En l'espèce, la preuve démontre que l'AFAC n'a pas été empêchée d'exprimer ses vues et, par conséquent, à la lumière de ses faits, cette affaire ne donne pas lieu à une obligation positive analogue à celle dont il est question dans l'affaire *Haig*, car le fait de ne pas avoir fourni à l'AFAC le financement et le droit de parole constitutionnel demandés n'a pas porté atteinte à sa liberté d'expression.

Le juge McLachlin: La *Charte* ne restreint pas la liberté des gouvernements de choisir et de financer leurs conseillers sur des questions de politique générale. Il est inutile de déterminer si la preuve était susceptible d'établir l'existence d'une violation des droits garantis à l'AFAC par l'al. 2b) ou l'art. 15 de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; **arrêts mentionnés:** *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Loudon c. Ryder (No. 2)*, [1953] Ch. 423; *R. c. Bales, Ex parte Meaford General Hospital*, [1971] 2 O.R. 305; *Meisner c. Mason*, [1931] 2 D.L.R. 156; *Harrison-Broadley c. Smith*, [1964] 1 All E.R. 867; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Re Allman and Commissioner of the Northwest Territories* (1983), 144 D.L.R. (3d) 467, conf. par (1983), 8 D.L.R. (4th) 230, autorisation de pourvoi refusée, [1984] 1 R.C.S. v; *Minnesota State Board for Community Colleges c. Knight*, 465 U.S. 271 (1984); *New Brunswick Broadcasting Co. c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1984] 2 C.F. 410.

By L'Heureux-Dubé J.

Discussed: *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; **referred to:** *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

By McLachlin J.

Applied: *Minnesota State Board for Community Colleges v. Knight*, 465 U.S. 271 (1984); **distinguished:** *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 15(1), 28.
Constitution Act, 1982, ss. 35(1), (4) [ad. SI/84-102], 37 [now repealed], 37.1 [ad. SI/84-102 & now repealed].
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7 [am. 1990, c. 8], ss. 2(1) "Federal board, commission or other tribunal", (2), 18(1), (3), 18.1(1), (3), (4)(f), 52(a), (b).
Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663, r. 1723.
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6 [now R.S.C., 1985, c. I-5], s. 12(1)(b).

Authors Cited

Canada. *Shaping Canada's Future Together — Proposals*. Ottawa: Government of Canada, 1991.
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Indian Affairs and Northern Development. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 58, September 20, 1982, p. 58:14.
 Canada. Parliament. Special Joint Committee on a Renewed Canada. *Report of the Special Joint Committee on a Renewed Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1992.
 Sgayias, David, et al. *Federal Court Practice 1994*. Toronto: Carswell, 1994.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1992] 3 F.C. 192, 146 N.R. 40, 95 D.L.R. (4th) 106, [1992] 4 C.N.L.R. 71, 10 C.R.R. (2d) 268, allowing respondents' appeal from a judgment of the Trial Division, [1992] 2 F.C. 462, 53 F.T.R. 194, 90 D.L.R. (4th) 394, [1992] 4 C.N.L.R. 59, dismissing their application for prohibition. Appeal allowed.

Graham Garton, Q.C., for the appellant.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt analysé: *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; **arrêt mentionné:** *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

a

Citée par le juge McLachlin

Arrêt appliqué: *Minnesota State Board for Community Colleges c. Knight*, 465 U.S. 271 (1984); **distinction d'avec l'arrêt:** *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995.

b

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 15(1), 28.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), (4) [aj. TR/84-102], 37 [maintenant abrogé], 37.1 [aj. TR/84-102 & maintenant abrogé].
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. 1990, ch. 8], art. 2(1) «office fédéral», (2), 18(1), (3), 18.1(1), (3), (4)f), 52a), b).
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6 [maintenant L.R.C. (1985), ch. I-5], art. 12(1)b).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, ch. 663, r. 1723.

c

d

e

Doctrine citée

Canada. *Bâtir ensemble l'avenir du Canada — Propositions*. Ottawa: Gouvernement du Canada, 1991.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent des Affaires indiennes et du développement du Nord canadien. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 58, 20 septembre 1982, p. 58:14.
 Canada. Parlement. Comité mixte spécial sur le renouvellement du Canada. *Rapport du comité mixte spécial sur le renouvellement du Canada*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1992.
 Sgayias, David, et al. *Federal Court Practice 1994*. Toronto: Carswell, 1994.

f

g

h

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1992] 3 C.F. 192, 146 N.R. 40, 95 D.L.R. (4th) 106, [1992] 4 C.N.L.R. 71, 10 C.R.R. (2d) 268, qui a accueilli l'appel des intimées contre un jugement de la Section de première instance, [1992] 2 C.F. 462, 53 F.T.R. 194, 90 D.L.R. (4th) 394, [1992] 4 C.N.L.R. 59, qui avait rejeté leur demande d'ordonnance de prohibition. Pourvoi accueilli.

i

j

Graham Garton, c.r., pour l'appelante.

Mary Eberts and Julia L. Deans, for the respondents.

Mary Eberts et Julia L. Deans, pour les intimées.

Brian A. Crane, Q.C., for the intervener the Inuit Tapirisat of Canada.

Brian A. Crane, c.r., pour l'intervenante l'Inuit Tapirisat du Canada.

Peter K. Doody and John Briggs, for the intervener the Assembly of First Nations.

Peter K. Doody et John Briggs, pour l'intervenante l'Assemblée des premières nations.

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

^b Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

SOPINKA J. — This case raises the issue of the extent to which the freedom of expression and equality provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* require that government funding be provided to various groups in order to promote the representation of certain interests at constitutional reform discussions. Specifically, where the Government of Canada provides funding to certain Aboriginal groups, alleged to be male-dominated, does s. 2(b) in combination with s. 28 of the *Charter* oblige the Government of Canada to provide equal funding to an association claiming to represent the interests of female Aboriginal persons so that they may also express their views at the constitutional discussions? Alternatively, is this result mandated by s. 15 of the *Charter* or s. 35 of the *Constitution Act, 1982*? This case also invites consideration of whether there is any violation of the *Charter* if the Government of Canada refuses to extend an invitation to a group representing the interests of Aboriginal women to come to the table to discuss possible constitutional reform.

^c LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi porte sur la question de savoir dans quelle mesure les dispositions sur la liberté d'expression et les droits à l'égalité de la *Charte canadienne des droits et libertés* exigent que le gouvernement subventionne divers groupes afin de promouvoir la représentation de certains intérêts lors des discussions sur la réforme de la Constitution. Plus précisément, lorsque le gouvernement du Canada subventionne certains groupes autochtones, qui seraient à prédominance masculine, l'al. 2b), conjugué à l'art. 28 de la *Charte*, l'oblige-t-il à verser des sommes équivalentes à une association qui prétend représenter les intérêts des femmes autochtones afin qu'elle puisse aussi exprimer son opinion lors des discussions sur la Constitution? Subsidiairement, ce résultat est-il prescrit par l'art. 15 de la *Charte* ou l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*? Nous sommes également invités, en l'espèce, à examiner s'il y a violation de la *Charte* lorsque le gouvernement du Canada refuse d'inviter un groupe représentant les intérêts des femmes autochtones à venir discuter de la possibilité de réformer la Constitution.

Subsidiary issues are also raised concerning the justiciability of the *Charter* matters as well as the jurisdiction of the Federal Court of Appeal to grant the remedy of a declaration when it was not specifically requested at the Trial Division.

^h Des questions subsidiaires sont également soulevées concernant la justiciabilité des questions relatives à la *Charte* et la compétence de la Cour d'appel fédérale pour prononcer un jugement déclaratoire qui n'a pas été demandé expressément devant la Section de première instance.

Following a review of the facts, I will briefly analyze the issue of the jurisdiction of the Federal Court of Appeal. I will next embark on a discussion of the main focus of this appeal regarding the

^j Après avoir examiné les faits, j'analyserai brièvement la question de la compétence de la Cour d'appel fédérale. J'entamerai ensuite l'étude de l'objet principal du présent pourvoi, soit les préten-

alleged violations of the *Charter*. In light of my conclusion that there was no *Charter* violation in this case, it will be unnecessary to address the issue concerning justiciability. Therefore, for the purposes of this appeal, I will assume that the matters raised herein are justiciable.

I. Facts

The respondent Gail Stacey-Moore is the chief elected officer of the respondent Native Women's Association of Canada ("NWAC"). In 1990, she was elected National Speaker of NWAC. The respondent Sharon Donna McIvor was elected as the executive member for the West Region of NWAC in 1988. She was also the NWAC representative to the Assembly of First Nations Constitutional Commission which participated in the Canada Round of constitutional discussions. Both individuals have been actively involved in advancing the rights of Aboriginal women across Canada.

This case arises in the context of the constitutional discussions known as the Canada Round which eventually led to the completion of the Charlottetown Accord. On September 24, 1991, the Government of Canada set out 28 proposals for constitutional reform in a document entitled *Shaping Canada's Future Together — Proposals*. One proposal was to amend the Constitution to entrench a general justiciable right to Aboriginal self-government. A Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons (the "Beaudoin-Dobbie Committee") was appointed to inquire into and make recommendations to Parliament regarding the above proposals.

During this time, it was decided that a parallel process of consultation should take place within the Aboriginal community of Canada. The Government of Canada provided funding to four national Aboriginal organizations: the Assembly of First Nations ("AFN"), the Native Council of Canada ("NCC"), the Metis National Council ("MNC") and the Inuit Tapirisat of Canada

dues violations de la *Charte*. Compte tenu de ma conclusion qu'il n'y a pas eu violation de la *Charte* en l'espèce, il ne sera pas nécessaire d'aborder la question de la justiciabilité. Par conséquent, aux fins du présent pourvoi, je vais présumer que les questions soulevées sont justiciables des tribunaux.

I. Les faits

L'intimée Gail Stacey-Moore est la directrice générale élue de l'intimée, l'Association des femmes autochtones du Canada («AFAC»). En 1990, elle a été élue conférencière nationale de l'AFAC. L'intimée Sharon Donna McIvor a été élue en 1988 membre du bureau de l'AFAC pour la région de l'Ouest. Elle était également la représentante de l'AFAC à la Commission de l'Assemblée des premières nations sur la Constitution qui a participé au «Canada Round» des discussions sur la Constitution. Ces deux personnes ont participé activement à la promotion des droits des femmes autochtones partout au pays.

La présente affaire a pris naissance dans le cadre des discussions sur la Constitution connues sous le nom de «Canada Round», qui ont abouti à la signature de l'Accord de Charlottetown. Le 24 septembre 1991, le gouvernement du Canada a formulé 28 propositions en vue d'une réforme de la Constitution dans un document intitulé *Bâtir ensemble l'avenir du Canada — Propositions*. L'une d'elles était de modifier la Constitution de manière à consacrer un droit général à l'autonomie gouvernementale autochtone qui pourrait être invoqué devant les tribunaux. Un comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes (le «comité Beaudoin-Dobbie») a été constitué pour faire enquête et présenter des recommandations au Parlement relativement aux propositions susmentionnées.

Pendant ce temps, il a été décidé de tenir des consultations parallèles au sein de la communauté autochtone du Canada. Le gouvernement du Canada a versé des sommes d'argent à quatre organismes autochtones nationaux: l'Assemblée des premières nations («APN»), le Conseil national des autochtones du Canada («CNAC»), le Ralliement national des Métis («RNM») et l'Inuit Tapiri-

(“ITC”). The Government entered into Contribution Agreements with each of the four Aboriginal organizations in order to provide \$10 million to fund participation through the Aboriginal Constitutional Review Program of the Department of the Secretary of State.

NWAC was not specifically included in the Government of Canada funding. However, pursuant to the Contribution Agreements, it was required that part of the \$10 million in funding be earmarked for women’s issues. As a result, AFN and NCC each paid \$130,000 to the respondent NWAC. A further \$300,000 was later received by NWAC directly from the Government of Canada under a separate Contribution Agreement entered into on February 4, 1992, in order to fund a study of the *Charter*. The entire funding received by NWAC amounted to 5 per cent of the total funding received by Aboriginal groups for constitutional purposes. The Secretary of State also contributed approximately \$457,000 per year to NWAC for the purpose of “core funding” of its operations, although none of this money covered constitutional matters.

On March 12, 1992, the Minister Responsible for Constitutional Affairs announced that representatives of the four national Aboriginal organizations (AFN, NCC, ITC and MNC) were invited to participate in a multilateral process of constitutional discussions regarding the Beaudoin-Dobbie Committee Report. The purpose of these meetings was to prepare constitutional amendments that could be presented to Canada as a consensus package. NWAC was not invited to participate in these meetings which took place subsequent to March 12, 1992.

NWAC was concerned that their exclusion from direct funding for constitutional matters and from direct participation in the discussions threatened the equality of Aboriginal women. In particular, NWAC was concerned that the proposals advanced for constitutional amendment would not include the requirement that the *Charter* be made applica-

sat du Canada («ITC»). Le gouvernement a conclu des accords de contribution avec chacun des quatre organismes autochtones pour le versement de 10 millions de dollars qui serviraient à financer leur participation au moyen du Programme de révision des affaires constitutionnelles des autochtones du Secrétariat d’État.

L’AFAC n’était pas incluse expressément parmi les bénéficiaires des sommes versées par le gouvernement du Canada. Toutefois, conformément aux accords de contribution, il était nécessaire qu’une partie des 10 millions de dollars versés soit consacrée aux questions touchant les femmes. En conséquence, l’APN et le CNAC ont versé chacun 130 000 \$ à l’AFAC intimée. Cette dernière a plus tard reçu une somme supplémentaire de 300 000 \$ directement du gouvernement du Canada aux termes d’un accord de contribution distinct conclu, le 4 février 1992, en vue de financer une étude de la *Charte*. L’ensemble des sommes reçues par l’AFAC équivalait à 5 pour cent des subventions totales reçues par les groupes autochtones à des fins constitutionnelles. Le Secrétariat d’État a également remis environ 457 000 \$ par année à l’AFAC pour le «financement de base» de ses opérations, sans qu’une partie de cette somme ne soit consacrée à des fins constitutionnelles.

Le 12 mars 1992, le ministre responsable des Affaires constitutionnelles a annoncé que les représentants des quatre organismes autochtones nationaux (l’APN, le CNAC, l’ITC et le RNM) étaient invités à participer à des discussions constitutionnelles multilatérales sur le Rapport du comité Beaudoin-Dobbie. Ces réunions avaient pour but de rédiger des modifications constitutionnelles qui pourraient être présentées au Canada comme un ensemble sur lequel on s’entendait. L’AFAC n’a pas été invitée à participer à ces réunions tenues après le 12 mars 1992.

L’AFAC craignait que son exclusion du financement direct à des fins constitutionnelles et de la participation directe aux discussions ne compromette l’égalité des femmes autochtones. Elle craignait notamment que les propositions avancées pour modifier la Constitution ne comportent pas l’exigence que la *Charte* s’applique à toute forme

ble to any form of Aboriginal self-government which might be negotiated. This fear was based on NWAC's perception that the national Aboriginal organizations, and in particular the AFN, are male-dominated so that there was little likelihood that the male majority would adopt the pro-*Charter* view of NWAC.

As a result, in a letter written February 12, 1992 to the Right Honourable Joe Clark, Minister Responsible for Constitutional Affairs, NWAC made a request for funding and participation equal to the other four national Aboriginal organizations. On March 2, 1992, the Minister responded that the national associations represent both men and women and he encouraged NWAC to work within the Aboriginal communities to ensure its views are heard and represented. The Minister also noted that, in recognition of the need for funding, the Contribution Agreements required that the national organizations specifically direct portions of their funding to Aboriginal women's issues. Furthermore, he stated that the concerns of NWAC would not be rectified through the addition of another seat to the constitutional table.

Despite the fact that NWAC participated in the parallel process set up by the four national Aboriginal organizations, as demonstrated by the letter of February 12, 1992 to the Right Honourable Joe Clark, NWAC remained fearful that it would be unsuccessful at putting forward its view that the *Charter* must apply to any form of Aboriginal self-government. Primarily, NWAC was worried that AFN would strongly contest the application of the *Charter* to Aboriginal self-government.

On March 18, 1992, NWAC commenced proceedings in the Federal Court, Trial Division against the Government of Canada, seeking an order of prohibition to prevent any further disbursements of funds to the four Aboriginal organizations, under the 1991 Contribution Agreements until NWAC was provided with equal funding as well as the right to participate in the constitutional review process on the same terms as the four recip-

d'autonomie gouvernementale autochtone qui pourrait être négociée. Cette crainte de l'AFAC découlait du fait que, selon elle, les organismes autochtones nationaux, dont l'APN, étaient à prédominance masculine de sorte qu'il y avait peu de chances que la majorité masculine adopte le point de vue de l'AFAC, qui était favorable à la *Charte*.

En conséquence, dans une lettre adressée, le 12 février 1992, au très honorable Joe Clark, ministre responsable des Affaires constitutionnelles, l'AFAC a présenté une demande de subventions et de participation égales à celles des quatre autres organismes autochtones nationaux. Le 2 mars 1992, le Ministre a répondu que les associations nationales représentaient les personnes des deux sexes et qu'il encourageait l'AFAC à travailler au sein des collectivités autochtones pour s'assurer que ses opinions soient entendues et transmises. Le Ministre a également fait remarquer qu'en reconnaissance du besoin de subventions les accords de contribution exigeaient que les organismes nationaux consacrent expressément une partie des sommes reçues aux questions concernant les femmes autochtones. De plus, il a déclaré que l'ajout d'un autre siège à la table des discussions constitutionnelles ne dissiperait pas les craintes de l'AFAC.

Bien que l'AFAC ait participé aux discussions parallèles organisées par les quatre organismes autochtones nationaux, comme l'indique la lettre du 12 février 1992 au très honorable Joe Clark, elle a continué de craindre d'être incapable d'exprimer son opinion que la *Charte* doit s'appliquer à toute forme d'autonomie gouvernementale autochtone. Essentiellement, l'AFAC craignait que l'APN conteste fortement l'application de la *Charte* aux gouvernements autochtones autonomes.

Le 18 mars 1992, l'AFAC a intenté, devant la Section de première instance de la Cour fédérale, une action contre le gouvernement du Canada en vue d'obtenir une ordonnance de prohibition empêchant les quatre organismes autochtones de toucher d'autres sommes aux termes des accords de contribution de 1991, jusqu'à ce que l'AFAC ait obtenu des subventions équivalentes ainsi que le droit de participer au processus de révision de la

ient groups. ITC, MNC and NCC intervened in the proceedings. AFN did not intervene until the appeal to this Court.

The substance of the complaint is that by financing the four recipient Aboriginal groups with respect to the constitutional renewal discussions, the Government of Canada assisted the propagation of the view that the *Charter* should not apply to Aboriginal self-government. The respondents allege that by funding male-dominated groups and failing to provide equal funding to NWAC, the Government of Canada violated their freedom of expression and right to equality. The respondents' application was dismissed by the Federal Court, Trial Division: [1992] 2 F.C. 462, 53 F.T.R. 194, 90 D.L.R. (4th) 394, [1992] 4 C.N.L.R. 59. The Federal Court of Appeal also refused to issue an order of prohibition. However, the court made a declaration that the Government of Canada restricted the freedom of expression of Aboriginal women in a manner that violated ss. 2(b) and 28 of the *Charter*: [1992] 3 F.C. 192, 146 N.R. 40, 95 D.L.R. (4th) 106, [1992] 4 C.N.L.R. 71, 10 C.R.R. (2d) 268.

II. Relevant Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

2. Everyone has the following fundamental freedoms: ^g

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication; ^h

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability. ⁱ

28. Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons. ^j

Constitution aux mêmes conditions que les quatre groupes bénéficiaires. L'ITC, le RNM et le CNAC sont intervenus dans l'instance. L'APN n'est intervenue que dans le pourvoi devant notre Cour.

On se plaint essentiellement du fait qu'en accordant, aux quatre groupes autochtones bénéficiaires, des subventions pour les discussions sur le renouvellement de la Constitution, le gouvernement du Canada a aidé à propager l'idée que la *Charte* ne devrait pas s'appliquer aux gouvernements autochtones autonomes. Les intimées allèguent qu'en subventionnant des groupes à prédominance masculine et en n'accordant pas des subventions équivalentes à l'AFAC, le gouvernement du Canada a violé leur liberté d'expression et leur droit à l'égalité. La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté la demande des intimées: [1992] 2 C.F. 462, 53 F.T.R. 194, 90 D.L.R. (4th) 394, [1992] 4 C.N.L.R. 59. La Cour d'appel fédérale a également refusé de rendre une ordonnance de prohibition. Cependant, elle a prononcé un jugement déclarant que le gouvernement du Canada a restreint la liberté d'expression des femmes autochtones d'une façon contraire à l'al. 2b) et à l'art. 28 de la *Charte*: [1992] 3 C.F. 192, 146 N.R. 40, 95 D.L.R. (4th) 106, [1992] 4 C.N.L.R. 71, 10 C.R.R. (2d) 268. ^f

II. Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Constitution Act, 1982

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8)

2. (1) In this Act,

“federal board, commission or other tribunal” means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*;

(2) For greater certainty, the expression “federal board, commission or other tribunal” as defined in subsection (1) does not include the Senate, the House of Commons or any committee or member of either House.

18. (1) Subject to section 28, the Trial Division has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

Loi constitutionnelle de 1982

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8)

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

«office fédéral» Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale, à l'exclusion d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*;

(2) Il est entendu que sont également exclus de la définition d'«office fédéral» le Sénat et la Chambre des communes ou tout comité ou membre de l'une ou l'autre chambre.

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour:

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

(3) On an application for judicial review, the Trial Division may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

(4) The Trial Division may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

(f) acted in any other way that was contrary to law.

52. The Federal Court of Appeal may

(a) quash proceedings in cases brought before it in which it has no jurisdiction or whenever those proceedings are not taken in good faith;

(b) in the case of an appeal from the Trial Division,

(i) dismiss the appeal or give the judgment and award the process or other proceedings that the Trial Division should have given or awarded,

(ii) in its discretion, order a new trial, if the ends of justice seem to require it, or

(iii) make a declaration as to the conclusions that the Trial Division should have reached on the issues decided by it and refer the matter back for a continuance of the trial on the issues that remain to be determined in the light of that declaration;

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Section de première instance peut:

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises par la Section de première instance si elle est convaincue que l'office fédéral, selon le cas:

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

52. La Cour d'appel peut:

a) arrêter les procédures dans les causes qui ne sont pas de son ressort ou entachées de mauvaise foi;

b) dans le cas d'un appel d'une décision de la Section de première instance:

(i) soit rejeter l'appel ou rendre le jugement que la Section de première instance aurait dû rendre et prendre toutes mesures d'exécution ou autres que celle-ci aurait dû prendre,

(ii) soit, à son appréciation, ordonner un nouveau procès, si l'intérêt de la justice paraît l'exiger,

(iii) soit énoncer, dans une déclaration, les conclusions auxquelles la Section de première instance aurait dû arriver sur les points qu'elle a tranchés et lui renvoyer l'affaire pour poursuite de l'instruction, à la lumière de cette déclaration, sur les points en suspens.

III. Judgments Below

Federal Court, Trial Division, [1992] 2 F.C. 462

Walsh D.J. framed the issue as whether the unequal disbursement of funds constituted a violation of the *Charter*. Walsh D.J. also considered whether the court has the jurisdiction to order prohibition against a discretionary administrative decision relating to the disbursement of government funds and if so, whether it should make such an order in the circumstances. Walsh D.J. noted that the application was made on a *quia timet* basis as NWAC sought to attack the disbursement of funding that would assist arguments which might lead to a particular recommendation regarding a constitutional amendment. NCC, MNC and ITC were allowed to intervene since they were in a position to provide factual information of use to the court in deciding the matter.

Walsh D.J. found that, without in any way attempting to predict the outcome of the constitutional discussions, it was clear that the issue of the maintenance of the *Charter* would be discussed and supported by at least some of the Aboriginal participants as well as the Government of Canada. It was accepted that NWAC received a disproportionate amount of the funding made available to the four Aboriginal organizations.

Walsh D.J. held that NWAC has had and will continue to have many opportunities to express its views to the political authorities, to the public and to the groups which will participate in the constitutional conference, some of whom share NWAC's views on the *Charter*. Thus, it could not be said that NWAC was being deprived of the right to freedom of speech. It would paralyze the process to hold that the freedom of expression encompassed a right for everyone to be present at the discussion table.

With respect to discrimination under s. 15(1) of the *Charter*, it was held that the disproportionate funding did not result from the fact that the respon-

III. Les juridictions inférieures

Cour fédérale, Section de première instance, [1992] 2 C.F. 462

Le juge suppléant Walsh s'est demandé si le partage inégal des fonds constituait une violation de la *Charte*. Il s'est également demandé si la cour avait le pouvoir de rendre une ordonnance de prohibition contre une décision discrétionnaire de nature administrative concernant le déboursement de deniers publics et, dans l'affirmative, si elle devait rendre une telle ordonnance dans les circonstances. Le juge Walsh a fait observer que la demande était présentée à titre préventif, car l'AFAC voulait contester le déboursement de fonds qui favoriserait des arguments pouvant mener à une recommandation particulière au sujet d'une modification constitutionnelle. Le CNAC, le RNM et l'ITC ont reçu l'autorisation d'intervenir puisqu'ils étaient en mesure de fournir des renseignements factuels susceptibles d'aider la cour à se prononcer sur la question.

Le juge Walsh a conclu que, sans essayer en aucune façon de prédire l'issue des discussions sur la Constitution, il était clair que la question du maintien de la *Charte* serait discutée et appuyée par au moins quelques-uns des participants autochtones ainsi que par le gouvernement du Canada. Il a été admis que l'AFAC avait reçu une part disproportionnée des fonds mis à la disposition des quatre organismes autochtones.

Le juge Walsh a estimé que l'AFAC avait eu et continuerait d'avoir de nombreuses occasions de faire connaître ses opinions aux autorités politiques, au public et aux groupes qui participeraient à la conférence constitutionnelle, dont certains partagent son point de vue sur la *Charte*. Ainsi, on ne pourrait pas dire que l'AFAC a été privée de son droit à la liberté de parole. Tout le processus serait paralysé si on concluait que la liberté d'expression comprenait le droit de chacun d'être présent à la table des discussions.

Quant à la discrimination contraire au par. 15(1) de la *Charte*, il a été jugé que le financement disproportionné n'était pas dû au fait que les intimées

dents are women. Rather, the Government of Canada was simply unwilling to recognize that NWAC should be considered as a separate group within the Aboriginal community. Walsh D.J. stated that this was not discrimination on the basis of sex.

Walsh D.J. next considered the jurisdiction of the court to issue a writ of prohibition in the circumstances. Although it was unclear who actually made the decision respecting the distribution of funding, *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, was cited for the proposition that there is no immunity for orders-in-council unlawfully made. The decision-maker must act in accordance with the law and must comply with the rules of natural justice. Having found the jurisdiction to issue an order of prohibition exists, Walsh D.J. concluded that there was no evidence as to how the groups were selected, nor was there any evidence as to what other groups would have been more representative of the Aboriginal people than those selected. Walsh D.J. held there was nothing unfair or contrary to natural justice in the selection of the four groups to represent Aboriginal persons at the conference. The position of the representatives of NWAC had certainly been heard and considered and a decision, right or wrong, is not contrary to natural justice because it does not accept the arguments made.

Finally, Walsh D.J. stated that NWAC's fear of loss of *Charter* protection was speculative. NWAC would have further opportunities to express its concerns before any proposed amendments became law, if in fact such changes were even recommended. The multilateral discussions were only part of the whole legislative process in which courts should not intervene.

Therefore, Walsh D.J. dismissed the respondents' application for an order of prohibition.

étaient des femmes. Au contraire, le gouvernement du Canada ne voulait tout simplement pas reconnaître que l'AFAC devait être considérée comme un groupe distinct au sein de la communauté autochtone. Le juge Walsh a déclaré qu'il ne s'agissait pas là de discrimination fondée sur le sexe.

Le juge Walsh a ensuite examiné la compétence de la cour pour décerner un bref de prohibition dans les circonstances. Même si on ne savait pas clairement qui avait vraiment pris la décision concernant la distribution des fonds, on a cité l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, à l'appui de la proposition selon laquelle il n'y a pas d'immunité pour les décrets pris illégalement. Le décideur doit agir conformément à la loi et respecter les règles de la justice naturelle. Après avoir conclu à l'existence de la compétence pour rendre une ordonnance de prohibition, le juge Walsh a affirmé qu'aucun élément de preuve n'établissait comment les groupes avaient été choisis ni quels groupes auraient été plus représentatifs des autochtones que ceux qui avaient été choisis. Il a ajouté qu'il n'y avait rien d'injuste ou de contraire à la justice naturelle dans le choix des quatre groupes pour représenter les autochtones à la conférence. On avait certainement pris connaissance et tenu compte de la position des représentants de l'AFAC, et une décision, bonne ou mauvaise, n'est pas contraire à la justice naturelle du fait qu'elle ne retient pas les arguments avancés.

Enfin, le juge Walsh a dit que la crainte de l'AFAC de perdre la protection de la *Charte* était hypothétique. L'AFAC aurait d'autres occasions d'exprimer ses préoccupations avant que les modifications suggérées n'acquiescent force de loi, à supposer que de tels changements soient recommandés. Les discussions multilatérales faisaient seulement partie de l'ensemble du processus législatif dans lequel les tribunaux ne devraient pas s'immiscer.

Par conséquent, le juge Walsh a rejeté la demande d'ordonnance de prohibition présentée par les intimées.

Federal Court of Appeal, [1992] 3 F.C. 192

Writing for the court, Mahoney J.A. stated that the arguments with respect to s. 35 of the *Constitution Act, 1982* were without merit. The right to participate in constitutional review derives from s. 37 and s. 37.1 of the *Constitution Act, 1982* and not from any “existing aboriginal or treaty rights” guaranteed by s. 35(1).

The threat of losing equality rights if Aboriginal self-governments are created without being subject to the *Charter* was not a present denial of a s. 15 right. The outcome of the constitutional discussions could not be predicted and a “merely hypothetical consequence” was no basis for judicial intervention in the constitutional reform process. Mahoney J.A. held that the law does not give an individual the right to be present at constitutional conferences, nor the right to public funding to communicate one’s position. The funding and participation of the four Aboriginal groups could not be said to violate equality rights of any individual under s. 15(1) of the *Charter*.

In dealing with the arguments under s. 2(b) and s. 28 of the *Charter*, Mahoney J.A. noted that communicating one’s constitutional views to the public and to governments is undoubtedly a form of expression. Mahoney J.A. characterized the issue as whether the organizations advocate male dominated Aboriginal self-governments. Whether the groups themselves are dominated by men was not the proper question since such groups could still advocate gender equality. Mahoney J.A. found that it was in the interests of Aboriginal women that the *Charter* continue to apply to any form of Aboriginal self-government. It was further held that Aboriginal women are not represented by AFN, NCC nor ITC.

Mahoney J.A. came to the conclusion that (at pp. 212-13):

Cour d’appel fédérale, [1992] 3 C.F. 192

Le juge Mahoney a affirmé, au nom de la cour, que les arguments relatifs à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* étaient sans fondement. Le droit de participer à la révision de la Constitution découle des art. 37 et 37.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et non pas de «droits existants — ancestraux ou issus de traités» garantis par le par. 35(1).

Le risque de perdre les droits à l’égalité, s’il y avait création de gouvernements autochtones autonomes qui ne seraient pas assujettis à la *Charte*, ne constituait pas alors une dénégation réelle d’un droit garanti par l’art. 15. On ne pouvait pas prédire l’issue des discussions sur la Constitution et une «conséquence purement hypothétique» ne justifiait pas une intervention judiciaire dans le processus de réforme de la Constitution. Le juge Mahoney a conclu que la loi ne donne pas à quelqu’un le droit d’assister à des conférences constitutionnelles ni celui de recevoir des deniers publics pour faire connaître sa position. On ne pouvait pas dire que le financement et la participation des quatre groupes autochtones violaient les droits à l’égalité garantis à tous par le par. 15(1) de la *Charte*.

Quant aux arguments fondés sur l’al. 2b) et l’art. 28 de la *Charte*, le juge Mahoney a noté que le fait de communiquer au public et aux gouvernements son point de vue sur la Constitution représente sans aucun doute une forme d’expression. Il a souligné qu’il s’agissait de savoir si les organismes préconisaient l’établissement de gouvernements autochtones autonomes à prédominance masculine. Il ne s’agissait pas de savoir si les groupes eux-mêmes sont dominés par des hommes, puisque de tels groupes pouvaient encore préconiser l’égalité des sexes. Le juge Mahoney a estimé qu’il était dans l’intérêt des femmes autochtones que la *Charte* continue de s’appliquer à toute forme de gouvernement autochtone autonome. On a également conclu que les femmes autochtones ne sont pas représentées par l’APN, le CNAC ou l’ITC.

Le juge Mahoney conclut, aux pp. 212 et 213, que:

... by inviting and funding the participation of those organizations in the current constitutional review process and excluding the equal participation of NWAC, the Canadian government has accorded the advocates of male-dominated aboriginal self-governments a preferred position in the exercise of an expressive activity, the freedom of which is guaranteed to everyone by paragraph 2(b) and which is, by section 28, guaranteed equally to men and women. It has thereby taken action which has had the effect of restricting the freedom of expression of aboriginal women in a manner offensive to paragraph 2(b) and section 28 of the Charter. In my opinion, the learned Trial Judge erred in concluding otherwise.

That is not to say that equal funding to NWAC would necessarily be required to achieve the equality required by section 28. The evidence does not permit a concluded opinion as to that. However, the funding actually provided is so disparate as to be *prima facie* inadequate to accord it the equal freedom of expression mandated by the Charter.

It was concluded that a declaration could have a meaningful effect on NWAC's future participation in constitutional discussions.

Mahoney J.A. next analyzed the availability of a remedy under s. 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8). The court concluded that the decision to invite the four Aboriginal groups to participate in the parallel process and to fund them must have been authorized by an Act of Parliament or an exercise of Crown prerogative. Thus, NWAC was entitled to declaratory relief pursuant to s. 18 of the *Federal Court Act*.

Mahoney J.A. also addressed the issue of whether the constitutional review process was subject to judicial scrutiny or whether it was integral to a political process in which the judiciary should not interfere. After reviewing the decision in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, which indicated that the "formulation and introduction of a bill are part of the legislative process with which the courts will not meddle" (p. 559), Mahoney J.A. opined that this did not include the process of public or private consultation by the government prior to reaching a decision

... en sollicitant et en finançant la participation de ces organismes au processus actuel de révision de la Constitution et en excluant la participation égale de [l'AFAC], le gouvernement canadien a accordé aux partisans de l'autonomie autochtone à prédominance masculine une voix privilégiée alors que la liberté d'expression est garantie à tous à l'alinéa 2b), et aussi bien aux femmes qu'aux hommes en vertu de l'article 28. Son geste a ainsi porté atteinte à la liberté d'expression des femmes autochtones, contrairement à l'alinéa 2b) et à l'article 28 de la Charte. À mon avis, le juge de première instance a commis une erreur en concluant différemment.

Cela ne signifie pas qu'il serait nécessaire de financer également [l'AFAC] pour respecter le droit à l'égalité prévu à l'article 28. La preuve ne permet pas de conclure ainsi. Toutefois, la somme actuellement versée est si inégale qu'elle ne saurait *prima facie* respecter le droit de [l'AFAC] à liberté d'expression égale garantie par la Charte.

Il a été décidé qu'un jugement déclaratoire pourrait avoir un effet utile sur la participation future de l'AFAC à des discussions sur la Constitution.

Le juge Mahoney a ensuite analysé la possibilité d'accorder une réparation fondée sur l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8). La cour a conclu que la décision d'inviter les quatre groupes autochtones à participer au processus parallèle et de les subventionner doit avoir été autorisée par une loi du Parlement ou faire suite à l'exercice de la prérogative royale. L'AFAC avait donc droit à un jugement déclaratoire conformément à l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Le juge Mahoney a également abordé la question de savoir si le processus de révision de la Constitution était assujéti à l'examen des tribunaux ou s'il faisait partie intégrante d'un processus politique dans lequel ces derniers ne devraient pas s'immiscer. Après avoir examiné le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, qui indique que la «rédaction et le dépôt d'un projet de loi font partie du processus législatif dans lequel les tribunaux ne s'immiscent pas» (p. 559), le juge Mahoney a exprimé l'opinion que cela ne comprenait pas le

how to legislate on a matter. The formulation of a constitutional resolution was not started by publishing proposals meant for public review by a parliamentary committee. This was merely policy development rather than implementation. Therefore, Mahoney J.A. concluded that granting declaratory relief would not be interfering in a legislative process.

Mahoney J.A. stated that if the Government of Canada chooses to provide funding, it must do so according to the dictates of the *Charter*. However, only one who can show a constitutional foundation for a grievance by reason of being excluded from funding will obtain the court's assistance. Not every interest group can complain that their freedom of expression has been violated. For the reasons above, Mahoney J.A. concluded that NWAC was entitled to make such a claim.

With respect to the remedy, Mahoney J.A. held that the prohibition sought was unavailable since the evidence did not permit a conclusion that NWAC was entitled to equal funding in order to accord Aboriginal women equal freedom of expression. Secondly, the constitutional process had moved beyond the stage of consultation and the courts cannot interfere with the convening of a First Minister's Conference in order to dictate whom to invite. However, Mahoney J.A. held it was open to the court to declare that the actions of the Government violated ss. 2(b) and 28 of the *Charter*.

IV. Issues

I will deal with the following issues:

1. Did the Federal Court of Appeal have the jurisdiction to grant declaratory relief given that the remedy sought by the respondents was an order prohibiting the Government of Canada from disbursing any more funds pursuant to the Con-

processus de consultation publique ou privée auquel le gouvernement peut recourir avant de décider de la façon de légiférer sur une question. La rédaction d'une résolution constitutionnelle ne commençait pas avec la publication de propositions devant être soumises à l'examen du public par l'entremise d'un comité parlementaire. Il s'agissait simplement d'établir une politique plutôt que de la mettre en œuvre. Par conséquent, le juge Mahoney a conclu que prononcer un jugement déclaratoire ne constituerait pas une ingérence dans un processus législatif.

Le juge Mahoney a déclaré que, si le gouvernement du Canada choisit de verser des fonds, il doit le faire conformément aux exigences de la *Charte*. Toutefois, l'aide des tribunaux ne sera accordée qu'à celui qui pourra établir le bien-fondé, sur le plan constitutionnel, de son grief découlant du fait qu'il a été exclu du financement. Ce ne sont pas tous les groupes d'intérêts qui peuvent se plaindre de la violation de leur liberté d'expression. Pour les raisons susmentionnées, le juge Mahoney a conclu que l'AFAC avait le droit de le faire.

En ce qui a trait à la réparation, le juge Mahoney a statué que l'ordonnance de prohibition demandée ne pouvait pas être accordée puisque la preuve ne permettait pas de conclure que l'AFAC avait droit à un financement équivalent pour que les femmes autochtones jouissent d'une liberté d'expression égale. Ensuite, le processus constitutionnel avait dépassé le stade des consultations et les tribunaux ne sauraient s'immiscer dans la convocation d'une conférence des premiers ministres afin de leur dicter qui inviter. Cependant, le juge Mahoney a conclu qu'il était loisible à la cour de déclarer que les actions du gouvernement violaient l'al. 2b) et l'art. 28 de la *Charte*.

IV. Les questions en litige

Je traiterai des questions suivantes:

1. La Cour d'appel fédérale avait-elle compétence pour prononcer un jugement déclaratoire étant donné que la réparation demandée par les intimées était une ordonnance interdisant au gouvernement du Canada de déboursier d'autres

tribution Agreements until NWAC was provided with equal funding and rights of participation?

2. Did the Government of Canada violate the freedom of expression of the individual respondents or of Aboriginal women represented by the respondent NWAC, as guaranteed by s. 2(b) read together with s. 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, by funding the four Aboriginal organizations and permitting their participation in the constitutional discussions while not providing an equal right of participation and funding to NWAC?
3. Did the Government of Canada violate the equality rights of the individual respondents or of Aboriginal women represented by NWAC, as guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, by funding the four Aboriginal organizations and permitting their participation in the constitutional discussions while not providing an equal right of participation and funding to NWAC?
4. Did the Government of Canada violate s. 35 of the *Constitution Act, 1982* by failing to recognize existing Aboriginal and treaty rights, which are guaranteed equally to male and female persons?

V. Analysis

A. Preliminary Issues

(1) Mootness

The respondents brought an application returnable on the opening of the appeal to declare the case moot. It was submitted that since the constitutional process out of which these proceedings arose had run its course, the matter was academic. The appellant, however, pointed out that an action is outstanding against the Crown for six million dollars based on the judgment of the Court of Appeal. The application to declare the appeal moot was dis-

fonds conformément aux accords de contribution tant que l'AFAC ne jouirait pas d'un financement et de droits de participation équivalents?

2. Le gouvernement du Canada a-t-il violé la liberté d'expression que l'al. 2b), conjugué à l'art. 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, garanti aux intimées, prises individuellement, ou aux femmes autochtones représentées par l'AFAC intimée, en finançant les quatre organismes autochtones et en leur permettant de participer aux discussions sur la Constitution tout en n'accordant pas à l'AFAC un droit de participation et un financement équivalents?
3. Le gouvernement du Canada a-t-il violé les droits à l'égalité que le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garanti aux intimées, prises individuellement, ou aux femmes autochtones représentées par l'AFAC intimée, en finançant les quatre organismes autochtones et en leur permettant de participer aux discussions sur la Constitution tout en n'accordant pas à l'AFAC un droit de participation et un financement équivalents?
4. Le gouvernement du Canada a-t-il violé l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* en ne reconnaissant pas les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones, qui sont garantis également aux personnes des deux sexes?

V. Analyse

A. Les questions préliminaires

(1) La perte de tout intérêt pratique

Les intimées ont fait une demande qui devait être présentée à l'ouverture du pourvoi, afin d'obtenir une déclaration que la cause avait perdu tout intérêt pratique. On a soutenu que, puisque le processus constitutionnel à l'origine de la présente instance avait pris fin, la question était devenue théorique. L'appelante a toutefois souligné que l'État fait l'objet d'une action pour un montant de six millions de dollars fondée sur le jugement de la

missed at the conclusion of submissions on this point.

(2) Jurisdiction

It is clear that the Federal Court of Appeal had jurisdiction to pronounce a declaratory judgment. Sections 18 and 18.1(3)(b) of the *Federal Court Act* confer upon the Federal Court, Trial Division original jurisdiction to grant declaratory relief in an application for judicial review. On an appeal from the Trial Division, pursuant to s. 52(b) of the *Federal Court Act*, the Federal Court of Appeal may:

(i) dismiss the appeal or give the judgment and award the process or other proceedings that the Trial Division should have given or awarded,

(iii) make a declaration as to the conclusions that the Trial Division should have reached on the issues decided by it and refer the matter back for a continuance of the trial on the issues that remain to be determined in light of that declaration. [Emphasis added.]

Thus, it is apparent that the Federal Court of Appeal has the jurisdiction under s. 52(b) to grant declaratory relief. This conclusion is further supported by Rule 1723 of the *Federal Court Rules*, C.R.C. 1978, c. 663, which states the following:

Rule 1723. No action shall be open to objection on the ground that a merely declaratory judgment or order is sought thereby, and the Court may make binding declarations of right whether or not any consequential relief is or could be claimed. [Emphasis added.]

This provision contemplates the granting of declaratory relief notwithstanding the fact that no other relief could be claimed.

In fact, this is not disputed by the appellant, nor by the intervener ITC which also made submissions on this issue. Rather, the appellant and ITC both argue that it is inappropriate for the Federal

Cour d'appel. La demande de déclaration que le pourvoi a perdu tout intérêt pratique a été rejetée à la fin des plaidoiries sur ce point.

a (2) La compétence

Il est clair que la Cour d'appel fédérale avait compétence pour prononcer un jugement déclaratoire. L'article 18 et l'al. 18.1(3)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* confèrent à la Section de première instance de la Cour fédérale compétence exclusive, en première instance, pour accorder un jugement déclaratoire dans le cas d'une demande de contrôle judiciaire. À la suite d'un appel interjeté contre une décision de la Section de première instance, conformément à l'al. 52(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour d'appel fédérale peut:

(i) soit rejeter l'appel ou rendre le jugement que la Section de première instance aurait dû rendre et prendre toutes mesures d'exécution ou autres que celle-ci aurait dû prendre,

(iii) soit énoncer, dans une déclaration, les conclusions auxquelles la Section de première instance aurait dû arriver sur les points qu'elle a tranchés et lui renvoyer l'affaire pour poursuite de l'instruction, à la lumière de cette déclaration, sur les points en suspens. [Je souligne.]

Il appert donc que la Cour d'appel fédérale a, en vertu de l'al. 52(b), compétence pour accorder un jugement déclaratoire. Cette conclusion s'appuie en outre sur la règle 1723 des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C. 1978, ch. 663, dont voici le texte:

Règle 1723. Il ne peut être fait opposition à une action pour le motif que cette action ne vise qu'à l'obtention d'un jugement ou d'une ordonnance purement déclaratoires; et la Cour pourra faire des déclarations de droit obligatoires, qu'un redressement soit ou puisse être demandé ou non en conséquence. [Je souligne.]

Cette disposition prévoit la possibilité de prononcer un jugement déclaratoire même si aucune autre réparation ne peut être demandée.

En fait, cela n'est contesté ni par l'appelante ni par l'intervenante, l'ITC, qui a également présenté des observations à ce sujet. L'appelante et l'ITC soutiennent plutôt qu'il ne convient pas que la

Court of Appeal to award a declaration when the respondents merely sought an order of prohibition at the Trial Division. In other words, the appellant contends granting such relief resulted in prejudice as it changed the focus of the case. In my view, this argument must fail. It is clear that the grounds relied on for an order of prohibition sought at the Trial Division were the alleged violations of the *Charter* and the *Constitution Act, 1982* by the Government of Canada. The argument at trial focused on whether there was a breach of the respondents' freedom of expression or equality or their Aboriginal and treaty rights. Thus, the determination of whether the rights of the respondents were violated was necessarily ancillary to the granting of an order of prohibition. The declaration that was ultimately granted by the Federal Court of Appeal hinged on the violation of *Charter* rights that was specifically argued at the Trial Division. It cannot be said that the appellant was taken by surprise or prejudiced in any way. Nothing different could have been argued by the parties had the declaration specifically been sought.

I would conclude that, in the circumstances, the Federal Court had jurisdiction to make a declaration which related directly to the matter in dispute between the parties. Although, as pointed out by the appellant and ITC, the respondents did not specifically include a request for a declaration in their pleadings, they did include a "basket clause" requesting "[s]uch other relief as to this Honourable Court may seem just". It has been held that a "basket clause" in the prayer for relief permits a court to exercise its discretion to grant a declaration even though it was not specifically pleaded. In *Loudon v. Ryder (No. 2)*, [1953] Ch. 423, the court considered a rule very similar to that of Rule 1723. Notwithstanding that a declaration was not specifically claimed, it was held that this did not preclude the remedy under the claim to fur-

Cour d'appel fédérale prononce un jugement déclaratoire lorsque les intimées ont simplement demandé une ordonnance de prohibition à la Section de première instance. Autrement dit, l'appelante prétend que le fait d'avoir accordé une telle réparation a entraîné un préjudice étant donné qu'il en a résulté un changement d'orientation de l'instance. À mon avis, cet argument doit échouer. Il est évident que les motifs invoqués à l'appui de la demande d'ordonnance de prohibition adressée à la Section de première instance étaient les violations de la *Charte* et de la *Loi constitutionnelle de 1982* que le gouvernement du Canada aurait commises. Au procès, les plaidoiries étaient axées sur la question de savoir s'il y avait eu atteinte à la liberté d'expression ou aux droits à l'égalité des intimées ou encore à leurs droits ancestraux ou issus de traités. Par conséquent, la réponse à la question de savoir s'il y avait eu violation des droits des intimées était nécessairement accessoire à la délivrance d'une ordonnance de prohibition. Le jugement déclaratoire que la Cour d'appel fédérale a prononcé en fin de compte était fondé sur la violation des droits garantis par la *Charte* qui avait été alléguée expressément devant la Section de première instance. On ne peut pas dire que l'appelante a été prise au dépourvu ou a subi un préjudice quelconque. Les parties n'auraient pu alléguer rien d'autre si le jugement déclaratoire avait été demandé expressément.

Je suis d'avis de conclure que, dans les circonstances, la Cour fédérale avait compétence pour rendre un jugement déclaratoire qui se rapportait directement à la question en litige entre les parties. Bien que, comme l'appelante et l'ITC l'ont souligné, les intimées n'aient pas demandé expressément de jugement déclaratoire dans leurs actes de procédure, elles ont inclus une «clause omnibus» demandant [TRADUCTION] «[t]oute autre réparation que la cour peut estimer juste». Il a été statué qu'une «clause omnibus» dans une demande de réparation permet à la cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire de prononcer un jugement déclaratoire même si cela n'a pas été soulevé précisément dans les plaidoiries. Dans l'arrêt *Loudon c. Ryder (No. 2)*, [1953] Ch. 423, la cour a examiné une règle très similaire à la règle 1723. Même si aucun

ther or other relief. *R. v. Bales, Ex parte Meaford General Hospital*, [1971] 2 O.R. 305 (H.C.), involved a claim for an order prohibiting the Minister of Labour from appointing a conciliation officer in a labour dispute. Osler J. held that there was no jurisdiction to make an order of prohibition in the circumstances. It was argued that a declaration was not an appropriate remedy as it was not specifically requested. However, Osler J. noted that the notice of motion had a prayer “for such further and other order as this Court may deem meet” and was prepared to make a declaration in the circumstances. *Meisner v. Mason*, [1931] 2 D.L.R. 156 (N.S.C.A.), and *Harrison-Broadley v. Smith*, [1964] 1 All E.R. 867 (C.A.), are also cases in which a declaratory judgment issued notwithstanding the failure to specifically request it.

Moreover, I note that s. 18.1 of the *Federal Court Act*, which came into effect on February 1, 1992, now provides for a uniform procedure of an application for judicial review in order to obtain the remedies available in s. 18. In *Federal Court Practice 1994*, David Sgayias et al. state (at p. 88) the following with respect to the effect of s. 18.1:

The section expressly sets out the standing requirements, the grounds of review, and the powers of the court on an application for judicial review. As a result, it is not necessary to refer expressly to the prerogative or extraordinary remedies when applying for judicial review. [Emphasis added.]

I conclude from the foregoing that the Federal Court of Appeal did not err in respect of this issue.

B. Constitutional Issues

(1) The Applicability of the Charter

The appellant argues that the constitutional violation found by the Court of Appeal did not flow

jugement déclaratoire n'avait été demandé expressément, on a jugé que cela n'empêchait pas d'accorder cette réparation en vertu de la demande de toute autre réparation. Dans *R. c. Bales, Ex parte Meaford General Hospital*, [1971] 2 O.R. 305 (H.C.), il s'agissait d'une demande d'ordonnance interdisant au ministre du Travail de nommer un conciliateur dans un conflit de travail. Le juge Osler a conclu à l'absence de compétence pour rendre une ordonnance de prohibition dans les circonstances. Il a été allégué qu'un jugement déclaratoire ne constituait pas une réparation appropriée en raison de l'absence d'une demande expresse en ce sens. Toutefois, le juge Osler a fait observer que l'avis de requête comportait une demande [TRADUCTION] «de toute autre ordonnance que la cour peut juger convenable» et il était disposé à prononcer un jugement déclaratoire dans les circonstances. *Meisner c. Mason*, [1931] 2 D.L.R. 156 (C.A.N.-É.), et *Harrison-Broadley c. Smith*, [1964] 1 All E.R. 867 (C.A.), sont également des cas où un jugement déclaratoire a été prononcé malgré l'absence d'une demande expresse en ce sens.

De plus, je remarque que l'art. 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui est entré en vigueur le 1^{er} février 1992, prescrit désormais une procédure uniforme de demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir les redressements prévus à l'art. 18. Dans l'ouvrage intitulé *Federal Court Practice 1994*, David Sgayias et ses coauteurs déclarent ceci, à la p. 88, au sujet de l'effet de l'art. 18.1:

[TRADUCTION] L'article énonce expressément les conditions requises, les motifs de contrôle et les pouvoirs de la cour relativement aux demandes de contrôle judiciaire. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de mentionner expressément les recours extraordinaires ou par voie de bref de prérogative au moment de présenter une demande de contrôle judiciaire. [Je souligne.]

J'en conclus donc que la Cour d'appel fédérale n'a pas commis d'erreur relativement à cette question.

B. Les questions constitutionnelles

(1) L'applicabilité de la Charte

L'appelante soutient que la violation de la Constitution à laquelle a conclu la Cour d'appel ne

from the Government of Canada's decision to provide funding to the four Aboriginal groups. Rather any *Charter* breach was caused by the subsequent actions of the recipients in failing to equally include NWAC. Therefore, it is argued that the *Charter* does not apply since any violation resulted from the actions of private parties.

This argument misapprehends the nature of the claim of the respondents. It is their contention that the decision of the Government of Canada not to directly fund NWAC to the same extent as AFN, ITC, MNC and NCC and not to invite NWAC to the constitutional discussions violated their rights. I would not, therefore, give effect to this submission.

(2) Sections 2(b) and 28 of the *Charter*: Freedom of Expression Guaranteed Equally to Male and Female Persons

The main contention of the respondents is that the Government's provision of funding to NCC, ITC, AFN and MNC, along with the opportunity to participate in the constitutional discussions, required the Government to bestow upon NWAC an equal chance for expression of its views.

Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927, provides a useful starting point for the analysis of freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. In that case, a two-step analysis was established for determining whether a violation of freedom of expression has occurred. First, it is necessary to determine whether the activity which the respondents wish to pursue may properly be characterized as falling within the sphere of conduct protected by s. 2(b), namely expressive activity. In this case, the respondents allege that the Government of Canada failed to equally guarantee the right to communicate their constitutional views to the governments at the conferences. I agree with the conclusion of the Court of Appeal that this is unquestionably an expressive activity within the scope of s. 2(b) of the *Charter*.

découlait pas de la décision du gouvernement du Canada de verser des fonds aux quatre groupes autochtones. La violation de la *Charte* résultait plutôt des actions que les bénéficiaires avaient accomplies en n'incluant pas également l'AFAC. On fait donc valoir que la *Charte* ne s'applique pas puisque la violation, s'il en est, a résulté des actions de parties privées.

En avançant cet argument, on se méprend sur la nature de la demande des intimées. Celles-ci prétendent que la décision du gouvernement du Canada de ne pas subventionner directement l'AFAC dans la même mesure que l'APN, l'ITC, le RNM et le CNAC, et de ne pas inviter l'AFAC aux discussions sur la Constitution violait leurs droits. Je suis donc d'avis de ne pas retenir cet argument.

(2) L'alinéa 2b) et l'art. 28 de la *Charte*: liberté d'expression garantie également aux personnes des deux sexes

Les intimées soutiennent principalement qu'en versant des fonds au CNAC, à l'ITC, à l'APN et au RNM et en leur donnant la possibilité de participer aux discussions sur la Constitution, le gouvernement devait accorder à l'AFAC une chance égale d'exprimer son point de vue.

L'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, fournit un point de départ utile pour analyser la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Dans cette affaire, on a conçu une analyse en deux étapes pour déterminer s'il y a eu violation de la liberté d'expression. Premièrement, il faut déterminer si l'activité que les intimées veulent poursuivre peut être considérée à bon droit comme relevant du champ des activités protégées par l'al. 2b), à savoir une activité expressive. En l'espèce, les intimées allèguent que le gouvernement du Canada ne leur a pas garanti de façon égale le droit de communiquer aux gouvernements leur point de vue sur la Constitution, lors des conférences. Je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il s'agit incontestablement d'une activité expressive visée par l'al. 2b) de la *Charte*.

Once it has been determined that the activity in question is expressive, *Irwin Toy* instructs that one must next conduct an inquiry into “whether the purpose or effect of the impugned governmental action was to control attempts to convey meaning through that activity” (p. 972). It cannot plausibly be contended that the governmental action in question here had as its purpose the restriction of the respondents’ freedom of expression. In fact, it could be said that the decision to provide funding to the AFN, NCC, ITC and MNC and invite the four national Aboriginal groups to the constitutional table had as its very purpose the encouragement of free expression and the exchange of ideas. Therefore, the respondents’ position must rely on the effect of the decision of the Government. In this regard, their argument is summarized by the Court of Appeal as follows (at p. 211):

The [respondents] argue that, by funding and thereby supporting male-dominated aboriginal organizations in that activity, the Canadian government has enhanced their ability to communicate their anti-Charter positions to the virtual exclusion of NWAC’s pro-Charter position. Government action has given the male-dominated organizations an ability to communicate effectively which has been denied aboriginal women, thereby abridging the guarantee of section 28 that freedom of expression is equally the freedom of male and female persons.

The respondents argued that the four Aboriginal groups were given something extra from which NWAC was excluded. While it is conceded that s. 2(b) does not include the right to any particular means of expression, the respondents contend that if the Government chooses to fund and to offer a voice to anti-Charter, male-led Aboriginal organizations, it is under a constitutional duty to do so equitably and in accordance with the Charter. Therefore, the Government must also fund and invite participation by NWAC. It is submitted that such a result is mandated by the decision of this Court in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, as well as by s. 28 of the Charter which guarantees the rights and freedoms of the Charter equally to male and female persons.

Une fois qu’on a déterminé qu’il s’agit d’une activité expressive, l’arrêt *Irwin Toy* indique qu’il faut ensuite se demander «si l’objet ou l’effet de l’action gouvernementale contestée était de contrôler la transmission d’une signification par cette activité» (p. 972). On ne saurait soutenir de manière convaincante que l’action gouvernementale, ici en cause, avait pour but de restreindre la liberté d’expression des intimées. En fait, on pourrait dire que la décision de verser des sommes d’argent à l’APN, au CNAC, à l’ITC et au RNM et d’inviter les quatre groupes autochtones nationaux à la table des discussions sur la Constitution avait véritablement pour but d’encourager la liberté d’expression et l’échange d’idées. Par conséquent, la position des intimées doit se fonder sur l’effet de la décision du gouvernement. La Cour d’appel résume ainsi leur argument à cet égard, à la p. 211:

Les [intimées] soutiennent qu’en finançant et, par le fait même, en appuyant cette activité des organisations autochtones dominées par les hommes, le gouvernement canadien a accru leur capacité de communiquer leurs positions défavorables à la Charte au point d’exclure à toutes fins pratiques la position contraire défendue par [l’AFAC]. Le geste du gouvernement a donné aux organisations dominées par les hommes une capacité de communiquer avec efficacité qui a été niée aux femmes autochtones, et il a ainsi porté atteinte à la garantie de l’article 28 en vertu de laquelle la liberté d’expression comprend également la liberté des hommes et des femmes.

Les intimées ont soutenu que les quatre groupes autochtones ont reçu quelque chose de plus que l’AFAC. Bien que l’on reconnaisse que l’al. 2b) ne comprend pas le droit à des modes particuliers d’expression, les intimées prétendent que, si le gouvernement choisit de verser des sommes d’argent et de donner voix au chapitre à des organismes autochtones dirigés par des hommes et défavorables à la Charte, il a alors l’obligation constitutionnelle de le faire de façon équitable et en conformité avec la Charte. Le gouvernement doit donc également subventionner l’AFAC et l’inviter à participer. Il est allégué que ce résultat s’impose en raison de l’arrêt de notre Cour *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, ainsi que de l’art. 28 de la Charte qui garantit les droits et libertés de la Charte également aux personnes des deux sexes.

In order to determine whether the assertions of the respondents are valid, it is necessary to consider the scope of the freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. In particular, it must be determined whether there is any positive duty on the Government to provide funding to NWAC in these circumstances. This case does not involve the typical situation of government action restricting or interfering with freedom of expression in the negative sense. Rather, the respondents claim that the *Charter* requires the Government of Canada to provide them with a forum for expression equal to that of the other Aboriginal organizations. In this light, I must also consider whether there is any evidence to support the argument that the funded groups were any less representative of Aboriginal women's views regarding the Constitution such that NWAC was constitutionally entitled to participate in the funding. The argument under ss. 2(b) and 28 of the *Charter* depends on a finding that the funding of and participation by NWAC was necessary to provide an equal voice for the rights of women.

(a) *The Scope of Section 2(b)*

It is beyond dispute that freedom of expression is a guaranteed right and a value of fundamental importance to our society. The essential nature of freedom of expression in a democratic society has been discussed by this Court in numerous cases. (See, for example, *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336.) As McLachlin J. stated in *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 752, the purpose of s. 2(b) "is to permit free expression to the end of promoting truth, political or social participation, and self-fulfilment". As such, it has been held that the freedoms contained therein should only be restricted in the clearest of cases, where urgent and compelling reasons exist: *Edmonton Journal, supra*, at p. 1336; *Irwin Toy, supra*, at p. 1009 (per McIntyre J., dissenting).

Traditionally, the cases involving s. 2(b) of the *Charter* have dealt with situations whereby the

Pour déterminer si les affirmations des intimées sont valables, il est nécessaire d'examiner la portée de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Il faut notamment déterminer si le gouvernement a une obligation positive de verser des fonds à l'AFAC dans ces circonstances. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas typique d'action gouvernementale qui restreint ou entrave la liberté d'expression dans un sens négatif. Au contraire, les intimées prétendent que la *Charte* oblige le gouvernement du Canada à leur fournir, pour s'exprimer, une tribune équivalente à celle qu'il offre aux autres organismes autochtones. À la lumière de ce qui précède, je dois également examiner s'il y a des éléments de preuve qui appuient l'argument selon lequel les groupes subventionnés représentaient tellement moins le point de vue des femmes autochtones sur la Constitution que l'AFAC avait droit, en vertu de la Constitution, à une part des fonds versés. L'argument fondé sur l'al. 2b) et l'art. 28 de la *Charte* repose sur la conclusion que le financement et la participation de l'AFAC étaient nécessaires pour que les femmes puissent faire valoir leurs droits également.

a) *La portée de l'al. 2b)*

Il est incontestable que la liberté d'expression est un droit garanti et une valeur d'une importance fondamentale pour notre société. Notre Cour a, dans de nombreux arrêts, analysé le caractère essentiel de la liberté d'expression dans une société démocratique. (Voir, par exemple, *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1336.) Comme le juge McLachlin l'affirme dans *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, à la p. 752, l'al. 2b) «vise à permettre la liberté d'expression dans le but de promouvoir la vérité, la participation politique ou sociale et l'accomplissement de soi». C'est ainsi qu'on a jugé qu'il ne faudrait restreindre les libertés garanties par cet alinéa que dans les cas les plus évidents où il y aurait des motifs urgents et impératifs de le faire: *Edmonton Journal*, précité, à la p. 1336; *Irwin Toy*, précité, à la p. 1009 (le juge McIntyre, dissident).

Dans les arrêts portant sur l'al. 2b) de la *Charte*, il s'agissait traditionnellement de situations où le

government has attempted, in some way, to limit or interfere with one's freedom of expression. In the present situation, the respondents are requesting the Court to consider whether there may be a positive duty on governments to facilitate expression in certain circumstances.

Whether freedom of expression includes a positive right to be provided with specific means of expression was recently considered for the first time by this Court in *Haig*. That case involved a somewhat similar fact situation in that the issue arose in the context of a referendum held by the federal government in all the provinces and territories, except Quebec, concerning proposed amendments to the Canadian Constitution. At the same time, Quebec held its own referendum. Due to a change in residence, Mr. Haig did not meet the requirements to be eligible to vote in either referendum. Mr. Haig contended that the order-in-council establishing the referendum, made pursuant to the federal *Referendum Act*, infringed his rights under s. 2(b) of the *Charter*. It was not disputed that the casting of a ballot in the referendum was a form of expression. However, Mr. Haig argued that s. 2(b) required not only protection from interference, but an affirmative role on the part of the state in providing the specific means of expression.

Writing for the majority, L'Heureux-Dubé J. noted that the "case law and doctrinal writings have generally conceptualized freedom of expression in terms of negative rather than positive entitlements" (p. 1034). Examples of this approach may also be found in *Re Allman and Commissioner of the Northwest Territories* (1983), 144 D.L.R. (3d) 467 (N.W.T.S.C.), aff'd (1983), 8 D.L.R. (4th) 230 (C.A.), leave to appeal denied, [1984] 1 S.C.R. v; *Minnesota State Board for Community Colleges v. Knight*, 465 U.S. 271 (1984); *New Brunswick Broadcasting Co. v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1984] 2 F.C. 410 (C.A.), at p. 426. L'Heureux-Dubé J. makes the following remarks at p. 1035:

gouvernement avait essayé, de quelque façon, de limiter ou d'entraver la liberté d'expression de quelqu'un. En l'espèce, les intimées demandent à la Cour d'examiner si les gouvernements peuvent avoir l'obligation positive de faciliter l'expression d'opinions dans certaines circonstances.

C'est dans l'arrêt *Haig* que notre Cour s'est demandé pour la première fois, récemment, si la liberté d'expression comporte le droit positif à un mode précis d'expression. Cet arrêt portait sur une situation de fait quelque peu similaire étant donné que la question se posait dans le cadre d'un référendum tenu par le gouvernement fédéral dans toutes les provinces et territoires, sauf le Québec, au sujet de propositions visant à modifier la Constitution canadienne. Le Québec a tenu son propre référendum simultanément. En raison d'un changement de résidence, M. Haig ne satisfaisait pas aux exigences pour pouvoir voter à l'un ou l'autre référendum. Il a prétendu que le décret ordonnant la tenue du référendum, qui avait été pris conformément à la *Loi référendaire* fédérale, violait les droits que lui garantissait l'al. 2b) de la *Charte*. On ne contestait pas que voter au référendum était une forme d'expression. Toutefois, M. Haig a fait valoir que l'al. 2b) prescrivait non seulement la protection contre l'ingérence étatique, mais encore qu'il exigeait que l'État veille activement à fournir ce mode précis d'expression.

Le juge L'Heureux-Dubé a souligné, au nom de la Cour à la majorité, que «la jurisprudence et la doctrine ont généralement conceptualisé la liberté d'expression en fonction de droits négatifs plutôt que positifs» (p. 1034). On peut également trouver des exemples de ce point de vue dans *Re Allman and Commissioner of the Northwest Territories* (1983), 144 D.L.R. (3d) 467 (C.S.T. N.-O.), conf. par (1983), 8 D.L.R. (4th) 230 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1984] 1 R.C.S. v; *Minnesota State Board for Community Colleges c. Knight*, 465 U.S. 271 (1984); *New Brunswick Broadcasting Co. c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1984] 2 C.F. 410 (C.A.), à la p. 426. Le juge L'Heureux-Dubé fait observer ce qui suit, à la p. 1035:

Like its United States First Amendment counterpart, the Canadian s. 2(b) *Charter* jurisprudence has been shaped by these same foundational premises, focusing mainly on attempts by governments to place limitations on what can be expressed. The traditional question before courts has been: to what extent can freedom of expression be justifiably limited? The answer has been that individuals can expect to be free from government action the purpose or effect of which is to deny or abridge freedom of expression, unless the restraint is one that can be justified in a free and democratic society in accordance with s. 1 of the *Charter*.

It has not yet been decided that, in circumstances such as the present ones, a government has a constitutional obligation under s. 2(b) of the *Charter* to provide a particular platform to facilitate the exercise of freedom of expression. The traditional view, in colloquial terms, is that the freedom of expression contained in s. 2(b) prohibits gags, but does not compel the distribution of megaphones. [Emphasis in original.]

Although the traditional conceptualization of freedom of expression has been concerned with government action that interferes with one's ability to convey meaning, L'Heureux-Dubé J. recognized the possibility that in some situations mere governmental complacency is not enough. That is, "true freedom of expression must be broader than simply the right to be free from interference" (p. 1036). At page 1039 of the *Haig* decision, L'Heureux-Dubé J. posits the following:

One must not depart from the context of the purposive approach articulated by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. Under this approach, a situation might arise in which, in order to make a fundamental freedom meaningful, a posture of restraint would not be enough, and positive governmental action might be required. This might, for example, take the form of legislative intervention aimed at preventing certain conditions which muzzle expression, or ensuring public access to certain kinds of information.

C'est selon ces mêmes prémisses fondamentales qui jouent à l'égard du Premier amendement de la Constitution américaine, qu'a été façonnée la jurisprudence portant sur l'al. 2b) de la *Charte* canadienne. Il s'agit d'une jurisprudence qui s'arrête principalement aux tentatives gouvernementales d'imposer des limites au contenu de l'expression. La question traditionnellement soumise aux tribunaux a été la suivante: dans quelle mesure la restriction de la liberté d'expression peut-elle être justifiée? Ce à quoi on a répondu que les particuliers ont le droit de n'être exposés à aucune mesure gouvernementale ayant pour objet ou pour effet de dénier ou de limiter la liberté d'expression, à moins que la restriction ne puisse se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte*.

Il n'existe pas encore de décision établissant que, dans des circonstances comme celles qui se présentent en l'espèce, un gouvernement est constitutionnellement tenu, aux termes de l'al. 2b) de la *Charte*, de fournir une tribune particulière destinée à faciliter l'exercice de la liberté d'expression. Selon le point de vue traditionnel, exprimé dans le langage courant, la garantie de la liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) interdit les bâillons mais n'oblige pas à la distribution de porte-voix. [Souligné dans l'original.]

Bien que la conceptualisation traditionnelle de la liberté d'expression ait concerné une action gouvernementale qui entrave l'aptitude de quelqu'un de communiquer sa pensée, le juge L'Heureux-Dubé a reconnu que la simple passivité du gouvernement pourrait être insuffisante dans certains cas. Autrement dit, «la véritable liberté d'expression ne saurait se ramener au simple droit d'être à l'abri de toute ingérence» (pp. 1036 et 1037). À la page 1039 de l'arrêt *Haig*, le juge L'Heureux-Dubé avance ceci:

On ne doit pas s'éloigner du contexte de l'approche fondée sur l'objet énoncée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Suivant cette approche, il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d'adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s'imposerait peut-être. Celle-ci pourrait, par exemple, revêtir la forme d'une intervention législative destinée à empêcher la manifestation de certaines conditions ayant pour effet de museler l'expression, ou à assurer l'accès du public à certains types de renseignements.

In the proper context, these may perhaps be relevant considerations leading a court to conclude that positive governmental action is required.

However, it was concluded that no positive governmental action was required in order to provide Mr. Haig with a right to vote in the referendum. The *Charter* does not guarantee Canadians a right to vote in a referendum. Furthermore, the referendum actually presented a forum for and encouraged expression. Thus, it could not be said that Mr. Haig's s. 2(b) *Charter* rights were violated.

The conclusions reached in *Haig* have application to the case at bar. Similar to a referendum, the Government of Canada was engaging in a consultative process to secure the public opinion with respect to potential constitutional amendments. To further this goal, a parallel process of consultation was established within the Aboriginal community. It cannot be claimed that NWAC has a constitutional right to receive government funding aimed at promoting participation in the constitutional conferences. The respondents conceded as much in paragraph 91 of their factum as well as in oral argument. Furthermore, the provision of funding and the invitation to participate in constitutional discussions facilitated and enhanced the expression of Aboriginal groups. It did not stifle expression.

However, the respondents rely on *Haig* for the proposition that the Government cannot provide a platform of expression in a discriminatory fashion or in a way which otherwise violates the *Charter*. They state that this result is clearly mandated by s. 28 of the *Charter*. The following passage from the reasons of L'Heureux-Dubé J., at pp. 1041-42, is relied on:

In my view, though a referendum is undoubtedly a platform for expression, s. 2(b) of the *Charter* does not impose upon a government, whether provincial or federal, any positive obligation to consult its citizens through the particular mechanism of a referendum. Nor

Dans le contexte approprié, ces considérations pourraient être pertinentes et amener un tribunal à conclure à la nécessité d'une intervention gouvernementale positive.

^a Toutefois, on a conclu qu'aucune intervention gouvernementale positive n'était requise pour fournir à M. Haig le droit de voter au référendum. La *Charte* ne garantit pas aux Canadiens le droit de voter à un référendum. De plus, le référendum offrait vraiment une tribune pour favoriser et encourager l'expression. On ne pouvait donc pas dire qu'il y avait eu violation des droits que l'al. 2b) de la *Charte* garantissait à M. Haig.

^c Les conclusions tirées dans l'arrêt *Haig* s'appliquent en l'espèce. Tout comme dans un référendum, le gouvernement du Canada recourait à un processus de consultation pour connaître l'opinion du public relativement à d'éventuelles modifications constitutionnelles. Un processus parallèle de consultation a été mis sur pied à cette fin au sein de la communauté autochtone. On ne saurait prétendre que l'AFAC a, en vertu de la Constitution, le droit de recevoir des deniers publics pour promouvoir sa participation aux conférences constitutionnelles. Les intimées ont reconnu cela au paragraphe 91 de leur mémoire ainsi que dans leur plaidoirie orale. En outre, le versement de fonds et l'invitation à participer aux discussions sur la Constitution aidaient les groupes autochtones à s'exprimer et leur donnaient de meilleures possibilités de le faire. Cela n'avait pas pour effet de refréner l'expression d'opinions.

^e Cependant, les intimées invoquent l'arrêt *Haig* pour soutenir que le gouvernement ne peut pas fournir, de façon discriminatoire ou d'une autre manière contraire à la *Charte*, une tribune pour favoriser l'expression. Elles disent que ce résultat s'impose clairement en raison de l'art. 28 de la *Charte*. Elles s'appuient sur le passage suivant des motifs du juge L'Heureux-Dubé, aux pp. 1041 et 1042:

^g À mon avis, bien qu'un référendum soit assurément une tribune pour favoriser l'expression, l'al. 2b) de la *Charte* n'impose à aucun gouvernement, provincial ou fédéral, une obligation positive de consulter les citoyens par le recours à cette méthode particulière qu'est un

does it confer upon all its citizens the right to express their opinions in a referendum. A government is under no constitutional obligation to extend this platform of expression to anyone, let alone to everyone. A referendum as a platform of expression is, in my view, a matter of legislative policy and not of constitutional law.

The following caveat is, however, in order here. *While s. 2(b) of the Charter does not include the right to any particular means of expression, where a government chooses to provide one, it must do so in a fashion that is consistent with the Constitution. The traditional rules of Charter scrutiny continue to apply. Thus, while the government may extend such a benefit to a limited number of persons, it may not do so in a discriminatory fashion, and particularly not on a ground prohibited under s. 15 of the Charter.*

I would add that issues of expression may on occasion be strongly linked to issues of equality. In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, the Court said that s. 15 of the *Charter* is indeed a hybrid of positive and negative protection, and that a government may be required to take positive steps to ensure the equality of people or groups who come within the scope of s. 15. It might well be that, in the context of a particular equality claim, those positive steps may involve the provision of means of expression to certain groups or individuals. However, despite obvious links between various provisions of the *Charter*, I believe that, should such situations arise, it would be preferable to address them within the boundaries of s. 15, without unduly blurring the distinctions between different *Charter* guarantees. [Underlining in original; emphasis in italics added.]

Therefore, *Haig* establishes the principle that generally the government is under no obligation to fund or provide a specific platform of expression to an individual or a group. However, the decision in *Haig* leaves open the possibility that, in certain circumstances, positive governmental action may be required in order to make the freedom of expression meaningful. Furthermore, in some circumstances where the government does provide such a platform, it must not do so in a discriminatory fashion contrary to the *Charter*. It is this last proposition upon which the respondents rely in

référendum. Il ne confère pas, non plus, à l'ensemble des citoyens le droit d'exprimer leur opinion dans le cadre d'un référendum. Le gouvernement n'a aucune obligation constitutionnelle d'offrir cette tribune pour favoriser l'expression à qui que ce soit, et encore moins à tous. Le référendum en tant que tribune pour favoriser l'expression relève, selon moi, de la politique législative et non du droit constitutionnel.

Une réserve s'impose toutefois: *quoique l'al. 2b) de la Charte ne confère aucun droit à un mode particulier d'expression, lorsqu'un gouvernement choisit d'en fournir un, il doit le faire d'une manière conforme à la Constitution. Les règles traditionnelles qui régissent l'examen fondé sur la Charte continuent à s'appliquer. Donc, bien qu'il soit loisible au gouvernement d'accorder un tel avantage à un nombre restreint de personnes, il ne saurait, ce faisant, commettre un acte de discrimination, surtout si cette discrimination se fonde sur un motif prohibé par l'art. 15 de la Charte.*

J'ajouterais que les questions en matière d'expression peuvent, parfois, être intimement liées à celles touchant l'égalité. Dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, la Cour a observé que l'art. 15 de la *Charte* offre bel et bien une protection hybride, c'est-à-dire positive mais aussi négative, et qu'un gouvernement peut se voir obligé de prendre des mesures positives afin d'assurer l'égalité de personnes ou groupes visés à l'art. 15. Il est fort possible, d'ailleurs, que, dans le contexte d'une revendication particulière d'égalité, ces mesures positives puissent comprendre l'obligation de fournir un mode d'expression à certains groupes ou particuliers. Cependant, en dépit des liens évidents entre diverses dispositions de la *Charte*, je crois que, si de telles situations se présentaient, il vaudrait mieux les examiner en fonction du seul art. 15, sans indûment escamoter les distinctions entre différentes garanties énoncées dans la *Charte*. [Souligné dans l'original; italiques ajoutés.]

Par conséquent, l'arrêt *Haig* établit le principe selon lequel le gouvernement n'est pas tenu, en général, de verser des fonds à un individu ou à un groupe, ni de leur fournir une tribune précise pour favoriser l'expression. Toutefois, l'arrêt *Haig* maintient la possibilité que, dans certains cas, une intervention gouvernementale positive soit requise pour donner un sens à la liberté d'expression. De plus, dans certains cas où le gouvernement fournit une telle tribune, il ne doit pas le faire d'une manière discriminatoire contraire à la *Charte*. C'est sur cette dernière proposition et sur l'art. 28

conjunction with s. 28 of the *Charter* to support their position that their rights under s. 2(b) of the *Charter* were violated in that they did not receive an equal platform to express their views.

At this point, I should add that it cannot be said that every time the Government of Canada chooses to fund or consult a certain group, thereby providing a platform upon which to convey certain views, that the Government is also required to fund a group purporting to represent the opposite point of view. Otherwise, the implications of this proposition would be untenable. For example, if the Government chooses to fund a women's organization to study the issue of abortion to assist in drafting proposed legislation, can it be argued that the Government is bound by the Constitution to provide equal funding to a group purporting to represent the rights of fathers? If this was the intended scope of s. 2(b) of the *Charter*, the ramifications on government spending would be far reaching indeed.

Although care must be taken when referring to American authority with respect to the First Amendment, the American version of freedom of expression, I find the comments of O'Connor J. of the United States Supreme Court in *Minnesota State Board for Community Colleges*, *supra*, at p. 285, apposite:

Government makes so many policy decisions affecting so many people that it would likely grind to a halt were policymaking constrained by constitutional requirements on whose voices must be heard. "There must be a limit to individual argument in such matters if government is to go on." [Cite omitted.] Absent statutory restrictions, the State must be free to consult or not to consult whomever it pleases.

And later, at p. 287:

When government makes general policy, it is under no greater constitutional obligation to listen to any specifically affected class than it is to listen to the public at large.

de la *Charte* que les intimées fondent leur point de vue selon lequel il y a eu violation des droits que leur garantit l'al. 2b) de la *Charte* du fait qu'on ne leur a pas offert une tribune équivalente pour exprimer leur opinion.

À ce moment-ci, je dois ajouter qu'on ne saurait dire que, chaque fois que le gouvernement du Canada choisit de financer ou de consulter un certain groupe et lui fournit ainsi une tribune pour faire connaître certaines opinions, il est également tenu de financer un groupe censé représenter le point de vue contraire. Autrement, une telle proposition aurait des répercussions insoutenables. Par exemple, peut-on soutenir que, si le gouvernement choisit de financer un groupe de femmes pour étudier la question de l'avortement en vue d'aider à rédiger un projet de loi, il est tenu, en vertu de la Constitution, d'accorder un financement équivalent à un groupe censé représenter les droits des pères? Si c'était là la portée expresse de l'al. 2b) de la *Charte*, les répercussions sur les dépenses du gouvernement seraient vraiment considérables.

Bien qu'il faille être prudent lorsque l'on se reporte à la doctrine et à la jurisprudence américaines sur le Premier Amendement qui contient la version américaine de la liberté d'expression, je trouve pertinentes les observations du juge O'Connor de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Minnesota State Board for Community Colleges*, précité, à la p. 285:

[TRADUCTION] Le gouvernement prend tellement de décisions de principe qui touchent tellement de personnes que cela risquerait de l'immobiliser si l'établissement de politiques était restreint par des exigences constitutionnelles quant aux personnes qui doivent avoir voix au chapitre. «Il doit y avoir une limite aux interventions des particuliers dans les questions de ce genre si on veut que le gouvernement poursuive ses activités.» [Référence omise.] En l'absence de restrictions légales, l'État doit être libre de consulter qui il veut.

Et elle ajoute, à la p. 287:

[TRADUCTION] Lorsque le gouvernement établit une politique générale, la Constitution ne l'oblige pas à écouter plus que le grand public une catégorie de personnes particulièrement touchées.

With respect to the argument that allowing the participation of one group while not equally permitting the same forum to another group amplifies the former's voice, O'Connor J. remarked as follows (at p. 288):

Amplification of the sort claimed is inherent in government's freedom to choose its advisers. A person's right to speak is not infringed when government simply ignores that person while listening to others.

Therefore, while it may be true that the Government cannot provide a particular means of expression that has the effect of discriminating against a group, it cannot be said that merely by consulting an organization, or organizations, purportedly representing a male or female point of view, the Government must automatically consult groups representing the opposite perspective. It will be rare indeed that the provision of a platform or funding to one or several organizations will have the effect of suppressing another's freedom of speech.

Although it appears that the respondents' arguments relate more closely to an equality argument under s. 15 of the *Charter*, the respondents devoted much of their energy addressing s. 2(b). In either case, regardless of how the arguments are framed, it will be seen that the evidence does not support the conclusions urged by the respondents.

There is no question here of the Government of Canada attempting to suppress NWAC's expression of its point of view with respect to the Constitution. The s. 2(b) argument advanced is dependent on a finding that the funding of and participation by NWAC were essential to provide an equal voice for the rights of women. A corollary to this submission is that the funded groups are not representative of Native women because they advocate a male-dominated aboriginal self-government. This is the submission that was accepted by the Court of Appeal and is the foundation of its judgment. A review of the factual record reveals that there was no evidence to support the contention that the funded groups were less representative of the

Quant à l'argument voulant que permettre la participation d'un certain groupe tout en n'accordant pas la même tribune à un autre groupe, c'est donner une voix amplifiée au premier groupe, le juge O'Connor fait remarquer ceci, à la p. 288:

[TRADUCTION] L'amplification dont on parle est inhérente à la liberté du gouvernement de choisir ses conseillers. Il n'y a pas violation du droit d'une personne de s'exprimer lorsque le gouvernement ne fait qu'ignorer cette personne et en écouter d'autres.

Par conséquent, quoiqu'il puisse être vrai que le gouvernement ne peut pas fournir un mode particulier d'expression qui est discriminatoire à l'égard d'un groupe, on ne peut pas dire que, dès qu'il consulte un ou des organismes censés représenter le point de vue des hommes ou celui des femmes, il doit automatiquement consulter des groupes représentant le point de vue contraire. Il sera extrêmement rare que la tribune ou le financement offerts à un seul ou à plusieurs organismes auront pour effet de supprimer la liberté de parole d'autrui.

Bien qu'il semble que leurs arguments tiennent davantage d'un argument fondé sur les droits à l'égalité garantis à l'art. 15 de la *Charte*, les intimées ont appliqué une grande partie de leur énergie à traiter de l'al. 2b). Dans l'un ou l'autre cas, peu importe la façon dont les arguments sont formulés, on verra que la preuve ne justifie pas les conclusions demandées par les intimées.

Il ne s'agit pas ici d'une tentative, de la part du gouvernement du Canada, d'empêcher l'AFAC d'exprimer son point de vue relativement à la Constitution. L'argument fondé sur l'al. 2b) repose sur la conclusion que le financement et la participation de l'AFAC étaient essentiels pour que les femmes puissent faire valoir leurs droits également. À titre de corollaire à cette allégation, on soutient que les groupes subventionnés ne sont pas représentatifs des femmes autochtones parce qu'ils préconisent une forme de gouvernement autochtone autonome à prédominance masculine. C'est l'argument que la Cour d'appel a retenu et qui est à la base de son jugement. Il ressort de l'examen des faits consignés au dossier qu'aucun élément de

viewpoint of women with respect to the Constitution. Nor was there any evidence with respect to the level of support of NWAC by women as compared to the funded groups. As well, the evidence does not support the contention that the funded groups advocate a male-dominated form of self-government. At this point, a closer examination of the evidence is necessary in order to illustrate my conclusion.

(b) *The Absence of Evidence Supporting a Violation of Section 2(b) of the Charter*

As the contention of the respondents hinges on the fact that the four funded Aboriginal groups represented a male-dominated point of view and did not represent Aboriginal women, it is necessary to explore the background of AFN, NCC, MNC and ITC as well as NWAC, as revealed by the record. This will assist in determining whether NWAC's position is supportable.

NWAC is a non-profit organization incorporated in 1974. It has a board of directors consisting of the National Speaker, four Regional Executive Leaders, four Regional Youth Representatives and thirteen Regional Representatives. The respondent Stacey-Moore deposes in her affidavit that among the objectives of NWAC is to be the national voice for Aboriginal women and address issues concerning Native women. It is the position of NWAC that the retention of the *Charter* to any form of Aboriginal self-government is essential to the interests of Aboriginal women in striving for equality.

NCC was founded in 1972 as a non-profit organization with the object of advancing the rights and interests of Metis, non-status Indians and off-reserve registered Indians throughout Canada. The affidavit of Ron George, president of NCC, states that it is a national organization consisting of organizations in the provinces and terri-

preuve ne venait étayer la prétention que les groupes subventionnés étaient moins représentatifs du point de vue des femmes sur la Constitution. Il n'y avait non plus aucun élément de preuve concernant l'appui que l'AFAC recevait des femmes comparativement aux groupes subventionnés. De même, la preuve ne permet pas de prétendre que les groupes subventionnés préconisent une forme de gouvernement autonome à prédominance masculine. Là, il me faut procéder à un examen plus approfondi de la preuve pour illustrer ma conclusion.

(b) *L'absence d'éléments de preuve établissant la violation de l'al. 2b) de la Charte*

Comme la prétention des intimées repose sur le fait que les quatre groupes autochtones subventionnés représentaient un point de vue à prédominance masculine et ne représentaient pas les femmes autochtones, il est nécessaire d'examiner les antécédents de l'APN, du CNAC, du RNM, de l'ITC ainsi que de l'AFAC qui ressortent du dossier. Cela aidera à déterminer si la position de l'AFAC est défendable.

L'AFAC est un organisme sans but lucratif qui a été constitué en personne morale en 1974. Elle est dirigée par un bureau composé de la conférencière nationale, de quatre dirigeantes régionales, de quatre représentantes régionales des jeunes et de treize représentantes régionales. L'intimée Stacey-Moore déclare, dans son affidavit, que l'AFAC a notamment pour objectif d'être le porte-parole national des femmes autochtones et de traiter les questions qui concernent les femmes autochtones. L'AFAC est d'avis que le maintien de la *Charte* dans toute forme d'autonomie gouvernementale autochtone est essentiel aux intérêts qu'ont les femmes autochtones à s'efforcer d'obtenir l'égalité.

Le CNAC a été fondé en 1972 en tant qu'organisme sans but lucratif ayant pour objectif l'avancement des droits et des intérêts des Métis, des Indiens non inscrits et des Indiens inscrits vivant hors réserve à travers le Canada. L'affidavit de Ron George, président du CNAC, indique qu'il s'agit d'un organisme national composé d'organismes

tories. NCC has participated in the process of constitutional review in order to ensure that the Aboriginal and treaty rights of all Metis and Indians are protected under any proposed amendments. In his affidavit, Ron George further states that NCC participated in the First Minister's discussions between 1985 and 1987 to develop draft constitutional amendments that would ensure sexual equality and "in particular to ensure that Charter equality guarantees would be provided for under laws passed by aboriginal government institutions operating under a proposed new provision". NCC also worked actively to remove discrimination against women contained in the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (formerly R.S.C. 1970, c. I-6). Finally, the president of NCC states that it "has not advocated and does not support any lessening of the rights enjoyed by all Indian and Metis people, male and female, under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*". However, it is the opinion of NCC that under self-government the application of the *Charter* should be a matter left to each Aboriginal nation to decide.

MNC was incorporated in 1985 with the object of determining and expressing the rights and aspirations of the Metis people of Canada as they relate to the Constitution. MNC consists of a federation of provincial and territorial organizations representing the Metis people of those regions. According to Ron Rivard, the Executive Director of MNC, it supports the retention of the *Charter* with respect to Aboriginal self-government. MNC also supported the entrenchment of gender equality between Aboriginal men and women contained in s. 35(4) of the *Constitution Act, 1982*. To the best of Ron Rivard's knowledge, NWAC does not speak for, nor represent the Metis women of Canada.

The president of ITC, Rosemarie Kuptana, took office in 1991. She deposes in her affidavit that

mes provinciaux et territoriaux. Le CNAC a participé au processus de révision de la Constitution afin de s'assurer que les droits ancestraux et issus de traités de tous les Métis et de tous les Indiens soient protégés dans toute proposition de modification. Dans son affidavit, Ron George mentionne également que le CNAC a participé aux discussions des premiers ministres tenues, entre 1985 et 1987, afin de formuler des projets de modification de la Constitution qui garantiraient l'égalité entre les sexes et [TRADUCTION] «notamment, afin de s'assurer que les droits à l'égalité garantis par la Charte seraient prévus dans les lois adoptées par des institutions gouvernementales autochtones qui fonctionneraient en vertu d'une nouvelle disposition projetée». Le CNAC a aussi travaillé activement à l'élimination de la discrimination dont les femmes autochtones étaient victimes dans la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (auparavant S.R.C. 1970, ch. I-6). Enfin, le président du CNAC déclare que l'organisme [TRADUCTION] «n'a préconisé et n'appuie aucune diminution des droits dont jouissent tous les Indiens et tous les Métis, hommes et femmes, en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*». Cependant, le CNAC est d'avis que, dans un régime d'autonomie gouvernementale, l'application de la *Charte* devrait être laissée à la discrétion de chaque nation autochtone.

Le RNM a été constitué en personne morale en 1985 dans le but de déterminer et d'exprimer les droits et aspirations des Métis du Canada en ce qui concerne la Constitution. Le RNM est une fédération d'organismes provinciaux et territoriaux qui représentent les Métis de ces régions. Selon Ron Rivard, directeur général du RNM, cet organisme appuie le maintien de la *Charte* en ce qui concerne l'autonomie gouvernementale autochtone. Le RNM a également appuyé la consécration, au par. 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, du droit à l'égalité des sexes entre les hommes et les femmes autochtones. À sa connaissance, l'AFAC ne parlé pas au nom des Métisses du Canada et ne les représente pas.

La présidente de l'ITC, Rosemarie Kuptana, est entrée en fonction en 1991. Elle déclare, dans son

ITC is a national organization representing Inuit from the Northwest Territories, northern Quebec and Labrador. Furthermore, NWAC does not represent Inuit women, rather they are represented by their own organization called Pauktuutit. She denies that ITC is a male-dominated organization and points to the fact that the Inuit Committee on Constitutional Issues directing the representation of Inuit interests in the constitutional discussions is composed of seven members, three of whom are women. The president of Pauktuutit is a full participating member of the Committee. ITC is willing to consider the implementation of the *Charter* to any future Inuit self-government. The Vice President of Pauktuutit, Martha Greig, deposes that Inuit women will have a full opportunity to express their views on constitutional reform and Inuit self-government through the ITC Committee on Constitutional Issues and with financial assistance provided by ITC.

AFN did not intervene at the Federal Court of Appeal and so there is no evidence from AFN as to its structure or objectives. However, the respondent Stacey-Moore deposes in her affidavit that AFN is comprised of all the Chiefs of Indian Bands in Canada. Of the 633 Member Chiefs, only 60 are women. She also deposes that AFN was strongly opposed to the application of the *Charter* to Aboriginal self-government. AFN denies that it was unalterably opposed to the application of the *Charter* to Native self-governments. Rather, AFN rejected "the undemocratic, non-consensual imposition of the *Charter*, without protection for First Nations' languages, cultures, and traditions". The respondents also allege that AFN did not support their goal of repealing s. 12(1)(b) of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, in order to eliminate the sexual discrimination of that provision. However, the evidence does not support this contention. The *Minutes of Proceedings and Evidence* of the Standing Committee on Indian Affairs and Northern Development, September 20, 1982 (exhibit M to the affidavit of the respondent Stacey-Moore), reveals that AFN favoured the end to all discriminatory aspects of the *Indian Act* and not merely

affidavit, que l'ITC est un organisme national qui représente les Inuit des territoires du Nord-Ouest, du nord du Québec et du Labrador. De plus, l'AFAC ne représente pas les femmes inuit qui sont plutôt représentées par leur propre organisme appelé Pauktuutit. Elle nie que l'ITC soit un organisme à prédominance masculine et signale que le Comité inuit sur les questions constitutionnelles qui dirige la représentation des intérêts des Inuit dans les discussions sur la Constitution est composé de sept membres, dont trois femmes. La présidente de Pauktuutit est membre à part entière du Comité. L'ITC est disposée à examiner l'application de la *Charte* à tout futur gouvernement inuit autonome. La vice-présidente de Pauktuutit, Martha Greig, affirme que les femmes inuit auront pleinement la chance d'exprimer leur point de vue sur la réforme de la Constitution et l'autonomie gouvernementale des Inuit par l'intermédiaire du Comité de l'ITC sur les questions constitutionnelles et grâce à l'aide financière fournie par l'ITC.

L'APN n'est pas intervenue devant la Cour d'appel fédérale et nous ne disposons donc d'aucun élément de preuve émanant de l'APN au sujet de sa structure ou de ses objectifs. Toutefois, l'intimée Stacey-Moore mentionne, dans son affidavit, que l'APN est composée de tous les chefs de bandes indiennes du Canada. Sur les 633 chefs qui en sont membres, seulement 60 sont des femmes. Elle affirme également que l'APN était fermement opposée à l'application de la *Charte* aux gouvernements autochtones autonomes. L'APN nie qu'elle a été inexorablement opposée à l'application de la *Charte* aux gouvernements autochtones autonomes. Au contraire, l'APN rejetait [TRADUCTION] «l'imposition non démocratique et non consensuelle de la *Charte*, sans la protection des langues, des cultures et des traditions des premières nations». Les intimées allèguent également que l'APN n'appuyait pas leur objectif de faire abroger l'al. 12(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6, afin d'éliminer la discrimination fondée sur le sexe qui résulte de cette disposition. Cependant, la preuve n'appuie pas cette prétention. Les *Procès-verbaux et témoignages* du Comité permanent des Affaires indiennes et du développement

those relating to the sexual discrimination found in s. 12(1)(b).

I am in complete agreement with the intervener AFN's submissions that there was no evidence before the Federal Court of Appeal, nor before this Court, that AFN or the other funded groups advocated "male-dominated Aboriginal self-governments". Nor was there any evidence to suggest that AFN, NCC, ITC or MNC were less representative of the viewpoint of women with respect to the Constitution. The main argument of NWAC in this regard is that only they were advocating the inclusion of the *Charter* in any negotiated form of Aboriginal self-government. The evidence clearly discloses that of the four funded groups at least MNC also supported its inclusion. Furthermore, NCC did not oppose application of the *Charter*, rather it desired that each Aboriginal self-government be free to determine the issue for itself. ITC was also willing to consider application of the *Charter*. Thus, it was not exclusively the position of NWAC that the *Charter* be maintained.

Furthermore, in a letter dated March 2, 1992 (exhibit A to the supplementary affidavit of Gail Stacey-Moore), the Minister Responsible for Constitutional Affairs wrote the following:

The national Aboriginal associations do represent both men and women from their communities. I encourage you to work within your communities to ensure your views are heard and represented through those associations.

Thus, in the opinion of the Government of Canada as well, the funded organizations were not perpetuating only a male-dominated point of view. Although this is certainly not determinative, it is indicative that a minister of the Crown who was

du Nord canadien, 20 septembre 1982 (pièce M jointe à l'affidavit de l'intimée Stacey-Moore), révèlent que l'APN favorisait l'abolition de tous les aspects discriminatoires de la *Loi sur les Indiens* et non seulement de ceux ayant trait à la discrimination fondée sur le sexe qui résulte de l'al. 12(1)(b).

Je suis parfaitement d'accord avec les arguments de l'intervenante, l'APN, selon lesquels il n'y avait, ni devant la Cour d'appel fédérale ni devant notre Cour, aucune preuve que l'APN ou les autres groupes subventionnés préconisaient l'établissement de «gouvernements autochtones autonomes à prédominance masculine». Il n'y avait, de plus, aucune preuve permettant de croire que l'APN, le CNAC, l'ITC ou le RNM étaient moins représentatifs du point de vue des femmes sur la Constitution. Le principal argument de l'AFAC à cet égard est qu'elle est le seul organisme à préconiser l'inclusion de la *Charte* dans toute forme négociée d'autonomie gouvernementale autochtone. La preuve révèle clairement que, sur les quatre groupes subventionnés, il y avait au moins le RNM qui appuyait également son inclusion. De plus, le CNAC ne s'opposait pas à l'application de la *Charte*, mais il souhaitait plutôt que chaque gouvernement autochtone autonome soit libre de trancher lui-même la question. L'ITC était également disposée à étudier la question de l'application de la *Charte*. Donc, l'AFAC n'était pas le seul organisme à soutenir qu'il fallait maintenir la *Charte*.

En outre, dans une lettre en date du 2 mars 1992 (pièce A jointe à l'affidavit supplémentaire de Gail Stacey-Moore), le ministre responsable des Affaires constitutionnelles écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] Les associations autochtones nationales représentent effectivement les hommes et les femmes de leurs collectivités. Je vous encourage à travailler au sein de vos collectivités pour vous assurer que vos opinions seront entendues et transmises grâce à ces associations.

Donc, le gouvernement du Canada était lui aussi d'avis que les organismes subventionnés ne perpétuaient pas seulement un point de vue à prédominance masculine. Bien que ce ne soit certainement pas déterminant, cela montre qu'un ministre du

familiar with the position and views advanced by them regarded the four national organizations as *bona fide* representatives of Aboriginal persons.

It is evident from the record that NWAC had the opportunity to express its ideas both directly to the Government as well as through the four Aboriginal representative organizations. The trial judge made the following statement regarding NWAC's participation in the process (at pp. 479-80):

On the facts it is evident that the Native Women's Association of Canada has had and will continue to have many opportunities to express its views, both to the appropriate political authorities, to the public and even to the groups which will participate in the Conference, some at least of whom share the Native Women's Association of Canada's concern respecting the continued application of the Charter to aboriginal people. Undoubtedly the more money placed at their disposal the louder their voice could be heard, but it certainly cannot be said that they are being deprived of the right of freedom of speech in contravention of the Charter.

An example of NWAC's public participation in the process is found in its submissions to the Beaudoin-Dobbie Committee. The 1992 *Report of the Special Joint Committee on a Renewed Canada* (exhibit 2 on cross-examination of Gail Stacey-Moore) made specific reference to the submissions made by NWAC and incorporated into the report NWAC's recommendation that the *Charter* apply to Aboriginal self-government.

The evidence is also indicative of the fact that Aboriginal women, including members of NWAC, did have a direct voice regarding the position of the funded groups with respect to the constitutional discussions. NWAC participated in the parallel process set up by the four national Aboriginal organizations to discuss constitutional reform. For example, the respondent Stacey-Moore and other women secured positions on the Constitutional Working Group of the AFN. The respondent McIvor was the NWAC representative to the AFN Constitutional Commission, while Jane Gottfriedson, President of the British Columbia Native

gouvernement qui était familier avec la position et les opinions avancées par les quatre organismes nationaux les considérait comme des représentants de bonne foi des autochtones.

Il ressort clairement du dossier que l'AFAC a eu la possibilité de faire connaître ses idées tant directement au gouvernement que par l'intermédiaire des quatre organismes représentant les autochtones. Le juge de première instance dit ceci, aux pp. 479 et 480, au sujet de la participation de l'AFAC au processus:

Compte tenu des faits, il est évident que [l'Association des femmes autochtones du Canada] a eu et continuera à avoir de nombreuses occasions de faire connaître son point de vue, tant aux autorités politiques compétentes qu'au public, et même aux groupes qui participeront à la conférence, dont certains du moins partagent la préoccupation de cette association en ce qui concerne le maintien de l'application de la Charte aux peuples autochtones. Sans aucun doute, plus on mettra d'argent à la disposition de ce groupe, plus il élèvera la voix, mais on ne peut certainement pas dire qu'il est privé de la liberté de parole en violation de la Charte.

Les observations présentées par l'AFAC au comité Beaudoin-Dobbie constituent un exemple de sa participation publique au processus. Le *Rapport du comité mixte spécial sur le renouvellement du Canada* de 1992 (pièce 2 du contre-interrogatoire de Gail Stacey-Moore) mentionnait précisément les observations de l'AFAC et incorporait la recommandation de l'AFAC concernant l'application de la *Charte* aux gouvernements autochtones autonomes.

La preuve montre également que les femmes autochtones, y compris les membres de l'AFAC, avaient directement voix au chapitre quant à la position des groupes subventionnés en ce qui concernait les discussions sur la Constitution. L'AFAC a participé au processus parallèle mis sur pied par les quatre organismes autochtones nationaux pour discuter de la réforme constitutionnelle. Par exemple, l'intimée Stacey-Moore et d'autres femmes ont obtenu des places au sein du groupe de travail de l'APN sur la Constitution. L'intimée McIvor était la représentante de l'AFAC à la Commission de l'APN sur la Constitution, tandis que

Women's Society (affiliated with NWAC) was appointed to the NCC Constitutional Commission. As well, on March 13, 14 and 15, 1992, an Aboriginal Conference on the Constitution was held in Ottawa. After a sustained effort, NWAC secured eight official seats and four observers out of a total of 184 delegates.

Furthermore, NWAC also received some of the Government funding under the Contribution Agreements, as all four groups were required to direct a portion of the funds received specifically to address women's issues. AFN and NCC each supplied \$130,000 to NWAC. ITC contributed \$170,000 to its women's organization, Pauktuutit, for research and other work related to constitutional affairs and more funding was expected. Pauktuutit, as the representative of Inuit women, was actively involved in the constitutional process.

Rather than illustrate that the funded groups advocated male-dominated Aboriginal self-government, the evidence discloses that the four funded groups made efforts to include the viewpoint of women. As well, there was no evidence to suggest that NWAC enjoyed any higher level of support amongst Aboriginal women as compared to the funded Aboriginal groups.

(c) *Conclusions on Sections 2(b) and 28 of the Charter*

The freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* does not guarantee any particular means of expression or place a positive obligation upon the Government to consult anyone. The right to a particular platform or means of expression was clearly rejected by this Court in *Haig*. The respondents had many opportunities to express their views through the four Aboriginal groups as well as directly to the Government, for example, through the Beaudoin-Dobbie Commission. NWAC even took the opportunity to express its concerns directly to the Minister Responsible for

Jane Gottfriedson, présidente de la British Columbia Native Women's Society (affiliée à l'AFAC) a été nommée à la Commission du CNAC sur la Constitution. De plus, les 13, 14 et 15 mars 1992, une conférence autochtone sur la Constitution a eu lieu à Ottawa. Grâce à des efforts soutenus, l'AFAC a obtenu huit sièges officiels et quatre postes d'observateur sur un total de 184 délégués.

En outre, l'AFAC a également eu droit à une partie des deniers publics versés aux termes des accords de contribution, étant donné que les quatre groupes étaient tenus de consacrer une partie des fonds reçus spécialement aux questions concernant les femmes. L'APN et le CNAC ont fourni chacun 130 000 \$ à l'AFAC. L'ITC a versé 170 000 \$ à son organisme féminin, Pauktuutit, pour des recherches et autres travaux relatifs aux affaires constitutionnelles, et d'autres fonds étaient attendus. Ce dernier organisme, à titre de représentant des femmes inuit, a participé activement au processus constitutionnel.

Plutôt que de montrer que les quatre groupes subventionnés préconisaient l'établissement de gouvernements autochtones autonomes à prédominance masculine, la preuve révèle que ces groupes se sont efforcés d'inclure le point de vue des femmes. De même, il n'y avait aucune preuve que les femmes autochtones appuyaient davantage l'AFAC que les groupes autochtones subventionnés.

c) *Les conclusions sur l'al. 2b) et l'art. 28 de la Charte*

La liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* ne garantit aucun mode précis d'expression ou n'impose au gouvernement aucune obligation positive de consulter quiconque. Notre Cour a, dans l'arrêt *Haig*, clairement rejeté le droit à une tribune précise ou à un mode précis d'expression. Les intimées ont eu de nombreuses occasions de faire connaître leur point de vue par l'intermédiaire des quatre groupes autochtones ainsi que directement au gouvernement, par exemple, grâce au comité Beaudoin-Dobbie. L'AFAC a même profité de l'occasion pour faire part de ses préoc-

Constitutional Affairs and received a response, albeit one that did not satisfy NWAC.

Even assuming that in certain extreme circumstances, the provision of a platform of expression to one group may infringe the expression of another and thereby require the Government to provide an equal opportunity for the expression of that group, there was no evidence in this case to suggest that the funding or consultation of the four Aboriginal groups infringed the respondents' equal right of freedom of expression. The four Aboriginal groups invited to discuss possible constitutional amendments are all *bona fide* national representatives of Aboriginal people in Canada and, based on the facts in this case, there was no requirement under s. 2(b) of the *Charter* to also extend an invitation and funding directly to the respondents.

Although I would hope that it is evident from these reasons, I wish to stress that nothing stated in them is intended to detract in any way from any contention by or on behalf of Aboriginal women that they face racial and sexual discrimination which impose serious hurdles to their equality.

(3) Section 15(1) of the *Charter*: Equality Rights

It seems that the respondents' contentions regarding ss. 2(b) and 28 of the *Charter* are better characterized as a s. 15 *Charter* argument. As L'Heureux-Dubé J. stated in *Haig, supra*, the allegations that a platform of expression has been provided on a discriminatory basis are preferably dealt with under s. 15.

The respondents contend that the refusal to fund NWAC and invite them to be equal participants at the round of constitutional discussions violated their rights under s. 15(1) of the *Charter* due to the under-inclusive nature of the Government's decision. Again relying on *Haig* in their factum, the

cupations directement au ministre responsable des Affaires constitutionnelles et a reçu une réponse, quoique non satisfaisante pour elle.

Même en supposant que, dans certaines circonstances extrêmes, le fait d'offrir à un certain groupe une tribune pour favoriser l'expression puisse porter atteinte à la liberté d'expression d'un autre groupe et imposer, en conséquence, au gouvernement l'obligation de fournir à cet autre groupe une chance équivalente de s'exprimer, il n'y avait, en l'espèce, aucune preuve que le financement ou la consultation des quatre groupes autochtones violait le droit des intimées à une liberté égale d'expression. Les quatre groupes autochtones invités à discuter de modifications constitutionnelles éventuelles étaient tous des représentants nationaux de bonne foi des autochtones du Canada et, d'après les faits de la présente affaire, il n'y avait aucune obligation, en vertu de l'al. 2b) de la *Charte*, de lancer également une invitation aux intimées et de les financer directement.

Même si j'espère que cela ressort clairement des présents motifs, je tiens à souligner que rien de ce qui y est déclaré ne vise à diminuer de quelque façon toute prétention par les femmes autochtones, ou pour leur compte, qu'elles sont victimes d'une discrimination fondée sur la race et le sexe qui fait grandement obstacle à leur égalité.

(3) Le paragraphe 15(1) de la *Charte*: les droits à l'égalité

Il semble que les prétentions des intimées relativement à l'al. 2b) et à l'art. 28 de la *Charte* tiennent davantage d'un argument fondé sur l'art. 15 de la *Charte*. Comme l'a dit le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Haig*, précité, les allégations voulant qu'on ait fourni de façon discriminatoire une tribune pour favoriser l'expression concernent plutôt l'art. 15.

Les intimées soutiennent que le refus de financer l'AFAC et de l'inviter à participer également aux discussions constitutionnelles violait les droits que lui garantissait le par. 15(1) de la *Charte* en raison de la nature trop limitative de la décision du gouvernement. Invoquant de nouveau l'arrêt *Haig*

respondents submit that an equality claim may involve the provision of means of expression to certain groups or individuals.

I have concluded that the arguments of the respondents with respect to s. 15 must also fail. The lack of an evidentiary basis for the arguments with respect to ss. 2(b) and 28 is equally applicable to any arguments advanced under s. 15(1) of the *Charter* in this case. I agree with the Court of Appeal that s. 15(1) is of no assistance to the respondents.

(4) Section 35 of the Constitution Act, 1982: Existing Aboriginal and Treaty Rights

I also agree with the conclusions of the Court of Appeal with respect to the inapplicability of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* to the present case. The right of the Aboriginal people of Canada to participate in constitutional discussions does not derive from any existing Aboriginal or treaty right protected under s. 35. Therefore, s. 35(4) of the *Constitution Act, 1982*, which guarantees Aboriginal and treaty rights referred to in s. 35(1) equally to male and female persons, is of no assistance to the respondents.

VI. Disposition

I respectfully disagree with the conclusion of the Federal Court of Appeal that the failure to provide funding to the respondents and invite them as equal participants in the constitutional discussions violated their rights under ss. 2(b) and 28 of the *Charter*.

I am, however, in agreement with the Federal Court of Appeal that s. 15(1) of the *Charter* and s. 35 of the *Constitution Act, 1982* have no application in this case.

Therefore, I would allow the appeal, set aside the declaration made by the Federal Court of Appeal and restore the judgment of Walsh D.J.

dans leur mémoire, les intimées soutiennent que la revendication des droits à l'égalité peut mettre en jeu l'obligation de fournir un mode d'expression à certains groupes ou individus.

Je suis arrivé à la conclusion qu'il faut aussi rejeter les arguments des intimées en ce qui concerne l'art. 15. En l'espèce, il n'y a pas davantage de preuve à l'appui des arguments fondés sur le par. 15(1) de la *Charte* qu'il n'en existe à l'égard de ceux fondés sur l'al. 2b) et l'art. 28. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le par. 15(1) n'est d'aucun secours aux intimées.

(4) L'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982: les droits existants — ancestraux et issus de traités — des autochtones

Je souscris également aux conclusions de la Cour d'appel quant à l'inapplicabilité de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* à la présente affaire. Le droit des peuples autochtones du Canada de participer aux discussions sur la Constitution ne découle d'aucun droit existant — ancestral ou issu de traités — protégé par l'art. 35. Par conséquent, le par. 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui garantit également aux personnes des deux sexes les droits existants — ancestraux et issus de traités — visés au par. 35(1), n'est d'aucun secours aux intimées.

VI. Dispositif

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle l'omission de verser des fonds aux intimées et de les inviter à participer également aux discussions sur la Constitution violait les droits que leur garantissaient l'al. 2b) et l'art. 28 de la *Charte*.

Je suis toutefois d'accord avec la Cour d'appel fédérale pour dire que le par. 15(1) de la *Charte* et l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne s'appliquent pas en l'espèce.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement déclaratoire prononcé par la Cour d'appel fédérale et de rétablir le jugement du

with costs to the appellant both here and in the Court of Appeal if demanded.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case concerns the freedom of expression and the right to equality guaranteed by ss. 2(b) and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and further raises the issue of whether these provisions impose upon the state a positive obligation to fund and offer a voice to a specific organization deemed to hold pro-*Charter* views with respect to Aboriginal self-government. More particularly, this Court is being asked whether the free expression of conflicting views, i.e., those of the Native Women's Association of Canada and opposing ones of other organizations, must be equally promoted by the state.

Although I am in general agreement with my colleague Sopinka J.'s reasons as well as with the result he reaches, I feel that since he relies in great part on *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, his interpretation of this case mandates some comments on my part.

Haig stands for the following proposition (at p. 1041):

While s. 2(b) of the *Charter* does not include the right to any particular means of expression, where a government chooses to provide one, it must do so in a fashion that is consistent with the Constitution. The traditional rules of *Charter* scrutiny continue to apply. Thus, while the government may extend such a benefit to a limited number of persons, it may not do so in a discriminatory fashion, and particularly not on a ground prohibited under s. 15 of the *Charter*. [Emphasis added.]

Consequently, I cannot agree with my colleague when he states that *Haig* "establishes the principle that generally the government is under no obligation to fund or provide a specific platform of

juge Walsh, avec dépens en faveur de l'appelante tant devant notre Cour que devant la Cour d'appel, s'ils sont demandés.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi a trait à la liberté d'expression et au droit à l'égalité que consacrent l'al. 2b) et l'art. 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et soulève la question de savoir si, aux termes de ces dispositions, l'État est tenu à une obligation positive de subventionner et d'offrir un droit de parole à un organisme dont les vues privilégient l'application de la *Charte* en matière d'autonomie gouvernementale autochtone. Plus particulièrement, la question qui nous est soumise est de savoir si l'État doit promouvoir de manière égale la libre expression de vues contradictoires, c'est-à-dire les vues de l'Association des femmes autochtones du Canada et les vues contraires que soutiennent d'autres organismes.

Bien que je sois d'accord, de façon générale, tant avec les motifs de mon collègue le juge Sopinka qu'avec le résultat auquel il en arrive, je crois devoir faire les commentaires suivants compte tenu de l'importance qu'accorde mon collègue à l'affaire *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995.

Le principe suivant est énoncé dans l'affaire *Haig* (à la p. 1041):

... quoique l'al. 2b) de la *Charte* ne confère aucun droit à un mode particulier d'expression, lorsqu'un gouvernement choisit d'en fournir un, il doit le faire d'une manière conforme à la Constitution. Les règles traditionnelles qui régissent l'examen fondé sur la *Charte* continuent à s'appliquer. Donc, bien qu'il soit loisible au gouvernement d'accorder un tel avantage à un nombre restreint de personnes, il ne saurait, ce faisant, commettre un acte de discrimination, surtout si cette discrimination se fonde sur un motif prohibé par l'art. 15 de la *Charte*. [Je souligne.]

En conséquence, je ne peux être d'accord avec mon collègue lorsqu'il déclare que l'affaire *Haig* «établit le principe selon lequel le gouvernement n'est pas tenu, en général, de verser des fonds à un

expression to an individual or a group" (p. 655). In my view, *Haig* rather stands for the proposition that the government in that particular case was under no constitutional obligation to provide for the right to a referendum under s. 2(b) of the *Charter*, but that if and when the government does decide to provide a specific platform of expression, it must do so in a manner consistent with the *Charter*.

This Court has always fostered a broad approach to the interpretation of s. 2(b) of the *Charter*, freedom of expression being an important aspect of the healthy functioning of the democratic process (see, *inter alia*: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927). *Haig* is consistent with this approach in that it underlines the possible consequences of disparate financing of viewpoints and the importance of promoting a variety of views. It is also recognised in *Haig*, at p. 1037, "that a philosophy of non-interference may not in all circumstances guarantee the optimal functioning of the marketplace of ideas" (emphasis added).

The approach in *Haig* is one that in fact affords significant relevance to circumstances, and this is why I am of the view that in certain ones, funding or consultation may be mandated by the Constitution by virtue of the fact that when the government does decide to facilitate the expression of views, it must do so in a manner that is mindful of the *Charter*. In this respect, one must note that the circumstances in which the government may be held to a positive obligation in terms of providing a specific platform of expression invariably depend on the nature of the evidence presented by the parties.

In the present case, the evidence demonstrates that the complainant organization was not prevented from expressing its views, albeit not in the way it would have desired. I would therefore agree that on its facts, this case does not give rise to a positive obligation analogous to the type referred to in *Haig* since not providing the complainant organization with the funding and constitutional

individu ou à un groupe, ni de leur fournir une tribune précise pour favoriser l'expression» (p. 655). À mon sens, l'affaire *Haig* énonce plutôt que, dans le contexte particulier de cette affaire, le gouvernement n'était pas constitutionnellement tenu, aux termes de l'al. 2b) de la *Charte*, d'accorder le droit à un référendum mais que, lorsqu'il s'engage effectivement à fournir une tribune spécifique, il doit le faire d'une manière qui soit conforme à la *Charte*.

Notre Cour a toujours interprété l'al. 2b) de la *Charte* de façon large et libérale, la liberté d'expression étant une composante importante du bon fonctionnement du processus démocratique (voir, notamment, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927). L'affaire *Haig* s'inscrit dans cette veine en ce sens qu'on y souligne les conséquences possibles d'un financement disparate de vues et l'importance de promouvoir une diversité d'opinions. Il est aussi précisé, à la p. 1037 de l'affaire *Haig*, que «la philosophie de non-ingérence ne permettra peut-être pas, dans tous les cas, d'assurer le fonctionnement optimal du libre échange des idées» (je souligne).

L'approche adoptée dans l'affaire *Haig* en est une qui accorde une importance accrue aux faits, et c'est pour cette raison que je suis d'avis que, dans certaines circonstances, il est possible que le financement ou la consultation puissent être exigés par la Constitution étant donné que, lorsque le gouvernement s'engage effectivement à faciliter l'expression de vues, il doit le faire d'une manière qui soit respectueuse de la *Charte*. À cet égard, il faut souligner que les situations factuelles dans lesquelles le gouvernement peut être tenu à une obligation positive de fournir une tribune spécifique sont forcément tributaires de la nature de la preuve présentée par les parties.

Dans la présente affaire, la preuve démontre que l'organisme alléguant une violation de la *Charte* n'a pas été empêché d'exprimer ses vues, bien qu'il n'ait pas eu l'occasion de le faire de la façon souhaitée. Je suis donc d'accord pour conclure qu'à la lumière des faits, cette affaire ne donne pas lieu à une obligation positive analogue à celle dont il est question dans l'affaire *Haig*, car le fait de ne

voice requested did not amount to a breach of its freedom of expression. However, I cannot resist reiterating that pursuant to *Haig*, had the government extended such a platform of expression to other organizations in a manner that had had the effect of violating the complainant organization's freedom of expression, this would most definitely have amounted to a breach of s. 2(b) of the *Charter*. In other words, the outcome of the present case should in no way be interpreted as limiting the proposition for which *Haig* stands for.

In the result, I would allow the appeal.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — I would allow the appeal on the ground that the freedom of governments to choose and fund their advisors on matters of policy is not constrained by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In this respect I would adopt the statements of O'Connor J. in *Minnesota State Board for Community Colleges v. Knight*, 465 U.S. 271 (1984), cited by Sopinka J. in his reasons for judgment. I would distinguish the policy consultations at issue in this case from a formal electoral vote of the type at issue in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995. I find it unnecessary to determine whether the evidence was capable of demonstrating a violation of the Native Women's Association of Canada's rights under s. 2(b) or s. 15 of the *Charter*.

I would dispose of the appeal as proposed by Sopinka J.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for the intervener the Inuit Tapirisat of Canada: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

pas avoir fourni le financement et le droit de parole constitutionnel demandés à l'organisme en question n'a pas porté atteinte à sa liberté d'expression. Ceci dit, je ne peux m'empêcher de réitérer que si le gouvernement avait fourni une telle tribune à d'autres organismes d'une manière qui aurait eu pour effet de porter atteinte à la liberté d'expression de l'organisme en question, il y aurait sans conteste eu, conformément à l'affaire *Haig*, violation de l'al. 2b) de la *Charte*. En d'autres termes, l'issue ici ne doit d'aucune façon être interprétée comme une limite au principe posé par l'affaire *Haig*.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — J'accueillerais le pourvoi pour le motif que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne restreint pas la liberté des gouvernements de choisir et de financer leurs conseillers sur des questions de politique générale. À cet égard, j'adopterais les propos du juge O'Connor dans l'affaire *Minnesota State Board for Community Colleges c. Knight*, 465 U.S. 271 (1984), que le juge Sopinka cite dans ses motifs de jugement. J'établirais une distinction entre les consultations de principe ici en cause et le genre de vote électoral officiel dont il était question dans l'arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995. Je juge inutile de déterminer si la preuve était susceptible d'établir l'existence d'une violation des droits garantis à l'Association des femmes autochtones du Canada par l'al. 2b) ou l'art. 15 de la *Charte*.

Je statuerai sur le pourvoi de la manière proposée par le juge Sopinka.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs des intimées: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Inuit Tapirisat du Canada: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

*Solicitors for the intervener the Assembly of
First Nations: Scott & Ayles, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des
premières nations: Scott & Ayles, Ottawa.*

Lori Ann Willick *Appellant*

Lori Ann Willick *Appelante*

v.

c.

Bryan Douglas Albert Willick *Respondent*

a

Bryan Douglas Albert Willick *Intimé*

INDEXED AS: WILLICK v. WILLICK

RÉPERTORIÉ: WILLICK c. WILLICK

File No.: 23141.

b

N° du greffe: 23141.

1994: March 16; 1994: October 27.

1994: 16 mars; 1994: 27 octobre.

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

c

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

d

Family law — Divorce — Support — Variation — Parties entering into separation agreement later incorporated into divorce judgment — Appellant subsequently applying to vary amount of child support — Extent to which court bound by original support order — Whether conditions for granting variation order met — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 17(4).

e

Droit de la famille — Divorce — Pension alimentaire — Modification — Convention de séparation conclue par les parties incorporée dans le jugement de divorce — Demande de modification de la pension alimentaire payable aux enfants — Dans quelle mesure le tribunal est-il lié par l'ordonnance alimentaire initiale? — Les conditions de délivrance d'une ordonnance modificative sont-elles remplies? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 17(4).

f

The parties entered into a separation agreement in July 1989 pursuant to which the respondent, an airline pilot, agreed to pay the appellant \$450 per month for each of their two children and \$700 per month spousal support, subject to a 3 percent annual increase. The respondent was earning approximately \$40,000 a year at the time, while the appellant's only income consisted of support payments and family allowance. By October 1989 the appellant was aware that the respondent's income had increased to approximately \$5,000 a month, plus a monthly housing allowance of about \$4,600. In November 1989 a divorce judgment was granted incorporating the support provisions of the separation agreement. Two years later the appellant applied for an order increasing the amount of child support. By then the respondent's gross income totalled over \$154,000 a year. The chambers judge granted the application, increasing the child support order to \$850 per month per child. The Court of Appeal allowed the respondent's

g

h

i

j

Les parties ont conclu une convention de séparation en juillet 1989 aux termes de laquelle l'intimé, pilote de ligne, acceptait de verser à l'appelante 450 \$ par mois pour chacun des deux enfants et 700 \$ par mois pour elle-même, ces paiements étant assujettis à une hausse annuelle de 3 p. 100. L'intimé gagnait environ 40 000 \$ par année à l'époque, alors que les seuls revenus de l'appelante étaient les paiements alimentaires et les allocations familiales. En octobre 1989, l'appelante savait que le revenu de l'intimé avait augmenté à environ 5 000 \$ par mois, auquel s'ajoutait une allocation de logement d'environ 4 600 \$ par mois. En novembre 1989, un jugement de divorce a été prononcé, incluant les termes de la convention de séparation relatifs aux paiements alimentaires. Deux ans plus tard, l'appelante demandait la majoration de la pension alimentaire payable aux enfants. Le revenu brut de l'intimé était alors de plus de 154 000 \$ par année. Le juge en chambre a accueilli la requête et ordonné que la pension alimentaire des enfants soit portée à 850 \$ par mois par enfant. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimé, estimant

appeal, holding that the conditions for a variation order under s. 17(4) of the *Divorce Act* had not been met.

Held: The appeal should be allowed.

Per La Forest, Sopinka, Cory and Iacobucci JJ.: While the court is not bound by the terms of a separation agreement in exercising its jurisdiction to award support under the *Divorce Act*, as against the parties the agreement operates as strong evidence that at the time each accepted its terms as adequately providing for the needs of the children. Furthermore, where the agreement is embodied in the divorce judgment, it must be assumed that the court's duty to satisfy itself that reasonable arrangements have been made for the support of any children of the marriage has been carried out and that at the date of the judgment it accurately assessed the needs of the children having regard to the means of the parents.

A previous support order can be varied under s. 17(4), which, interpreted in the context of the *Divorce Act*, its predecessors and the principles in the cases and without the necessity of reference to extraneous materials, clearly reveals Parliament's intention. There must be a material change of circumstances, that is, a change that, if known at the time, would likely have resulted in different terms. If the matter which is relied on as constituting a change was known at the relevant time it thus cannot be relied on as the basis for variation. An order for child maintenance may be varied when the relationship between the needs of the children having regard to the means of the parents changes in a material way. There can be a material change in the relation of these two factors if one of them undergoes a significant change because the relationship between them is altered. Variation of child support orders under s. 17(4) may be based on either a change in the child's circumstances or a change in the circumstances of one or both of the former spouses. In this way, the child is sheltered as much as possible from the consequences of divorce since escalating needs are provided for and the child may benefit from any improvement in the lifestyle of one or both of the parents. This interpretation is also fair to payor spouses, who may use s. 17(4) to protect themselves against a drop in income which prevents them from maintaining the existing level of support payments,

que les conditions d'une ordonnance modificative en vertu du par. 17(4) de la *Loi sur le divorce* n'avaient pas été remplies.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, Sopinka, Cory et Iacobucci: Bien que le tribunal, dans l'exercice de sa compétence en matière d'aliments en vertu de la *Loi sur le divorce*, ne soit pas lié par les termes d'une convention de séparation, entre les parties, la convention constitue une forte preuve qu'à l'époque les parties en ont accepté les modalités comme pourvoyant adéquatement aux besoins des enfants. De plus, dans le cas où la convention est incorporée dans le jugement de divorce, il faut présumer que le tribunal s'est acquitté de l'obligation de s'assurer que des arrangements raisonnables ont été conclus pour les aliments des enfants à charge et qu'à la date où il a été rendu, le jugement représentait une évaluation exacte des besoins des enfants eu égard aux ressources des parents.

Une ordonnance alimentaire antérieure peut être modifiée en vertu du par. 17(4), qui interprété dans le contexte de la *Loi sur le divorce*, les lois antérieures et les principes établis par la jurisprudence, sans qu'il soit nécessaire de se référer à des éléments extrinsèques, révèle clairement l'intention du Parlement. Il faut un changement important dans la situation, c'est-à-dire un changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes. Si l'élément qu'on présente comme un changement était connu à l'époque pertinente, il ne pourra être invoqué comme fondement d'une modification. Une ordonnance alimentaire au profit d'un enfant peut être modifiée lorsque la relation entre les besoins des enfants eu égard aux ressources des parents change de façon importante. Il peut y avoir un changement important dans la relation entre ces deux facteurs du fait que cette relation est modifiée si l'un d'eux subit un changement appréciable. En vertu du par. 17(4), la modification des ordonnances alimentaires au profit des enfants peut découler soit d'un changement dans la situation de l'enfant, soit d'un changement dans la situation des ex-conjoints ou de l'un d'eux. Ainsi on protège autant que possible l'enfant des conséquences du divorce en prévoyant la croissance de ses besoins et en lui permettant de bénéficier de l'amélioration du mode de vie de ses parents ou de l'un d'eux. De plus, cette interprétation est

even in circumstances where the needs of the children have not changed.

Having found that the conditions for variation exist, the trial judge should proceed to determine what variation should be made. The trial judge must re-assess the needs of the children in light of the change. The needs of children are not assessed in a vacuum but are affected by the standard set by the means of the parents. The reasonable expectations of the children for future support upon marriage break-up are not frozen as of the date of the break-up. A substantial increase in the means of the payor parent may thus require that the needs of the child include benefits that previously were not available, although there is a limit to the extent to which the reasonable expectations of children to increased support payments can continue by reason of increases in the wealth of the payor spouse. If the children are already being maintained at a very high standard a change, even a substantial change in the wealth of the payor spouse, will not in itself entitle the children to increased support so as to permit them to live in luxury. Here the trial judge did not err in her interpretation of s. 17(4), nor was there any other error or misapprehension of the evidence, and her judgment should accordingly be restored.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The interpretation and application of family law, especially the law of support, require sensitivity to the social realities experienced by those most affected. Under s. 15(8) of the *Divorce Act*, the objective of a child support order is to recognize the former spouses' joint financial obligation to the children and to apportion that obligation between them according to their relative abilities to contribute to such support. Under the *Paras* formula, a court calculates the appropriate quantum of child support by, firstly, arriving at a sum which would be adequate to care for, support and educate the children and, secondly, dividing this sum in proportion to the respective incomes and resources of the parents. The formula should not be applied rigidly, however: the court should deduct from each party's total income a sum needed to achieve subsistence, in order to arrive at a more realistic assessment of the respective incomes available for child support. It has also generally been acknowledged that children's needs ought to be given priority over those of parents when determining support. Since the real costs

équitable à l'endroit des conjoints débiteurs qui peuvent invoquer le par. 17(4) pour se protéger contre une baisse de revenu les empêchant de maintenir le niveau existant de paiements alimentaires, même dans le cas où les besoins des enfants n'ont pas changé.

Ayant constaté l'existence des conditions préalables à la modification, le juge de première instance doit déterminer la modification requise et il doit réévaluer les besoins des enfants compte tenu du changement. Les besoins des enfants ne sont pas appréciés dans l'abstrait, ils sont fonction de la norme établie par les ressources des parents. L'attente raisonnable des enfants après la rupture du mariage n'est pas figée à la date de la rupture du mariage. Par conséquent, une augmentation appréciable des ressources du parent débiteur pourrait obliger à inclure dans les besoins de l'enfant des avantages auxquels il n'avait pas accès auparavant mais il y a une limite à la mesure dans laquelle les attentes raisonnables des enfants quant à l'augmentation des paiements alimentaires peuvent suivre l'accroissement de la richesse de l'époux débiteur. Si les paiements que les enfants reçoivent sont déjà très élevés, un changement, même important, dans la richesse du conjoint débiteur ne leur confèrera pas en soi le droit à une hausse leur permettant de vivre dans le luxe. En l'espèce, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur dans son interprétation du par. 17(4), et il n'y avait aucune autre erreur ou méprise dans son appréciation de la preuve; en conséquence, son jugement devrait être rétabli.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: L'interprétation et l'application du droit de la famille, particulièrement en matière d'aliments, requièrent une sensibilité aux réalités sociales auxquelles sont confrontées les personnes les plus touchées. Aux termes du par. 15(8) de la *Loi sur le divorce*, l'ordonnance alimentaire vise à tenir compte de l'obligation financière commune des ex-époux envers leurs enfants et à répartir cette obligation entre eux en proportion de leurs ressources. Suivant la formule *Paras*, le tribunal calcule le montant approprié de la pension de l'enfant, premièrement, en fixant la somme qui permettrait d'assurer adéquatement les soins et l'éducation des enfants, puis, deuxièmement, en divisant cette somme proportionnellement aux ressources et aux revenus respectifs des parents. Cependant, cette formule ne devrait pas être appliquée de façon rigide: le tribunal devrait déduire du revenu total de chaque partie la somme nécessaire à la subsistance afin d'arriver à une appréciation plus réaliste de la part des revenus respectifs pouvant être consacrée à l'entretien des enfants. Il est aussi généralement reconnu

associated with bringing up children may not be recognized in many cases, a contextual and broad-based approach to both original and variation child support orders, which considers the many factors that guide the determination of child support, is necessary. Judicial notice was taken of the significant levels of child poverty in single parent families and of courts' failure to contemplate hidden costs in their calculation of child support awards.

The financial burden of divorce should not be borne primarily by children and their custodial parents. Children's needs cannot be reduced to a bare minimum so that the non-custodial parent can enjoy a significantly more comfortable lifestyle. Current child support calculations bear little relationship to the actual costs of raising children. Children's non-financial needs continue beyond the dissolution of the marriage and these needs may not be fully reflected by a mere calculation of the direct costs incurred. For the purposes of calculating child support, the total cost of caring for the children in any given instance is the sum of the direct and hidden costs established by the parties before the court, including reasonable access costs. This sum represents an estimate of the children's total needs. The next step is to ascertain the reasonableness of these needs in light of the means of the parents. The costs of fulfilling these needs are then allocated between the parents in accordance with their relative ability, having regard to those costs already assumed by each parent and having regard to each parent's subsistence level needs as well as to the income tax implications of the order. Because the division of costs between the spouses begins with the proposition that the financial obligation of raising the children is jointly shared, and because the non-custodial spouse will generally incur fewer hidden costs than the custodial spouse, the non-custodial spouse will generally assume a greater percentage of the direct costs than would otherwise be the case if hidden costs had been ignored.

Courts are not bound by the agreements of the parties as regards child support. Such agreements can rarely accurately foresee the future and the way in which the circumstances of the parties and their children may evolve and change over the years. The variation of a

qu'aux fins de la fixation de la prestation alimentaire, il faut donner priorité aux besoins des enfants sur ceux des parents. Puisqu'il se peut que le coût réel de l'entretien des enfants ne soit pas reconnu dans de nombreux cas, il convient de procéder à une vaste analyse contextuelle, tant de l'ordonnance alimentaire initiale que de l'ordonnance modificative, qui tiennent compte des nombreux facteurs qui régissent la détermination des aliments destinés aux enfants. Connaissance d'office est prise du fort taux de pauvreté chez les enfants de familles monoparentales et de l'omission des tribunaux de tenir compte des coûts cachés dans le calcul des aliments destinés aux enfants.

Ce n'est pas sur les enfants et les parents qui en ont la garde que devrait reposer principalement le fardeau financier du divorce. Les besoins des enfants ne sauraient être réduits à un strict minimum afin que le parent n'ayant pas la garde puisse jouir d'un mode de vie sensiblement plus aisé. Le calcul du montant de la pension a peu de rapport avec le coût réel de l'éducation des enfants. Les besoins non financiers des enfants continuent à exister après la dissolution du mariage et un simple calcul des coûts directs n'en tient pas pleinement compte. Aux fins du calcul des aliments destinés aux enfants, le coût total lié au soin des enfants dans un cas donné est la somme des coûts directs et des coûts cachés que les parties établissent devant le tribunal, y compris les coûts raisonnables liés au droit de visite. Cette somme représente en fait une estimation des besoins totaux des enfants. L'étape suivante consiste à apprécier le caractère raisonnable de ces besoins eu égard aux ressources des parents. Les coûts correspondants à ces besoins sont ensuite répartis entre les parents en proportion de leurs ressources respectives, compte tenu des coûts déjà assumés par chaque parent et de leurs besoins respectifs de subsistance ainsi que de l'incidence fiscale de l'ordonnance. Étant donné que le partage des coûts entre conjoints découle du principe que l'obligation financière d'entretenir les enfants est commune, et que le conjoint qui n'a pas la garde encourra généralement moins de coûts cachés que le parent gardien, le parent non gardien assumera conséquemment un plus grand pourcentage des coûts directs qu'il ne l'aurait fait s'il n'avait été tenu aucun compte des coûts cachés.

Les tribunaux ne sont pas liés par la convention des parties lorsqu'il s'agit des aliments des enfants. Ces conventions peuvent rarement prévoir l'avenir avec exactitude et la façon dont la situation des parties et de leurs enfants évoluera avec le temps. La modification

support order, be it spousal or child support, is governed by s. 17(4) of the *Divorce Act*, which requires that a court be satisfied "that there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse or of any child of the marriage". One such change is sufficient to trigger a variation order. The second part of the threshold test, namely the sufficiency of the alleged change in circumstances, should more easily be satisfied in cases where the needs of the children are being inadequately or minimally satisfied and where a variation would, on the whole, improve their situation. Given that child support is the right of the child, the argument that a particular change in circumstances had been contemplated at the time of the original support order must be viewed as only a narrow exception to s. 17(4). Once a sufficient change that will justify variation has been identified, the court must next determine the extent to which it will reconsider the circumstances underlying, and the basis for, the support order itself. While a variation hearing is neither an appeal nor a trial *de novo*, where the alleged change or changes are of such a nature or magnitude as to make the original order irrelevant or no longer appropriate, then an assessment of the entirety of the present circumstances of the parties and the children which recognizes the interrelationship between the many factors to be considered is in order. Section 17(8), under which a child support variation order should apportion the support obligation between the former spouses according to their relative abilities to contribute, expands on the preliminary analysis under s. 17(4) and requires that the variation of child support not occur in a vacuum without regard to the present needs of the children and the means of the parties at the time of variation. Accordingly, once it has been determined that the original or any subsequent order meets the test for variation, the circumstances of the parties and their children may be reviewed in order to establish realistically the overall impact of the change on the quantum of the new order. Regardless of the fact that child support is deemed reasonable at the time it was ordered, variation must be approached from the perspective that arrangements may only have been reasonable to the extent of the means and other circumstances of the parties at the time. Where those circumstances, means and needs have changed so as to render the original order irrelevant or inappropriate, an application for variation of child support should assess the needs of the children in light of the present circumstances of both the parents and the children. While children are not, by reason of income alone, entitled to whatever luxuries they desire, they have a right to benefit from the better lifestyles of their parents as the circumstances permit. A court may take

d'une ordonnance alimentaire en faveur du conjoint ou des enfants est assujettie au par. 17(4) de la *Loi sur le divorce* qui demande au tribunal de s'assurer «qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'un ou l'autre des ex-époux ou de tout enfant à charge». Un quelconque des changements énumérés suffit. Le second volet du critère préliminaire, la suffisance du changement allégué dans la situation, devrait être plus facilement rempli dans les cas où il est satisfait inadéquatement ou de façon minimale aux besoins des enfants et où, dans l'ensemble, une modification améliorerait leur situation. Étant donné que les aliments sont un droit de l'enfant, l'argument selon lequel un changement de situation avait été envisagé au moment de l'ordonnance initiale doit être considéré comme une exception restreinte au par. 17(4). Une fois établie l'existence d'un changement suffisant pour justifier la modification, le tribunal doit déterminer la mesure dans laquelle il va réexaminer les circonstances et le fondement de l'ordonnance alimentaire elle-même. Bien que l'instance en modification ne soit ni un appel ni un procès *de novo*, il y a lieu, lorsque le ou les changements allégués sont d'une nature ou d'une ampleur telle qu'ils rendent l'ordonnance initiale non pertinente ou périmée, de procéder à une évaluation de l'ensemble de la situation présente des parties et des enfants, qui tienne compte de la corrélation entre les nombreux facteurs à considérer. Le paragraphe 17(8), qui dispose que l'ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire rendue au profit d'un enfant à charge vise à répartir cette obligation entre les ex-époux en proportion de leurs ressources, élargit l'analyse préliminaire du par. 17(4) et exige que la modification de la pension de l'enfant n'intervienne pas dans l'abstrait, sans égard à ses besoins et aux ressources des parties à ce moment. Par conséquent, une fois établi que l'ordonnance initiale ou toute ordonnance subséquente satisfait aux conditions de modification, la situation des parties et de leurs enfants peut être réexaminée pour établir de façon réaliste l'effet global du changement sur le montant de la nouvelle ordonnance. Indépendamment du fait que les aliments des enfants sont réputés raisonnables au moment où ils sont octroyés, la modification doit être examinée en considérant que les arrangements pouvaient n'être raisonnables qu'eu égard aux ressources et à la situation générale des parties au moment où ils ont été conclus. Lorsque cette situation, ces ressources et ces besoins changent au point de rendre l'ordonnance initiale non pertinente ou inappropriée, une requête en modification des besoins des enfants devrait être appréciée eu égard à la nouvelle situation des parents et des enfants. Les enfants n'ont pas, du fait du revenu seulement, droit à tout le luxe

judicial notice of the fact that it costs more to support children as they grow older. When this fact becomes compounded by the effect of inflation, it may constitute a sufficient change.

The threshold test to justify variation has clearly been met in this case. Both the respondent's income and the children's needs increased, although a change in either of them would have sufficed, and the change in the respondent's income was significant. Once this condition was fulfilled, the chambers judge was entitled to re-examine those circumstances affected by the change in the means of the payor and the needs of the children and, given the nature and magnitude of the changes, could have looked anew at the present circumstances of the parties and the children. Since the chambers judge made no error in principle and considered all evidence, took into account all relevant factors, and awarded an amount well within the range of awards in similar circumstances, the Court of Appeal was not entitled to intervene and substitute its own view of the evidence.

Cases Cited

By Sopinka J.

Approved: *Dickson v. Dickson* (1987), 11 R.F.L. (3d) 337; **referred to:** *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Thomson v. Thomson* (1988), 69 Sask. R. 62; *Langelier (Anwender) v. Anwender* (1991), 32 R.F.L. (3d) 135; *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Lanteigne v. Lanteigne* (1988), 91 N.B.R. (2d) 275; *Moosa v. Moosa* (1990), 26 R.F.L. (3d) 107; *R. v. Tapaquon*, [1993] 4 S.C.R. 535; *Friesen v. Friesen* (1985), 48 R.F.L. (2d) 137; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130; *McKinney v. Polston*, [1992] B.C.J. No. 1422 (QL); *Snelgrove-Fowler v. Fowler*, [1993] A.J. No. 232 (QL); *Bucher v. Bucher* (1990), 67 Man. R. (2d) 233; *Goncalves v. Goncalves* (1986), 49 R.F.L. (2d) 376; *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Levesque v. Levesque* (1994), 4 R.F.L. (4th) 375; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v.*

qu'ils désirent, mais ils sont en droit de bénéficier de l'amélioration du mode de vie de leurs parents si les circonstances le permettent. Le tribunal peut prendre connaissance d'office du fait que le coût de l'entretien des enfants s'accroît à mesure qu'ils grandissent. Lorsque ce fait se combine à l'effet de l'inflation, cela peut constituer un changement suffisant.

Il est clair que le critère préliminaire à la modification a été rempli en l'espèce. Il y a eu à la fois augmentation du revenu de l'intimé et des besoins des enfants, bien qu'un seul de ces changements eût suffi, et le changement survenu dans le revenu de l'intimé était important. Une fois cette condition remplie, le juge en chambre était habilité à réexaminer les circonstances touchées par le changement survenu dans les ressources du débiteur et les besoins des enfants et, vu la nature de l'ampleur de ces changements, pouvait examiner à nouveau la situation présente des parties et des enfants. Étant donné que le juge en chambre n'a commis aucune erreur de principe, a examiné l'ensemble de la preuve, tenu compte de tous les facteurs pertinents et octroyé une somme correspondant aux divers montants accordés dans des circonstances similaires, la Cour d'appel n'était pas justifiée d'intervenir et de substituer sa propre opinion sur la preuve.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt approuvé: *Dickson c. Dickson* (1987), 11 R.F.L. (3d) 337; **arrêts mentionnés:** *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Thomson c. Thomson* (1988), 69 Sask. R. 62; *Langelier (Anwender) c. Anwender* (1991), 32 R.F.L. (3d) 135; *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Lanteigne c. Lanteigne* (1988), 91 R.N.-B. 2^e 275; *Moosa c. Moosa* (1990), 26 R.F.L. (3d) 107; *R. c. Tapaquon*, [1993] 4 R.C.S. 535; *Friesen c. Friesen* (1985), 48 R.F.L. (2d) 137; *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130; *McKinney c. Polston*, [1992] B.C.J. No. 1422 (QL); *Snelgrove-Fowler c. Fowler*, [1993] A.J. No. 232 (QL); *Bucher c. Bucher* (1990), 67 Man. R. (2d) 233; *Goncalves c. Goncalves* (1986), 49 R.F.L. (2d) 376; *Harrington c. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150.

Citée par le juge l'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Levesque c. Levesque* (1994), 4 R.F.L. (4th) 375; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713;

- Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *R. v. Rowbotham*, [1994] 2 S.C.R. 463; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Marzetti v. Marzetti*, [1994] 2 S.C.R. 765; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130; *Murray v. Murray* (1991), 35 R.F.L. (3d) 449; *Stunt v. Stunt* (1990), 30 R.F.L. (3d) 353; *King v. King* (1990), 25 R.F.L. (3d) 338; *Northcut v. Ruppel* (1989), 21 R.F.L. (3d) 195; *Mitchell v. Mitchell* (1988), 18 R.F.L. (3d) 206; *Oakley v. Oakley* (1990), 260 A.P.R. 266; *Conroy v. Conroy* (1977), 1 R.F.L. (2d) 193; *Menage v. Hedges* (1987), 8 R.F.L. (3d) 225; *Syvitski v. Syvitski* (1988), 86 N.S.R. (2d) 248; *Thibaudeau v. M.N.R.*, [1994] 2 F.C. 189; *Brockie v. Brockie* (1987), 46 Man. R. (2d) 33; *Smith v. Smith* (1986), 4 R.F.L. (3d) 210; *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892; *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857; *Masters v. Masters*, [1994] 1 S.C.R. 883; *Goncalves v. Goncalves* (1986), 49 R.F.L. (2d) 376; *Guemili v. Guemili* (1989), 19 R.F.L. (3d) 347; *Chelmick v. Chelmick (Cochlan)* (1992), 41 R.F.L. (3d) 117; *Kitson v. Kitson* (1986), 1 R.F.L. (3d) 103; *Dickson v. Dickson* (1987), 11 R.F.L. (3d) 337; *Robertson v. Robertson* (1989), 23 R.F.L. (3d) 188; *Gaudet v. Gaudet* (1988), 15 R.F.L. (3d) 65; *Michel v. Michel* (1988), 18 R.F.L. (3d) 182; *Vervoorst v. Vervoorst* (1991), 37 R.F.L. (3d) 178; *Gillis v. Gillis* (1994), 3 R.F.L. (4th) 128; *Ryan v. Ryan* (1992), 114 N.S.R. (2d) 255; *James v. James* (1992), 41 R.F.L. (3d) 70; *Marshall v. Marshall* (1992), 43 R.F.L. (3d) 303; *Taplin v. Laurie* (1992), 41 R.F.L. (3d) 197; *House v. Tunney (House)* (1991), 35 R.F.L. (3d) 68; *Crowfoot v. Crowfoot* (1992), 38 R.F.L. (3d) 354; *Weaver v. Tate* (1989), 24 R.F.L. (3d) 266 (Ont. H.C.), add'l reasons at (1990), 24 R.F.L. (3d) 372, aff'd (1990), 28 R.F.L. (3d) 188 (Ont. C.A.); *Mallen v. Mallen* (1988), 13 R.F.L. (3d) 54; *Cheng v. Cheng* (1988), 13 R.F.L. (3d) 140; *Monaghan v. Monaghan* (1988), 14 R.F.L. (3d) 308; *Heinemann v. Heinemann* (1988), 86 R. c. *Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Downey* [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *R. c. Rowbotham*, [1994] 2 R.C.S. 463; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Marzetti c. Marzetti*, [1994] 2 R.C.S. 765; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130; *Murray c. Murray* (1991), 35 R.F.L. (3d) 449; *Stunt c. Stunt* (1990), 30 R.F.L. (3d) 353; *King c. King* (1990), 25 R.F.L. (3d) 338; *Northcut c. Ruppel* (1989), 21 R.F.L. (3d) 195; *Mitchell c. Mitchell* (1988), 18 R.F.L. (3d) 206; *Oakley c. Oakley* (1990), 260 A.P.R. 266; *Conroy c. Conroy* (1977), 1 R.F.L. (2d) 193; *Menage c. Hedges* (1987), 8 R.F.L. (3d) 225; *Syvitski c. Syvitski* (1988), 86 N.S.R. (2d) 248; *Thibaudeau c. M.R.N.*, [1994] 2 C.F. 189; *Brockie c. Brockie* (1987), 46 Man. R. (2d) 33; *Smith c. Smith* (1986), 4 R.F.L. (3d) 210; *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892; *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857; *Masters c. Masters*, [1994] 1 R.C.S. 883; *Goncalves c. Goncalves* (1986), 49 R.F.L. (2d) 376; *Guemili c. Guemili* (1989), 19 R.F.L. (3d) 347; *Chelmick c. Chelmick (Cochlan)* (1992), 41 R.F.L. (3d) 117; *Kitson c. Kitson* (1986), 1 R.F.L. (3d) 103; *Dickson c. Dickson* (1987), 11 R.F.L. (3d) 337; *Robertson c. Robertson* (1989), 23 R.F.L. (3d) 188; *Gaudet c. Gaudet* (1988), 15 R.F.L. (3d) 65; *Michel c. Michel* (1988), 18 R.F.L. (3d) 182; *Vervoorst c. Vervoorst* (1991), 37 R.F.L. (3d) 178; *Gillis c. Gillis* (1994), 3 R.F.L. (4th) 128; *Ryan c. Ryan* (1992), 114 N.S.R. (2d) 255; *James c. James* (1992), 41 R.F.L. (3d) 70; *Marshall c. Marshall* (1992), 43 R.F.L. (3d) 303; *Taplin c. Laurie* (1992), 41 R.F.L. (3d) 197; *House c. Tunney (House)* (1991), 35 R.F.L. (3d) 68; *Crowfoot c. Crowfoot* (1992), 38 R.F.L. (3d) 354; *Weaver c. Tate* (1989), 24 R.F.L. (3d) 266 (H.C. Ont.), motifs add. à (1990), 24 R.F.L. (3d) 372, conf. par (1990), 28 R.F.L. (3d) 188 (C.A. Ont.); *Mallen c. Mallen* (1988), 13 R.F.L. (3d) 54; *Cheng c. Cheng* (1988), 13 R.F.L. (3d) 140; *Monaghan c. Monaghan* (1988), 14 R.F.L. (3d) 308

N.S.R. (2d) 278 (T.D.), aff'd (1989), 20 R.F.L. (3d) 236 (C.A.); *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150; *Re Wilbur and Wilbur* (1983), 147 D.L.R. (3d) 69; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656.

Statutes and Regulations Cited

Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, c. C-42, s. 8.
Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 11(2).
Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 11(1)(b), 15, 17, 21(5).
Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act, 1983, S.S. 1983, c. R-4.1.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 29(3) [ad. SOR/93-488, s. 2].

Authors Cited

Abella, Rosalie S. "Economic Adjustment on Marriage Breakdown: Support" (1981), 4 *Fam. L. Rev.* 1.
 Canada. Department of Justice. *Divorce Law in Canada: Proposals for Change*. Ottawa: Department of Justice, 1984.
 Canada. Department of Justice. Bureau of Review. *Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation*. Ottawa: Department of Justice, 1990.
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
 Durnford, John W., and Stephen J. Toope. "Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation" (1994), 42:1 *Can. Tax J.* 1.
 Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee. *The Financial Implications of Child Support Guidelines: Research Report*. Ottawa: The Committee, 1992.
 Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee. *Child Support: Public Discussion Paper*. Ottawa: The Committee, 1991.
 Grassby, Miriam. "Women in their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support" (1991), 30 R.F.L. (3d) 369.
 La Novara, Pina. *A Portrait of Families in Canada*. Ottawa: Statistics Canada, 1993.
 McLeod, James G. Annotation on *Silverman v. Silverman* (1987), 7 R.F.L. (3d) 292.
 McKie, D. C., B. Prentice and P. Reed. *Divorce: Law and the Family in Canada*. Ottawa: Statistics Canada, 1983.

308; *Heinemann c. Heinemann* (1988), 86 N.S.R. (2d) 278 (1^{re} inst.), conf. par (1989), 20 R.F.L. (3d) 236 (C.A.); *Harrington c. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150; *Re Wilbur and Wilbur* (1983), 147 D.L.R. (3d) 69; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656.

b Lois et règlements cités

Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, ch. C-42, art. 8.
Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, ch. D-8, art. 11(2).
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 11(1)(b), 15, 17, 21(5).
Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act, 1983, S.S. 1983, ch. R-4.1.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, r. 29(3) [aj. DORS/93-488, art. 2].

d Doctrine citée

Abella, Rosalie S. «Economic Adjustment on Marriage Breakdown: Support» (1981), 4 *Fam. L. Rev.* 1.
 Canada. Ministère de la Justice. *Propositions de réforme du droit du divorce au Canada*. Ottawa: Ministère de la Justice, 1984.
 Canada. Ministère de la Justice. Bureau de l'examen. *Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation*. Ottawa: Ministère de la Justice, 1990.
 Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille. *Les incidences économiques des règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants*. Ottawa: Le Comité, 1992.
 Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille. *Pensions alimentaires pour enfants, Document de travail public*. Ottawa: Le Comité, 1991.
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
 Durnford, John W., and Stephen J. Toope. «Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation» (1994), 42:1 *Rev. fisc. can.* 1.
 Grassby, Miriam. «Women in their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support» (1991), 30 R.F.L. (3d) 369.
 La Novara, Pina. *Un portrait des familles au Canada*. Ottawa: Statistique Canada, 1993.
 McLeod, James G. Annotation on *Silverman v. Silverman* (1987), 7 R.F.L. (3d) 292.
 McKie, D. C., B. Prentice et P. Reed. *Divorce: la loi et la famille au Canada*. Ottawa: Statistique Canada, 1983.

- Monahan, John, and Laurens Walker. "Judicial Use of Social Science Research" (1991), 15 *Law & Hum. Behav.* 571.
- Monahan, John, and Laurens Walker. "Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law" (1986), 134 *U. Pa. L. Rev.* 477. ^a
- Neave, Marcia. "Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of 'The Role of Private Ordering in Family Law'" (1994), 44 *U.T.L.J.* 97.
- Pask, Diane E. "Gender Bias and Child Support: Sharing the Poverty" (1993), 10 *C.F.L.Q.* 33. ^b
- Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Perry, Gail S., and Gary B. Melton. "Precedential Value of Judicial Notice of Social Facts: *Parham* as an Example" (1983-84), 22 *J. Fam. L.* 633. ^c
- Rogerson, Carol J. "Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part II)" (1991), 7 *C.F.L.Q.* 271.
- Rogerson, Carol J. "Winning the Battle, Losing the War: The Plight of the Custodial Mother After Judgment". In M. E. Hughes and E. D. Pask, eds., *National Themes in Family Law*. Carswell: Toronto, 1988. ^d
- Walker, Laurens, and John Monahan. "Social Frameworks: A New Use of Social Science in Law" (1987), 73 *Va. L. Rev.* 559. ^e
- Zweibel, E. B. "Child Support Guidelines: An Ineffective and Potentially Gender-Biased Response to Child Support Issues". In *Feminist Analysis II: Family Law: Voodoo Economics for Women*. 1993 Institute of Continuing Legal Education. Canadian Bar Association — Ontario, 1993. ^f
- APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1992), 100 Sask. R. 211, 18 W.A.C. 211, 41 R.F.L. (3d) 107, reversing a judgment of the Unified Family Court (1992), 98 Sask. R. 239, granting an application for variation. Appeal allowed. ^g
- Donna Wilson and Gary Bainbridge*, for the appellant. ^h
- Deryk J. Kendall and F. Neil Turcotte*, for the respondent. ⁱ
- The judgment of La Forest, Sopinka, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by ^j
- Monahan, John, and Laurens Walker. «Judicial Use of Social Science Research» (1991), 15 *Law & Hum. Behav.* 571.
- Monahan, John, and Laurens Walker. «Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law» (1986), 134 *U. Pa. L. Rev.* 477.
- Neave, Marcia. «Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of «The Role of Private Ordering in Family Law»» (1994), 44 *U.T.L.J.* 97.
- Pask, Diane E. «Gender Bias and Child Support: Sharing the Poverty» (1993), 10 *C.F.L.Q.* 33.
- Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Perry, Gail S., and Gary B. Melton. «Precedential Value of Judicial Notice of Social Facts: *Parham* as an Example» (1983-84), 22 *J. Fam. L.* 633.
- Rogerson, Carol J. «Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part II)» (1991), 7 *C.F.L.Q.* 271.
- Rogerson, Carol J. «Winning the Battle, Losing the War: The Plight of the Custodial Mother After Judgment». In M. E. Hughes and E. D. Pask, eds., *National Themes in Family Law*. Carswell: Toronto, 1988.
- Walker, Laurens, and John Monahan. «Social Frameworks: A New Use of Social Science in Law» (1987), 73 *Va. L. Rev.* 559.
- Zweibel, E. B. «Child Support Guidelines: An Ineffective and Potentially Gender-Biased Response to Child Support Issues». In *Feminist Analysis II: Family Law: Voodoo Economics for Women*. 1993 Institute of Continuing Legal Education. Canadian Bar Association — Ontario, 1993.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1992), 100 Sask. R. 211, 18 W.A.C. 211, 41 R.F.L. (3d) 107, qui a infirmé une décision de la Cour unifiée de la famille (1992), 98 Sask. R. 239, qui avait accueilli une requête en modification. Pourvoi accueilli.
- Donna Wilson et Gary Bainbridge*, pour l'appellante.
- Deryk J. Kendall et F. Neil Turcotte*, pour l'intimé.
- Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Cory et Iacobucci rendu par

SOPINKA J. — In this appeal, the Court is asked to determine the proper interpretation of s. 17(4) of the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.). A subsidiary question to be dealt with regards the extent of the powers of the Court, under the *Divorce Act*, to vary child support which has been agreed to by the parties in a separation agreement and which has subsequently been incorporated into the decree *nisi*. I have had the advantage of reading the reasons of my colleague Justice L'Heureux-Dubé and I agree with her conclusion. I am able, however, to arrive at the same result on the basis of the rules of statutory construction without resort to extensive extrinsic materials.

I do not disagree with my colleague that a contextual approach to the interpretation of the statutory provisions is appropriate. Indeed, I have applied this approach in my reasons. In the context of the *Divorce Act*, its predecessor and principles set out in the cases, I have been able to conclude that the intention of Parliament is clear. Given the narrow focus of this case, it does not in my opinion require an examination of the broad policy grounds to which my colleague refers. Following that course would require us to resolve the thorny question of the use of extraneous materials such as studies, opinions and reports and whether it is appropriate to take judicial notice of them and what notice to counsel, if any, is required. We would also have to consider the extent to which our approach is different in a case such as this from a constitutional case in which wider latitude is allowed. No constitutional issue arises in this case. No attack was made on the section and neither party relied on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as an interpretative tool. In any event, I have serious reservations about the use of the *Charter* as an interpretative tool where the other rules of construction make the intention of the legislature plain. Use of the *Charter* in this manner means that the clear intention of Parliament is blunted by confining it within *Charter* values without resort to s. 1. If this approach is legitimate, resort to s. 1 of the *Charter* would be unnecessary. The legislature's intention would be

LE JUGE SOPINKA — Dans ce pourvoi, la Cour doit décider de l'interprétation qu'il convient de donner au par. 17(4) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.). De façon subsidiaire, elle doit se prononcer sur l'étendue du pouvoir de la Cour, en vertu de la *Loi sur le divorce*, de modifier la pension alimentaire que les parties sont convenues d'accorder aux enfants dans une convention de séparation et qui a par la suite été incorporée dans le jugement conditionnel de divorce. J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé et je souscris à sa conclusion. J'arrive toutefois au même résultat en me fondant sur les règles d'interprétation des lois, sans recourir à une abondante preuve extrinsèque.

Je ne suis pas en désaccord avec ma collègue quant à l'opportunité d'une approche contextuelle de l'interprétation des dispositions de la loi. J'ai d'ailleurs adopté cette approche dans mes motifs. Dans le contexte de la *Loi sur le divorce*, de la loi qui l'a précédée et des principes dégagés dans la jurisprudence, j'ai pu conclure que l'intention du législateur est claire. Vu le champ restreint de la présente affaire, il n'est pas nécessaire à mon avis d'examiner les larges questions de principe que ma collègue mentionne. Cette approche nous obligerait à résoudre la question épineuse de l'utilisation d'éléments extrinsèques tels des études, des opinions et des rapports et la question de savoir s'il y a lieu d'en prendre connaissance d'office et dans quelle mesure les avocats doivent être avisés. Nous serions aussi obligés de déterminer dans quelle mesure notre façon d'aborder ces questions est différente dans un cas comme l'espèce et dans une affaire constitutionnelle où la latitude est plus grande. Aucune question constitutionnelle n'a été soulevée en l'espèce. La disposition n'a pas été attaquée et aucune des parties n'a invoqué la *Charte canadienne des droits et libertés* comme outil d'interprétation. Quoi qu'il en soit, j'ai d'importantes réserves quant à l'utilisation de la *Charte* comme outil d'interprétation dans le cas où les autres règles d'interprétation font clairement ressortir l'intention du législateur. Une telle utilisation de la *Charte* conduit à atténuer l'intention manifeste du législateur en la restreignant aux

headed off by a benign interpretation. The result would be to prevent the legislature from exercising the full extent of its powers as permitted by s. 1. See *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at pp. 751-52, *per Iacobucci J.* for the majority.

Facts

The parties were married on August 25, 1979, separated on March 1, 1989 and entered into an interspousal agreement on July 28, 1989. Under the terms of that agreement, the respondent, Bryan Willick, agreed to pay to the appellant, Lori Ann Willick, \$450 per month for each of their two children and \$700 per month spousal support. Child support payments were to continue so long as the two children were "children" within the meaning of the *Divorce Act*. Spousal support payments were to continue for three years following the birth of their youngest child plus an additional 26 months to allow the appellant to undergo a retraining program. All payments were subject to an annual increase of 3 percent on September 1 of each year, with the first increase taking effect on September 1, 1990. All support payments were to be tax-free in the hands of the appellant and were not to be tax deductible by the respondent for so long as the respondent maintained his non-Canadian residency. The respondent was required to maintain a scholarship fund for the children and a life insurance policy of \$150,000, naming the appellant and the children as beneficiaries. Renewal discussions with respect to the agreement were to take place in October 1993, at the latest.

At the time of entering into the interspousal agreement, in July 1989, the appellant had no source of income outside of the support payments and family allowance payments. The respondent, an airline pilot, was earning approximately \$40,000 per year. By October 30, 1989, the appel-

valeurs qui sont consacrées dans la *Charte*, sans recours à l'article premier. Si cette démarche était légitime, le recours à l'article premier serait inutile. L'intention du législateur serait déformée par une interprétation anodine. Le résultat serait d'empêcher le législateur d'exercer pleinement ses pouvoirs comme le lui permet l'article premier. Voir l'arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, aux pp. 751 et 752, le juge Iacobucci au nom de la majorité.

Les faits

Mariées le 25 août 1979 et séparées le 1^{er} mars 1989, les parties ont conclu une convention entre époux le 28 juillet 1989. Aux termes de cette convention, l'intimé, Bryan Willick, acceptait de verser à l'appelante, Lori Ann Willick, 450 \$ par mois pour chacun de leurs deux enfants et 700 \$ par mois pour elle-même. Le paiement des aliments pour les enfants devait se poursuivre aussi longtemps que ceux-ci demeureraient des «enfants» au sens de la *Loi sur le divorce*. La pension de l'épouse devait être versée pendant trois ans suivant la naissance de l'enfant le plus jeune et pendant une période additionnelle de 26 mois devant permettre à l'appelante de suivre un programme de recyclage. Tous les paiements étaient assujettis à une hausse annuelle de 3 p. 100 le 1^{er} septembre de chaque année, la première hausse devant prendre effet le 1^{er} septembre 1990. Tous les paiements alimentaires devaient être versés à l'appelante en franchise d'impôt et ne devaient pas faire l'objet d'une déduction fiscale par l'intimé tant que celui-ci conserverait son statut de non-résident du Canada. L'intimé était également tenu de maintenir un fonds de bourses d'études pour les enfants ainsi qu'une police d'assurance-vie de 150 000 \$ dont l'appelante et les enfants seraient désignés bénéficiaires. Le renouvellement de la convention devait être discuté en octobre 1993 au plus tard.

À l'époque où a été conclue la convention entre époux, en juillet 1989, l'appelante n'avait d'autres sources de revenus que les paiements alimentaires et les allocations familiales. L'intimé, pilote de ligne, gagnait environ 40 000 \$ par année. Au 30 octobre 1989, l'appelante savait que le revenu de

lant was aware that the respondent's income had increased to approximately \$5,000 per month, subject to a 15.5 percent withholding tax, plus a housing allowance of about \$4,600 per month. The appellant also swore in an affidavit that the spousal and child support payments provided for in the interspousal agreement, totalling \$1,600 per month, were sufficient to cover her expenses and the expenses of the two children. No evidence as to the expenses of the respondent at that time was provided.

On November 8, 1989, Carter J. of the Unified Family Court for Saskatchewan granted a judgment of divorce which included, *inter alia*, the terms of the interspousal contract, except for the provisions relating to tax status, the scholarship fund and the insurance policy. Approximately two years later, on October 7, 1991, the appellant commenced an application, pursuant to the *Divorce Act* and the *Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act, 1983*, S.S. 1983, c. R-4.1, to increase the child support payable under the terms of the divorce judgment, on the basis that the children's needs had become too great a financial burden on her and the respondent had experienced a significant increase in earnings.

At the time of the application for variation, the appellant's gross monthly income was \$2,088, including \$325 earned through part-time employment, \$66 in family allowance payments and child and spousal support payments of \$1,697. Her monthly expenses were \$3,597, with \$1,903.50 apportioned to the children. The gross monthly income of the respondent at the time of the variation application was \$8,569.52, plus a \$4,212.91 housing allowance. Apart from standard deductions from his earnings, plus the expense of maintaining leased premises in Hong Kong, the respondent's expenses at the time of the variation application, including child and spousal support payments, totalled \$5,083.80. His net income (take-home pay) was pegged at \$5,390.72.

Based on the affidavit evidence, Carter J. issued a fiat increasing the child support order from \$450

l'intimé avait augmenté à environ 5 000 \$ par mois, sous réserve d'une retenue d'impôt de 15,5 p. 100, auquel venait s'ajouter une allocation de logement d'environ 4 600 \$ par mois. L'appelante a également déclaré sous serment dans un affidavit que les aliments prévus pour elle et les enfants dans la convention entre époux, soit un total de 1 600 \$ par mois, étaient suffisants pour couvrir ses dépenses et celles des deux enfants. Aucune preuve n'a été produite quant aux dépenses de l'intimé à cette époque.

Le 8 novembre 1989, le juge Carter de la Cour unifiée de la famille de la Saskatchewan a prononcé un jugement de divorce qui incluait notamment les termes de la convention entre époux à l'exception des dispositions relatives au statut fiscal, au fonds de bourses d'études et à la police d'assurance. Deux ans plus tard environ, soit le 7 octobre 1991, l'appelante présentait une requête en vertu de la *Loi sur le divorce* et de la *Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act, 1983*, S.S. 1983, ch. R-4.1, en vue de faire majorer la pension alimentaire payable aux enfants aux termes du jugement de divorce, pour les motifs qu'elle n'était plus en mesure d'assumer la charge financière que représentaient les besoins des enfants et que l'intimé avait vu ses revenus augmenter de façon importante.

Au moment de la requête en modification, le revenu mensuel brut de l'appelante était de 2 088 \$, soit 325 \$ tirés d'un emploi à temps partiel, 66 \$ en versements d'allocations familiales et 1 697 \$ de pension alimentaire pour elle et les enfants. Ses dépenses mensuelles s'élevaient à 3 597 \$, dont 1 903,50 \$ pour les enfants. Au même moment, le revenu mensuel brut de l'intimé était de 8 569,52 \$, plus 4 212,91 \$ d'allocation de logement. Mis à part les déductions courantes de son revenu et la location d'un logement à Hong-Kong, les dépenses de l'intimé au moment de la requête en modification, y compris les paiements alimentaires à son ex-épouse et aux enfants, s'élevaient au total à 5 083,80 \$. Son revenu net était évalué à 5 390,72 \$.

Sur la foi de la preuve par affidavit, le juge Carter a ordonné que la pension alimentaire des

per month per child to \$850 per month per child: (1992), 98 Sask. R. 239. The respondent's appeal from that decision was allowed by the Saskatchewan Court of Appeal on May 12, 1992: (1992), 100 Sask. R. 211, 18 W.A.C. 211, 41 R.F.L. (3d) 107. The appellant now appeals that decision to this Court.

Judgments Below

Unified Family Court (1992), 98 Sask. R. 239

In the affidavits filed in relation to the application for variation, the appellant swore that at the time of negotiating the interspousal agreement, the respondent was earning \$40,000 per year. The respondent attested that the interspousal agreement was made based on a mutual expectation of the parties that he would soon be earning in excess of \$75,000 per year. The appellant denied that the negotiations were premised on this expectation.

Carter J. found that at the time of negotiating the interspousal agreement the respondent was earning \$40,000 per year, but that his income had increased to \$12,882 per month (including a \$4,212.91 housing allowance) by the time of the variation application. She found that the appellant incurred monthly expenses totalling \$3,597, but that the appellant's total monthly income was only \$2,088, leaving a shortfall of \$1,509 per month. In contrast, Carter J. concluded that the respondent had \$3,693 per month to live on, excluding his support payments.

Carter J. noted that courts are not bound by agreements providing for support for children: see *Thomson v. Thomson* (1988), 69 Sask. R. 62 (C.A.), and *Langelier (Anwender) v. Anwender* (1991), 32 R.F.L. (3d) 135 (Sask. C.A.). She then found that, even if one accepted that the appellant was aware that the respondent had income of \$75,000 per year when the agreement was entered into, the respondent's income now far exceeded that figure. She therefore ordered an increase in child support from \$450 per month per child to \$850 per month per child and made no variation with respect to spousal support.

enfants soit portée de 450 \$ à 850 \$ par mois par enfant: (1992), 98 Sask. R. 239. Le 12 mai 1992, la Cour d'appel de la Saskatchewan a accueilli l'appel que l'intimé avait formé contre cette décision: (1992), 100 Sask. R. 211, 18 W.A.C. 211, 41 R.F.L. (3d) 107. L'appelante se pourvoit maintenant devant notre Cour.

Les juridictions inférieures

La Cour unifiée de la famille (1992), 98 Sask. R. 239

Dans les affidavits qu'elle a produits à l'appui de la requête en modification, l'appelante a affirmé qu'au moment de la négociation de la convention entre époux, l'intimé gagnait 40 000 \$ par année. L'intimé a quant à lui déclaré que la convention avait été négociée dans l'expectative mutuelle des parties que son revenu serait bientôt supérieur à 75 000 \$ par année, ce que l'appelante a nié.

Le juge Carter a constaté qu'à l'époque de la négociation de la convention, l'intimé gagnait 40 000 \$ par année, mais que son revenu avait atteint 12 882 \$ par mois (en incluant l'allocation de logement de 4 212,91 \$) au moment de la requête en modification. Elle a estimé que l'appelante faisait face à des dépenses mensuelles de 3 597 \$, alors que son revenu mensuel total n'était que de 2 088 \$, d'où un déficit de 1 509 \$ par mois. En revanche, a-t-elle conclu, l'intimé disposait de 3 693 \$ par mois pour vivre, exclusion faite des paiements alimentaires.

Le juge Carter a souligné que les tribunaux ne sont pas liés par les accords concernant l'entretien des enfants: voir *Thomson c. Thomson* (1988), 69 Sask. R. 62 (C.A.), et *Langelier (Anwender) c. Anwender* (1991), 32 R.F.L. (3d) 135 (C.A. Sask.). Elle a jugé que, même en convenant que l'appelante savait au moment de la conclusion de la convention que l'intimé avait un revenu de 75 000 \$ par année, le revenu actuel de ce dernier était de beaucoup supérieur à ce chiffre. Elle a donc ordonné que la pension alimentaire des enfants soit portée de 450 \$ à 850 \$ par mois par enfant, sans modifier la pension de l'épouse.

Court of Appeal (1992), 100 Sask. R. 211

Vancise J.A. wrote the reasons for himself, Cameron and Lane JJ.A. In addition to the facts found by Carter J., Vancise J.A. concluded that the interspousal agreement was intended by the parties to be complete and final and that the appellant had agreed in her affidavit at the time of the original order that the children had no exceptional needs.

He then indicated that the variation of a judgment pursuant to s. 17(4) of the *Divorce Act* was to occur only where a "material change", within the meaning of the section, had occurred. He found that Carter J. had erred in principle by failing to first determine whether there had been a material change in the needs of the children and the circumstances of the parties before ordering an increase in support. He concluded as follows in that regard (at p. 213):

In our opinion, there was a serious error of principle here. The chambers judge concluded that the changes in the husband's income alone justify varying the amount of support. In our opinion, she erred in failing to first determine whether there had been a material change in the needs of the children and the circumstances of the parties. The evidence is clear that the needs of the children were being adequately met as at the time of judgment but there is no evidence of a change which would justify the increase of the magnitude granted by the chambers judge. In our opinion, the threshold test of a change of circumstances sufficient to justify a variation in maintenance had not been met and the order of the chambers judge must be set aside.

Issues

1. In a variation proceeding under s. 17 of the *Divorce Act*, to what extent can a court review and correct the original child support order and to what extent should a court feel bound by the original support order in deciding whether to vary the amount presently being paid for support?

La Cour d'appel (1992), 100 Sask. R. 211

Le juge Vancise a rédigé les motifs en son nom et au nom des juges Cameron et Lane. Outre les faits constatés par le juge Carter, le juge Vancise a conclu que les parties avaient voulu que la convention soit complète et définitive et que l'appelante avait reconnu par affidavit au moment de l'ordonnance initiale que les enfants n'avaient aucun besoin exceptionnel.

Il a ensuite indiqué qu'il ne pouvait y avoir modification d'un jugement rendu en vertu du par. 17(4) de la *Loi sur le divorce* que s'il survenait un [TRADUCTION] «changement important» au sens de ce paragraphe. Il a estimé que le juge Carter avait commis une erreur de principe en ne se demandant pas d'abord s'il était survenu un changement important dans les besoins des enfants et la situation des parties avant d'ordonner la majoration de la pension. Voici sa conclusion à cet égard (à la p. 213):

[TRADUCTION] À notre avis, il y a eu en l'espèce une grave erreur de principe. Le juge en chambre a conclu que les changements survenus dans le revenu du mari justifiaient à eux seuls la modification du montant de la pension. À notre avis, elle a commis une erreur en ne se demandant pas d'abord s'il était survenu un changement important dans les besoins des enfants et la situation des parties. Il ressort clairement de la preuve qu'il était pourvu adéquatement aux besoins des enfants au moment du jugement, mais il n'y a aucune preuve d'un changement qui justifierait une augmentation de l'ampleur de celle accordée par le juge en chambre. À notre avis, l'exigence préliminaire d'un changement de situation suffisant pour justifier une modification de la pension n'avait pas été remplie et l'ordonnance du juge en chambre doit en conséquence être annulée.

Questions en litige

1. Dans une instance en modification sous le régime de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, dans quelle mesure le tribunal peut-il examiner et corriger l'ordonnance initiale prononcée au profit des enfants, et dans quelle mesure devrait-il s'estimer lié par cette ordonnance lorsqu'il lui faut décider s'il y a lieu de modifier le montant présentement payé à ce titre?

2. Did the Court of Appeal err in concluding that there must be a material change in the needs of the children and the circumstances of the parties in order to justify the variation of a support order pursuant to s. 17(4) of the *Divorce Act*? ^a

Relevant Legislative Provisions

The relevant subsections of s. 17 of the *Divorce Act* state:

17. (1) A court of competent jurisdiction may make an order varying, rescinding or suspending, prospectively or retroactively, ^c

(a) a support order or any provision thereof on application by either or both former spouses; or

(b) a custody order or any provision thereof on application by either or both former spouses or by any other person. ^d

(4) Before the court makes a variation order in respect of a support order, the court shall satisfy itself that there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse or of any child of the marriage for whom support is or was sought occurring since the making of the support order or the last variation order made in respect of that order, as the case may be, and, in making the variation order, the court shall take into consideration that change. ^f

(8) A variation order varying a support order that provides for the support of a child of the marriage should ^h

(a) recognize that the former spouses have a joint financial obligation to maintain the child; and

(b) apportion that obligation between the former spouses according to their relative abilities to contribute to the performance of the obligation. ⁱ

Paragraph 11(1)(b) and certain subsections of s. 15 of the *Divorce Act* should also be kept in mind: ^j

2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant qu'il doit y avoir un changement important dans les besoins des enfants et la situation des parties pour justifier la modification d'une ordonnance alimentaire conformément au par. 17(4) de la *Loi sur le divorce*?

Les dispositions législatives pertinentes

Voici les paragraphes pertinents de l'art. 17 de *Loi sur le divorce*:

17. (1) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance qui modifie, suspend ou annule, rétroactivement ou pour l'avenir: ^b

a) une ordonnance alimentaire ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux;

b) une ordonnance de garde ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux ou de toute autre personne. ^d

(4) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire, le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'un ou l'autre des ex-époux ou de tout enfant à charge pour qui des aliments sont ou ont été demandés, depuis le prononcé de l'ordonnance alimentaire ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci et, le cas échéant, tient compte du changement en rendant l'ordonnance modificative. ^e

(8) L'ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire rendue au profit d'un enfant à charge vise: ^g

a) à prendre en compte l'obligation financière commune des ex-époux de subvenir aux besoins de l'enfant;

b) à répartir cette obligation entre eux en proportion de leurs ressources. ^h

Il faut également prendre en considération l'al. 11(1)b) et certains paragraphes de l'art. 15 de la *Loi sur le divorce*: ⁱ

11. (1) In a divorce proceeding, it is the duty of the court

(b) to satisfy itself that reasonable arrangements have been made for the support of any children of the marriage and, if such arrangements have not been made, to stay the granting of the divorce until such arrangements are made; . . .

15. . . .

(2) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, make an order requiring one spouse to secure or pay, or to secure and pay, such lump sum or periodic sums, or such lump sum and periodic sums, as the court thinks reasonable for the support of

(a) the other spouse;

(b) any or all children of the marriage; or

(c) the other spouse and any or all children of the marriage.

(4) The court may make an order under this section for a definite or indefinite period or until the happening of a specified event and may impose such other terms, conditions or restrictions in connection therewith as it thinks fit and just.

(5) In making an order under this section, the court shall take into consideration the condition, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child of the marriage for whom support is sought, including

(a) the length of time the spouses cohabited;

(b) the functions performed by the spouse during cohabitation; and

(c) any order, agreement or arrangement relating to support of the spouse or child.

(8) An order made under this section that provides for the support of a child of the marriage should

(a) recognize that the spouses have a joint financial obligation to maintain the child; and

11. (1) Dans une action en divorce, il incombe au tribunal:

b) de s'assurer de la conclusion d'arrangements raisonnables pour les aliments des enfants à charge et, en l'absence de tels arrangements, de surseoir au prononcé du divorce jusqu'à leur conclusion;

15. . . .

(2) Le tribunal compétent peut, sur demande des époux ou de l'un d'eux, rendre une ordonnance enjoignant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments:

a) de l'autre époux;

b) des enfants à charge ou de l'un d'eux;

c) de l'autre époux et des enfants à charge ou de l'un d'eux.

(4) La durée de validité de l'ordonnance rendue par le tribunal conformément au présent article peut être déterminée ou indéterminée ou dépendre d'un événement précis; l'ordonnance peut être assujettie aux modalités ou restrictions que le tribunal estime justes et appropriées.

(5) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal tient compte des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chacun des époux et de tout enfant à charge qui fait l'objet d'une demande alimentaire, y compris:

a) la durée de la cohabitation des époux;

b) les fonctions qu'ils ont remplies au cours de celle-ci;

c) toute ordonnance, entente ou autre arrangement alimentaire au profit de l'époux ou de tout enfant à charge.

(8) L'ordonnance rendue pour les aliments d'un enfant à charge conformément au présent article vise:

a) à prendre en compte l'obligation financière commune des époux de subvenir aux besoins de l'enfant;

(b) apportion that obligation between the spouses according to their relative abilities to contribute to the performance of the obligation.

b) à répartir cette obligation entre eux en proportion de leurs ressources.

Reviewability

Submissions were made by the respondent as to the reviewability of the support provisions, having regard to the fact that they resulted from a complicated separation agreement which was incorporated into a decree *nisi*. Clearly the court is not bound by the terms of a separation agreement in exercising its jurisdiction to award support under the Act. See Wilson J. in *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, at p. 849. As stated by Professor McLeod in his annotation on *Silverman v. Silverman* (1987), 7 R.F.L. (3d) 292 (N.S.S.C.A.D.), at pp. 293-94, the true question is the effect of the agreement in restricting the court's discretionary jurisdiction.

The reasoning which supports the restrictions with respect to interspousal support does not apply to child support. In *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857, at pp. 869-70, Wilson J. explained the different nature of the two rights:

This inter-relationship [between spousal maintenance and child support] should not, however, lead us to exaggerate its extent or forget the different legal bases of the support rights. The legal basis of child maintenance is the parents' mutual obligation to support their children according to their need. That obligation should be borne by the parents in proportion to their respective incomes and ability to pay: *Paras v. Paras*, *supra* . . . Child maintenance, like access, is the right of the child: *Re Carlidge and Carlidge*, [1973] 3 O.R. 801 (Fam. Ct.). For this reason, a spouse cannot barter away his or her child's right to support in a settlement agreement. The court is always free to intervene and determine the appropriate level of support for the child . . . Further, because it is the child's right, the fact that child support will indirectly benefit the spouse cannot decrease the quantum awarded to the child.

a Possibilité de révision judiciaire

L'intimé a fait valoir une prétention quant à la possibilité de réviser les dispositions alimentaires, compte tenu du fait qu'elles résultent d'une convention de séparation complexe incorporée dans un jugement conditionnel de divorce. Incontestablement, le tribunal, dans l'exercice de sa compétence en matière d'octroi d'aliments en vertu de la Loi, n'est pas lié par les termes d'une convention de séparation. Voir le juge Wilson dans l'arrêt *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, à la p. 849. Comme l'a dit le professeur McLeod dans ses notes sur l'arrêt *Silverman c. Silverman* (1987), 7 R.F.L. (3d) 292 (C.S.N.-É. Div. app.), aux pp. 293 et 294, la véritable question est celle de l'effet restrictif de la convention sur le pouvoir discrétionnaire des tribunaux.

Le raisonnement qui justifie l'effet restrictif des conventions entre époux ne s'applique pas aux aliments destinés aux enfants. Dans l'arrêt *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, aux pp. 869 et 870, le juge Wilson explique la nature différente des deux droits:

Cette corrélation [entre la pension alimentaire versée au conjoint et celle versée aux enfants] ne devrait pas cependant nous amener à en exagérer l'importance ou à oublier les fondements juridiques différents des droits à une pension alimentaire. Le fondement juridique de la pension alimentaire de l'enfant est l'obligation mutuelle qu'ont les parents de subvenir aux besoins de leurs enfants. Cette obligation devrait être assumée par les parents proportionnellement à leurs revenus et moyens financiers respectifs: *Paras v. Paras*, précité [. . .] La pension alimentaire de l'enfant, comme les droits de visite, est un droit subjectif de l'enfant: *Re Carlidge and Carlidge*, [1973] 3 O.R. 801 (T. fam.). Pour cette raison, le conjoint ne peut aliéner le droit de son enfant à des aliments dans une convention. Le tribunal peut toujours intervenir pour fixer le niveau approprié des aliments à verser à l'enfant [. . .] De plus, parce qu'il s'agit d'un droit de l'enfant, le fait que le conjoint bénéficie indirectement des aliments versés à l'enfant ne saurait justifier une révision à la baisse des aliments accordés.

As against the parties, the agreement operates as strong evidence that at the time each accepted its terms as adequately providing for the needs of the children. The correct approach was adopted by Anderson J.A. in *Dickson v. Dickson* (1987), 11 R.F.L. (3d) 337 (B.C.C.A.), at p. 358, who regarded the agreement as affording strong evidence "that the agreement made adequate provision for the needs of the children at the date the agreement was made".

Where as here the agreement is embodied in the judgment of the court, it is necessary to consider what additional effect is to be accorded to this fact. Section 11(1)(b) of the Act provides that "it is the duty of the court . . . to satisfy itself that reasonable arrangements have been made for the support of any children of the marriage and, if such arrangements have not been made, to stay the granting of the divorce until such arrangements are made". It must be assumed that as long as the provisions of the judgment of the court stand unreversed this duty was carried out and that at the date of the judgment it provided reasonable arrangements for the support of the children. In this regard, I agree with Angers J.A. in *Lanteigne v. Lanteigne* (1988), 91 N.B.R. (2d) 275, when he states at p. 277:

[TRANSLATION] I am of the opinion that an application for a variation order is not an appeal of the original order. The finality and binding nature of all court judgments should consequently be respected here. The judge rendering the variation order must be guided by the nature of the change in the parties' condition. The variation must reflect the changes that are disclosed.

Therefore, in a variation proceeding, it must be assumed that, at the time it was made, the original child support order or the previous variation order accurately assessed the needs of the children having regard to the means of the parents. As such, the correctness of the previous order must not be reviewed during the variation proceeding. The previous order will not be departed from lightly and will only be varied if the requirements under s.

Entre les parties, la convention constitue une forte preuve qu'à l'époque chacune d'elles en a accepté les modalités comme pourvoyant adéquatement aux besoins des enfants. Le juge Anderson a adopté la bonne attitude dans *Dickson c. Dickson* (1987), 11 R.F.L. (3d) 337 (C.A.C.-B.), à la p. 358, lorsqu'il a considéré la convention comme une forte preuve [TRADUCTION] «que la convention pourvoyait adéquatement aux besoins des enfants à la date où elle avait été conclue».

Dans le cas où, comme en l'espèce, la convention est incorporée dans le jugement du tribunal, il est nécessaire d'examiner s'il y a lieu d'accorder à ce fait un effet additionnel. L'alinéa 11(1)(b) de la Loi dispose qu'«il incombe au tribunal [...] de s'assurer de la conclusion d'arrangements raisonnables pour les aliments des enfants à charge et, en l'absence de tels arrangements, de surseoir au prononcé du divorce jusqu'à leur conclusion». Il faut donc présumer que tant que les dispositions du jugement du tribunal ne sont pas infirmées, cette obligation a été remplie et qu'à la date où il a été rendu, le jugement contenait des arrangements raisonnables pour les aliments des enfants. À cet égard, je partage l'avis du juge Angers dans l'arrêt *Lanteigne c. Lanteigne* (1988), 91 R.N.-B. (2^e) 275, lorsqu'il dit à la p. 277:

À mon avis, une requête pour une ordonnance modificative ne constitue pas un appel de l'ordonnance originale. Il faut donc y respecter l'élément final et autoritaire de tout jugement de cour. C'est la nature du changement dans la situation des parties qui doit guider le juge qui rend l'ordonnance modificative. La modification doit refléter les changements démontrés.

Par conséquent, dans une instance en modification, il faut présumer qu'au moment de son prononcé, l'ordonnance alimentaire initiale au profit des enfants ou l'ordonnance modificative antérieure représentait une évaluation exacte des besoins des enfants eu égard aux ressources des parents. À ce titre, la justesse de l'ordonnance antérieure n'a pas à être examinée à la faveur de l'instance en modification. Ce n'est pas à la légère qu'on s'écartera de l'ordonnance antérieure, laquelle ne sera modifiée que s'il est dûment satis-

17(4) of the *Divorce Act* are properly satisfied. I now turn to this issue.

The Interpretation of s. 17(4) of the *Divorce Act*

This subsection authorizes the court to vary a previous support order if a change of circumstances occurs. The approach which a court should take is to determine first, whether the conditions for variation exist and if they do exist what variation of the existing order ought to be made in light of the change in circumstances.

In deciding whether the conditions for variation exist, it is common ground that the change must be a material change of circumstances. This means a change, such that, if known at the time, would likely have resulted in different terms. The corollary to this is that if the matter which is relied on as constituting a change was known at the relevant time it cannot be relied on as the basis for variation. The controversial aspect of this appeal is whether it is also a pre-condition to variation that there be a change in the circumstances of the payor spouse and the child or children in whose favour the support provisions were made. In determining this issue it is important to bear in mind that an order for maintenance of children is made by assessing the needs of the children having regard to the means of the parents. The purpose of s. 17(4) appears to be to permit the court to vary the order when the relationship between those factors changes in a material way. There can be a material change in the relation of the factors if one of them undergoes a significant change because the relationship between them is altered. The following passage from the reasons for judgment of Keenan Dist. Ct. J. in *Moosa v. Moosa* (1990), 26 R.F.L. (3d) 107 (Ont. Dist. Ct.), at pp. 110-11 is apt:

It is established beyond dispute that a dependent child is entitled to look to both parents for support. It is also established beyond dispute that each parent has an obligation to provide for the support of the child. The

fait aux exigences du par. 17(4) de la *Loi sur le divorce*. J'en viens maintenant à cette question.

L'interprétation du par. 17(4) de la *Loi sur le divorce*

Ce paragraphe confère au tribunal le pouvoir de modifier une ordonnance alimentaire antérieure s'il survient un changement de circonstances. Le tribunal devrait adopter la démarche suivante: déterminer d'abord si les conditions de la modification existent et, si tel est le cas, décider des modifications à apporter à l'ordonnance existante compte tenu du changement survenu.

Pour que les conditions de la modification existent, il est bien établi que le changement doit être important. Cela signifie un changement qui, s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes. En corollaire, si l'élément qu'on présente comme un changement était connu à l'époque pertinente, il ne pourra être invoqué comme fondement d'une modification. Dans le présent pourvoi, la question controversée est celle de savoir si la modification est aussi assujettie à une autre condition préalable, savoir qu'il y ait un changement dans la situation du conjoint débiteur et de l'enfant ou des enfants en faveur de qui les dispositions alimentaires ont été prises. Pour trancher cette question, il importe de ne pas perdre de vue qu'une ordonnance concernant l'entretien des enfants résulte d'une appréciation des besoins des enfants eu égard aux ressources des parents. Le paragraphe 17(4) paraît avoir pour objet d'habiliter le tribunal à modifier l'ordonnance lorsque la relation entre ces facteurs change de façon importante. Il peut y avoir un changement important dans la relation entre les facteurs du fait que cette relation est modifiée si l'un d'eux subit un changement appréciable. L'extrait suivant des motifs du juge Keenan dans la décision *Moosa c. Moosa* (1990), 26 R.F.L. (3d) 107 (C. dist. Ont.), aux pp. 110 et 111, est pertinent:

[TRADUCTION] Il est établi sans conteste qu'un enfant à charge a droit de rechercher le soutien de ses deux parents. Il est également sans conteste que chaque parent a l'obligation de subvenir aux besoins de l'en-

amount of the support to be provided is the amount that will meet the needs of that particular child. The measure of those needs depends on a number of factors including the age of the child and the standard at which that child could reasonably expect to be supported. The reasonableness of the expectation is to be measured against the means and circumstances of the parents who have the obligation to provide the support. I know of no reason why that expectation should be any different for a child who is the innocent victim of the breakdown of the relationship between its parents. If the ability of the parents or either of them increases or decreases, it is reasonable to expect that the level of support of the child will increase or decrease. [Emphasis added.]

It remains to determine whether the application of the rules of statutory construction yields a different result.

In my opinion, on any method of statutory interpretation, the above interpretation of s. 17(4) is correct. If the literal approach is adopted, the words in the statute should be given their ordinary meaning: Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 219. Section 17(4) explicitly states that a change in the circumstances of either former spouse or of any child of the marriage must be demonstrated to the satisfaction of the court before an order for variation can be considered. Moreover, in making any variation order, the court is instructed to take "that change" (rather than "those changes") into account.

With respect to the application of the contextual approach advocated by the respondent, the objective is to interpret statutory provisions to harmonize the components of legislation inasmuch as is possible, in order to minimize internal inconsistency: Côté, *supra*, at p. 257, and *R. v. Tapaquon*, [1993] 4 S.C.R. 535. If one peruses s. 15, other subsections of s. 17 and the overall pattern of the *Divorce Act*, especially compared with the 1970 version of the Act, it is my view that the interpretation advocated by the appellant must prevail. In rendering original divorce orders pursuant to s. 11(1), courts are to ensure that reasonable arrangements have been made for the children and may withhold the decree until such time as satisfactory arrangements are undertaken. Under s. 15, in

fant. Le montant des aliments sera celui qui permettra de satisfaire aux besoins de cet enfant. La mesure de ces besoins dépend d'un certain nombre de facteurs, dont l'âge de l'enfant et le niveau de soutien auquel il pourrait raisonnablement s'attendre. Le caractère raisonnable de l'attente se mesure eu égard aux ressources des parents à qui incombe l'obligation de soutien et aux circonstances dans lesquelles ils se trouvent. Je ne vois pas en quoi cette attente devrait être différente dans le cas d'un enfant qui est l'innocente victime de la rupture de la relation entre ses parents. Si la capacité des parents ou de l'un d'eux augmente ou diminue, il est raisonnable de s'attendre à ce que le niveau de soutien de l'enfant augmente ou diminue. [Je souligne.]

Il reste à décider si l'application des règles d'interprétation des lois conduit à un résultat différent.

À mon avis, quelle que soit la méthode d'interprétation des lois retenue, l'interprétation susmentionnée du par. 17(4) est correcte. Suivant la méthode littérale, il faut donner aux mots leur sens courant: Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd., 1990), à la p. 243. Or le par. 17(4) dispose explicitement qu'un changement dans la situation de l'un ou l'autre des ex-époux ou de tout enfant à charge doit être établi à la satisfaction du tribunal avant que celui-ci puisse envisager la possibilité de rendre une ordonnance modificative. De plus, en rendant l'ordonnance modificative, le tribunal doit tenir compte «du changement» (et non «de ces changements»).

Quant à la méthode contextuelle préconisée par l'intimé, elle vise à interpréter les dispositions législatives de façon à en harmoniser le plus possible les éléments et à éviter les incohérences internes: Côté, *op. cit.* à la p. 256, et *R. c. Tapaquon*, [1993] 4 R.C.S. 535. Après examen de l'art. 15, des autres paragraphes de l'art. 17 et de la structure d'ensemble de la *Loi sur le divorce*, surtout si on la compare à la version de 1970, je suis d'avis que c'est l'interprétation mise de l'avant par l'appelante qui doit prévaloir. Lorsqu'ils rendent les ordonnances initiales de divorce conformément au par. 11(1), les tribunaux sont tenus de s'assurer de la conclusion d'arrangements raisonnables pour les enfants et ils peuvent surseoir au prononcé du divorce jusqu'à leur conclusion. Aux termes de

granting support orders, courts are to consider, among other things, the needs of the children, the relative ability of the spouses to pay and the joint obligation of parents toward their children. This suggests a child-centred approach to rendering support orders, with a recognition that because of relative income differences, spouses may be in unequal positions with respect to their capacity to pay.

Moreover, a number of decisions in the area recognize that, as much as is possible, the children of the marriage should be sheltered from the economic consequences of divorce: *Dickson, supra, Friesen v. Friesen* (1985), 48 R.F.L. (2d) 137 (B.C.C.A.), and *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130 (C.A.). Taken together, other sections of the Act and certain of the case law in the area suggest that variation of child support orders would logically flow from either a change in the child's circumstances or a change in the circumstances of one or both of the former spouses. In this way, the child is sheltered as much as possible from the consequences of divorce by providing for escalating needs and by permitting the child to benefit from any improvement in the lifestyle of one or both of the parents. If the respondent and the Court of Appeal are right, it would mean that if the custodial parent suffered a serious reduction of means, this could not be the subject of a variation unless, independently of the reduction in the circumstances of the parent, the needs of the children also increased. In my opinion, the reason why the subsection provides that a change in the means of either parent on the one hand and the needs of the children on the other are alternate grounds for variation is the recognition that the former almost invariably has an impact on the latter. Moreover, this interpretation is a fair one to the payor spouses who may use s. 17(4) to protect themselves against a drop in income which prevents them from maintaining the existing level of support payments, even in circumstances where the needs of the children have not changed: see, for example, *McKinney v. Polston*, [1992] B.C.J. No. 1422 (S.C.), *Snelgrove-Fowler v. Fowler*, [1993] A.J. No. 232

l'art. 15, il leur faut, en rendant une ordonnance alimentaire, tenir compte entre autres des besoins des enfants, des ressources respectives des époux et de l'obligation conjointe des parents envers leurs enfants. Il en ressort donc qu'en matière d'ordonnance alimentaire, l'analyse est axée sur l'enfant, étant entendu que la différence dans les revenus des conjoints peut faire en sorte qu'ils soient en position d'inégalité quant à leur capacité de payer.

De plus, nombre de décisions rendues en ce domaine reconnaissent que les enfants à charge doivent, dans la mesure du possible, être protégés contre les conséquences économiques du divorce: *Dickson*, précité, *Friesen c. Friesen* (1985), 48 R.F.L. (2d) 137 (C.A.C.-B.), et *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130 (C.A.). Le rapprochement d'autres articles de la Loi et d'une certaine jurisprudence en la matière indique que la modification des ordonnances alimentaires au profit des enfants découlerait logiquement soit d'un changement dans la situation de l'enfant, soit d'un changement dans la situation des ex-conjoints ou de l'un d'eux. Ainsi, on protège autant que possible l'enfant des conséquences du divorce en prévoyant la croissance de ses besoins et en lui permettant de bénéficier de l'amélioration du mode de vie des parents ou de l'un d'eux. Si l'intimé et la Cour d'appel avaient raison, cela signifierait qu'en cas de réduction importante de ses ressources, le parent gardien ne pourrait obtenir une modification que si, indépendamment de cette réduction, les besoins des enfants avaient également augmenté. À mon avis, si le paragraphe prévoit qu'un changement dans les ressources d'un conjoint d'une part et un changement dans les besoins des enfants d'autre part constituent deux motifs possibles de modification, c'est que le premier a presque invariablement une incidence sur le second. De plus, cette interprétation est équitable à l'endroit des conjoints débiteurs qui peuvent avoir recours au par. 17(4) pour se protéger contre une baisse de revenu les empêchant de maintenir le niveau existant de paiements alimentaires, même dans le cas où les besoins des enfants n'ont pas changé: voir, par exemple, *McKinney c. Polston*, [1992] B.C.J. No. 1422 (C.S.), *Snelgrove-Fowler c. Fowler*, [1993] A.J.

(Q.B.), and *Bucher v. Bucher* (1990), 67 Man. R. (2d) 233 (Q.B.).

Having found that the conditions for variation exist, the trial judge should proceed to determine what variation should be made. The trial judge must re-assess the needs of the children in light of the change. The needs of children are not assessed in a vacuum but are affected by the standard set by the means of the parents. When the means of parents are limited, the children's needs may be satisfied by the bare necessities. In these circumstances the children are required to do without some things which would be available to them if the means of the parents were greater. The reasonable expectation of the children for future support upon marriage break-up is conditioned by the standard of living of the parents at the time. This expectation is not frozen as of the date of marriage break-up. If there is a significant change in the circumstances of one of the parents subsequent to the support provisions, the reasonable expectations of the children will be affected. In this regard I agree with the statement of Kelly J.A. in *Paras v. Paras*, *supra*, at p. 134, when he states:

Since ordinarily no fault can be alleged against the children which would disentitle them to support, the objective of maintenance should be, as far as possible, to continue the availability to the children of the same standard of living as that which they would have enjoyed had the family break-up not occurred.

Accordingly, a significant increase in the means of the payor parent may require that the needs of the child include benefits that previously were not available. See *Goncalves v. Goncalves* (1986), 49 R.F.L. (2d) 376 (B.C.S.C.) and *Friesen v. Friesen*, *supra*. If the situation is reversed, the needs of the children may require that the needs of the children be scaled down. There is, however, a limit to the extent to which the reasonable expectations of children to increased support payments can continue by reason of increases in the wealth of the payor spouse. It must not be forgotten that we are dealing with maintenance and not income sharing. If the children are already being maintained at a very high standard a change, even a significant change, in the wealth of the payor spouse will not

No. 232 (B.R.), et *Bucher c. Bucher* (1990), 67 Man. R. (2d) 233 (B.R.).

Ayant constaté l'existence des conditions pré-alables à la modification, le juge de première instance doit déterminer la modification requise. Il doit réévaluer les besoins des enfants compte tenu du changement. Les besoins des enfants ne sont pas appréciés dans l'abstrait, ils sont fonction de la norme établie par les ressources des parents. Lorsque les ressources des parents sont limitées, les besoins des enfants peuvent équivaloir aux nécessités de base. Dans ce cas, les enfants doivent se passer de certaines choses dont ils pourraient profiter si les parents avaient de plus grandes ressources. L'attente raisonnable des enfants après la rupture du mariage est conditionnée par le niveau de vie des parents à ce moment. Cette attente n'est pas figée à la date de la rupture du mariage. S'il survient un changement appréciable dans la situation de l'un des parents après la fixation des aliments, cela aura une incidence sur les attentes raisonnables des enfants. À cet égard, je souscris à l'opinion du juge Kelly lorsqu'il dit dans l'arrêt *Paras c. Paras*, précité, à la p. 134:

[TRADUCTION] Puisqu'en règle générale, on ne peut reprocher aux enfants de faute susceptible de leur faire perdre le droit à des aliments, l'ordonnance alimentaire devrait avoir pour objectif de leur permettre, dans toute la mesure possible, de jouir d'un niveau de vie identique à celui dont ils auraient joui s'il n'y avait pas eu rupture de la famille.

Par conséquent, une augmentation appréciable des ressources du parent débiteur pourrait obliger à inclure dans les besoins de l'enfant des avantages auxquels il n'avait pas accès auparavant. Voir *Goncalves c. Goncalves* (1986), 49 R.F.L. (2d) 376 (C.S.C.-B.) et *Friesen c. Friesen*, précité. À l'inverse, la situation pourrait nécessiter une réévaluation à la baisse des besoins des enfants. Il y a toutefois une limite à la mesure dans laquelle les attentes raisonnables des enfants quant à l'augmentation des paiements alimentaires peuvent suivre l'accroissement de la richesse de l'époux débiteur. Il ne faut pas perdre de vue en effet qu'il s'agit de soutien alimentaire et non de partage de revenus. Si les paiements que les enfants reçoivent sont déjà très élevés, un changement, même important, dans

in itself entitle the children to increased support so as to permit them to live in luxury simply to emulate the lifestyle of their parent. Such an expectation on the part of children would not be reasonable.

Application to this Appeal

The Court of Appeal reversed the trial judge on the basis of an error in law in the interpretation of s. 17(4) of the Act. It is not clear that absent this error it would or could have reversed the trial judge. Both of the parties agree that the appropriate standard for appellate intervention in a trial decision is that set out in *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150 (C.A.), at p. 154, and approved by this Court in *Pelech, supra*, at p. 824. Applying that standard, an appellate court should not intervene absent a material error in principle, a significant misapprehension of the evidence or an award which is clearly wrong.

I have concluded that the trial judge did not err in her interpretation of s. 17(4) of the Act. Nor do I find any other error or misapprehension of the evidence. Moreover, the judgment cannot be said to be clearly wrong. A complaint was made in oral argument that the respondent was denied the right to cross-examine on the affidavit filed by the appellant. It would have been preferable for the trial judge to have acceded to the request to cross-examine. Figures put forward in support affidavits often do not stand up when tested on cross-examination. This point was not set out as a ground for upholding the judgment of the Court of Appeal as required by our Rule 29(3). Moreover, if successful on this point, the respondent would be entitled to a new trial. In these circumstances, leave to cross-appeal was required. No leave having been sought or granted, the issue cannot be raised.

la richesse du conjoint débiteur ne leur confèrera pas en soi le droit à une hausse leur permettant de vivre dans le luxe uniquement pour égaler le niveau de vie de leur parent. Une telle attente de la part des enfants serait déraisonnable.

Application au présent pourvoi

La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance pour cause d'erreur de droit dans l'interprétation du par. 17(4) de la Loi. Il n'est pas certain que n'eût été cette erreur elle aurait infirmé la décision ou qu'elle aurait pu le faire. Les deux parties conviennent que la norme applicable en matière d'intervention en appel dans une décision de première instance est celle établie dans l'arrêt *Harrington c. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150 (C.A.), à la p. 154, et approuvée par notre Cour dans l'arrêt *Pelech*, précité, à la p. 824. Suivant cette norme, un tribunal d'appel ne devrait pas intervenir en l'absence d'erreur de principe grave, de méprise sérieuse dans l'appréciation de la preuve soumise ou de jugement manifestement erroné.

J'ai conclu que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur dans son interprétation du par. 17(4) de la Loi. Je ne décèle non plus aucune autre erreur ou méprise dans l'appréciation de la preuve. Enfin, on ne peut dire que le jugement est manifestement erroné. Au cours de l'argumentation orale, l'intimé s'est plaint de s'être vu refuser le droit au contre-interrogatoire sur l'affidavit produit par l'appelante. Il eût été préférable que le juge qui présidait l'instance accède à la requête. Souvent, en matière alimentaire, les chiffres avancés dans les affidavits ne résistent pas à l'épreuve du contre-interrogatoire. Ce point n'a pas été invoqué comme motif de confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel comme l'exige le par. 29(3) de nos règles. De plus, s'il avait gain de cause sur ce point, l'intimé aurait droit à un nouveau procès. Dans les circonstances, il lui fallait obtenir l'autorisation de former un pourvoi incident. Aucune autorisation n'ayant été demandée ou accordée, la question ne peut donc pas être soulevée.

In the result, I would set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of Carter J. with costs to the appellant both here and in the Court of Appeal.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal raises the issue of the variation of child support following a divorce judgment which incorporated the parties' separation agreement as to spousal and child support. More specifically, this Court is asked to consider the proper statutory interpretation of s. 17(4) of the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), which authorizes courts to vary a previous support order if "there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances" of the parties or the children.

Facts

The appellant, Lori Ann Willick, and the respondent, Bryan Douglas Albert Willick, were married in 1979 and have two daughters, Nicole and Kirsti, aged four and one at the time of divorce, now aged nine and six respectively. The parties separated in March 1989 and by the terms of a separation agreement entered into on July 28, 1989 incorporated into the divorce judgment of November 8, 1989, the appellant was to have custody of the two children and the respondent was to pay \$450 per month per child for child support and \$700 per month spousal support. Both spousal and child support were subject to a 3 percent annual increase, with the first increase to take place September 1, 1990. In addition, the parties agreed that the appellant would not seek full-time employment outside the home until the youngest daughter reached three years of age. After that time, the appellant would continue to receive support for a 26-month retraining period, that is until October 31, 1993. Child support payments were to continue for as long as the two children were "children" within the meaning of the *Divorce Act*. As well, the parties agreed that, in addition to spousal support, the appellant could earn up to \$500 per

En conséquence, je suis d'avis d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement du juge Carter, avec dépens en faveur de l'appelante tant en notre Cour qu'en Cour d'appel.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ce pourvoi sou-
lève la question de la modification de la pension alimentaire accordée aux enfants à la suite d'un jugement de divorce qui incorporait la convention de séparation des parties en ce qui concerne la pension alimentaire pour le conjoint et les enfants. Plus précisément, se pose la question de l'interprétation du par. 17(4) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), qui habilite les tribunaux à modifier une ordonnance alimentaire antérieure s'«il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation» des parties ou des enfants.

Les faits

L'appelante, Lori Ann Willick, et l'intimé, Bryan Douglas Albert Willick, se sont mariés en 1979 et ont deux filles, Nicole et Kirsti, qui étaient âgées respectivement de quatre et un an au moment du divorce et ont présentement neuf ans et six ans. Les parties se sont séparées en mars 1989. Aux termes d'une convention de séparation conclue le 28 juillet 1989 et incorporée dans le jugement de divorce du 8 novembre 1989, l'appelante avait la garde des deux enfants et l'intimé devait payer, à titre de pension alimentaire, 450 \$ par mois par enfant et 700 \$ par mois pour son épouse. La pension des enfants et de l'épouse était assujettie à une hausse annuelle de 3 p. 100, dont la première devait être appliquée le 1^{er} septembre 1990. De plus, les parties convenaient que l'appelante ne chercherait pas d'emploi à plein temps à l'extérieur du foyer avant que la cadette n'atteigne l'âge de trois ans, après quoi l'appelante continuerait de recevoir des aliments pour une période de recyclage de 26 mois, soit jusqu'au 31 octobre 1993. Quant aux aliments destinés aux enfants, leur paiement devait se poursuivre tant que ceux-ci seraient des «enfants» au sens de la *Loi sur le divorce*. Les parties ont également convenu qu'en sus de sa pen-

month without any reduction in support; any income over \$500 per month would, however, be reduced dollar for dollar from support payments made by the respondent. Finally, the maintenance payments were to be paid tax-free to the appellant wife and were not to be a tax deduction to the respondent husband for so long as the husband maintained a non-Canadian residency. The respondent husband was also to maintain a life insurance policy of \$150,000 for the benefit of the appellant and the children, as well as a children's scholarship fund.

With regard to the division of property, the separation agreement provided that the wife was to retain \$8,541 from the sale of the matrimonial home and from her registered retirement savings plan for her own use and in order to repay certain matrimonial debts, in addition to personal possessions and furniture.

At the time of negotiating the separation agreement, in July 1989, the respondent, a pilot, was earning approximately \$40,000 per year. However, at that time, he had accepted a position in Hong Kong which he indicated would entail an increased salary of up to \$75,000, although the appellant denies this contemplated increase was the basis for negotiations. The appellant, on the other hand, was not working outside the home and her sole income consisted of spousal and child support from the respondent and family allowance, for a total of \$1,666 per month. The respondent's income appears to have increased quite rapidly for, in October 1989, the appellant attested that the respondent was earning \$5,000 per month income and received \$4,600 per month as a housing allowance.

In October 1991, the appellant applied to the Unified Family Court of Saskatchewan for a variation of the existing child support order pursuant to s. 17(4) of the *Divorce Act* and the *Saskatchewan Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act, 1983*, S.S. 1983, c. R-4.1. She requested an order to increase child support to \$850 per month per child in addition to her spousal support of \$700

alimentaire, l'appelante pourrait gagner jusqu'à 500 \$ par mois sans réduction de cette pension; toutefois, tout revenu supérieur à 500 \$ par mois serait défalqué du même montant des aliments versés par l'intimé. Enfin, la pension alimentaire devait être versée à l'appelante nette d'impôt et ne devait pas faire l'objet d'une déduction fiscale par le mari intimé tant que celui-ci conserverait son statut de non-résident du Canada. Le mari intimé devait également détenir une police d'assurance-vie de 150 000 \$ au bénéfice de l'appelante et des enfants, ainsi qu'un fonds de bourses d'études pour les enfants.

En ce qui concerne le partage des biens, la convention de séparation prévoyait qu'outre les meubles et ses possessions personnelles, l'épouse retiendrait 8 541 \$ sur le produit de la vente de la maison conjugale et de son régime enregistré d'épargne-retraite, pour son propre usage et aux fins de rembourser certaines dettes du ménage.

À l'époque où a été négociée cette convention de séparation, soit en juillet 1989, l'intimé, qui était pilote, gagnait environ 40 000 \$ par année. À ce moment, toutefois, il avait accepté un poste à Hong-Kong qui, disait-il, porterait son salaire à 75 000 \$, bien que l'appelante nie que cette hausse envisagée ait constitué la base de la négociation. L'appelante, quant à elle, ne travaillait pas à l'extérieur du foyer et son seul revenu consistait dans les allocations familiales et la pension alimentaire que lui versait l'intimé pour elle et les enfants, soit un total de 1 666 \$ par mois. Le revenu de l'intimé paraît avoir augmenté rapidement puisqu'en octobre 1989, l'appelante a attesté que l'intimé avait un revenu mensuel de 5 000 \$ et qu'il recevait 4 600 \$ à titre d'allocation de logement.

En octobre 1991, l'appelante a présenté devant la Cour unifiée de la famille de la Saskatchewan une requête en modification de l'ordonnance alimentaire rendue au profit de ses enfants en vertu du par. 17(4) de la *Loi sur le divorce* et de la *Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act, 1983*, S.S. 1983, ch. R-4.1, de la Saskatchewan. Elle a demandé que la pension des enfants soit por-

per month as agreed upon in the separation agreement.

A brief overview of the parties' respective financial statements entered into evidence at the time of the application for variation in November 1991 indicates that the respondent's gross income was \$8,569.52 per month including salary and bonuses, in addition to a \$4,212.91 per month housing allowance, for a total of \$12,782.43 per month or \$153,389.16 per year. This income represents a very significant increase in the respondent's gross income from his projected income of \$75,000 per year at the time of the separation agreement as well as from that stated by the appellant in October 1989. The respondent has remarried and supports a wife who is not working. He assessed his expenses in 1991 at \$5,083.80 per month or \$61,005.60 per year in addition to income tax of \$1,932.36, union dues, unemployment insurance, pension benefits of \$856.95 and the Cathay lease for his accommodation in Hong Kong of \$4,460.83 per month.

In contrast, at the time of the variation application, the appellant was earning \$325 per month as a part-time tour guide and received family allowance of \$66 per month for a total income of \$391 per month. At the time of filing her financial statement with the application for variation, she appears not to have been in receipt of spousal or child support. However, spousal and child support at that time consisted of the original \$1,600 per month plus 3 percent for each of the two years since the making of the original order. Thus, her total income would have amounted to \$2,088.44 per month, a 25 percent increase from \$1,666 per month she received in 1989. The appellant's expenses for herself and the children were established at \$3,597 per month, a 125 percent increase from the 1989 figure of \$1,600 per month.

The appellant's financial statements reveal that her assets have, essentially, remained stagnant from the minimal amount she received at the time

tée à 850 \$ par mois par enfant, en sus de la pension mensuelle de 700 \$ qui lui était payable aux termes de la convention de séparation.

Un bref examen des états financiers respectifs des parties qui ont été produits en preuve lors de la requête en modification, en novembre 1991, indique que le revenu brut de l'intimé était de 8 569,52 \$ par mois, incluant le salaire et les primes, en plus d'une allocation de logement de 4 212,91 \$, soit un total de 12 782,43 \$ par mois ou 153 389,16 \$ par année. Il s'agit d'une augmentation très importante du revenu brut de l'intimé par rapport au revenu projeté de 75 000 \$ par année à l'époque de la conclusion de la convention de séparation, ainsi que par rapport au montant attesté par l'appelante en octobre 1989. L'intimé s'est remarié et subvient aux besoins de sa femme qui ne travaille pas. Il a évalué ses dépenses en 1991 à 5 083,80 \$ par mois ou 61 005,60 \$ par année, outre un impôt sur le revenu de 1 932,36 \$, les cotisations syndicales, l'assurance-chômage, le régime de pension de 856,95 \$ et 4 460,83 \$ par mois pour le bail avec Cathay de son logement à Hong-Kong.

À titre de comparaison, au moment de la requête en modification l'appelante gagnait 325 \$ par mois comme guide touristique à temps partiel et recevait 66 \$ par mois en allocations familiales, soit un revenu mensuel total de 391 \$. Il semble qu'au moment où elle a produit l'état financier à l'appui de la requête, elle ne recevait pas de pension alimentaire pour elle-même et ses enfants. À ce moment néanmoins, la pension alimentaire était de 1 600 \$ par mois, soit le montant prévu à l'origine, plus 3 p. 100 pour chacune des deux années écoulées depuis l'ordonnance initiale. Son revenu total se serait donc élevé à 2 088,44 \$ par mois, soit une augmentation de 25 p. 100 par rapport aux 1 666 \$ qu'elle recevait en 1989. Les dépenses qu'elle a engagées pour elle-même et les enfants ont été établies à 3 597 \$ par mois, soit une augmentation de 125 p. 100 par rapport au chiffre de 1 600 \$ par mois de 1989.

Les états financiers de l'appelante révèlent que son avoir n'a pas sensiblement varié par rapport au montant modeste obtenu à la faveur du partage des

of the marital property division. Her financial statement dated September 27, 1991, indicates that she held securities in the amount of \$ 8,389.13, \$847.22 in savings and pensions and \$879.99 in bank accounts. She has not accumulated any substantial assets since the divorce.

At the time of the application for variation, the respondent had purchased a home in Palm Springs valued at \$135,000 U.S. with a \$108,000 mortgage. Other than this, the respondent has not specified in detail the extent of his assets, although it is clear from his financial statements that he invests \$856.95 per month in a pension plan and mentions debts in the amount of \$151,900.

With this evidence regarding the financial positions of the parties, Carter J. granted the appellant's application for variation: (1992), 98 Sask. R. 239. The respondent appealed to the Saskatchewan Court of Appeal, which allowed the appeal holding that the conditions for a variation order under s. 17(4) of the *Divorce Act* had not been met: (1992), 100 Sask. R. 211, 18 W.A.C. 211, 41 R.F.L. (3d) 107. It is this judgment which the appellant appeals before us.

Judgments

Unified Family Court (1992), 98 Sask. R. 239

The application for variation proceeded entirely by way of affidavits and on the written material submitted by the parties. Carter J. wrote brief reasons allowing the appellant's application on January 9, 1992. She concluded that the appellant was presently experiencing a shortfall with respect to meeting the financial obligations relating to her children, while the respondent enjoyed a surplus in his monthly finances. She noted that, even if it were accepted, as the respondent alleged, that the parties had contemplated the increased income when the agreement was negotiated, the respondent's income now "far exceeds" the anticipated salary and that "[i]t is trite law that the court is not bound by agreements providing for maintenance for children" (p. 240). Accordingly, she varied the

biens conjugaux. L'état daté du 27 septembre 1991 indique qu'elle détenait 8 389,13 \$ en valeurs, 847,22 \$ en épargne-retraite et 879,99 \$ dans des comptes bancaires. Elle n'a accumulé aucun avoir important depuis le divorce.

À l'époque de la requête en modification, l'intimé avait acheté une maison à Palm Springs évaluée à 135 000 \$ US et grevée d'une hypothèque de 108 000 \$. Cela mis à part, l'intimé n'a pas précisé en détail ses avoirs bien qu'il apparaisse clairement de ses états financiers qu'il investit chaque mois 856,95 \$ dans un régime de pension et qu'il déclare des dettes atteignant 151,900 \$.

Compte tenu de la preuve touchant la situation financière des parties, le juge Carter a accueilli la requête en modification de l'appelante: (1992), 98 Sask. R. 239. L'intimé s'est pourvu devant la Cour d'appel de la Saskatchewan qui a accueilli l'appel, estimant que les conditions d'une ordonnance modificative en vertu du par. 17(4) de la *Loi de 1985 sur le divorce* n'avaient pas été remplies: (1992), 100 Sask. R. 211, 18 W.A.C. 211, 41 R.F.L. (3d) 107. C'est de ce jugement que l'appelante se pourvoit devant nous.

Les jugements

La Cour unifiée de la famille (1992), 98 Sask. R. 239

La requête en modification a été entièrement instruite à partir des affidavits et des documents produits par les parties. Le juge Carter a rédigé de brefs motifs à l'appui de sa décision d'accueillir la requête de l'appelante le 9 janvier 1992. Elle a conclu que l'appelante était à ce moment dans une situation déficitaire eu égard à ses obligations financières envers les enfants alors que l'intimé accusait un surplus mensuel. Elle a souligné que même en reconnaissant, comme le soutient l'intimé, que les parties avaient envisagé la hausse de revenu au moment de la négociation de la convention, le revenu actuel de l'intimé [TRADUCTION] «excède de beaucoup» le salaire prévu et qu'«il est bien établi en droit que le tribunal n'est pas lié par les accords concernant l'entretien des enfants»

child support order from \$450 per month per child to \$850 per month per child, with spousal support left at \$700 per month.

Court of Appeal (1992), 100 Sask. R. 211 (Vancise, Cameron and Lane J.J.A.)

On appeal to the Court of Appeal, Vancise J.A. for the court held that a variation of an order made pursuant to a divorce judgment can only be granted where there is a change of circumstances under s. 17(4) of the *Divorce Act*, which would include a "change in circumstances of the parties or of the means and needs of the children". In the court's view, courts should only interfere with such an order as made by the trial judge if the "reasons contain material error, including significant misapprehension of the evidence or having been wrong in principle" (p. 213). Upon examining the reasons of the chambers judge, the Court of Appeal concluded that Carter J. had committed a serious error in principle by looking only to the respondent's income without first inquiring as to whether there had been a material change in the children's needs and the parties' circumstances. Absent evidence as to a change in the children's circumstances and needs, given that their needs were supposed to have been adequately met at the time of the divorce incorporating the separation agreement, Vancise J.A. held that the threshold requirement of a change in circumstances had not been met in this case. As a consequence, the appeal was allowed and the appellant ordered to repay the sum of \$2,400, which the respondent had paid over and above the amount set by the divorce judgment as a result of Carter J.'s judgment, in monthly instalments of \$200, with costs against the appellant.

Relevant Statutory Provisions

Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)

15. ...

(2) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, make an order requiring

(p. 240). En conséquence, elle a modifié l'ordonnance, faisant passer la pension alimentaire des enfants de 450 \$ à 850 \$ par mois, et maintenant la pension destinée à l'épouse à 700 \$ par mois.

Cour d'appel (1992), 100 Sask. R. 211 (les juges Vancise, Cameron et Lane)

Au nom de la Cour d'appel, le juge Vancise a statué qu'il ne peut y avoir modification d'une ordonnance rendue à la suite d'un jugement de divorce que s'il survient un changement de situation suivant le par. 17(4) de la *Loi sur le divorce*, ce qui inclut [TRADUCTION] «un changement dans la situation des parties ou dans les ressources et les besoins des enfants». Selon la cour, les tribunaux ne devraient intervenir dans l'ordonnance prononcée par le juge de première instance que si [TRADUCTION] «les motifs comportent une erreur grave, notamment une méprise importante dans l'appréciation de la preuve ou une erreur de principe» (p. 213). Après examen des motifs du juge en chambre, la Cour d'appel a conclu que le juge Carter avait commis une erreur de principe grave en ne prenant en considération que le revenu de l'intimé sans d'abord se demander s'il était survenu un changement important dans les besoins des enfants et la situation des parties. Faute de preuve d'un changement dans la situation et les besoins des enfants, et étant donné que le jugement de divorce incorporant la convention de séparation était censé répondre adéquatement à ces besoins, le juge Vancise a conclu que l'exigence préliminaire d'un changement de situation n'avait pas été remplie en l'espèce. En conséquence, l'appel a été accueilli, la cour ordonnant à l'appelante de rembourser, en versements mensuels de 200 \$, la somme de 2 400 \$ que, par suite du jugement du juge Carter, l'intimé avait versée en sus de la somme fixée par le jugement de divorce, avec dépens contre l'appelante.

Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.)

15. ...

(2) Le tribunal compétent peut, sur demande des époux ou de l'un d'eux, rendre une ordonnance enjoin-

one spouse to secure or pay, or to secure and pay, such lump sum or periodic sums, or such lump sum and periodic sums, as the court thinks reasonable for the support of

- (a) the other spouse;
- (b) any or all children of the marriage; or
- (c) the other spouse and any or all children of the marriage.

(4) The court may make an order under this section for a definite or indefinite period or until the happening of a specified event and may impose such other terms, conditions or restrictions in connection therewith as it thinks fit and just.

(5) In making an order under this section, the court shall take into consideration the condition, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child of the marriage for whom support is sought, including

- (a) the length of time the spouses cohabited;
- (b) the functions performed by the spouse during cohabitation; and
- (c) any order, agreement or arrangement relating to support of the spouse or child.

(8) An order made under this section that provides for the support of a child of the marriage should

- (a) recognize that the spouses have a joint financial obligation to maintain the child; and
- (b) apportion that obligation between the spouses according to their relative abilities to contribute to the performance of the obligation.

17. (1) A court of competent jurisdiction may make an order varying, rescinding or suspending, prospectively or retroactively,

- (a) a support order or any provision thereof on application by either or both former spouses;

(3) The court may include in a variation order any provision that under this Act could have been included in the order in respect of which the variation order is sought.

gnant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments:

- a) de l'autre époux;
- b) des enfants à charge ou de l'un d'eux;
- c) de l'autre époux et des enfants à charge ou de l'un d'eux.

(4) La durée de validité de l'ordonnance rendue par le tribunal conformément au présent article peut être déterminée ou indéterminée ou dépendre d'un événement précis; l'ordonnance peut être assujettie aux modalités ou restrictions que le tribunal estime justes et appropriées.

(5) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal tient compte des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chacun des époux et de tout enfant à charge qui fait l'objet d'une demande alimentaire, y compris:

- a) la durée de la cohabitation des époux;
- b) les fonctions qu'ils ont remplies au cours de celle-ci;
- c) toute ordonnance, entente ou autre arrangement alimentaire au profit de l'époux ou de tout enfant à charge.

(8) L'ordonnance rendue pour les aliments d'un enfant à charge conformément au présent article vise:

- a) à prendre en compte l'obligation financière commune des époux de subvenir aux besoins de l'enfant;
- b) à répartir cette obligation entre eux en proportion de leurs ressources.

17. (1) Le tribunal compétent peut rendre une ordonnance qui modifie, suspend ou annule, rétroactivement ou pour l'avenir:

- a) une ordonnance alimentaire ou telle de ses dispositions, sur demande des ex-époux ou de l'un d'eux;

(3) Le tribunal peut assortir une ordonnance modificative des mesures qu'aurait pu comporter, sous le régime de la présente loi, l'ordonnance dont la modification a été demandée.

(4) Before the court makes a variation order in respect of a support order, the court shall satisfy itself that there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse or of any child of the marriage for whom support is or was sought occurring since the making of the support order or the last variation order made in respect of that order, as the case may be, and, in making the variation order, the court shall take into consideration that change.

(6) In making a variation order, the court shall not take into consideration any conduct that under this Act could not have been considered in making the order in respect of which the variation order is sought.

(8) A variation order varying a support order that provides for the support of a child of the marriage should

(a) recognize that the former spouses have a joint financial obligation to maintain the child; and

(b) apportion that obligation between the former spouses according to their relative abilities to contribute to the performance of the obligation. [Emphasis added.]

The Legislative and Social Context

The task of statutory interpretation requires that courts discover the intention of Parliament. In *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, this Court underlined the fact that an integral aspect of discovering Parliamentary intention is the precept that Parliament must be taken to be aware of the social and historical context in which it makes its intention known (p. 857). Interpretation and application of family law, especially the law of support, in a manner consistent with Parliamentary intention therefore implicitly require sensitivity to the social realities experienced by those most affected: *Moge*, *supra*, at p. 874.

The social context of divorce is an evolving concept. So, too, are our understandings of the economic consequences thereof. This Court has recognized the need to take these factors into account as background information for the exami-

(4) Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire, le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'un ou l'autre des ex-époux ou de tout enfant à charge pour qui des aliments sont ou ont été demandés, depuis le prononcé de l'ordonnance alimentaire ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci et, le cas échéant, tient compte du changement en rendant l'ordonnance modificative.

(6) En rendant une ordonnance modificative, le tribunal ne tient pas compte d'une conduite qui n'aurait pu être prise en considération lors du prononcé de l'ordonnance dont la modification a été demandée.

(8) L'ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire rendue au profit d'un enfant à charge vise:

a) à prendre en compte l'obligation financière commune des ex-époux de subvenir aux besoins de l'enfant;

b) à répartir cette obligation entre eux en proportion de leurs ressources. [Je souligne.]

Le contexte législatif et social

L'interprétation des lois oblige les tribunaux à rechercher l'intention du législateur. Dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, notre Cour a souligné l'importance, dans cette recherche, du précepte selon lequel le législateur est censé connaître le contexte social et historique dans lequel il manifeste son intention (p. 857). L'interprétation et l'application du droit de la famille, particulièrement en matière d'aliments, en conformité avec l'intention du législateur requièrent donc implicitement une sensibilité aux réalités sociales auxquelles sont confrontées les personnes les plus touchées: *Moge*, précité, à la p. 874.

Le contexte social du divorce n'est pas stationnaire. Il en est de même de notre compréhension de ses répercussions économiques. Notre Cour a reconnu la nécessité de tenir compte de cette toile de fond dans l'examen des objectifs de la Loi en

nation of spousal support objectives under the Act. Given the particularly vulnerable position of children both at and beyond divorce, the need to bring identical considerations to bear with respect to child support objectives is equally, if not more, pressing.

Moreover, although it may seem trite to say so, I cannot emphasize enough that family law statutes do not exist in a vacuum. Nor do the provisions governing child support in the *Divorce Act*. The Alberta Court of Appeal (*per curiam*) recently observed that the law of support depends on a “matrix of facts” (see *Levesque v. Levesque* (1994), 4 R.F.L. (4th) 375, at p. 394). How, within this matrix, can pivotal terms such as “need” be reliably interpreted and applied without regard to the greater social context in which “need” arises? Conscientious interpretation and, more importantly, application of statutory family law criteria cannot, in my mind, take place without consideration of both the language of the Act and the reality in which the Act operates.

Social science research and socio-economic data are longstanding judicial tools in both Canada and the United States. Since 1908, the Supreme Court of the United States has consistently referred to social science research and socio-economic data to either found or criticize rules of law. The judicial practice of both seeking out and taking notice of such research in order to formulate a more fully informed analysis of the law is now well established in that court (J. Monahan and L. Walker, “Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law” (1986), 134 *U. Pa. L. Rev.* 477, at fn 2).

Ever since the Legal Realist movement and Roscoe Pound’s theory of “sociological jurisprudence”, moreover, it has been recognized that the law does not operate above or in isolation from our other social institutions. The widely accepted distinction drawn by eminent scholars such as Kenneth Culp Davis between “adjudicative facts” — facts that pertain specifically to the case under con-

matière d’obligation alimentaire conjugale. Étant donné la situation particulièrement vulnérable des enfants au moment du divorce et après, des considérations identiques s’imposent en ce qui concerne leur soutien de façon tout aussi sinon plus pressante.

De plus, bien que cela puisse sembler un truisme, je ne saurais trop souligner que les lois régissant le droit de la famille n’existent pas dans l’abstrait. Non plus que les dispositions de la *Loi sur le divorce* régissant l’entretien des enfants. La Cour d’appel de l’Alberta (*per curiam*) a fait observer récemment que le droit alimentaire repose sur un [TRADUCTION] «faisceau de faits» (voir *Levesque c. Levesque* (1994), 4 R.F.L. (4th) 375, à la p. 394.) Comment, dans ce faisceau, peut-on légitimement interpréter et appliquer des termes clés comme «besoin» sans examiner le contexte global dans lequel le «besoin» s’inscrit? L’interprétation consciencieuse des critères législatifs en matière de droit de la famille et plus encore leur application ne peuvent, à mon avis, se faire sans prendre en considération à la fois le texte de la Loi et la réalité dans laquelle elle s’inscrit.

Les recherches en sciences sociales et les données socio-économiques font depuis longtemps partie des outils des tribunaux tant au Canada qu’aux États-Unis. Depuis 1908, la Cour suprême des États-Unis s’y réfère de façon constante tant pour rechercher le fondement des règles de droit que pour les soumettre à la critique. La pratique judiciaire consistant à colliger ces recherches et à en prendre connaissance d’office afin de mieux étayer l’analyse juridique, est maintenant bien établie dans cette cour. (J. Monahan and L. Walker, “Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law” (1986), 134 *U. Pa. L. Rev.* 477, note 2).

En outre, depuis l’école du réalisme juridique et la «théorie sociologique du droit» (sociological jurisprudence) de Roscoe Pound, il est reconnu que le droit n’est pas au-dessus des autres institutions sociales et qu’il n’existe pas en vase clos. La distinction largement reçue, établie par des juristes éminents tel Kenneth Culp Davis, entre «faits en litige» — se rapportant spécifiquement à l’espèce

sideration — and “legislative facts” — facts involved in decisions of law or policy — clearly demonstrates that law and society are inextricably interdependent, and that social facts constitute an integral part of the lawmaking process. Where social data and research are relevant to the creation of a rule of law, they take on a general character that goes far beyond the specific context in which they have been raised. They are part and parcel of the rule of law which they help to substantiate. In effect, they constitute part of the authority upon which that rule of law is founded. As such, the concept of jurisprudential social authority is intrinsic to the notion of jurisprudence itself. Intrinsic to jurisprudence, in turn, is the power and, to some extent, responsibility, of the court to actively inform itself of authority that will aid it in evaluating the merits of the legal arguments before it and in ultimately reaching its legal conclusions. The judiciary’s long-recognized function as a policy finder sometimes compels it to consider social authority even when the parties do not, themselves, present relevant evidence on relevant questions of public policy: G. Perry and G. Melton, “Precedential Value of Judicial Notice of Social Facts: *Parham* as an Example” (1983-84), 22 *J. Fam. L.* 633, at p. 642. In the vast majority of circumstances, judges are perfectly capable of formulating at least a workable understanding of such information, of dealing with it critically, and of assigning it the appropriate weight in their deliberations: Monahan and Walker, “Social Authority”, *supra*, at pp. 508-12.

Even where a rule of law is not itself at issue, it has been recognized that social research can still greatly aid a court by illuminating the social framework in which the facts of the particular case are to be adjudicated. The pressing social authority component of such a framework recommends a jurisprudential approach that is in many respects similar to that accorded to social authority. Walker and Monahan, “Social Frameworks: A New Use of Social Science in Law” (1987), 73 *Va. L. Rev.* 559;

en cause — et «faits législatifs» — intervenant dans des décisions de droit ou de politique générale — démontre clairement que le droit et la société entretiennent des liens d’interdépendance inextricables et que les faits sociaux font partie intégrante du processus d’élaboration des lois. Lorsqu’elles sont pertinentes dans la création d’une règle de droit, les données et les recherches sociales revêtent un caractère général qui va bien au-delà du contexte précis dans lequel celles-ci ont été utilisées. Elles deviennent une partie constitutive de la règle de droit qu’elles contribuent à étayer. De fait, elles représentent une partie des sources dont cette règle de droit tire son autorité. À ce titre, la théorie selon laquelle les sciences sociales ont valeur d’autorité en droit est intrinsèque à la notion même de science du droit. Sont à leur tour intrinsèques à la science du droit le pouvoir et, dans une certaine mesure, la responsabilité du tribunal d’acquérir la connaissance des sources qui l’aideront à apprécier le bien-fondé des arguments juridiques qui lui sont présentés et à en tirer, en dernier ressort, ses conclusions de droit. Le rôle bien établi des tribunaux comme juges de l’intérêt public les amène parfois à puiser dans les données des sciences sociales lors même que les parties n’ont pas présenté de preuve pertinente sur des questions pertinentes de politique générale: G. Perry et G. Melton, «Precedential Value of Judicial Notice of Social Facts: *Parham* as an Example» (1983-84), 22 *J. Fam. L.* 633, à la p. 642. Dans la grande majorité des cas, les juges sont parfaitement capables d’acquérir à tout le moins une compréhension pratique de ces données, d’y porter un regard critique et de leur attribuer le poids approprié dans leurs délibérations. Monahan et Walker, «Social Authority», *loc. cit.*, aux pp. 508 à 512.

Même lorsqu’aucune règle de droit n’est en litige, il est admis que les études sociales peuvent néanmoins grandement aider le tribunal à éclairer le cadre social dans lequel s’insèrent les faits de l’espèce. La nécessité impérative, dans ce cas, de faire appel aux sciences sociales commande une démarche théorique analogue en plusieurs points à la démarche adoptée eu égard aux autorités sociales. Walker et Monahan, «Social Frameworks: A New Use of Social Science in Law»

Monahan and Walker, "Judicial Use of Social Science Research" (1991), 15 *Law & Hum. Behav.* 571. The broader the issue, the more likely the facts of the individual case will not suffice, alone, as the basis for a decision. Perry & Melton, *supra*.^a This observation explains, in part, why courts commonly resort to independently culled social authority in the context of constitutional questions, but does not preclude that similar methodology be brought to bear in non-constitutional contexts where broad issues of public policy nonetheless come to bear. Aspects of family law, because of its largely prospective nature and because of the profound impact upon both individuals and, more generally, public attitudes towards the institution of the family, fall squarely within this rubric.^b

In the course of *Charter* interpretations, this Court has often taken judicial notice of reliable social research and socio-economic data in order to assist its contextual s. 1 analysis of a rights violation: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 804 (*per* La Forest J.); *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577 (*per* L'Heureux-Dubé J., dissenting); *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865, at pp. 881-83. In the words of my colleague La Forest J. in *Edwards Books*, *supra*, at p. 802:^c

... I do not accept that in dealing with broad social and economic facts such as those involved here the Court is necessarily bound to rely solely on those presented by counsel. The admonition in *Oakes* and other cases to present evidence in *Charter* cases does not remove from the courts the power, where it deems it expedient, to take judicial notice of broad social and economic facts and to take the necessary steps to inform itself about them.^d

Moreover, in cases involving human rights legislation, it has drawn its interpretation of the meaning of statutory terms from the social environment in which those terms are made meaningful: *Brooks v.*

(1987), 73 *Va. L. Rev.* 559; Monahan et Walker, «Judicial Use of Social Science Research» (1991), 15 *Law & Hum. Behav.* 571. Plus vaste est la question, plus grande est en effet la probabilité que les faits de l'espèce ne suffiront pas à étayer une décision. Perry & Melton, *loc. cit.*. Cette observation explique en partie pourquoi les tribunaux ont couramment recouru à des études répertoriées de façon indépendante dans le contexte de questions constitutionnelles, mais elle n'exclut pas l'utilisation de cette méthodologie dans des contextes non constitutionnels où sont néanmoins en jeu des questions générales d'intérêt public. À plusieurs égards, le droit de la famille se prête parfaitement à cette démarche en raison de son caractère largement prospectif et de ses profondes répercussions sur les attitudes des individus et du public en général envers l'institution de la famille.^e

Dans le cadre de l'interprétation de la *Charte*, notre Cour a souvent pris connaissance d'office d'études sociales et de données socio-économiques sérieuses afin d'orienter son analyse contextuelle de la violation de droits en regard de l'article premier: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 804 (le juge La Forest); *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577 (le juge L'Heureux-Dubé, dissidente); *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865, aux pp. 881 à 883. Comme le dit mon collègue le juge La Forest dans l'arrêt *g Edwards Books*, précité, à la p. 802:^f

... je n'accepte pas qu'en traitant de faits socio-économiques généraux comme ceux qui sont en cause en l'espèce, la Cour soit nécessairement obligée de s'en remettre uniquement à ceux présentés par les avocats. L'avertissement, dans l'arrêt *Oakes* et dans d'autres arrêts, de produire des éléments de preuve dans les affaires qui relèvent de la *Charte*, n'enlève pas aux tribunaux le pouvoir qu'ils ont, lorsqu'ils le jugent opportun, de prendre connaissance d'office de certains faits socio-économiques généraux et de prendre les mesures nécessaires pour s'informer à leur sujet.^g

Qui plus est, en matière de droits de la personne, la Cour a tiré son interprétation des textes législatifs de l'environnement social dans lequel ceux-ci prennent leur sens: *Brooks c. Canada Safeway*

Canada Safeway Ltd., [1989] 1 S.C.R. 1219; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252. All of these cases are examples in which the Court approached the law from a contextual rather than abstract perspective, and on a practical rather than theoretical level: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1356 (*per* Wilson J.) and at p. 1381 (*per* La Forest J., dissenting in part).

Social authority can be an indispensable element to this approach and this Court has accepted its value in non-constitutional contexts which nonetheless raise broad questions of public policy. This Court has, for instance, on several occasions in cases involving the interpretation of criminal law, other statutes, and the common law recognized the usefulness of social science research and judicial notice of social context in debunking myths and exposing stereotypes and assumptions which desensitize the law to the realities of those affected by it: *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 3, at pp. 27-32; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554 (*per* L'Heureux-Dubé J., dissenting); *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at p. 763; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at pp. 133-34; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864. It has used social context to help define the requisite elements of an offence: *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at p. 816 (*per* Cory J.). It has relied on personal knowledge gained through practice as a trial judge to take notice of problems involving directed verdicts: *R. v. Rowbotham*, [1994] 2 S.C.R. 463, at p. 465.

In a similar vein, this Court has taken judicial notice of documents gathered independently for the purposes of assessing the nature and historical context of a treaty. The justification offered by Lamer J. (as he then was), speaking for the entire Court, in *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1050, is quite apposite:

I am of the view that all the documents to which I will refer, whether my attention was drawn to them by the

Ltd., [1989] 1 R.C.S. 1219; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252. Dans tous ces cas, la Cour a abordé la règle de droit dans une perspective contextuelle et non dans l'abstrait, d'un point de vue pratique et non d'un point de vue théorique. *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1356 (le juge Wilson) et à la p. 1381 (le juge La Forest, dissident en partie).

Le recours aux sciences sociales comme autorités peut se révéler un élément indispensable de cette démarche et notre Cour a reconnu sa valeur dans des contextes non constitutionnels où sont néanmoins soulevées des questions générales d'intérêt public. Ainsi, à plusieurs reprises dans des affaires mettant en cause l'interprétation du droit criminel, de diverses lois et de la common law, notre Cour a reconnu l'utilité des recherches en sciences sociales et de la connaissance d'office du contexte social pour détruire les mythes et exposer les stéréotypes et les postulats qui éloignent le droit de la réalité des personnes qu'il régit: *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 3, aux pp. 27 à 32; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554 (le juge L'Heureux-Dubé, dissidente); *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, à la p. 763; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, aux pp. 133 et 134; *R. c. Chartrand* [1994] 2 R.C.S. 864. Elle s'est référée au contexte social pour définir les éléments requis d'une infraction: *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, à la p. 816 (le juge Cory). Elle s'en est remise à l'expérience personnelle acquise dans l'exercice des fonctions de juge de première instance pour prendre connaissance de problèmes touchant les verdicts imposés: *R. c. Rowbotham*, [1994] 2 R.C.S. 463, à la p. 465.

Dans la même veine, notre Cour a pris connaissance d'office de documents colligés de façon indépendante aux fins d'apprécier la nature d'un traité et son contexte historique. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef), au nom de l'ensemble de la Cour, a offert une explication pertinente dans *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la p. 1050:

Je considère que tous les documents auxquels je ferai référence, que mon attention y ait été attirée par l'inter-

intervener or as a result of my personal research, are documents of a historical nature which I am entitled to rely on pursuant to the concept of judicial knowledge. As Norris J.A. said in *White and Bob* (at p. 629):

The Court is entitled “to take judicial notice of the facts of history whether past or contemporaneous” as Lord du Parc said in *Monarch Steamship Co., Ltd. v. Karlshamns Oljefabriker (A/B)*, [1949] A.C. 196 at p. 234, [1949] 1 All E.R. 1 at p. 20, and it is entitled to rely on its own historical knowledge and researches, *Read v. Bishop of Lincoln*, [1892] A.C. 644, Lord Halsbury, L.C., at pp. 652-4.

The documents I cite all enable the Court, in my view, to identify more accurately the historical context essential to the resolution of this case. [Emphasis added.]

As much as historical context constitutes relevant authority to the interpretation of historical documents, contemporary social context constitutes relevant authority to interpreting the mischief that Parliament sought to address by way of statute, and therefore to present-day statutory interpretation.

By the remarks above, I do not mean to say that a judge’s power to take notice of social authority relevant to legal interpretation should be untrammelled. I share my colleague’s concern that this power be exercised prudently by judges and that, where feasible, the parties should be accorded the opportunity to comment if the matter is susceptible to dispute. I do not feel that such cautions should preclude me in the present case, however, from taking note of two general facts which are, in my opinion, totally beyond dispute — the significant level of poverty amongst children in single parent families and the failure of courts to contemplate hidden costs in their calculation of child support awards. Drawing upon these factors should not be taken to imply that the context itself determines this Court’s decision as to the law. Rather, contemplation of these factors ensures that this Court’s decisions will address and interpret the law placed within its social context. This approach was most recently endorsed in *Marzetti v. Marzetti*, [1994] 2 S.C.R. 765, by Iacobucci J., speaking for this

venante ou à la suite de mes recherches personnelles, sont des documents de nature historique sur lesquels je suis autorisé à me fonder en vertu de la notion de connaissance judiciaire. Comme le disait le juge Norris dans *White and Bob* (à la p. 629):

[TRANSDUCTION] La cour a le droit de «prendre connaissance d’office des faits historiques passés ou contemporains» comme l’a dit lord du Parc dans l’arrêt *Monarch Steamship Co., Ltd. v. Karlshamns Oljefabriker (A/B)*, [1949] A.C. 196, à la p. 234, [1949] All E.R. 1 à la p. 20, et a le droit de se fonder sur sa propre connaissance de l’histoire et sur ses recherches, *Read v. Bishop of Lincoln*, [1892] A.C. 644, le lord chancelier Halsbury, aux pp. 652 à 654.

Les documents que je cite nous permettent tous, à mon avis, d’identifier avec plus de précision la réalité historique essentielle à la résolution du présent litige. [Je souligne.]

De même que le contexte historique constitue une source pertinente pour l’interprétation de documents historiques, le contexte social contemporain constitue une source pertinente pour l’interprétation de la situation que le législateur cherchait à réformer par voie législative et, partant, pour l’interprétation actuelle des lois.

À partir de ces remarques, je n’entends pas dire que le pouvoir du juge de prendre connaissance des autorités sociales pertinentes quant à l’interprétation de la loi devrait s’exercer sans entrave. Je partage la préoccupation de mon collègue en ce qui concerne la prudence dont les juges doivent faire preuve dans l’exercice de ce pouvoir et la possibilité que devraient avoir les parties, lorsque cela est faisable, de faire valoir leurs observations si la question porte à controverse. En l’espèce, toutefois, j’estime que cette mise en garde ne saurait me priver de noter deux faits de nature générale, à mon avis tout à fait incontestables — le fort taux de pauvreté chez les enfants de familles monoparentales et l’omission des tribunaux de tenir compte des coûts cachés dans le calcul des aliments destinés aux enfants. La prise en considération de ces facteurs ne doit pas donner à entendre que c’est le contexte en soi qui détermine la décision de notre Cour quant au droit. Cette prise en considération fait plutôt en sorte que les décisions de notre Cour se fondent sur une analyse et une

Court, who considered social reality to be relevant to his interpretation of a provision of the *Bankruptcy Act* (at p. 801):

Moreover, there are related public policy goals to consider. As recently recognized by L'Heureux-Dubé J. in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, "there is no doubt that divorce and its economic effects" (p. 854) are playing a role in the "feminization of poverty" (p. 853). A statutory interpretation which might help defeat this role is to be preferred over one which does not. [Emphasis added.]

I most heartily agree.

The impact of the *Charter* on judicial law- and policy-making provides further support for the acceptance and consideration by courts of independently obtained social authority. It has been firmly established by this Court that statutory interpretations consistent with values embodied in the *Charter* must be given preference over interpretations which would run contrary to *Charter* values: *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 558; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078. Given the profound economic impact on the parties that may follow from differing interpretations of the *Divorce Act*'s support provisions, it follows that in the present case, as it did in *Moge, supra*, this Court should seek to assure itself that its preferred interpretation is consistent with *Charter* values of substantive equality rather than with the values of formal equality which preceded this Court's comments on s. 15 of the *Charter* in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, and at numerous subsequent instances. Specifically, an interpretation of the *Divorce Act* provisions relating to support and its variation that is sensitive to equality of result as between the spouses must be preferred to an approach that only contemplates equality of treatment and whose effect may be to discriminate by reason of sex. By this, I do not mean to imply that family law sup-

interprétation du droit ancré dans son contexte social. Cette façon de voir a été dernièrement énoncée dans l'arrêt *Marzetti c. Marzetti*, [1994] 2 R.C.S. 765, par le juge Iacobucci qui, s'exprimant au nom de la Cour, a considéré la réalité sociale comme un élément pertinent de son interprétation d'une disposition de la *Loi sur la faillite* (à la p. 801):

Il faut aussi prendre en considération des objectifs connexes d'ordre public. Comme l'a reconnu récemment le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, «[i]l n'y a pas de doute [...] que le divorce et ses répercussions économiques» (p. 854) jouent un rôle dans la «féminisation de la pauvreté» (p. 853). Une interprétation de la loi susceptible de contribuer à faire disparaître ce rôle est préférable à une interprétation qui ne l'est pas. [Je souligne.]

J'abonde dans ce sens.

Les répercussions de la *Charte* sur le droit et l'élaboration des politiques judiciaires viennent renforcer la reconnaissance et l'examen par les tribunaux de sources sociales obtenues de façon indépendante. Il a été fermement établi par notre Cour que les interprétations législatives conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte* doivent être préférées aux interprétations qui seraient incompatibles avec ces valeurs. *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513 à la p. 558; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078. Étant donné les incidences économiques profondes que des interprétations divergentes des dispositions de la *Loi sur le divorce* en matière d'aliments sont susceptibles d'avoir sur les parties, il s'ensuit qu'en l'espèce, comme dans l'arrêt *Moge*, précité, notre Cour doit s'assurer que l'interprétation qu'elle privilégie est conforme aux valeurs d'égalité matérielle plutôt que formelle qui sous-tendent ses commentaires sur l'art. 15 de la *Charte* dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, de même que dans plusieurs autres arrêts subséquents. De façon plus particulière, une interprétation des dispositions de la *Loi sur le divorce* visant les aliments et leur modification qui est sensible à l'égalité de résultat entre les conjoints doit être préférée à une approche qui ne tient compte que de l'égalité de traitement et qui peut avoir un effet discrimina-

port provisions should be interpreted so as to right singlehandedly the systemic and structural inequalities that contribute to spouses' economic difficulties following marital breakup. I do stress, however, that it is important that statutory provisions be interpreted in such a way as not to contribute to that inequality in a way that is contrary to the values of substantive equality embodied in our *Charter*.

An assessment of whether a particular interpretation of a statute is consistent with these *Charter* values necessitates a contextual approach which contemplates the social framework in which the Act operates. Interpretation consistent with the values of substantive equality espoused by the *Charter* requires that both words and results be contemplated. Both under the *Charter* and in the interpretation of provincial human rights statutes, this Court has firmly pronounced that a finding of discrimination hinges upon the effect of a given action or policy: *Andrews, supra*; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536.

This Court's interpretation of ss. 15(5), 15(8), 17(5) and 17(8) of the Act must be consistent with those values. With regard to Iacobucci J.'s cautionary statement in *Symes, supra*, that interpretation consistent with the *Charter* should not displace a clear parliamentary intent, I can only say that the parliamentary intent in the present case is far from unambiguous. Indeed, the significant level of judicial confusion over the appropriate approach with respect to child support and its variation amply demonstrates the ambiguity of these provisions. Only by looking to social context can this Court meaningfully interpret what is meant in ss. 15(5) and 17(5) of the Act by the open-ended reference to "condition, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child of the marriage", and assess what is truly at stake by way of the "best interests of the child", as required by s. 17(5). Acknowledgement of the alarming level of poverty amongst children in single parent families

toire eu égard au sexe. En cela, je ne veux pas dire qu'il faille interpréter les dispositions relatives aux aliments comme si elles pouvaient à elles seules redresser les inégalités systémiques et structurelles qui s'ajoutent aux difficultés économiques des conjoints à la suite de l'échec du mariage. J'insiste toutefois sur l'importance d'interpréter les dispositions de la loi de telle sorte qu'elles ne contribuent pas à cette inégalité de manière contraire aux valeurs d'égalité matérielle consacrées dans notre *Charte*.

Pour déterminer si une interprétation donnée d'un texte législatif est conforme aux valeurs de la *Charte*, il faut adopter une démarche contextuelle qui tienne compte du cadre social dans lequel s'inscrit la Loi. Une interprétation conforme aux valeurs d'égalité matérielle consacrées dans la *Charte* requiert l'examen des mots et des résultats. Tant en regard de la *Charte* qu'en regard des lois provinciales protégeant les droits de la personne, notre Cour a fermement établi que l'existence d'une discrimination dépend de l'effet d'une mesure ou d'une politique donnée: *Andrews, précité*; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536.

Les paragraphes 15(5), 15(8), 17(5) et 17(8) de la Loi doivent recevoir de notre Cour une interprétation conforme à ces valeurs. Pour ce qui est de la mise en garde du juge Iacobucci dans l'arrêt *Symes, précité*, selon laquelle une interprétation conforme à la *Charte* ne saurait supplanter l'intention manifeste du législateur, je dirai simplement que l'intention du législateur est ici loin d'être dépourvue d'ambiguïté. De fait, la confusion répandue parmi les tribunaux quant à l'approche qu'il convient d'adopter en matière d'ordonnances alimentaires au profit des enfants et de modification de ces ordonnances démontre amplement l'ambiguïté de ces dispositions. Ce n'est que par un examen du contexte social que notre Cour peut donner une interprétation juste des termes non définis employés aux par. 15(5) et 17(5) de la loi, «des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chacun des époux et de tout enfant à charge», et apprécier ce que met réelle-

informs (but does not dictate) my interpretation of these contextually sensitive terms. Furthermore, only by looking to social context can this Court appreciate the true character of the “joint financial obligation to maintain the child” in the requirement in ss. 15(8) and 17(8) that courts “apportion that obligation between the former spouses according to their relative abilities”. As I point out below, courts’ failure to consider hidden costs in this equation indicates a failure to appreciate and interpret these terms in light of indisputable social reality.

Since drafting this opinion, I have read the reasons of my colleague Justice Sopinka. With respect, for the reasons above, I cannot agree that the sections of the *Divorce Act* at issue in the present appeal should be interpreted without regard to their social context, and without consideration of the indisputable social realities in which the Act operates. Consequently, I prefer not to confine myself to “ordinary” rules of statutory construction in seeking the proper interpretation and application of the legislation at issue. The capacity of “ordinary” rules of statutory construction to bring us to the same conclusion, as did my colleague in this particular case, is more fortuitous than probative of their actual worth, and certainly less reliable. Simply put, the “ordinary” rules of statutory interpretation favoured by my colleague do not give adequate consideration to the degree to which a particular interpretation is consistent with *Charter* values. Although the “ordinary” rules of statutory interpretation are time-tested and certainly worthy of respect, we cannot allow them to lead us, unquestioning, down a garden path which risks sidestepping or undermining the *Charter*.

ment en jeu «l’intérêt de l’enfant», comme l’exige le par. 17(5). Le fait de reconnaître l’existence d’un taux alarmant de pauvreté chez les enfants de familles monoparentales éclaire (sans la dicter) mon interprétation de ces termes contextuellement sensibles. De plus, ce n’est qu’en examinant le contexte social que notre Cour peut apprécier la nature véritable de «l’obligation financière commune des ex-époux de subvenir aux besoins de l’enfant», compte tenu de l’exigence, imposée aux tribunaux aux par. 15(8) et 17(8), de «répartir cette obligation entre eux en proportion de leurs ressources». Comme je le souligne plus loin, l’omission des tribunaux de comptabiliser les coûts cachés dans cette équation trahit leur omission d’apprécier et d’interpréter ces termes en regard d’une réalité sociale incontestable.

d

Après avoir rédigé cette opinion, j’ai lu les motifs de mon collègue le juge Sopinka. En toute déférence, pour les motifs qui précèdent, je ne saurais accepter que les dispositions de la *Loi sur le divorce* en cause dans ce pourvoi soient interprétées sans égard à leur contexte social et sans considération des réalités sociales incontestables dans lesquelles s’insère la Loi. Par conséquent, je préfère ne pas me confiner aux règles «ordinaires» d’interprétation des lois pour déterminer l’interprétation qu’il convient de donner à la loi ici en cause et l’application qu’il convient d’en faire. Le fait que les règles «ordinaires» d’interprétation des lois aient conduit à une conclusion identique à celle de mon collègue en l’espèce est un résultat plus fortuit que probant quant à la valeur réelle de ces règles, et assurément moins fiable. En termes simples, les règles «ordinaires» d’interprétation des lois que favorise mon collègue ne tiennent pas suffisamment compte de la mesure dans laquelle une interprétation donnée est conforme aux valeurs véhiculées par la *Charte*. Bien que les règles «ordinaires» d’interprétation des lois aient subi l’épreuve du temps et soient incontestablement dignes de respect, nous ne pouvons permettre qu’elles nous engagent, sans discussion, dans une voie qui risque de s’écarter de la *Charte* ou d’en miner l’importance.

Thus, before examining the question of variation of child support specifically, it is provident to contemplate the rationale underlying child support, the costs of raising children, the present economic state of children following divorce and the variation of separation agreements generally.

A. General Principles Applicable to Child Support

Support of children of divorced parents is governed by s. 15 of the *Divorce Act*, reproduced in part earlier. Pursuant to s. 15(8), the objective of such an order is to recognize the former spouses' joint financial obligation to the children and to apportion that obligation between the former spouses according to their relative abilities to contribute to such support. This objective was emphasized in *Divorce Law in Canada: Proposals for Change* by the Department of Justice, Canada (1984), when discussing the reform of the *Divorce Act*, at p. 23:

Both parents share the responsibility to support their children; but when determining how much each parent should contribute, the financial resources and needs of both parents, and of the children, should be considered.

These general objectives of child support had previously been examined in detail by Kelly J.A. of the Ontario Court of Appeal in *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130. The *ratio* of this decision, which has become known as the "Paras formula", suggests that a court calculate the appropriate quantum of child support by, firstly, arriving at a sum which would be adequate to care for, support and educate the children and, secondly, dividing this sum in proportion to the respective incomes and resources of the parents. This formula has subsequently been used as a guideline for the determination of the amount of child support payable by a spouse after separation or divorce. Although the formula was defined with respect to interim support, it has subsequently been held applicable to permanent orders (*Payne on Divorce* (3rd ed.

Aussi, avant d'analyser de façon spécifique la question de la modification de la pension alimentaire accordée aux enfants, est-il prudent d'examiner les principes sous-tendant l'octroi d'aliments aux enfants, les coûts de leur éducation, la situation économique dans laquelle ils se trouvent après un divorce et la modification des conventions de séparation en général.

A. Principes généraux en matière de prestation alimentaire au profit des enfants

La question des aliments accordés aux enfants de parents divorcés est régie par l'art. 15 de la *Loi sur le divorce* reproduit en partie précédemment. Aux termes du par. 15(8), l'ordonnance alimentaire vise à tenir compte de l'obligation financière commune des ex-époux envers leurs enfants et à répartir cette obligation entre eux en proportion de leurs ressources. Cet objectif a été mis en relief dans le rapport du ministère de la Justice du Canada concernant la réforme de la *Loi sur le divorce* intitulé *Propositions de réforme du droit du divorce au Canada* (1984), à la p. 23:

Il revient aux deux parents d'assurer l'entretien des enfants; lorsqu'il s'agit d'établir la part de chaque parent, les ressources financières et les besoins des deux parents, et des enfants, devraient entrer en ligne de compte.

Ces objectifs généraux que vise la prestation alimentaire pour enfants avaient auparavant fait l'objet d'une analyse détaillée du juge Kelly de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130. Suivant la *ratio* de cet arrêt, connue sous le nom de «formule Paras», le tribunal calcule le montant approprié de la pension de l'enfant en fixant, premièrement, la somme qui permettrait d'assurer adéquatement les soins et l'éducation des enfants, puis deuxièmement en divisant cette somme proportionnellement aux ressources et aux revenus respectifs des parents. Cette formule a subséquemment servi de principe directeur en matière de fixation des aliments qu'un époux doit verser aux enfants après la séparation ou le divorce. Bien qu'elle ait été établie à l'égard d'une ordonnance alimentaire provisoire, elle a par

1993), at p. 92). Moreover, although *Paras* is certainly a valuable guideline, courts have found that the formula should not be applied rigidly, especially in cases where there is a significant disparity of income or where the income of one of the spouses is near subsistence level (see Payne, *supra*, at pp. 92-93 and accompanying notes; Rogerson, "Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part II)" (1991), 7 *C.F.L.Q.* 271, at pp. 280-85). In my view, even when the income of one of the parties is not so low as to approach subsistence levels, the court should nonetheless strongly consider the approach taken in, amongst others, *Murray v. Murray* (1991), 35 R.F.L. (3d) 449 (Alta. Q.B.). (See, also, *Stunt v. Stunt* (1990), 30 R.F.L. (3d) 353 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), *contra*, *Levesque v. Levesque*, *supra*.) Namely, the court should deduct from each party's total income a sum needed to achieve subsistence, in order to arrive at a more realistic assessment of the respective incomes available for child support.

Beyond the general principles established by the *Divorce Act* and the jurisprudence which has developed around the *Paras* formula, it has also generally been acknowledged that children's needs ought to be given priority over those of parents when determining support (*King v. King* (1990), 25 R.F.L. (3d) 338 (N.S.S.C.T.D.)) and that payors must put child care payments before car payments, high mortgage payments, entertainment, tobacco, alcohol, recreation, vacation savings and debts (*Murray, supra*, *Northcut v. Ruppel* (1989), 21 R.F.L. (3d) 195 (Man. Q.B.), and *Mitchell v. Mitchell* (1988), 18 R.F.L. (3d) 206 (Sask. Unif. Fam. Ct.)). When assessing the parents' respective abilities to contribute to child support, all of their assets should be considered as well as the cost of the non-financial contributions of the custodial parent (*Oakley v. Oakley* (1990), 260 A.P.R. 266 (Nfld. Unif. Fam. Ct.)). A spouse's obligations to a new family cannot sever any obligation to the first

la suite été jugée applicable en matière d'ordonnance permanente (*Payne on Divorce* (3rd ed. 1993), à la p. 92). Toutefois, si l'arrêt *Paras* fournit assurément un principe directeur valable, les tribunaux ont estimé que la formule ne devait pas être appliquée de façon rigide, particulièrement dans les cas où il existe une disparité importante dans les revenus ou lorsque le revenu de l'un des époux avoisine le seuil de subsistance (voir Payne, *op. cit.*, aux pp. 92 et 93 et les notes correspondantes; Rogerson, «Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985* (Part II)» (1991), 7 *C.F.L.Q.* 271, aux pp. 280 à 285.) À mon avis, même dans le cas où le revenu de l'une des parties n'avoisine pas le niveau de subsistance, le tribunal devrait néanmoins prendre fortement en considération le point de vue adopté, entre autres, dans l'arrêt *Murray c. Murray* (1991), 35 R.F.L. (3d) 449 (B.R. Alb.). (Voir également *Stunt c. Stunt* (1990), 30 R.F.L. (3d) 353 (C. Ont. (Div. gén.)), *contra*, *Levesque c. Levesque*, précité.) C'est-à-dire que le tribunal devrait déduire du revenu total de chaque partie la somme nécessaire à la subsistance afin d'arriver à une appréciation plus réaliste de la part des revenus respectifs pouvant être consacrée à l'entretien des enfants.

Par delà les principes généraux établis par la *Loi sur le divorce* et la jurisprudence qui s'est développée autour de la formule *Paras*, il est aussi généralement reconnu, qu'aux fins de la fixation de la prestation alimentaire, il faut donner priorité aux besoins des enfants sur ceux des parents (*King c. King* (1990), 25 R.F.L. (3d) 338 (C.S.N.-É. 1^{re} inst.)) et que les débiteurs doivent faire passer les paiements destinés aux soins des enfants avant les paiements sur les voitures, une importante hypothèque, les divertissements, le tabac, l'alcool, les loisirs, l'épargne-vacances et les dettes (*Murray, précité*, *Northcut c. Ruppel* (1989), 21 R.F.L. (3d) 195 (B.R. Man.), et *Mitchell c. Mitchell* (1988), 18 R.F.L. (3d) 206 (C.U.F. Sask.)). Dans l'évaluation des ressources respectives des parents, tous leurs avoirs doivent être pris en considération ainsi que le coût de la contribution non financière du parent ayant la garde (*Oakley c. Oakley* (1990), 260 A.P.R. 266 (C.U.F. T.-N.)). Les obligations que

family and, finally, as was set out by the court in *Conroy v. Conroy* (1977), 1 R.F.L. (2d) 193 (Ont. H.C.), an adequate amount of child support cannot necessarily be determined by what was usually spent on the children, given that this may have been too low or restricted by the availability of income. The needs of children should reflect, to the extent practicable, the standard of living enjoyed during cohabitation. If this scenario is not possible, then the children's standard of living should not fall significantly lower than that enjoyed by the noncustodial parent.

While discretion is, in my view, essential for justice to be rendered on a case-by-case basis given the infinite variety of scenarios involving children and their parents, the real costs associated with bringing up children may not be recognized in many cases and, as a consequence, changes to the means, needs or circumstances of the parties or children may not be properly accommodated. A contextual and broad-based approach to both original and variation of child support orders, which considers the many factors that guide the determination of child support, is therefore necessary. In fact, consistent underestimation of the costs of raising a child, a problem that is currently becoming well-recognized and that I discuss below, is a difficulty common to both original and variation of child support orders.

The circumstances to be taken into account in determining the quantum of child support are those enumerated in ss. 15(5) and 15(8) of the Act:

(5) In making an order under this section, the court shall take into consideration the condition, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child of the marriage for whom support is sought, including

(a) the length of time the spouses cohabited;

contracte un époux envers une nouvelle famille ne font cesser aucune obligation envers la première famille et, enfin, selon l'arrêt *Conroy c. Conroy* (1977), 1 R.F.L. (2d) 193 (H.C. Ont.), la pension pour enfants n'est pas nécessairement déterminée par la somme qui leur était habituellement consacrée, étant donné qu'il peut s'agir d'une somme trop faible ou réduite à cause du revenu disponible. Les besoins des enfants devraient refléter, dans la mesure du possible, le niveau de vie dont ils jouissaient pendant la cohabitation. Lorsque cela s'avère impossible, le niveau de vie des enfants ne devrait pas être sensiblement inférieur à celui dont jouit le parent non gardien.

Bien que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire reste essentiel, à mon avis, pour que justice soit rendue dans chaque cas étant donné l'infinie variété des situations dans lesquelles se trouvent les enfants et leurs parents, il se peut que, dans de nombreux cas, le coût réel d'entretien des enfants ne soit pas reconnu et, qu'en conséquence, il ne soit pas adéquatement tenu compte des changements survenus dans les ressources, les besoins ou la situation générale des parties ou des enfants. Aussi, tant en matière d'ordonnance alimentaire initiale que d'ordonnance modificative, convient-il de procéder à une vaste analyse contextuelle qui tienne compte des nombreux facteurs qui régissent la détermination des aliments destinés aux enfants. De fait, la sous-estimation générale des coûts liés à l'entretien et à l'éducation des enfants, problème de plus en plus reconnu et que j'aborde plus loin, est commune à l'ordonnance alimentaire initiale et à l'ordonnance modificative au profit des enfants.

Les circonstances dont il faut tenir compte dans la fixation du montant de la pension alimentaire des enfants sont énumérées aux par. 15(5) et 15(8) de la Loi:

(5) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal tient compte des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chacun des époux et de tout enfant à charge qui fait l'objet d'une demande alimentaire, y compris:

a) la durée de la cohabitation des époux;

(b) the functions performed by the spouse during cohabitation; and

(c) any order, agreement or arrangement relating to support of the spouse or child.

b) les fonctions qu'ils ont remplies au cours de celle-ci;

c) toute ordonnance, entente ou autre arrangement alimentaire au profit de l'époux ou de tout enfant à charge.

(8) An order made under this section that provides for the support of a child of the marriage should

(a) recognize that the spouses have a joint financial obligation to maintain the child; and

(b) apportion that obligation between the spouses according to their relative abilities to contribute to the performance of the obligation. [Emphasis added.]

(8) L'ordonnance rendue pour les aliments d'un enfant à charge conformément au présent article vise:

a) à prendre en compte l'obligation financière commune des époux de subvenir aux besoins de l'enfant;

b) à répartir cette obligation entre eux en proportion de leurs ressources. [Je souligne.]

There are a number of judges who have provided very useful checklists in the course of a determination of the quantum of support. Fleury U.F.C.J. is one, in *Menage v. Hedges* (1987), 8 R.F.L. (3d) 225 (Ont. Unif. Fam. Ct.), at p. 269. I find the list assembled by Williams Fam. Ct. J. in *Syvitski v. Syvitski* (1988), 86 N.S.R. (2d) 248, at pp. 253-54, to be the most comprehensive, however:

Plusieurs juges ont proposé des listes de vérification très utiles dans la détermination du montant de la pension, dont le juge Fleury dans l'affaire *Menage c. Hedges* (1987), 8 R.F.L. (3d) 225 (C.U.F. Ont.), à la p. 269. La liste qu'a établie le juge Williams de la Cour unifiée de la famille dans la décision *Syvitski c. Syvitski* (1988), 86 N.S.R. (2d) 248, aux pp. 253 et 254, me paraît la plus complète:

The assessment of quantum of child support, broadly speaking, involves:

[TRADUCTION] L'appréciation du montant de la pension alimentaire au sens large suppose:

1. an assessment of the needs of the child(ren), including lifestyle.

f 1. L'appréciation des besoins de l'enfant, dont le mode de vie.

2. an assessment of whether the noncustodial parent is self-sufficient and able:

g 2. L'appréciation de l'autonomie du parent non gardien et de sa capacité:

(a) to contribute financially to the support of the child; and if so

a) de contribuer financièrement à l'entretien de l'enfant; et le cas échéant

(b) to contribute on an apportionment basis (relative to the incomes of the respective parties); or

b) de contribuer sur une base proportionnelle (par rapport aux revenus respectifs des parties); ou

(c) to assume responsibility for more than his/her portion.

c) d'assumer une responsabilité supérieure à sa part.

3. an assessment of whether the custodial parent is self-sufficient and able to:

h 3. L'appréciation de l'autonomie du parent gardien et de sa capacité:

(a) contribute financially to the support of the child; and if so

a) de contribuer financièrement à l'entretien de l'enfant; et le cas échéant

(b) to contribute on an apportionment basis to the support of the child; or

b) de contribuer sur une base proportionnelle; ou

(c) to assume responsibility for more than his/her portion.

c) d'assumer une responsabilité supérieure à sa part.

4. consider insofar as the evidence allows, other factors, including, but not limited to:

i 4. La prise en considération, dans la mesure où la preuve le permet, d'autres facteurs, notamment

(a) income tax implications of maintenance; [See *Thibaudeau v. M.N.R.*, [1994] 2 F.C. 189, currently on appeal before this Court]

(b) income tax factors such as equivalent of married deduction, child tax credit, deductibility of child care costs; ^a

(c) visitation expenses;

(d) adjustments for extended visitation;

(e) shared custody;

(f) responsibility for the support of others;

(g) residence/cohabitation with others;

(h) nonfinancial contributions to child care. ^c

5. If appropriate, apportion the obligation to financially support the children between the parents.

6. If not, make an order that recognizes the resources available, preferably by indicating that the order was based on either the needs of the child(ren) or the limited or excessive resources of one or the other parent.

7. Consider variation proceedings, changes in the above circumstances and the basis upon which the original order was made. [Emphasis in original.]

As I have already mentioned, I believe the jurisprudence supports including in points 2(b), 3(b) and 5 of the above list some consideration of the subsistence needs of each of the spouses.

Although the principles with respect to the objectives of child support are clear, the difficulty lies in quantifying the needs of the children as they relate to the income of each spouse. As Professor Carol J. Rogerson in "Judicial Interpretation of the Spousal and Support Provisions of the *Divorce Act, 1985 (Part II)*", *supra*, at p. 274, has argued, the assessment by courts of the cost of raising children has not been an easy task: ^h

Problems begin to appear, however, when one examines more closely the way in which the costs associated with children are calculated, the way in which they are apportioned between the parents, and finally, the quan- ⁱ

a) les incidences fiscales de l'obligation alimentaire; [Voir *Thibaudeau c. M.R.N.*, [1994] 2 C.F. 189, présentement en appel devant notre Cour]

b) des facteurs fiscaux tels l'équivalent de la déduction de marié(e), le crédit d'impôt pour enfants et la déductibilité du coût d'entretien des enfants;

c) les dépenses liées aux visites;

d) les ajustements qu'exigent les visites prolongées;

^b e) la garde partagée;

f) les responsabilités quant à l'entretien d'autres personnes;

g) le fait de résider ou de cohabiter avec d'autres;

^c h) les contributions non financières aux soins et à l'éducation des enfants.

^d 5. Si cela s'avère opportun, répartir entre les parents l'obligation de subvenir financièrement aux besoins des enfants.

^e 6. Si cela est inopportun, rendre une ordonnance qui tienne compte des ressources disponibles, de préférence en indiquant que l'ordonnance est fondée soit sur les besoins des enfants, soit sur les ressources limitées ou excédentaires de l'un ou l'autre parent.

^f 7. Prendre en considération les procédures en modification, les changements intervenus dans les circonstances susmentionnées et le fondement de l'ordonnance initiale. [Souligné dans l'original.]

^g Comme je l'ai déjà indiqué, j'estime que la jurisprudence permet, aux points 2b), 3b) et 5 de la liste précitée, que l'on tienne compte, dans une certaine mesure, des besoins de subsistance de chacun des conjoints.

Bien que les principes sous-tendant les objectifs visés par la prestation alimentaire pour enfants soient clairs, la difficulté réside dans le calcul des besoins des enfants eu égard au revenu de chacun des époux. Comme le souligne le professeur Carol J. Rogerson dans «Judicial Interpretation of the Spousal and Support Provisions of the *Divorce Act, 1985 (Part II)*», précité, à la p. 274, il n'est pas facile pour les tribunaux d'évaluer le coût inhérent à l'entretien des enfants:

[TRADUCTION] Les problèmes surgissent, toutefois, lorsqu'on examine de plus près le mode de calcul des coûts associés aux enfants, le mode de répartition de ces coûts entre les parents et, enfin, la prestation accordée

tum of child support awarded The end result is that in the majority of child support cases awards are not set at levels which will meet the *Paras* standard or even at levels which would guarantee an equal standard of living between the children's household and that of the non-custodial parent. Typically the household of the custodial parent (usually the mother) and children is left with an income between 40 and 80 per cent of that enjoyed by the non-custodial parent.

Professor Diane Pask, for her part, has pointed out in "Gender Bias and Child Support: Sharing the Poverty" (1993), 10 *C.F.L.Q.* 33, at p. 51, that judicial notice of the economic impact of divorce on children may well have a positive effect on the determination of child support:

Moge v. Moge may prove to be extremely useful in reducing some of the financial burden of adducing evidence in family law cases. The statements in that case to the effect that expert evidence cannot reasonably be required of such parties, that the general economic impact of divorce on women should be amenable to judicial notice and can be ascertained in the ordinary way, together with the Court's use of legal and socio-economic studies, are as applicable to child support as to spousal support.

The possibility of taking judicial notice of the costs and patterns of costs associated with children makes it worthwhile to examine statistics and commentary with regard to child support orders, single parent families and the cost of raising children.

B. *Statistics and Commentary on Child Support*

Single parent families represent a large proportion of the total number of impoverished Canadian families. The latest Canadian statistics, released in November 1993 by Statistics Canada in a report entitled: *A Portrait of Families in Canada*, at p. 34 *et seq.*, indicate that single women and children are becoming poorer: in 1991, 949,000 or 13 percent of Canadian families lived below the low income cut-off set by Statistics Canada for low income

. . . Le résultat est que dans la majorité des cas d'aliments pour les enfants, la prestation n'atteint pas un niveau susceptible de satisfaire à la norme de l'arrêt *Paras* ou même de garantir au foyer des enfants un niveau de vie égal à celui du foyer du parent n'ayant pas la garde. Habituellement, le foyer que forment le parent ayant la garde (généralement la mère) et les enfants se retrouve avec un revenu situé entre 40 et 80 p. 100 de celui du parent n'ayant pas la garde.

Le professeur Diane Pask souligne quant à elle dans «Gender Bias and Child Support: Sharing the Poverty» (1993), 10 *C.F.L.Q.* 33, à la p. 51, que la connaissance d'office de l'incidence financière du divorce sur les enfants aura peut-être un effet positif sur la fixation de la pension alimentaire des enfants:

[TRADUCTION] L'arrêt *Moge c. Moge* pourrait permettre de réduire une partie des coûts inhérents à la présentation de la preuve en matière familiale. L'affirmation qu'on ne peut raisonnablement obliger les parties à présenter une preuve d'expert, que le tribunal devrait pouvoir prendre connaissance d'office, selon les moyens usuels, de l'incidence financière globale du divorce sur les femmes, ainsi que l'usage que la cour y fait de études juridiques et socio-économiques, valent aussi bien pour la pension alimentaire des enfants que pour celle de l'époux.

Étant donné la possibilité de prendre connaissance d'office des coûts et des modèles de coûts afférents aux enfants, il y a lieu d'examiner les statistiques touchant les ordonnances alimentaires rendues au profit des enfants, les familles monoparentales et le coût de l'entretien des enfants, ainsi que les commentaires formulés sur ces questions.

B. *Statistiques et commentaires sur les pensions alimentaires pour enfants*

Les familles monoparentales représentent une forte proportion du nombre total des familles canadiennes pauvres. Dans un rapport intitulé *Un portrait des familles au Canada* et publié en novembre 1993, Statistique Canada indique aux pp. 40 et suiv. que, suivant les dernières données recueillies, les femmes et les enfants vivant dans des familles monoparentales s'appauvrissent: en 1991, 949 000 familles canadiennes, soit 13 p. 100 d'entre elles,

families. Not surprisingly, perhaps, three out of five single parent families fell within this low-income group. Furthermore, 61.9 percent of female-headed single parent families considered in 1991 fell into this group, whereas only 24.4 percent of male-headed single parent families were similarly affected. The harsh reality faced by women and their children after divorce is clear, especially when one considers that female-headed single parent families, which constitute 6 percent of the total number of Canadian families, represent 29 percent of all low-income families.

The reality that many women and children suffer financial hardship following divorce cannot be ignored when dealing with child support. Even though each case must be decided on its own facts and on the evidence, with or without expert assistance, courts cannot ignore the socio-economic context in which their decisions are rendered and the effect that those decisions will have on a family and its future. As Professor E. B. Zweibel has observed in "Child Support Guidelines: An Ineffective and Potentially Gender-Biased Response to Child Support Issues" in *Feminist Analysis II: Family Law: Voodoo Economics for Women* (Canadian Bar Association — Ontario, 1993, Institute of Continuing Legal Education), at p. 1:

Women and children have a common economic reality. Most children live with women and share their economic circumstances. Most women disproportionately assume the direct and indirect costs and responsibilities of child rearing both during and after a relationship. Unless child support policies recognize existing gender biases and aim at avoiding their further entrenchment, both women and children will continue to live in depressed economic circumstances.

The link between low child support and the severe economic circumstances of many custodial mothers and their children has recently been the

vivaient sous le seuil fixé par Statistique Canada pour les familles à faible revenu et, fait peu surprenant peut-être, trois familles monoparentales sur cinq appartenaient à cette catégorie de familles à faible revenu. De plus, 61,9 p. 100 des familles monoparentales étudiées en 1991 dont le chef est une femme tombaient dans cette catégorie, alors que seulement 24,4 p. 100 des familles monoparentales dont le chef est un homme connaissaient le même sort. La dure réalité à laquelle font face les femmes et leurs enfants après le divorce apparaît clairement, notamment si l'on considère que les familles monoparentales dont le chef est une femme, soit 6 p. 100 du nombre total de familles canadiennes, représentent 29 p. 100 de l'ensemble des familles à faible revenu.

En matière de pension alimentaire pour enfants, on ne saurait donc fermer les yeux sur la réalité, soit que nombre de femmes et d'enfants éprouvent des difficultés financières à la suite d'un divorce. Bien que chaque cas doive être tranché suivant ses propres faits et la preuve soumise, avec ou sans l'aide d'experts, les tribunaux ne peuvent ignorer le contexte socio-économique dans lequel ils rendent leurs décisions et l'effet que ces décisions auront sur les familles et leur avenir. Comme le fait observer le professeur E. B. Zweibel dans «Child Support Guidelines: An Ineffective and Potentially Gender-Biased Response to Child Support Issues» dans *Feminist Analysis II: Family Law: Voodoo Economics for Women* (Association du Barreau canadien — Ontario, 1993, Institut d'éducation permanente juridique), à la p. 1:

[TRADUCTION] Les femmes et les enfants ont une réalité économique commune. La plupart des enfants vivent en effet avec des femmes dont ils partagent la situation économique. La plupart des femmes assument directement et indirectement une part disproportionnée des coûts et des responsabilités du soin des enfants, tant pendant qu'après la relation. Tant qu'il n'y aura pas de politique en matière de pension alimentaire pour enfants qui reconnaisse l'existence des préjugés sexistes et vise à les éliminer, les femmes et les enfants continueront à vivre dans des conditions économiques difficiles.

Le lien entre le faible montant des prestations alimentaires aux enfants et la situation économique souvent difficile des mères et des enfants dont elles

subject of considerable discussion in Canada. For instance, the Canadian Department of Justice, Bureau of Review in *Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation* (1990) observes at p. 81:

For many years, child support awards have been criticized for being inadequate and thereby placing an unfair burden on the custodial parent. Comparison of [1985-86] and [1988] data suggests that there has been a deterioration, not improvement, in the average amount of child support awarded. In [1985-86], clients were, on average, receiving, or in the case of men, paying, \$470.00 per month. In [1988], the average amount of child support reported by clients, is now \$503.00 per month. Even with no improvement in amount ordered, we would have expected the average to be about \$540.00 per month after taking into account inflation of four percent in each of the years separating the two sets of interviews.

It elaborates on the asymmetry of costs between custodial and non-custodial parents at p. 132:

It is beyond the scope of the present evaluation to enter into the debate about the most appropriate model for apportioning the costs of raising children. The data suggest, however, that as in Phase I, the burden falls disproportionately on the custodial parent who is, usually, but not exclusively, the woman. Some indications of this are that, except in the very lowest income groups, men were ordered to pay about 18 percent of their gross income in support or about \$250.00 per child per month. At the same time, the bare minimum cost of raising a pre-school-child in a single parent family has recently been estimated at \$350.00 without child care and \$790.00 per month with child care. While some proportion of this cost will be borne by the custodial parent who will generally earn less than the non-custodial parent, the more telling statistics are that most men without custody have incomes after paying support which leave them considerably above the poverty line while a majority of women with custody of the children have, after

ont la garde a fait récemment l'objet de débats considérables au Canada. Par exemple, dans le document intitulé *Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation* (1990), le Bureau de l'examen du ministère de la Justice du Canada fait observer ceci, à la p. 91:

Pendant bien des années, on a critiqué les ordonnances alimentaires rendues en faveur des enfants parce que les prestations étaient insuffisantes et que le parent qui avait obtenu la garde devait, par conséquent, assumer un trop lourd fardeau financier. Une comparaison entre les données de [1985-86] et de [1988] laisse supposer que le montant moyen des prestations alimentaires accordées au profit des enfants a diminué au lieu d'augmenter. [En 1985-86], les clients recevaient ou, dans le cas des hommes, payaient en moyenne 470 \$ par mois. [En 1988], les clients ont indiqué que le montant moyen des prestations alimentaires accordées au profit des enfants s'établissait à 503 \$ par mois. En dépit du fait qu'on ne constate aucune augmentation en ce qui a trait au montant octroyé, on se serait attendu à ce que la moyenne soit d'environ 540 \$ par mois, compte tenu du taux d'inflation de 4 pour 100 qui prévalait pendant chacune des années qui ont séparé les deux séries d'interviews.

Le Bureau ajoute ceci, à la p. 145, au sujet de l'asymétrie des coûts entre les parents qui ont la garde des enfants et ceux qui ne l'ont pas:

Il sort du cadre de la présente évaluation de discuter de la meilleure façon de répartir les coûts de l'éducation des enfants. Toutefois, les données semblent indiquer, tout comme à l'Étape I, que le fardeau incombe davantage sur le parent qui a la garde soit, le plus souvent, mais pas toujours, la mère. Ainsi, sauf dans les groupes ayant les revenus les moins élevés, les hommes étaient tenus de payer environ 18 pour 100 de leur revenu brut en prestations alimentaires, soit environ 250 \$ par enfant par mois. Or, dans une famille monoparentale, on a estimé récemment qu'il en coûte, au strict minimum, 350 \$ par mois pour élever un enfant d'âge préscolaire en sus des soins de l'enfant ou 790 \$ par mois, en incluant les soins de l'enfant. Bien qu'une partie de ces coûts seront assumés par le parent ayant la garde, qui gagne habituellement moins que le parent qui n'a pas la garde, les statistiques les plus révélatrices nous indiquent que la plupart des hommes qui n'ont pas la garde jouissent encore, après le paiement des prestations alimentaires, d'un revenu qui les situe bien au-dessus du seuil de la pauvreté, tandis que la majorité des femmes qui ont la garde des enfants doivent se contenter, après avoir reçu leurs prestations alimentaires, d'un revenu

receiving support, incomes putting them below the poverty lines for various family sizes. [Emphasis added.]

Having recognized these difficulties, a Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee was called upon "to study child support upon family breakdown in the context of the actual costs of raising children in Canada" (*The Financial Implications of Child Support Guidelines: Research Report*, Report of the Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee, May 1992, at p. 1) and to explore the possibility of formulating fixed child support guidelines or schedules to facilitate a realistic, equitable, and administratively convenient system for assessing child support. Two reports have already been submitted by the Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee entitled, *Child Support: Public Discussion Paper*, June 1991, and *The Financial Implications of Child Support Guidelines*, *supra*.

The Canadian Bar Association, moreover, has voiced the concern that judges and lawyers have internalized maximum amounts of child support, thereby imposing what has been dubbed a "glass ceiling" on child support awards (see M. Grassby, "Women in their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support" (1991), 30 R.F.L. (3d) 369, at p. 390). This invisible barrier often works to the advantage of the non-custodial spouse but to the detriment of many custodial mothers and their children (R. Abella, "Economic Adjustment on Marriage Breakdown: Support" (1981), 4 *Fam. L. Rev.* 1). In fact, the average amount ordered for support is only 1/5 of the husband's net income, according to D. McKie, B. Prentice and P. Reed, *Divorce: Law and the Family in Canada* (Statistics Canada, 1983, at p. 198). These artificial ceilings, in my view, do not stem from the legislation itself but rather from the particular prism through which the Act has been interpreted.

One cannot evaluate the disparity between the cost of raising children and the average support

qui les place en-dessous des seuils de pauvreté pour des familles de tailles diverses. [Je souligne.]

Ayant reconnu ces difficultés, un comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille a été chargé d'«étudier la question des pensions alimentaires pour enfants à la dissolution de la famille, à la lumière de ce qu'il en coûte vraiment pour élever des enfants au Canada» (*Les incidences économiques des règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants: rapport de recherche*, rapport du Comité fédéral/provincial/territorial sur le droit de la famille, mai 1992, à la p. 1) et d'explorer la possibilité d'élaborer des règles de fixation des aliments pour enfants ou de concevoir des mécanismes réalistes, équitables et faciles à gérer en vue de la détermination de la prestation devant être versée aux enfants. Le Comité a déjà soumis deux rapports intitulés *Pensions alimentaires pour enfants, Document de travail public*, juin 1991, et *Les incidences économiques des règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants*, *op. cit.*

L'Association du Barreau canadien a, de plus, exprimé la crainte que les juges et les avocats aient fixé des montants maximums de pensions alimentaires pour les enfants, imposant ainsi aux prestations accordées un «plafond de verre» (voir M. Grassby, «Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support» (1991), 30 R.F.L. (3d) 369, à la p. 390). Cette barrière invisible joue souvent à l'avantage du conjoint qui n'a pas la garde des enfants et au détriment de nombreuses mères et des enfants dont elles ont la garde (R. Abella, «Economic Adjustment on Marriage Breakdown: Support» (1981), 4 *Fam. L. Rev.* 1). De fait, selon D. McKie, B. Prentice and P. Reed, *Divorce: la loi et la famille au Canada* (Statistique Canada, 1983, à la p. 198), la prestation moyenne fixée n'équivaut qu'à 1/5 du revenu net du mari. À mon avis, ces plafonds artificiels ne découlent pas des dispositions législatives elles-mêmes mais plutôt du prisme particulier à travers lequel la Loi a été interprétée.

On ne peut évaluer la différence entre le coût de l'entretien des enfants et l'ordonnance alimentaire

order without first determining the actual cost of raising children. Two studies referred to by Zweibel, *supra*, one by the Edmonton Social Planning Council and the other by the Metropolitan Toronto Social Planning Council, have attempted to quantify the amount of support required to provide for "neither a survival income nor a hardship free level of living". The Edmonton study indicates that, in that city, \$8,555 per year is required to achieve a no-frills standard of living for two children, a boy aged 10 and a girl aged 4. The Toronto study concludes that \$8,697 would be required. Moreover, as Ms. Grassby points out, *supra*, at p. 397:

Financial planners know that upon a husband's death, the wife needs 70 per cent of their joint incomes to maintain a comparable standard of living for the children and herself. The fact that there is a divorce rather than a death in the family does not change the family's needs and yet the wife and children usually retain far less than 70 per cent of the joint income. This explains why the standard of living of women and children is so severely reduced upon divorce.

The reality of divorce for many families, however, is that there is not enough money at the time of the divorce to meet all of the children's needs. For this reason, courts often settle upon a quantum of support that depends primarily upon the means of the payor rather than upon the needs of the children. An appropriate approach to variation orders must reflect this social reality. Professor Rogerson argues, *supra*, at pp. 285-86, however, that courts have thus far been unable to come to grips with this problem:

The courts' treatment of variation applications in child support cases, like their treatment of original applications, reflects a disjuncture between principle and outcome. At the level of principle courts are relatively sympathetic to requests for upward variation . . . The difficulty in variation applications is, once again, with quantum. In variation applications courts operate on the assumption that the original awards, which tend to be low, were appropriate at the time they were made.

moyenne sans d'abord déterminer le coût réel de l'entretien des enfants. Deux études, mentionnées par Zweibel, *op. cit.*, l'une du Edmonton Social Planning Council et l'autre du Metropolitan Toronto Social Planning Council, ont tenté de calculer le montant permettant d'assurer un revenu qui ne serait [TRADUCTION] «ni un revenu de subsistance ni un train de vie à l'abri du souci». Selon l'étude effectuée à Edmonton, il faut 8 555 \$ par année dans cette ville pour assurer un niveau de vie décent à deux enfants, un garçon de 10 ans et une fille de 4 ans. À Toronto, il en faudrait 8 697 \$. De plus, comme le souligne M^{me} Grassby, *loc. cit.*, à la p. 397:

[TRADUCTION] Les planificateurs financiers savent qu'à la mort de son mari, la femme a besoin de 70 p. 100 du revenu du couple pour garder un train de vie comparable pour elle et ses enfants. Le fait qu'il y a divorce plutôt que décès ne change pas les besoins de la famille et pourtant la femme et les enfants conservent habituellement beaucoup moins de 70 p. 100 du revenu conjoint. Voilà pourquoi le niveau de vie des femmes et des enfants est si sévèrement réduit lors du divorce.

Toutefois, la réalité du divorce pour de nombreuses familles est l'insuffisance de ressources financières au moment du divorce pour répondre aux besoins des enfants. C'est pour cette raison que les tribunaux fixent souvent le montant de la pension principalement en fonction des ressources du débiteur et non en fonction des besoins des enfants. Les ordonnances modificatives doivent tenir compte de cette réalité sociale. Le professeur Rogerson fait toutefois valoir que les tribunaux ont été incapables jusqu'à maintenant de juguler ce problème, *loc. cit.*, aux pp. 285 et 286:

[TRADUCTION] Les décisions des tribunaux sur les demandes de modification des ordonnances alimentaires prononcées au profit des enfants, tout comme sur la demande initiale, révèlent un hiatus entre le principe et le résultat. Sur le plan des principes, les tribunaux sont relativement favorables aux modifications à la hausse [. . .] Mais le problème est encore le montant. Dans les demandes de modification, les tribunaux partent du postulat que les montants octroyés à l'origine et qui se caractérisent par leur faiblesse, étaient suffisants au moment où ils ont été fixés.

The key issue to be addressed, therefore, both at the onset of divorce and at the moment of variation, is the question of who should bear more of the hardship arising from the financial burden of divorce, and why.

In my view, the financial burden of divorce should not be borne primarily by children and their custodial parents. Children are our country's most important resource, our future. Their needs cannot be minimized on account of their parents' divorce. They are entitled to be looked after properly both before and after divorce. I do not mean to imply that they must live in luxury. I strenuously object, however, to situations in which children live at or near the poverty level despite the fact that the means of the non-custodial parent are sufficient to meet their needs. Children's needs cannot be reduced to a bare minimum so that the non-custodial parent can enjoy a significantly more comfortable lifestyle. Their needs must be assessed in light of a number of factors which are dependent upon the proper level of care for each child. The fact that statistics reveal that child support orders are rarely in line with the costs associated with raising children suggests that the realistic needs of children should be kept at the forefront of any examination of the quantum of child support. The failure of courts in many instances to contemplate the true costs of child care has contributed materially to this problem and cannot be ignored by courts examining the appropriateness and quantum of variation.

C. The Inclusion of Hidden Costs in Child Support Calculations

In her review of the hidden costs of child-rearing absorbed by custodial parents, Professor Ellen B. Zweibel notes that the indirect and direct costs of child-rearing may fall into four groups:

The indirect cost of the increased responsibility of child care falling on a single parent and the

La question essentielle, donc, au moment du divorce et à celui de la modification, est celle de savoir qui devrait assumer une plus grande part du fardeau financier du divorce, et pour quels motifs.

À mon avis, ce n'est pas sur les enfants et les parents qui en ont la garde que devrait reposer principalement le fardeau financier du divorce. Les enfants représentent la ressource la plus importante de notre pays, son avenir. Leurs besoins ne sont pas moindres en raison du divorce de leurs parents. Ils ont droit de recevoir des soins appropriés avant comme après le divorce. Je ne dis pas qu'ils doivent vivre dans le luxe. Toutefois, j'estime inacceptables les situations dans lesquelles des enfants vivent au seuil ou tout juste au-dessus du seuil de la pauvreté alors que le parent n'en ayant pas la garde a des ressources suffisantes pour répondre à leurs besoins. Les besoins des enfants ne sauraient être réduits à un strict minimum afin que le parent n'ayant pas la garde puisse jouir d'un mode de vie sensiblement plus aisé. Ces besoins doivent être appréciés en fonction de plusieurs facteurs qui dépendent du niveau de soin approprié pour chaque enfant. Le fait que, d'après les statistiques, les ordonnances alimentaires rendues au profit des enfants correspondent rarement aux coûts que suppose leur entretien, indique qu'il faut placer les besoins réalistes des enfants au premier plan de la fixation du montant de la pension. Le défaut des tribunaux, en maintes instances, de prendre en considération le coût véritable de l'entretien des enfants a largement contribué à ce problème et ne peut être passé sous silence dans l'examen de l'opportunité et de l'ampleur de la modification.

C. L'inclusion des coûts cachés dans le calcul des aliments des enfants

Dans son étude des coûts cachés qu'assument les parents ayant la garde des enfants, le professeur Ellen B. Zweibel souligne que les coûts directs et indirects associés à l'entretien des enfants peuvent être répartis en quatre groupes:

Le coût indirect de la responsabilité accrue quant au soin des enfants incombant au parent

cost of time spent on household, childrearing and nurturing tasks;

The increased direct costs of services purchased for the first time or increased as a result of the needs of the child, such as work-related child care, babysitters, free time for community, social and domestic commitments, assistance with household tasks;

The hidden increased costs associated with shopping and housing functions; and

The present employment opportunity costs.

(“Valuing the Custodial Parents’ Contribution: Dealing With Increased Monetary Costs and Non-Monetary Costs Absorbed by the Custodial Parent” in Canadian Advisory Council on the Status of Women, *Summary Notes* (Critical Review of Child Support Guidelines Workshop, Ottawa, May 22-24, 1992) as cited in Pask, *supra*, at pp. 83-84.) Professor Carol Rogerson highlights the importance of such costs in “Winning the Battle, Losing the War: The Plight of the Custodial Mother After Judgment” in M. E. Hughes and E. D. Pask, eds., *National Themes in Family Law* (1988), at p. 44:

Even if one accepts the current conceptual framework of child support which requires that the costs attributable to the child be isolated from those of the caregiver, child support suffers from additional problems. Child support calculations bear little relationship to the actual costs of raising children. [Emphasis added.]

This social reality cannot be ignored at either the originating or variation stage of child support order determinations.

As a practical matter, in most cases, both parties file their respective statements of expenses and income. The statement of the custodial parent (the mother, in the vast majority of cases) usually includes the children’s expenses. A more appropriate method, in my view, would be to list separately the expenses, both direct and hidden, associated with the children. Such an approach will make it easier to apportion the costs between the parties, if

seul et le coût du temps consacré aux travaux ménagers, à l’éducation et aux soins maternels;

Le coût direct accru des services devenus nécessaires ou dont l’augmentation résulte des besoins de l’enfant, tels les frais de garderie aux fins de l’emploi, la garde occasionnelle, le temps disponible pour l’engagement communautaire et social, l’aide aux travaux ménagers;

Les coûts accrus cachés associés au magasinage et au logement;

Le coût des possibilités d’emploi actuel.

(«Valuing the Custodial Parents’ Contribution: Dealing with Increased Monetary Costs and Non-Monetary Costs Absorbed by the Custodial Parent», Conseil consultatif canadien sur le statut de la femme, *Summary Notes* (Critical Review of Child Support Guidelines Workshop, Ottawa, 22-24 mai 1992), que cite Pask, *op. cit.*, aux pp. 83 et 84.) Le professeur Carol Rogerson met en lumière l’importance de ces coûts dans «Winning the Battle, Losing the War: The Plight of the Custodial Mother After Judgment» dans M. E. Hughes et E. D. Pask, dir., *National Themes in Family Law* (1988), à la p. 44:

[TRADUCTION] Même si l’on accepte le cadre conceptuel actuel des prestations alimentaires pour enfants qui exige la différenciation des coûts associés à l’enfant de ceux associés au pourvoyeur de soins, des problèmes additionnels se posent. Le calcul du montant de la pension a peu de rapport avec le coût réel de l’entretien des enfants. [Je souligne.]

On ne peut écarter cette réalité sociale ni au stade de l’ordonnance alimentaire initiale ni à celui de sa modification.

En pratique, les deux parties dressent dans la plupart des cas un état de leurs dépenses et revenus respectifs. L’état fourni par le parent ayant la garde (la mère dans l’immense majorité des cas) inclut habituellement les dépenses des enfants. Il serait plus approprié, à mon avis, de dresser une liste distincte des dépenses, directes et cachées, associées aux enfants. Cette méthode permettrait de répartir plus facilement les coûts entre les parties, le cas

need be, and to assess more realistically the needs (and hence the costs) of the children.

Direct costs include the children's share of rent, food, and washing, as well as reasonable sums for clothes, recreational needs, schooling, pocket money, babysitting, and transportation, to name a few. They also include the costs incurred by both parents of making reasonable arrangement for visits by the non-custodial spouse. Hidden costs, on the other hand, include an estimate of the value of the additional housekeeping, shopping, childrearing and nurturing tasks undertaken by the custodial spouse, as well as the opportunity costs incurred as a result of these responsibilities. Bowman J., albeit addressing the issue of spousal support, elaborates on the nature of these costs in *Brockie v. Brockie* (1987), 46 Man. R. (2d) 33 (Q.B.), at p. 39:

It must be recognized that there are numerous financial consequences accruing to a custodial parent, arising from the care of a child, which are not reflected in the direct costs of support of that child. To be a custodial parent involves adoption of a lifestyle which, in ensuring the welfare and development of the child, places many limitations and burdens upon that parent A custodial parent . . . seldom finds friends or relatives who are anxious to share accommodation, must search long and carefully for accommodation suited to the needs of the young child, including play space, closeness to day care, schools and recreational facilities, if finances do not permit ownership of a motor vehicle, then closeness to public transportation and shopping facilities is important. A custodial parent is seldom free to accept shift work, is restricted in any overtime work by the day care arrangements available, and must be prepared to give priority to the needs of a sick child over the demands of an employer. After a full day's work, the custodial parent faces a full range of homemaking responsibilities including cooking, cleaning and laundry, as well as the demands of the child himself for the parent's attention. Few indeed are the custodial parents with strength and endurance to meet all of these demands and still find time for night courses, career improvement, or even a modest social life.

échéant, et d'apprécier de manière plus réaliste les besoins (et donc les coûts) des enfants.

^a Les coûts directs comprennent la part des enfants dans le loyer, la nourriture, la lessive ainsi qu'une somme raisonnable pour l'habillement, les besoins récréatifs, l'école, l'argent de poche, les services de garde et le transport, pour n'en nommer que quelques-uns. Ils comprennent également ^b les dépenses raisonnables faites par le père et la mère en vue des visites du conjoint non gardien. Par ailleurs, les coûts cachés comprennent la valeur estimée des tâches additionnelles liées à l'entretien du foyer, au magasinage, à la maternité ^c et aux soins maternels qu'assume le conjoint gardien, ainsi que le coût de renonciation résultant de ces responsabilités. Le juge Bowman, bien que traitant de la question de l'obligation alimentaire entre époux, expose la nature de ces coûts dans ^d l'arrêt *Brockie c. Brockie* (1987), 46 Man. R. (2d) 33 (B.R.), à la p. 39:

[TRADUCTION] Il faut reconnaître que le soin d'un enfant entraîne pour le conjoint qui en a la garde de nombreuses conséquences financières dont on ne tient pas compte dans le calcul des coûts directs de l'entretien de l'enfant. Ce conjoint doit adopter un style de vie qui, pour assurer le bien-être et le développement de l'enfant, lui impose de nombreuses limites et charges. [. . .] ^f Le conjoint qui a la garde [. . .] arrivera rarement à trouver des amis ou des parents désireux de partager un logement; il doit longtemps et soigneusement chercher un logement qui répondra aux besoins du jeune enfant: espace pour le jeu, proximité d'une garderie, des écoles et des installations récréatives; en outre, si ce conjoint ne peut s'offrir un véhicule automobile, il est alors important d'habiter à proximité des transports en commun et des magasins. Le conjoint gardien pourra rarement accepter un travail par quarts, il est limité quant ^h aux heures supplémentaires qu'il peut faire par les heures d'ouverture de la garderie et doit être disposé à accorder la priorité aux besoins de l'enfant malade plutôt qu'aux exigences de l'employeur. Après une journée de travail, le conjoint gardien doit s'acquitter de tout un ⁱ éventail de responsabilités ménagères, y compris la cuisine, le nettoyage et la lessive, et répondre aux besoins d'attention de l'enfant. Rares sont les conjoints gardiens qui ont la force et l'endurance requises pour répondre à toutes ces exigences et qui trouvent encore le temps de ^j suivre des cours du soir, profiter des possibilités de perfectionnement professionnel ou avoir même une modeste vie sociale.

Courts have considered such hidden costs in spousal support calculations (see Payne, *supra*, at p. 93 and accompanying footnotes). These costs are equally, if not more, relevant with respect to determination of the right to, and quantum of, child support (see *Levesque, supra*).

Few would dispute that if the custodial spouse is employed outside the home then the direct costs of raising the children will also include the cost of work-related child care (see, e.g., *Murray, supra*). By contrast, where the custodial spouse is not employed outside the home or is only employed part-time, child support orders generally do not seek to attribute a formal value to the child care provided by the custodial parent. This apparent discrepancy implies that there is only "value" to the childrearing services being provided if these services are provided by an outside party. The present Act calls for an approach to marital breakup that clearly rejects such a message.

In *Moge, supra*, at p. 862, this Court has recognized that non-monetary contributions in the home must be given real value once the marriage has dissolved in order to recognize the significant market disabilities that the wife may suffer as a result of her contributions. Furthermore, I believe the following observation, at p. 864, to be entirely appropriate:

The doctrine of equitable sharing of the economic consequences of marriage or marriage breakdown upon its dissolution which, in my view, the Act promotes, seeks to recognize and account for both the economic disadvantages incurred by the spouse who makes such sacrifices and the economic advantages conferred upon the other spouse. Significantly, it recognizes that work within the home has undeniable value and transforms the notion of equality from the rhetorical status to which it was relegated under a deemed self-sufficiency model, to a substantive imperative. In so far as economic circumstances permit, the Act seeks to put the remainder of the family in as close a position as possible to the household before the marriage breakdown. [Emphasis added.]

Les tribunaux ont tenu compte de tels coûts cachés dans le calcul de la pension alimentaire attribuée au conjoint (voir Payne, *op. cit.*, à la p. 93 et notes correspondantes). Ces coûts sont tout aussi sinon plus pertinents en ce qui a trait à la détermination du droit de l'enfant à une pension alimentaire et de son montant (voir *Levesque*, précité).

Rares sont ceux qui contesteraient le fait que si le conjoint gardien travaille à l'extérieur du foyer, les coûts directement liés au soin des enfants incluront également le coût des garderies (voir, entre autres, *Murray*, précité). En revanche, dans les cas où le conjoint gardien ne travaille pas à l'extérieur ou ne travaille qu'à temps partiel, les ordonnances alimentaires ne cherchent généralement pas à attribuer une valeur formelle au soin des enfants qu'il assumera. Cet écart apparent suppose que les services liés au soin et à l'éducation des enfants n'ont une «valeur» que dans la mesure où ils sont dispensés par une tierce partie. La loi actuelle dicte une conception de l'échec du mariage qui rejette clairement un tel message.

Dans l'arrêt *Moge*, précité, à la p. 862, notre Cour a reconnu qu'à la rupture du mariage, il faut donner aux contributions non pécuniaires au foyer leur valeur réelle afin de tenir compte des importants désavantages pouvant en résulter pour la femme sur le marché du travail. De plus, je crois que l'observation suivante, à la p. 864, est tout à fait pertinente:

Le principe du partage équitable des conséquences économiques du mariage ou de son échec au moment de la rupture que vise, selon moi, la Loi cherche à reconnaître et à prendre en considération les inconvénients économiques subis par l'époux qui consent les sacrifices ainsi que les avantages économiques conférés à l'autre. Il reconnaît, et c'est significatif, la valeur indéniable du travail au foyer et transforme en un impératif fondamental la notion d'égalité qui n'était évoquée que rhétoriquement dans le modèle de l'indépendance économique présumée. Dans la mesure où le permettent les circonstances économiques, la Loi vise à rétablir le plus possible, pour ce qu'il reste de la famille, la situation qui existait avant la rupture du mariage. [Je souligne.]

Recognition of the value of work within the home — of which child-rearing may play a significant part — compels a recognition that this work, as well as the lost career opportunities related to this work, represents a hidden cost to the person assuming these responsibilities. Concomitantly, for the purposes of child support, recognition of these costs implies a recognition that the services are provided in response to the children's needs. As I observed in *Moge* (at p. 862), the fact that women often bear the greater proportion of hidden costs while the family remains together is, at least from an economic perspective, unobjectionable if this represents the wishes of the parties. Failure to recognize these costs becomes objectionable, however, when a marital breakup occurs and when a court neglects to consider these costs, these needs, as real factors to be considered in the apportionment of both spousal and child support. The fact that the costs are hidden does not make them consequences that are any less important, any less real, or any less "financial" than any other. We cannot ignore such costs without also ignoring the need that they fulfil.

The hidden costs and needs that are relevant to the assessment of spousal support, however, are not the same as the hidden costs and needs that are relevant to the assessment of child support. In *Moge, supra*, this Court recognized that a spouse's past contributions during the marriage toward duties such as child-rearing must be considered for the purposes of determining an appropriate quantum of spousal support. When a marriage dissolves, however, the work of child-rearing does not. Thus, the ongoing work of the custodial spouse (most often the woman) in raising the children after the dissolution of the marriage must be recognized for the purposes of determining the right to, and quantum of, child support. This is not to say that the non-custodial spouse must pay the custodial spouse for the latter's efforts in caring for the child(ren). Rather, this approach merely accepts that these efforts should be recognized in determining what is a fair apportionment of the child support obligation, since these costs are

Reconnaître la valeur du travail au foyer — dont l'éducation des enfants peut constituer une part importante — oblige à reconnaître que ce travail, tout comme la perte de possibilités de carrière qu'il suppose, représente un coût caché pour la personne qui en assume la responsabilité. Simultanément, aux fins des aliments destinés aux enfants, la reconnaissance de ces coûts implique la reconnaissance qu'il s'agit de services fournis en réponse aux besoins des enfants. Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Moge* (à la p. 862), le fait que les femmes supportent souvent la plus grande part des coûts cachés lorsque la famille demeure unie ne donne pas lieu à contestation, d'un point de vue économique tout au moins, si telle est l'entente des parties. Toutefois, l'omission de reconnaître ces coûts devient contestable lorsque survient la rupture du mariage et que le tribunal néglige de tenir compte de ces coûts, de ces besoins, comme étant des facteurs réels à prendre en considération dans la répartition de l'obligation alimentaire envers le conjoint et les enfants. Le fait qu'il s'agisse de coûts cachés n'en rend pas les conséquences moins importantes, moins réelles ou moins «financières». On ne peut ignorer ces coûts sans ignorer les besoins auxquels ils répondent.

Les coûts cachés et les besoins qui sont pertinents aux fins de l'établissement de la pension alimentaire du conjoint ne sont toutefois pas les mêmes que les coûts cachés et les besoins pertinents aux fins de l'établissement de la pension de l'enfant. Dans l'arrêt *Moge*, précité, notre Cour a reconnu que les contributions passées d'un conjoint pendant le mariage, tel le soin des enfants, doivent être prises en considération dans le montant de la pension alimentaire du conjoint. La dissolution du mariage, toutefois, ne met pas fin à la tâche d'élever les enfants. Aussi le travail que le conjoint ayant la garde (le plus souvent la femme) continue d'effectuer après la dissolution du mariage doit-il être reconnu aux fins de l'établissement du droit à la pension alimentaire des enfants et du montant de celle-ci. Cela ne signifie pas que le conjoint qui n'a pas la garde doive payer le conjoint gardien pour les tâches liées à l'éducation des enfants. Il s'agit simplement d'accepter que ces tâches soient reconnues aux fins de déterminer la

incurred in direct response to the children's reasonable needs (see *Smith v. Smith* (1986), 4 R.F.L. (3d) 210 (Ont. Fam. Ct.), at p. 213).

Not all costs related to child care can be included under the rubric of child support, however. Namely, the custodial spouse will often incur meaningful opportunity costs such as lost career opportunities, diminished or outdated job skills, and lost opportunities for pension contributions, to mention a few. The impact of these costs may be felt for considerable periods of time even after the custodial parent is no longer formally responsible for the well-being of the children of the marriage. Courts have considered, quite properly in my opinion, compensation for these types of financial consequences to fall within the rubric of spousal support under ss. 15(7)(b) and 17(7)(b) of the Act (see e.g. *Brockie, supra*, and *Payne, supra*, at p. 93 and accompanying footnotes).

For the purposes of calculating child support, the total cost of caring for the children in any given instance is therefore the sum of the direct and hidden costs established by the parties before the court, including reasonable access costs. (See, to similar ends, *Levesque, supra*.) This sum, in effect, represents an estimate of the children's total needs. The next step is to ascertain the reasonableness of these needs in light of the means of the parents. The costs of fulfilling these needs are then allocated between the parents in accordance with their relative ability — having regard to those costs already assumed by each parent (including contributions to hidden costs, as discussed above) and having regard to each parent's subsistence level needs (as discussed above) as well as to the income tax implications of the order (see *Thibaudeau, supra*). Because the division of costs between the spouses begins with the proposition in s. 15(8)(a) that the financial obligation of raising the children is jointly shared, and because the non-custodial spouse will generally incur (and there-

juste répartition de l'obligation alimentaire envers les enfants, étant donné que ces coûts sont engagés pour répondre directement aux besoins raisonnables des enfants (voir *Smith c. Smith* (1986), 4 R.F.L. (3d) 210 (C.U.F. Ont.), à la p. 213).

Toutefois, les coûts liés au soin des enfants ne peuvent pas tous être inclus dans la pension alimentaire des enfants. Le conjoint qui assume la garde engagera souvent d'importants coûts d'option, tels la perte de possibilités de carrière, la diminution ou le vieillissement des qualifications professionnelles et la perte d'occasions de contribuer à un régime de pension, pour n'en nommer que quelques-uns. L'effet de ces coûts peut se faire sentir pendant une longue période même après que le parent gardien ait cessé d'être formellement responsable du bien-être des enfants du mariage. Les tribunaux considèrent, à juste titre à mon avis, que l'indemnisation pour ce type de conséquences financières relève de l'obligation alimentaire conjugale sous le régime des al. 15(7)b) et 17(7)b) de la Loi (voir à titre d'exemples *Brockie*, précité, et *Payne, op. cit.*, à la p. 93, ainsi que les notes afférentes.)

Aux fins du calcul des aliments destinés aux enfants, le coût total lié au soin des enfants dans un cas donné est donc la somme des coûts directs et des coûts cachés que les parties établissent devant le tribunal, y compris les coûts raisonnables liés au droit de visite. (Voir, à des fins similaires, *Levesque*, précité.) Cette somme représente en fait une estimation des besoins totaux des enfants. L'étape suivante consiste à apprécier le caractère raisonnable de ces besoins eu égard aux ressources des parents. Les coûts engagés pour répondre à ces besoins sont ensuite répartis entre les parents en proportion de leurs ressources respectives — compte tenu des coûts déjà assumés par chaque parent (y compris les contributions aux coûts cachés analysés précédemment) et de leurs besoins respectifs de subsistance (analysés précédemment) ainsi que de l'incidence fiscale de l'ordonnance (voir l'arrêt *Thibaudeau*, précité). Étant donné que le partage des coûts entre conjoints découle du principe, énoncé à l'al. 15(8)a), que l'obligation financière d'entretenir les enfants est

fore contribute to) fewer hidden costs than the custodial spouse, it follows that the non-custodial spouse will generally assume a greater percentage of the direct costs than would otherwise be the case if hidden costs had been ignored. In this way, the resulting support order reflects more appropriately the total economic burden undertaken by both parties in light of the total needs of the children. Parliament could not have intended to entrench a child support regime which contributes to the systematic underestimation of the costs of child care, and hence of child support payments. Consideration of the social realities of child support, discussed earlier, therefore requires an approach to the child support objectives of the Act that contemplates as accurately as possible the actual economic consequences of child care responsibilities.

I wish to address a possible criticism of this child-based approach to child support, of the genre voiced by Professor Rogerson in "Winning the Battle", *supra*, at p. 43:

The law of support, in compartmentalizing on-going financial obligations into child support and spousal support, fails to acknowledge the economic reality that the custodial mother and children, by sharing the same household, will inevitably share the same standard of living.

In response to these concerns, I would point out that the approach I suggest should not be viewed as an attempt to further segregate the issues of child and spousal support. Indeed, the interrelationship between the financial situation of the custodial parents and the children has previously been recognized by this Court in *Richardson, supra*. Rather, the approach which the Act mandates is a means to bring some of the usually hidden costs associated with the raising of children into the picture, in order that these may be distributed appropriately between the parties. Indeed, recognition of hidden costs is rendered all the more pressing by the realization that one does not deprive the child

commune, et que le conjoint qui n'a pas la garde encourra généralement moins de coûts cachés (et donc y contribuera dans une mesure moindre) que le parent gardien, il s'ensuit que le parent non gardien assumera conséquemment un plus grand pourcentage des coûts directs qu'il ne l'aurait fait s'il n'avait été tenu aucun compte des coûts cachés. De cette manière, l'ordonnance alimentaire reflète plus adéquatement la charge financière totale des deux parties compte tenu des besoins totaux des enfants. Le législateur n'a pu vouloir établir un régime d'entretien des enfants qui contribue à la sous-estimation systématique des coûts liés au soin de ceux-ci et, partant, des paiements alimentaires qui leur sont destinés. L'analyse de la réalité sociale dans laquelle s'inscrit le soin des enfants, évoquée précédemment, requiert donc une conception des objectifs de la Loi en la matière qui tienne compte aussi exactement que possible des conséquences économiques réelles qu'entraîne la responsabilité du soin des enfants.

Cette conception de l'obligation alimentaire envers les enfants axée sur les enfants, s'expose à une critique du genre de celle qu'a formulée le professeur Rogerson, dans «Winning the Battle», *op. cit.*, à la p. 43:

[TRADUCTION] En compartimentant des obligations financières continues entre aliments destinés aux enfants et aliments destinés au conjoint, le droit en matière alimentaire méconnaît la réalité économique, savoir qu'en partageant le même foyer, les enfants et la mère qui en assume la garde partageront inévitablement le même niveau de vie.

Pour répondre à ces préoccupations, je soulignerai que la méthode que je préconise ne devrait pas être interprétée comme une dissociation accrue des obligations alimentaires à l'égard des enfants et des conjoints. De fait, notre Cour a déjà reconnu dans l'arrêt *Richardson*, précité, l'interrelation qui existe entre la situation financière des enfants et celle des parents qui en ont la garde. Cette approche que dicte la Loi devrait au contraire être considérée comme un moyen susceptible de faire entrer en ligne de compte certain des coûts habituellement cachés associés à l'éducation des enfants, afin que ceux-ci puissent être répartis adéquatement entre les parties. En réalité, la prise en

without also depriving the custodial parent, and vice versa (see *Levesque, supra*).

To summarize, children's non-financial needs continue beyond the dissolution of the marriage — in fact, they often increase as a result — and these needs may not be fully reflected by a mere calculation of the direct costs incurred. By factoring in the effect of hidden costs and needs, courts can paint a far more accurate picture of the true costs of raising children. Support orders may then be both more realistic and more reasonable for all parties concerned. Undoubtedly, the present difficulties encountered by courts in properly assessing and addressing the needs of children have precipitated demand for legal reforms, which in turn has led to proposals for child support guidelines. Whether or not such guidelines may be necessary, the concerns with regard to inadequate and unrealistic child support orders are certainly real and must be confronted.

It is with this context in mind that I now turn to the main question raised in this appeal, an application for the variation of child support following the incorporation of a separation agreement into a divorce judgment under the *Divorce Act*.

Separation Agreements

The basis of the respondent's argument opposing the variation order is that courts should not intervene once parties have settled their affairs pursuant to a separation agreement. Although the appellant's application for a variation order only concerns child support, a brief overview of the principles underlying variation of separation agreements is in order.

The variation of orders, including consent orders, is governed by s. 17(4) of the *Divorce Act*.

compte des coûts cachés devient d'autant plus pressante quand on reconnaît qu'on ne prive pas l'enfant sans du même coup priver le parent qui en a la garde, et vice versa (voir *Levesque*, précité).

^a En résumé, les besoins non financiers des enfants continuent à exister après la dissolution du mariage — en fait, ils augmentent souvent — et un simple calcul des coûts directs n'en tient pas pleinement compte. En ajoutant le facteur des coûts cachés et des besoins, les tribunaux peuvent tracer un tableau beaucoup plus fidèle des coûts véritables de l'entretien des enfants. Les ordonnances alimentaires seront donc à la fois plus réalistes et plus raisonnables pour toutes les parties concernées. Les difficultés auxquelles se heurtent présentement les tribunaux dans l'appréciation des besoins des enfants et des moyens de les satisfaire ont sans doute précipité les demandes de réforme du droit qui, à leur tour, ont conduit à proposer l'adoption de directives en matière de fixation des pensions alimentaires. Que ces directives soient nécessaires ou non, les préoccupations exprimées quant au caractère insuffisant et irréaliste des ordonnances alimentaires rendues au profit des enfants sont certainement réelles et doivent être confrontées.

^f Ces considérations à l'esprit, j'en viens maintenant à la question principale soulevée dans le présent pourvoi, soit la modification d'une ordonnance alimentaire au profit des enfants à la suite de l'incorporation d'une convention de séparation dans un jugement de divorce prononcé en vertu de la *Loi sur le divorce*.

Les conventions de séparation

^h Dans son opposition à la requête en modification, l'intimé fait valoir que les tribunaux ne devraient pas intervenir une fois que les parties ont réglé leurs affaires dans une convention de séparation. Bien que la requête de l'appelante ne vise que l'ordonnance alimentaire au profit des enfants, un survol des principes sous-tendant la modification des conventions de séparation s'impose.

^j La modification des ordonnances, y compris les ordonnances convenues par les parties, est régie

This Court has already pronounced upon the predecessor sections to the current statutory provisions in the “*Pelech* trilogy”: *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, *Caron v. Caron*, [1987] 1 S.C.R. 892, and *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857. In those cases, this Court held that the applicant had to establish a “radical change in circumstances” and a pattern of dependence arising as a consequence of the marriage in order to successfully vary a purportedly final agreement governing spousal support.

Pelech and *Caron* both involved applications for the variation of spousal support. In *Pelech*, Wilson J., for the majority, concluded that variation of a spousal support order determined by a separation agreement between the parties was within the purview of the courts, pursuant to s. 11 of the then *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8. Nonetheless, it was the view of the majority that variation of such agreements requires evidence of a radical change in circumstances which is causally connected with the economic dependency arising from the marriage. In *Caron*, the majority, following its reasoning in *Pelech*, refused to vary a spousal support order where the payee spouse had begun to cohabit with another partner. The agreement between the parties had indicated that spousal support would cease upon such an occurrence and this Court concluded that it was unable to vary that provision without proof of a radical change in circumstances causally connected to the marriage. This conclusion has not been free of criticism. Professors John Durnford and Stephen Toope, for instance, question the wisdom of relying unduly on the sanctity of separation agreements in “Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation” (1994), 42:1 *Can. Tax J.* 1, at pp. 17-18:

La Forest J penned a powerful dissenting opinion in which he challenged the analysis in *Pelech* by measuring its effects in a case such as *Richardson*. According to La Forest J, the majority’s emphasis upon protecting the sanctity of spousal contracts was misconceived, as was its supposed promotion of equal autonomy. The rel-

par le par. 17(4) de la *Loi sur le divorce*. Notre Cour s’est déjà prononcée sur les articles ayant précédé les dispositions actuelles dans la «trilogie *Pelech*», soit les arrêts *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892, et *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857. Dans ces arrêts, la Cour a dit que le requérant devait établir l’existence d’un «changement radical de circonstances» et d’un état de dépendance découlant du mariage pour obtenir la modification d’une convention censée définitive établissant l’obligation alimentaire entre époux.

Les arrêts *Pelech* et *Caron* portent tous deux sur des requêtes en modification d’une pension alimentaire à l’ex-épouse. Exprimant l’opinion majoritaire dans l’arrêt *Pelech*, le juge Wilson a conclu que la modification d’une ordonnance alimentaire au profit d’un époux, fondée sur une convention de séparation, relevait de la compétence des tribunaux en vertu de l’art. 11 de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8. De l’avis de la majorité toutefois, la modification de telles conventions nécessite la preuve d’un changement radical de circonstances et d’un lien de causalité entre ce changement et la dépendance économique découlant du mariage. Dans l’arrêt *Caron*, la Cour à la majorité, a refusé, suivant son raisonnement dans l’arrêt *Pelech*, de modifier une ordonnance alimentaire au profit du conjoint qui avait commencé à cohabiter avec un autre partenaire. La convention intervenue entre les parties prévoyait que la pension cesserait en pareil cas et notre Cour a conclu qu’elle ne pouvait modifier cette disposition en l’absence de preuve d’un changement radical de circonstances lié au mariage. Cette conclusion a été critiquée. Ainsi, les professeurs John Durnford et Stephen Toope doutent de l’opportunité d’accorder une importance aussi grande au caractère sacré des conventions de séparation dans «Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation» (1994), 42:1, *Rev. fisc. can.* 1, aux pp. 17 et 18:

[TRADUCTION] Le juge La Forest a rédigé une forte dissidence dans laquelle il a remis en question l’analyse de l’arrêt *Pelech* en mesurant les effets dans une affaire telle l’affaire *Richardson*. Il estimait erronée, l’importance donnée par les juges majoritaires à la protection du caractère sacré des contrats conclus par les

evant legislation expressly allowed for judicial discretion in weighing the factors that should be considered in awarding support. The existence of a contract was only one such factor, albeit an important one. More fundamentally, La Forest J questioned the model of rational choice implicit in the majority reasons in *Pelech* and *Richardson*. He noted that divorce is one of the most stressful occasions in any person's life and that many people do "very unwise things, things that are anything but mature and sensible, even when they consult legal counsel." Agreements should not be treated as sacrosanct in this emotionally fraught context. [Footnotes omitted; emphasis added.]

See, also, M. Neave, "Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of 'The Role of Private Ordering in Family Law'" (1994), 44 *U.T.L.J.* 97. The case of *Masters v. Masters*, [1994] 1 S.C.R. 883, did not offer this Court an opportunity to discuss this question. Since no change in circumstances had occurred, it was "unnecessary to consider the issue of whether, had such change [unforeseen or radical] been demonstrated, that change need be causally connected to the circumstances of the marriage" (pp. 883-84). Neither does the case before us, since we are not concerned here with the variation of agreements generally or with regard to spousal support. Rather, this case involves the variation of an order as to child support, to which different considerations must apply.

The first of these considerations is that courts are not bound by the agreements of the parties when it comes to child support. In this regard, *Richardson, supra*, is highly apposite. In *Richardson*, Wilson J., for the Court on this point, indicated at p. 869 that variation of child support payments was not subject to the same stringent standards as variation of spousal support arrangements and that child support was the right of the child:

conjoints, tout comme la promotion de l'égalité dans l'autonomie. La loi applicable conférait expressément au juge le pouvoir discrétionnaire de soupeser les facteurs à prendre en considération dans l'attribution des aliments. L'existence d'un contrat n'était qu'un de ces facteurs, aussi important soit-il. Plus fondamentalement le juge La Forest a contesté le modèle du choix rationnel qui sous-tend implicitement les motifs des juges majoritaires dans les arrêts *Pelech* et *Richardson*. Le divorce, a-t-il souligné, est l'un des moments les plus traumatisants de la vie et il porte bien des gens à faire «des choses contraires au bon sens et qui sont loin d'être le fait d'adultes raisonnables, même lorsqu'ils ont recours à un conseiller juridique.» Dans ce contexte chargé d'émotion, les conventions ne devraient pas être considérées comme des textes sacro-saints. [Notes omises] [Je souligne.]

Voir également M. Neave, «Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of «The Role of Private Ordering in Family Law»» (1994), 44 *U.T.L.J.* 97. L'arrêt *Masters c. Masters*, [1994] 1 R.C.S. 883, n'offrait pas à notre Cour l'occasion de se prononcer sur cette question. En l'absence de changement de circonstances, il n'était «pas nécessaire de tenter de déterminer si, dans le cas où un changement [imprévu ou radical] aurait été démontré, ce changement devait avoir un lien de causalité avec la situation au moment du mariage» (pp. 883 et 884). La présente affaire ne se prête pas davantage à cet examen puisqu'il ne s'agit pas en l'occurrence de la modification des conventions en général ou de la pension alimentaire entre époux. Il s'agit plutôt de la modification d'une ordonnance alimentaire rendue au profit des enfants, à l'égard de laquelle des considérations différentes s'appliquent.

La première de ces considérations est que les tribunaux ne sont pas liés par la convention des parties lorsqu'il s'agit des aliments des enfants. À cet égard, l'arrêt *Richardson*, précité, est hautement pertinent. Dans cet arrêt, le juge Wilson, exprimant l'opinion de la Cour sur ce point, a indiqué, à la p. 869, que la modification des paiements alimentaires versés aux enfants n'était pas soumise aux normes strictes applicables aux ententes touchant la pension du conjoint et que la pension alimentaire de l'enfant était un droit qui lui appartenait en propre:

The legal basis of child maintenance is the parents' mutual obligation to support their children according to their need. That obligation should be borne by the parents in proportion to their respective incomes and ability to pay [A] spouse cannot barter away his or her child's right to support in a settlement agreement. The court is always free to intervene and determine the appropriate level of support for the child

The Court concluded that the possibility of an indirect benefit accruing to the custodial spouse through increased child support payments was no reason to deny an increase in child support and, more importantly, that children should be shielded, insofar as possible, from the economic consequences of divorce. Following *Richardson, supra*, it is clear that the mere fact that the parties have agreed on the quantum of child support in a separation agreement is not sufficient to bar a re-examination of child support if the circumstances of the case so warrant. Professor Carol Rogerson shares a similar view in "Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985 (Part II)*", *supra*, at p. 293:

In child support cases the legislative objectives for child support are emphasized and given priority and contractual provisions which are inconsistent with those objectives are set aside.

Professor Payne summarizes the state of the law in this area (*supra*, at pp. 197-99):

Significantly different considerations apply to child-support rights and obligations where a spousal settlement prejudicially affects the financial well-being of the children Child support, like access, is a right of the child. Children are not parties to a spousal agreement and neither parent has the authority to waive or restrict the statutory support obligations that each parent owes to dependent children. The court is always free to intervene and determine the appropriate level of support for a child. Indeed, the court has a duty to scrutinize any agreement to ensure that the children are not prejudiced by it. In the words of Trussler J. of the Alberta Court of Queen's Bench in *Bailly v. Bailly*: "It may be that an agreement between the parties makes adequate provision for the children of the marriage, but all information

Le fondement juridique de la pension alimentaire de l'enfant est l'obligation mutuelle qu'ont les parents de subvenir aux besoins de leurs enfants. Cette obligation devrait être assumée par les parents proportionnellement à leurs revenus et moyens financiers respectifs [. . .] [L]e conjoint ne peut aliéner le droit de son enfant à des aliments dans une convention. Le tribunal peut toujours intervenir pour fixer le niveau approprié des aliments à verser à l'enfant . . .

La Cour a conclu que la possibilité que le conjoint ayant la garde bénéficie indirectement de la majoration de la prestation alimentaire de l'enfant n'était pas suffisante pour refuser cette majoration et, de façon plus importante, que les enfants devaient être protégés, dans toute la mesure possible, des conséquences économiques du divorce. Suivant l'arrêt *Richardson*, il est clair que le simple fait que les parties se soient entendues, par convention, sur le montant de la pension devant être versée aux enfants ne suffit pas à rendre le réexamen de cette pension irrecevable si les circonstances de l'espèce le justifient. Le professeur Carol Rogerson exprime une opinion analogue dans «Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the *Divorce Act, 1985 (Part II)*», *loc. cit.*, à la p. 293:

[TRADUCTION] En matière d'entretien des enfants, les objectifs législatifs poursuivis sont mis en relief et considérés prioritaires, et les dispositions contractuelles incompatibles avec ces objectifs sont nulles . . .

Le professeur Payne résume ainsi l'état du droit sur la question (*op. cit.*, aux pp. 197 à 199):

[TRADUCTION] Des considérations très différentes s'appliquent aux droits et aux obligations en matière d'aliments pour les enfants lorsque la convention des conjoints cause préjudice à leur bien-être économique [. . .] Le droit aux aliments, comme le droit de visite, est un droit qui appartient à l'enfant. Les enfants ne sont pas partie à la convention matrimoniale et aucun des parents n'a le pouvoir de renoncer ou d'apporter des restrictions aux obligations alimentaires que la loi leur impose à l'égard de leurs enfants à charge. Il est toujours loisible au tribunal d'intervenir et de déterminer le soutien qui leur revient. De fait, le tribunal a le devoir d'examiner soigneusement toute entente pour s'assurer qu'elle ne leur cause pas préjudice. Pour reprendre les termes du juge Trussler de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta dans l'arrêt *Bailly c. Bailly*: «Il se peut que l'entente conclue entre les parties pourvoie adéquate-

must be placed before the court so that any agreement can be reviewed." [Footnotes omitted.]

Although courts should not minimize the advantage for the parties and their children of entering into mutually satisfactory agreements as to spousal and child support, it must be recognized that such agreements can rarely accurately foresee the future and the way in which the circumstances of the parties and their children may evolve and change over the years. In its reasons in *Levesque, supra*, the Alberta Court of Appeal (*per curiam*) has also taken note of the fact that the parties, themselves, are often ill-equipped to estimate reliably the true costs of child support (at p. 391):

Typically, the custodial parent has little experience in the pricing of child-rearing in a separated household, or at all. And even that minimal experience often has been distorted by adoption of a new life style selected, of necessity, after separation because of what the supporting parent, or social services, had offered as interim support. The non-custodial parent, typically, is also struggling with a new situation. There is every reason to fear that neither have any great insight into what level of expenditure is appropriate for the child in this new situation.

Most importantly, children's rights to support are primarily theirs and not their parents.

It is against this background that the precise issues raised by this appeal must be determined. Firstly, under what circumstances will variation of an order arising from an agreement as to child support be justified and secondly, what is the appropriate extent of such variation under the *Divorce Act*?

The Test for a Variation Order for Child Support

The variation of a support order, be it spousal or child support, is governed by s. 17(4) of the

ment aux besoins des enfants à charge, mais toutes les données doivent être soumises au tribunal de sorte que cette entente puisse faire l'objet d'un examen.» [Notes omises.]

^a Certes, les tribunaux ne doivent pas minimiser l'avantage que comporte pour les parties et leurs enfants la conclusion d'ententes mutuellement satisfaisantes au chapitre des aliments destinés au conjoint et aux enfants. Toutefois, force est de reconnaître que ces conventions peuvent rarement prévoir l'avenir avec exactitude, en particulier la façon dont la situation des parties et de leurs enfants évolue et change avec le temps. Dans ses motifs de l'arrêt *Levesque*, précité, la Cour d'appel de l'Alberta (*per curiam*) a également souligné le fait que les parties elles-mêmes sont souvent mal placées pour estimer de façon réaliste le coût véritable de l'entretien des enfants (à la p. 391):

[TRADUCTION] Ordinairement, le parent qui assume la garde a peu, sinon aucune expérience dans l'évaluation du coût de l'entretien d'un enfant dans un foyer séparé. Et même cette expérience minimale a souvent été déformée par l'adoption forcée d'un nouveau mode de vie après la séparation en fonction du soutien provisoire offert par le parent soutien ou les services sociaux. En général, le parent qui n'a pas la garde est lui aussi aux prises avec une nouvelle situation. Il y a donc fort à craindre que ni l'un ni l'autre n'ait une idée précise du niveau de dépenses approprié pour l'enfant dans cette situation nouvelle.

^d Plus important encore, le droit des enfants à des aliments est un droit qui leur appartient en propre et non à leurs parents.

^e C'est dans ce contexte que les questions précises soulevées dans le présent pourvoi doivent être tranchées. Premièrement, dans quelles circonstances la modification d'une ordonnance résultant d'une entente relative aux aliments destinés aux enfants sera-t-elle justifiée et, deuxièmement, quelle peut être l'ampleur de cette modification en vertu de la *Loi sur le divorce*?

Le critère applicable à l'ordonnance de modification des aliments versés à l'enfant

^f La modification d'une ordonnance alimentaire en faveur du conjoint ou des enfants, est assujettie

Divorce Act, which requires that a court be satisfied “that there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse or of any child of the marriage”. The appellant argues that s. 17(4) operates where any one of the enumerated changes is demonstrated. The respondent, on the other hand, argues that this is not sufficient and that, on an application for variation of child support, the applicant must demonstrate a change in the means or circumstances of the parties as well as in the needs of the children. The respondent’s argument, in my view, highlights the confusion which has arisen between, on one hand, the threshold test, which triggers court intervention and, on the other hand, the subsequent task of assessing the extent of the variation of child support. In the following analysis, I will examine in detail the stages of a variation application, namely (1) the threshold needed to justify variation and, once that requirement has been satisfied, (2) the extent of the variation.

A. *The Threshold Required to Justify Variation*

(i) The nature of the change in circumstances

The first consideration governing any application for variation is whether the change in circumstances is of the nature contemplated by s. 17(4) of the *Divorce Act*. An inquiry into the legislative history of s. 17(4), its wording, the jurisprudence and the rationale behind this provision is in order.

The legislative antecedent to s. 17(4) of the present Act was s. 11(2) of the *Divorce Act*, S.C. 1967-68, c. 24. Section 11(2) of the previous Act provided only that support orders could be varied having regard to a change in the condition, means or other circumstances of either of the parties. No reference was made to the needs of the parties or to the condition, means, needs or circumstances of the children. One would assume, as the appellant submits, that the restatement by the legislature of the court’s variation power in s. 17(4) was meant to clarify the law and to codify the then-established court practice of reading into s. 11(2) that a change in the needs of the child would be sufficient to

au par. 17(4) de la *Loi sur le divorce*, qui mandate le tribunal de s’assurer «qu’il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, dans la situation de l’un ou l’autre des ex-époux ou de tout enfant à charge». L’appelante soutient que le par. 17(4) s’applique dès que l’un quelconque des changements énumérés a été établi. L’intimé en revanche fait valoir que cela n’est pas suffisant et que celui qui présente une requête en modification de la pension alimentaire de l’enfant doit démontrer qu’il est survenu un changement dans les ressources ou la situation des parties ainsi que dans les besoins des enfants. L’argument de l’intimé illustre, à mon avis, la confusion entre, d’une part, le critère préliminaire qui détermine l’intervention du tribunal et, d’autre part, l’appréciation subséquente de l’ampleur de la modification demandée. Dans l’analyse qui suit, j’examine en détail les étapes de la requête en modification, soit (1) les conditions préliminaires justifiant la modification et, une fois ces exigences remplies, (2) l’ampleur de la modification.

A. *Les conditions préliminaires à la modification*

(i) La nature du changement de la situation

La première question qui se pose dans toute requête en modification est celle de savoir si le changement de situation correspond au changement envisagé au par. 17(4) de la *Loi sur le divorce*. Un examen de l’histoire législative du par. 17(4), de sa formulation, de la jurisprudence et du fondement de cette disposition s’impose.

Le par. 17(4) de la loi actuelle a remplacé le par. 11(2) de la *Loi sur le divorce*, S.C. 1967-68, ch. 24. Ce dernier paragraphe disposait simplement qu’une ordonnance alimentaire pouvait être modifiée advenant un changement de l’état ou des facultés de l’une des parties ou des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent. Aucune mention n’y était faite des besoins des parties ou des ressources, des besoins ou de la situation générale des enfants. On pourrait donc présumer, comme le fait l’appelante, que la reformulation par le législateur du pouvoir de modification conféré au tribunal au par. 17(4) visait à clarifier le droit et à codifier la pratique judiciaire alors établie d’in-

entertain variation of a child support order. In my view, s. 17(4) has broadened the power of courts to vary an order to include situations where the condition, means, needs or other circumstances of the child alone have changed.

The wording of s. 17(4) of the Act supports that view and is worth repeating:

Before the court makes a variation order in respect of a support order, the court shall satisfy itself that there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse or of any child of the marriage for whom support is or was sought occurring since the making of the support order or the last variation order made in respect of that order, as the case may be, and, in making the variation order, the court shall take into consideration that change. [Emphasis added.]

The use of the word “or” does not support the proposition that more than one change is required. Furthermore, s. 17(4) refers to “that change” in the singular. A plain reading of s. 17(4) of the Act therefore leads to the conclusion that a single change in any one of the “condition, means, needs or other circumstances” of the parties or children will justify court intervention.

The case law also supports this interpretation. See, for example, *Goncalves v. Goncalves* (1986), 49 R.F.L. (2d) 376, in which the British Columbia Supreme Court increased child support payments after the child’s father won the lottery; *Guemili v. Guemili* (1989), 19 R.F.L. (3d) 347, in which the Manitoba Court of Appeal upheld an increase in child maintenance on the basis of an increase in the father’s income from \$40,000 to \$60,000; *Chelmick v. Chelmick (Cochlan)* (1992), 41 R.F.L. (3d) 117, in which the Alberta Court of Appeal upheld an application for variation in child support on the basis that the payor’s income had increased, regardless of the fact that the child’s needs had not; and *Kitson v. Kitson* (1986), 1 R.F.L. (3d) 103 (Ont. H.C.), in which child support was increased as a result of the father’s increased salary. Quinlan L.J.S.C. stated in *Kitson*, at p. 106, that “the court

interpréter le par. 11(2) comme s’il prévoyait qu’un changement dans les besoins de l’enfant suffisait pour justifier la modification de l’ordonnance alimentaire rendue à son profit. À mon avis, le par. 17(4) a élargi le pouvoir du tribunal de modifier une ordonnance afin d’inclure les situations où ont changé les besoins, les ressources ou la situation générale de l’enfant.

Cette conception est étayée par le texte du par. 17(4) de la Loi qu’il convient de citer à nouveau:

Avant de rendre une ordonnance modificative de l’ordonnance alimentaire, le tribunal doit s’assurer qu’il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, dans la situation de l’un ou l’autre des ex-époux ou de tout enfant à charge pour qui des aliments sont ou ont été demandés, depuis le prononcé de l’ordonnance alimentaire ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci et, le cas échéant, tient compte du changement en rendant l’ordonnance modificative. [Je souligne.]

L’utilisation du mot «ou» n’appuie pas l’argument qu’il exige plus d’un changement. En outre, le par. 17(4) parle «du changement» au singulier. Le sens clair du par. 17(4) de la Loi permet donc de conclure qu’un seul changement, que ce soit dans «les ressources, les besoins ou, d’une façon générale, dans la situation» des parties ou des enfants, justifiera l’intervention du tribunal.

La jurisprudence va également dans ce sens. Voir à titre d’exemples l’arrêt *Goncalves c. Goncalves* (1986), 49 R.F.L. (2d) 376, dans lequel la Cour suprême de la Colombie-Britannique a augmenté les paiements alimentaires versés à l’enfant après que le père de celui-ci eut gagné à la loterie; l’arrêt *Guemili c. Guemili* (1989), 19 R.F.L. (3d) 347, dans lequel la Cour d’appel du Manitoba a confirmé la majoration de la pension alimentaire des enfants parce que le revenu du père était passé de 40 000 \$ à 60 000 \$; l’arrêt *Chelmick c. Chelmick (Cochlan)* (1992), 41 R.F.L. (3d) 117, dans lequel la Cour d’appel de l’Alberta a confirmé la modification de la pension en raison de la hausse du revenu du débiteur, indépendamment du fait qu’il n’y avait pas eu augmentation des besoins de l’enfant; et l’affaire *Kitson c. Kitson* (1986), 1 R.F.L. (3d) 103 (H.C. Ont.), dans laquelle la pen-

must consider that the children must be kept in a position where they can benefit from the improved economic condition of the parents”, regardless of the fact that there did not appear to be a change in the needs of the children.

Similarly, variation may be justified as a result of a change in the needs of the children. In *Dickson v. Dickson* (1987), 11 R.F.L. (3d) 337, the British Columbia Court of Appeal held that a court has the jurisdiction to override settlement agreements with regard to child support where the needs of the child require it. See also *Robertson v. Robertson* (1989), 23 R.F.L. (3d) 188 (Ont. H.C.).

(ii) The sufficiency of the change in circumstances

That first hurdle passed, the second part of the threshold test pertains to the sufficiency of the alleged change in the parties' or children's circumstances. The Act does not provide guidelines in this respect. On one hand, parties should not be encouraged to resort to courts indiscriminately and, as a corollary, should be encouraged to settle their affairs as amicably as possible. On the other hand, I have underlined at numerous points in my reasons the importance of keeping the children's needs foremost in the court's determination of the right to, and the quantum of, any variation order. Given that child support is ultimately a right of the child and not of the parent, I emphasize that the threshold of "sufficiency" justifying variation should more easily be satisfied in cases where the needs of the children are being inadequately or minimally satisfied and where a variation would, on the whole, improve their situation. Adherence to a high threshold of sufficiency in such circumstances would frustrate the purpose of the Act and would run counter to the court's duty to assure itself that the needs of the children are being met appropriately. Moreover, one cannot ignore, in dealing with variation orders, that the consequences suffered by children of a decrease in sup-

sion de l'enfant a été majorée à la suite de l'augmentation du salaire du père. Le juge Quinlan a dit dans cette décision, à la p. 106, que [TRADUCTION] «le tribunal doit veiller à ce que les enfants soient en mesure de bénéficier de l'amélioration de la situation économique des parents», indépendamment du fait qu'il ne paraissait pas y avoir eu de changement dans leurs besoins.

De même, il peut y avoir lieu à modification en raison d'un changement dans les besoins des enfants. Dans l'arrêt *Dickson c. Dickson* (1987), 11 R.F.L. (3d) 337, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé qu'un tribunal avait compétence pour écarter une convention de séparation eu égard aux aliments consentis à l'enfant lorsque les besoins de celui-ci l'exigent. Voir également *Robertson c. Robertson* (1989), 23 R.F.L. (3d) 188 (H.C. Ont.).

(ii) Le caractère du changement

Ce premier obstacle franchi, le second volet du critère préliminaire a trait à la suffisance du changement allégué dans la situation des parties ou des enfants. La Loi ne donne aucune directive à ce sujet. D'une part, les parties ne devraient pas être encouragées à recourir aux tribunaux sans discernement et, en corollaire, devraient être encouragées à régler leurs affaires à l'amiable. D'autre part, j'ai souligné à plusieurs reprises dans mes motifs l'importance, pour le tribunal, d'accorder priorité aux besoins des enfants dans la détermination du droit à l'ordonnance modificative et du montant de la prestation. Étant donné que les aliments sont en dernier ressort un droit de l'enfant et non du parent, j'insiste pour dire que le critère préliminaire de la «suffisance» du changement devrait être plus facilement rempli dans les cas où il est satisfait inadéquatement ou de façon minimale aux besoins des enfants et où, dans l'ensemble, une modification améliorerait leur situation. S'en tenir à une norme exigeante de suffisance en pareils cas contreviendrait au but de la Loi et irait à l'encontre du devoir du tribunal de veiller à ce qu'il soit pourvu adéquatement aux besoins des enfants. En matière d'ordonnances modificatives, de plus, nul ne peut ignorer qu'une diminution du soutien ali-

port may be markedly more dramatic than the benefits realized by a payor who successfully varies a support obligation downward following an adverse change in circumstances.

The standard of sufficiency was originally prescribed with regard to spousal support in *Pelech*, *supra*, at pp. 851-52:

Accordingly, where an applicant seeking maintenance or an increase in the existing level of maintenance establishes that he or she has suffered a radical change in circumstances flowing from an economic pattern of dependency engendered by the marriage, the court may exercise its relieving power.

However, as set out above, the standard as regards variation of child support was somewhat different given that, as the court stated in *Richardson*, *supra*, at p. 869:

The court is always free to intervene and determine the appropriate level of support for the child . . .

Nonetheless, some courts have held that changes in circumstances that had been contemplated by the parties at the time of the support order could not meet the requirement under s. 17(4) of the *Divorce Act*. See, e.g., *Michel v. Michel* (1988), 18 R.F.L. (3d) 182 (Ont. S.C.); *Gaudet v. Gaudet* (1988), 15 R.F.L. (3d) 65 (P.E.I.C.A.). In view of the fact that child support is the right of the child, however, I view the occurrence of a future event demonstrably within the contemplation of the parties at the time of the agreement to be a narrow exception to s. 17(4). To the extent that my colleague perceives this issue differently, I strongly disapprove. (See, also, *Levesque*, *supra*.)

In my view, having regard for the wording of s. 17(4) of the Act, the preliminary threshold test ensures that child support orders will not be reassessed by courts anytime a change, however minimal, occurs in the circumstances of the parties or their children. This approach recognizes the value in some degree of certainty and stability between the parties. Parties must be encouraged to

mentaire peut avoir sur les enfants des conséquences beaucoup plus dramatiques que les bénéfices que réalise le débiteur qui, par suite d'un changement lui étant défavorable, réussit à faire modifier à la baisse son obligation alimentaire.

La norme du caractère suffisant a été établie à l'origine, dans l'arrêt *Pelech*, aux pp. 851 et 852, à l'égard de l'obligation alimentaire entre époux:

En conséquence, lorsque la personne qui fait une demande de pension alimentaire ou de majoration d'une pension alimentaire établit qu'elle a été victime d'un changement radical de circonstances, découlant d'un état de dépendance économique engendré par le mariage, le tribunal peut exercer son pouvoir de redressement.

Toutefois, comme je l'ai indiqué précédemment, la norme applicable à la modification de la pension alimentaire des enfants est différente puisque selon l'arrêt *Richardson* de notre Cour, précité, à la p. 869:

Le tribunal peut toujours intervenir pour fixer le niveau approprié des aliments à verser à l'enfant . . .

Néanmoins, certains tribunaux ont estimé que les changements de situation envisagés par les parties au moment de l'ordonnance alimentaire ne pouvaient pas satisfaire à l'exigence du par. 17(4) de la *Loi sur le divorce*. Voir, entre autres, *Michel c. Michel* (1988), 18 R.F.L. (3d) 182 (C.S. Ont.); *Gaudet c. Gaudet* (1988), 15 R.F.L. (3d) 65 (C.A.Î.-P.-É.). Toutefois, étant donné que les aliments sont un droit de l'enfant, je considère la survenance d'un événement futur dont on peut démontrer qu'il était envisagé par les parties au moment de la convention comme une exception restreinte au par. 17(4). Dans la mesure où mon collègue pose différemment la question, je suis en net désaccord (voir aussi *Levesque*, précité).

À mon avis, vu le texte du par. 17(4) de la *Loi*, le critère préliminaire fait en sorte que les ordonnances alimentaires au profit des enfants ne seront pas réexaminées par les tribunaux chaque fois qu'un changement, si mineur soit-il, survient dans la situation des parties ou des enfants. Cette analyse reconnaît l'importance d'un certain degré de certitude et de stabilité entre les parties. Celles-ci

settle their difficulties without coming before the courts on each and every occasion. Nonetheless, the threshold test cannot be applied properly unless the sufficiency of the change in circumstances is evaluated against the backdrop of the particular facts of the case at hand. It is important to point out that the Act does not qualify "change" but merely states that "the court shall satisfy itself that there has been a change" (emphasis added). We must therefore give this term meaning in light of the preceding discussion on the context in which child support orders, and variations, are made. To begin with, "sufficiency" of the "change" must be defined in terms of the parties' overall financial situation. Moreover, the fact that a change was objectively foreseeable does not necessarily mean that it was contemplated by the parties. Finally, although any change which is not contemplated may be considered by a judge to be sufficient, it is obvious that not every change will justify variation. Most importantly, however, and notwithstanding the above observations, while the onus of proving the sufficiency of the change in condition, means, needs or other circumstances rests upon the applicant (Payne, *supra*, p. 217), the diversity of possible scenarios in family law dictates that courts maintain a flexible standard of judicial discretion which does not artificially limit the adaptability of the *Divorce Act* provisions.

Once a sufficient change that will justify variation has been identified, the court must next determine the extent to which it will reconsider the circumstances underlying, and the basis for, the support order itself. For the reasons below, I believe that it is artificial for a court to restrict its analysis strictly to the change which has justified variation. Moreover, while a variation hearing is neither an appeal nor a trial *de novo*, where the alleged change or changes are of such a nature or magnitude as to make the original order irrelevant or no longer appropriate, then an assessment of the entirety of the present circumstances of the parties and the children which recognizes the interrela-

doivent être encouragées à régler leurs litiges sans recourir aux tribunaux à la moindre occasion. Toutefois, pour appliquer correctement le critère préliminaire, il faut évaluer le caractère suffisant du changement en fonction des faits particuliers à chaque espèce. Il importe de souligner que la Loi ne qualifie pas le «changement», se bornant à dire «le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement» (Je souligne). Il nous faut donc donner un sens à ce terme au regard de l'analyse précédente du contexte dans lequel sont rendues et sont modifiées les ordonnances alimentaires au profit des enfants. Au départ, la «suffisance» du «changement» doit être définie en fonction de la situation financière globale des parties. De plus, le fait qu'un changement était objectivement prévisible ne signifie pas nécessairement qu'il ait été envisagé par les parties. Enfin, bien que tout changement qui n'a pas été prévu puisse être considéré par le juge comme «suffisant», il est évident que les changements ne justifieront pas tous une modification. De façon plus importante toutefois et malgré les remarques qui précèdent, si la charge d'établir le caractère suffisant du changement intervenu dans les ressources, les besoins ou la situation générale incombe au requérant (Payne, *op. cit.*, p. 217), la diversité des scénarios possibles en droit de la famille impose aux tribunaux d'appliquer dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire une norme souple qui ne limite pas artificiellement l'adaptabilité des dispositions de la *Loi sur le divorce*.

Une fois établie l'existence d'un changement suffisant pour justifier la modification, le tribunal doit ensuite déterminer la mesure dans laquelle il va réexaminer les circonstances et le fondement de l'ordonnance alimentaire elle-même. Pour les motifs qui suivent, je crois que le tribunal restreindrait artificiellement son analyse s'il se bornait au changement justifiant la modification. De plus, bien que l'instance en modification ne soit ni un appel ni un procès *de novo*, il y a lieu, lorsque le ou les changements allégués sont d'une nature ou d'une ampleur telle qu'ils rendent l'ordonnance initiale non pertinente ou périmée, de procéder à une évaluation de l'ensemble de la situation pré-

tionship between the many factors to be considered is in order.

B. *The Extent of the Variation*

Sections 17(4) and 17(8) of the Act seem to impose conflicting criteria upon the extent to which variation orders should address the circumstances of the parties. The interrelationship of these sections has been carefully canvassed by Bielby J. in *Vervoorst v. Vervoorst* (1991), 37 R.F.L. (3d) 178 (Alta. Q.B.), at pp. 184-85:

This issue arises because of an apparent inconsistency between subss. 17(4) and 17(8) of the Act. Section 17(4) reads:

“Before the court makes a variation order . . . the court shall satisfy itself that there has been a change in the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse or of any child of the marriage . . . since the making of the support order or the last variation order made in respect of that order . . . and, in making the variation order, the court shall take into consideration that change.” [Emphasis added by Bielby J.]

The argument then arises that the variation should reflect, or track the change, rather than simply be an entire reconsideration of the whole issue of maintenance. For example, if this argument were accepted, a cost of living change should result in the child support being varied only by the amount of the cost of living. The variation should have a direct relationship with the change.

However, s. 17(8) appears to indicate the contrary. It states:

“A variation order varying a support order that provides for the support of a child of the marriage should

...

(b) apportion that obligation between the former spouses according to their relative abilities to contribute to the performance of the obligation.”

This may be interpreted to mean that once a court determines there has been the type of change to permit a variation, this proportionality approach should be used, even where it results in increases in support which are over and above the change which brought on the application.

sente des parties et des enfants, qui tiennent compte de la corrélation entre les nombreux facteurs à considérer.

a B. *L'ampleur de la modification*

Les paragraphes 17(4) et 17(8) de la Loi semblent imposer des critères contradictoires quant à la mesure dans laquelle les ordonnances modificatives devraient tenir compte de la situation des parties. Le juge Bielby a fait une étude minutieuse de l'interrelation de ces deux paragraphes aux pp. 184 et 185 de l'arrêt *Vervoorst c. Vervoorst* (1991), 37 R.F.L. (3d) 178 (B.R. Alb.):

[TRADUCTION] La question se pose en raison d'une apparente contradiction entre les par. 17(4) et 17(8) de la Loi. Le paragraphe 17(4) dispose:

«Avant de rendre une ordonnance modificative [. . .] le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'un ou l'autre des époux ou de tout enfant à charge [. . .] depuis le prononcé de l'ordonnance alimentaire ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci [. . .] et tient compte du changement en rendant l'ordonnance modificative.» [Italiques ajoutées par le juge Bielby.]

On fait alors valoir que la modification devrait refléter ou suivre le changement, plutôt que de supposer un réexamen complet de l'ensemble de la question des aliments. Selon cet argument par exemple, un changement dans le coût de la vie ferait que la pension alimentaire de l'enfant ne serait modifiée que dans cette mesure. La modification devrait avoir un lien direct avec le changement.

Pourtant le par. 17(8) paraît indiquer le contraire. Il dispose:

«L'ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire rendue au profit d'un enfant à charge vise:

...

b) à répartir cette obligation entre eux en proportion de leurs ressources.»

Ceci pourrait signifier qu'une fois établi le type de changement permettant une modification, le tribunal devrait appliquer ce critère de la répartition proportionnelle même s'il en résulte une majoration des aliments excédant la mesure du changement à l'origine de la requête.

To resolve these apparent inconsistencies, I turn to the golden rule of statutory interpretation, which directs that statutes should be interpreted in such a way as to avoid any inconsistency, if possible

This is accomplished by interpreting s. 17(4) to mean that in making a variation order the court shall consider the originating change as one of the matters in arriving at a decision. The change may not be of a financial nature. Where it is not, the variation should reflect the change that has occurred. However, where the change has been a financial one, the variation should not be tied to that change but should reflect the proportionality test set out in s. 17(8). The change is sufficient to give the court jurisdiction to vary, but in exercising that jurisdiction the court should award child support on the basis of the parents' current incomes in relation to one another. If the change in circumstances is justification for allowing a court to discount the original order at all, it is also justification for proportionally apportioning the responsibility for support between the parents.

For example . . . if the change [that triggers jurisdiction to vary] is that the non-custodial parent has lost his job and been forced to take one at a lower salary, the court, on the variation application, should set maintenance based on the then current incomes of the parents in relation to one another rather than in an amount tied in some way to the amount in the original order for child support.

Therefore, I am not limited to making direct adjustments to the contractually set \$300 figure in making this variation order. [Emphasis added.]

In my view, s. 17(8) expands on the preliminary analysis under s. 17(4) and requires that the variation of child support not occur in a vacuum without regard to the present needs of the children and the means of the parties at the time of variation. Accordingly, once it has been determined that the original or any subsequent order meets the test for variation, the circumstances of the parties and their children may be reviewed in order to establish realistically the overall impact of the change on the quantum of the new order. As I have already noted, questions of support depend upon a matrix of facts. The family, even after divorce, remains somewhat an interdependent economic unit and, as a consequence, a change in one aspect of the rela-

Afin de résoudre ces contradictions apparentes, je m'en reporte à la règle d'or de l'interprétation des lois suivant laquelle les lois doivent être interprétées de manière à éviter, si possible, toute contradiction . . .

^a On y parvient en faisant du par. 17(4) l'interprétation suivante: en rendant l'ordonnance modificative le tribunal tient compte du changement initial parmi les facteurs qu'il prend en considération. Il se peut que le changement ne soit pas d'ordre financier. En ce cas, la modification devrait refléter le changement survenu. Par ^b contre, si le changement est d'ordre financier, la modification ne devrait pas être liée au changement mais ^c devrait refléter le critère de la proportionnalité établi au par. 17(8). Le changement suffit à donner au tribunal ^d compétence pour rendre une ordonnance modificative, mais dans l'exercice de cette compétence, le tribunal devrait fixer la pension alimentaire de l'enfant en se fondant sur le revenu actuel des parents en relation l'un avec l'autre. Si le changement de situation justifie que le tribunal écarte l'ordonnance initiale, il lui permet également de répartir proportionnellement l'obligation entre les parents.

^e Par exemple [. . .] si le changement [qui confère le pouvoir de modifier] est que le parent qui n'a pas la garde a perdu son emploi et est forcé d'accepter un autre emploi à un salaire inférieur, le tribunal devrait, sur présentation de la requête en modification, établir les prestations fondées sur le revenu respectif actuel des parents et non sur une somme liée de quelque façon au montant de l'ordonnance alimentaire initiale rendue au profit de ^f l'enfant.

^g En conséquence, pour les fins de la modification, je n'ai pas à me limiter à ajuster directement le chiffre de 300 \$ fixé contractuellement. [Je souligne.]

^h À mon avis, le par. 17(8) élargit l'analyse préliminaire du par. 17(4) et exige que la modification de la pension de l'enfant n'intervienne pas dans l'abstrait, sans égard à ses besoins et aux ressources des parties à ce moment. Par conséquent, une fois établi que l'ordonnance initiale ou toute ordonnance subséquente satisfait aux conditions de modification, la situation des parties et de leurs ⁱ enfants peut être réexaminée pour établir de façon réaliste l'effet global du changement sur le montant de la nouvelle ordonnance. Ainsi que je l'ai souligné, la question des aliments dépend d'un faisceau de faits. Même après le divorce, la famille ^j demeure en quelque sorte une unité économique dont les éléments sont interdépendants et, de ce

tionship will more often than not precipitate additional developments, therefore requiring a more thorough re-examination of child support needs. This approach accords with s. 11(1)(b) of the Act, which states that "it is the duty of the court . . . to satisfy itself that reasonable arrangements have been made for the support of any children of the marriage . . .". What is "reasonable", after all, will depend, *inter alia*, upon the extent to which the standard of living of the children is in line with the means of the payor.

I discussed earlier in these reasons how child support and spousal support may differ both in their consideration of the underlying hidden costs and in their relative duration. I do not see the need to repeat this analysis here. I raise the point, however, to illustrate how a variation order must inquire into more than just the simple change which has justified the variation. Consider, for example, an original order which fixed spousal support at \$500 per month and fixed the non-custodial spouse's contribution to child support at another \$1,000 per month. At the time of the original order, however, the payor's limited means dictated that this figure did not fully meet the assessed needs of the children. Five years later, the woman, who had stayed home with the children while they were young, begins to work part-time. The husband, whose means have not increased appreciably, applies for a reduction in his spousal support payments on the basis of his ex-wife's new job. The court grants this reduction and, without looking to the other factors that may be affected, diminishes the total amount of spousal and child support by \$200 per month. In my view, such a conclusion is premature, even if there is evidence that the children's needs have not changed. By not looking to the matters that are affected by its order, the court would have omitted to take into account the fact that the original order had only been reasonable to the extent of the means and needs of the parties. A proper variation would have demanded inquiry into this matter. It would have considered the needs of the children as well as the increased income of the mother and could very well have concluded that, although the amount of spousal support should be reduced, the amount of child

fait, un changement dans un aspect de la relation entraînera plus souvent qu'autrement d'autres répercussions et exigera le réexamen complet des besoins des enfants. Cette démarche est conforme à l'al. 11(1)b de la Loi, lequel prescrit qu'«il incombe au tribunal. . . de s'assurer de la conclusion d'arrangements raisonnables pour les aliments des enfants à charge. . .». Ce qui est «raisonnable», somme toute, dépendra notamment de la mesure dans laquelle le niveau de vie des enfants correspond aux ressources du débiteur de la pension.

J'ai examiné précédemment en quoi les aliments des enfants et ceux du conjoint peuvent différer tant dans la prise en compte des coûts cachés sous-jacents que dans leur durée relative. Il n'est pas nécessaire de reprendre cette analyse. Je soulève la question, toutefois, pour montrer que l'ordonnance modificative doit aller au-delà du simple changement justifiant la modification. Prenons l'exemple d'une ordonnance initiale ayant fixé la pension de l'épouse à 500 \$ par mois et la contribution de l'époux non gardien à l'entretien des enfants à 1 000 \$ par mois. Au moment où a été prononcée cette ordonnance, toutefois, les ressources limitées du débiteur ne permettaient pas de satisfaire pleinement aux besoins établis des enfants. Cinq ans plus tard la femme, qui est restée à la maison avec les jeunes enfants, commence à travailler à temps partiel. Le mari, dont les ressources n'ont pas sensiblement augmenté, demande la réduction des paiements alimentaires qu'il verse à son ex-femme en invoquant le nouvel emploi de celle-ci. Le tribunal accorde la réduction et, sans examiner les autres facteurs pouvant être touchés, réduit le montant total des aliments attribués à l'épouse et aux enfants à 200 \$ par mois. À mon avis, cette conclusion est prématurée, même si la preuve indique que les besoins des enfants n'ont pas changé. En n'examinant pas les aspects touchés par son ordonnance, le tribunal n'aurait pas tenu compte du fait que l'ordonnance initiale n'était raisonnable que dans la mesure des ressources et des besoins des parties. Une ordonnance modificative appropriée aurait nécessité l'examen de cette question. Le tribunal aurait pris en considération les besoins des enfants ainsi que le revenu accru de la mère et aurait fort bien pu conclure que, si la prestation du conjoint

support should be commensurately raised in order to address realistically the situation of the family and the fact that child support had theretofore been understated because of its interrelationship with the means of the payor. In *Gillis v. Gillis* (1994), 3 R.F.L. (4th) 128 (N.S.S.C.), a similar recognition underlay the court's refusal to reduce maintenance notwithstanding the fact that the two youngest children had left the home. See also *Ryan v. Ryan* (1992), 114 N.S.R. (2d) 255 (T.D.).

Regardless of the fact that child support is deemed reasonable at the time it was ordered, variation must be approached from the perspective that arrangements may only have been reasonable to the extent of the means and other circumstances of the parties at the time. Where those circumstances, means and needs have changed so as to render the original order irrelevant or inappropriate, an application for variation of child support should assess the needs of the children in light of the present circumstances of both the parents and the children. For the sake of clarity, I should add that where the payor spouse has a new family, these added financial obligations also should be considered in arriving at an appropriate quantum of support. These obligations, after all, constitute part of the totality of circumstances which must be examined in determining the extent of the variation.

I emphasize that the approach to variation of child support discussed herein should not be understood to condone extravagance. If a parent's income is well above the average wages of the general population, the children are not, by reason of income alone, entitled to whatever luxuries they desire. The fact remains, however, that children's needs cannot be assessed in a vacuum and that children have a right to benefit from the better lifestyles of their parents as the circumstances permit. Thus, when there is a change in the means of one of the parents for the better, increased support for the children may be amply justified in order to align them with their realistic needs. A re-exami-

devait être réduite, celle des enfants devait être majorée d'autant afin de refléter de façon réaliste la situation de la famille et de tenir compte du fait que la prestation des enfants avait auparavant été minimisée à cause de son interrelation avec les ressources du débiteur. Dans *Gillis c. Gillis* (1994), 3 R.F.L. (4th) 128 (C.S.N.-É.), une prise en compte semblable sous-tend le refus du tribunal de réduire la pension alimentaire malgré le départ du foyer des deux cadets. Voir aussi *Ryan c. Ryan* (1992), 114 N.S.R. (2d) 255 (1^{re} inst.).

Indépendamment du fait que les aliments des enfants sont réputés raisonnables au moment où ils sont octroyés, la modification doit être examinée en considérant que les arrangements pouvaient n'être raisonnables qu'eu égard aux ressources et à la situation générale des parties au moment où ils ont été conclus. Lorsque cette situation, ces ressources et ces besoins changent au point de rendre l'ordonnance initiale non pertinente ou inappropriée, les besoins des enfants devraient être appréciés eu égard à la nouvelle situation des parents et des enfants. Par souci de clarté, j'ajouterais que si le conjoint débiteur a une nouvelle famille, les obligations financières ainsi ajoutées devraient également être tenues en ligne de compte dans le calcul du montant de la pension. Ces obligations font après tout partie de l'ensemble des circonstances qui doivent être examinées pour déterminer l'ampleur de la modification.

Je souligne que la façon d'aborder la modification des aliments des enfants que je viens de décrire ne doit pas être interprétée comme justifiant l'extravagance. Si le revenu d'un parent excède amplement le revenu moyen, les enfants n'ont pas, de ce seul fait, droit à tout le luxe qu'ils désirent. Le fait demeure, toutefois, que les besoins des enfants ne peuvent être appréciés dans l'abstrait et que ceux-ci sont en droit de bénéficier de l'amélioration du mode de vie de leurs parents si les circonstances le permettent. Ainsi, lorsqu'il survient un changement positif dans les ressources de l'un des parents, la majoration de la pension alimentaire des enfants peut être amplement justifiée en vue de satisfaire leurs besoins réalistes. À cette fin, il faut procéder au réexamen des éléments

nation of factors affected by the change that has triggered variation is required to meet that end.

To summarize, children are entitled to benefit from the new lifestyle of their parents. Thus, it would be artificial to restrict the analysis of an application for variation strictly to the particular change which has precipitated the application without inquiring into the effect that the change may have had on other factors as regards the quantum of child support. The determination of quantum at the stage of a variation application should therefore attempt adequately to give consideration to the complexity and social context of the determination.

Earlier in these reasons, I review the general principles applicable to child support and urge recognition of the multiplicity of factors at work in child support orders, as well as the social context in which that order is made. These considerations are equally appropriate to the context of a variation. I do not mean by this observation to suggest that the nature of the court's inquiry will necessarily be the same in a variation as in an originating order. A variation under the Act is neither an appeal of the original order nor a *de novo* hearing. The similarity of the wording of ss. 15(8) and 17(8), however, compels consonant judicial approaches to both variation and original orders. Thus, whereas s. 15(8) calls for apportionment in light of the original assessment of the totality of the circumstances, the analysis and apportionment under s. 17(8) is contingent upon the nature and magnitude of the change or changes, as I have discussed above. It is essential to imbue both original and variation orders with similar degrees of sensitivity to the complex interrelationship between means and needs, as well as to the social context of support orders generally, in order to remain faithful to the purpose and spirit of the Act.

To this end, a court may take judicial notice of the fact that it costs more to support children as they grow older. When this fact becomes compounded by the effect of inflation, it may consti-

touchés par le changement à l'origine de la demande de modification.

En résumé, les enfants ont droit de bénéficier du nouveau mode de vie de leurs parents. Il serait donc artificiel de restreindre l'analyse d'une requête en modification strictement au changement particulier à l'origine de la requête sans examiner l'effet de ce changement sur d'autres facteurs susceptibles d'influer sur le montant de leur pension. Au stade de la requête en modification, ce montant devrait tendre à prendre adéquatement en considération la complexité et le contexte social de la question des aliments pour enfants.

J'ai examiné précédemment les principes généraux applicables en matière d'aliments pour enfants et j'ai préconisé la reconnaissance de la multiplicité des facteurs en jeu ainsi que du contexte social dans lequel sont rendues les ordonnances prononcées à cet égard. Ces considérations sont également pertinentes dans le cadre de la modification. Je ne dis pas que l'examen du tribunal sera nécessairement de même nature dans l'ordonnance initiale et dans l'ordonnance modificative. La modification en vertu de la Loi n'est ni un appel de l'ordonnance initiale ni un procès *de novo*. Toutefois, la similitude du libellé des par. 15(8) et 17(8) force les tribunaux à adopter une démarche analogue dans les deux cas. Ainsi, alors que le par. 15(8) prescrit une répartition fondée sur l'appréciation initiale de l'ensemble des circonstances, l'analyse et la répartition sous le régime du par. 17(8) dépendent de la nature et de l'ampleur du changement ou des changements survenus, comme je l'ai expliqué précédemment. Il est essentiel que tant l'ordonnance initiale que l'ordonnance modificative soient empreintes de la même sensibilité quant à l'interrelation complexe existant entre les ressources et les besoins et quant au contexte social dans lequel s'inscrivent les ordonnances alimentaires en général si l'on veut demeurer fidèle à l'objet et à l'esprit de la Loi.

À cette fin, le tribunal peut prendre connaissance d'office du fait que le coût de l'entretien des enfants s'accroît à mesure qu'ils grandissent. Lorsque ce fait se combine à l'effet de l'inflation, cela

tute a sufficient change: *James v. James* (1992), 41 R.F.L. (3d) 70 (B.C.C.A.) and *Marshall v. Marshall* (1992), 43 R.F.L. (3d) 303 (Man. C.A.). Professor Diane Pask also takes the view that inflation must be provided for in child support orders (*supra*, at p. 89). An increase in child support can be justified by reason of increased expenses for the clothing and recreation of children as they grow older: *Taplin v. Laurie* (1992), 41 R.F.L. (3d) 197 (Man. C.A.), and *House v. Tunney (House)* (1991), 35 R.F.L. (3d) 68 (Sask Q.B.). Professor Julien D. Payne in *Payne on Divorce, supra*, has made similar observations regarding the quantum of a child support order at p. 96:

In overriding a separation agreement in order to increase the quantum of child support, the court will consider the age of the child, the increased costs of education, an increased capacity to pay, increased child-care costs where a parent has resumed full-time employment, the effect of inflation, special circumstances, and whether the application is a guise for increasing the custodial spouse's support.

The recent *Child Support: Public Discussion Paper, supra*, at p. 34, also outlines some problem areas pertaining to variation of child support:

The main disadvantages of the present test are: that it is rather difficult to establish, it does not necessarily take into account two factors which may be important to preserve the buying power of the child support order (age and inflation), and it leaves a considerable amount of discretion to judges.

Considerations such as the total income of the family available for support, the current costs associated with raising the children, the fact that these costs tend to increase with age, the cost of living, the original order, the agreement between the parties and the spouses' responsibilities to subsequent families are all highly relevant factors to be examined in any application for variation of child support.

peut constituer un changement suffisant: *James c. James* (1992), 41 R.F.L. (3d) 70 (C.A.C.-B.) et *Marshall c. Marshall* (1992), 43 R.F.L. (3d) 303 (C.A. Man.). Le professeur Diane Pask soutient également qu'il faut tenir compte de l'inflation dans les ordonnances alimentaires pour enfants (*loc. cit.*, à la p. 89). La majoration de la pension peut être justifiée du fait de l'augmentation des dépenses consacrées à l'habillement et aux loisirs des enfants à mesure qu'ils grandissent: *Taplin c. Laurie* (1992), 41 R.F.L. (3d) 197 (C.A. Man.) et *House c. Tunney (House)* (1991), 35 R.F.L. (3d) 68 (B.R. Sask.). Dans *Payne on Divorce, précité*, le professeur Julien D. Payne fait des observations similaires quant au montant de la prestation de l'enfant, à la p. 96:

[TRADUCTION] En passant outre à une convention de séparation afin de majorer le montant de la pension alimentaire octroyé à l'enfant, le tribunal prendra en considération l'âge de l'enfant, l'augmentation du coût de son entretien, de la capacité de payer, du coût des soins lorsqu'un parent a repris un emploi à plein temps, l'effet de l'inflation, les circonstances particulières et la possibilité que la requête soit un moyen détourné d'augmenter la pension versée au conjoint ayant la garde de l'enfant.

Le récent *Document de travail public sur les pensions alimentaires pour enfants, op. cit.*, à la p. 39, fait également ressortir certains problèmes que pose la modification des pensions alimentaires pour enfants:

Le critère actuel possède notamment les inconvénients suivants: il est plutôt difficile à établir, il ne tient pas nécessairement compte de deux facteurs qui peuvent être importants pour préserver le pouvoir d'achat que confère l'ordonnance alimentaire pour enfants et il laisse une grande place à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux.

Des considérations tels le revenu total disponible de la famille, le coût actuel de l'entretien des enfants, l'accroissement de ces coûts avec l'âge, le coût de la vie, l'ordonnance initiale, la convention conclue entre les parties et les responsabilités des conjoints envers de nouvelles familles, sont toutes hautement pertinentes dans le cas d'une demande de modification de la pension alimentaire des enfants.

Application to the Facts

Applying these guidelines to the particular facts of this case, it is clear that the threshold test required to justify variation has been satisfied. Namely, both the respondent's income and the children's needs increased, although a change in either of them would have sufficed. Furthermore, Carter J. clearly found that the change in the respondent's income was significant (at p. 240):

He says in his affidavit that the interspousal agreement was made in contemplation of the fact that he would be . . . earning over \$75,000 with an increase of 3% yearly. His financial statement shows that he grosses \$12,882 per month . . .

Even if one accepts the father's statement that the parties contemplated his employment with Cathay, that was to be \$75,000. His income far exceeds that now.

Once this condition was fulfilled, the chambers judge was entitled to re-examine those circumstances affected by the change in the means of the payor and the needs of the children and, given the nature and magnitude of the changes, could have looked anew at the present circumstances of the parties and the children. This examination constituted a proper reflection of the interrelationship between needs and means and was wholly necessary in order to set the proper amount of child support.

While the chambers judge did not explicitly discuss the needs of the children at length, she clearly considered them when she stated that the "application for variation is based on the fact that he is earning in excess of \$100,000 and that the children are involved in ballet, tap dancing, swimming, skiing" (p. 240). In so doing, Carter J. accepted the appellant's submissions that, given the children's age, the cost of looking after their needs, such as recreational and sporting activities, had necessarily increased. Taking into account the additional costs associated with the age of the children is a proper exercise of judicial notice and a common sense approach. These are factors which can and must be

Application aux faits de l'espèce

De l'application de ces principes directeurs aux faits particuliers de l'espèce, il ressort clairement que le critère préliminaire à la modification a été rempli: il y a eu à la fois augmentation du revenu de l'intimé et des besoins des enfants, bien qu'un seul de ces changements eût suffi. De plus, le juge Carter a clairement conclu que le changement survenu dans le revenu de l'intimé était important, à la p. 240:

[TRADUCTION] Il dit, dans son affidavit, que la convention des époux a été rédigée dans la perspective qu'il gagnerait plus de 75 000 \$, avec une augmentation annuelle de 3 p. 100. Suivant son état financier, son revenu brut atteint 12 882 \$ par mois. . .

Même si, comme le prétend le père, les parties avaient envisagé son emploi chez Cathay, il s'agissait alors d'un revenu de 75 000 \$. Son revenu actuel excède de beaucoup cette somme.

Une fois cette condition remplie, le juge en chambre était habilité à réexaminer les circonstances touchées par le changement survenu dans les ressources du débiteur et les besoins des enfants et, vu la nature et l'ampleur de ces changements, il pouvait examiner à nouveau la situation présente des parties et des enfants. Cet examen constituait un juste reflet de l'interrelation existant entre besoins et ressources, et était tout à fait nécessaire aux fins de fixer adéquatement le montant de la pension alimentaire des enfants.

Bien que le juge en chambre n'ait pas examiné en détail les besoins des enfants de façon explicite, elle en a manifestement tenu compte lorsqu'elle a dit que [TRADUCTION] «la requête est fondée sur le fait qu'il gagne plus de 100 000 \$ et que les enfants font du ballet, de la danse à claquette, de la natation et du ski» (p. 240). Ce faisant, le juge Carter a accepté les prétentions de l'appelante, savoir qu'étant donné l'âge des enfants, il en coûte nécessairement davantage pour répondre à leurs besoins, telles les activités récréatives et sportives. Tenir compte de l'augmentation des coûts avec l'âge des enfants est une application légitime de la connaissance d'office et relève du sens commun. Ces fac-

taken into account in the assessment of the pertinent circumstances of the parties. So, too, is the question of whether the standard of living of the children accords with both the means and the standard of living of the non-custodial party, here the respondent.

Moreover, although \$1,600 per month for the applicant and the children may have been adequate at the time of the agreement in 1989 given the children's age and given the means of the respondent, there was evidence in the record that the same amount was no longer sufficient given their age now as well as the increased means of their father and the higher standard of living that they should consequently enjoy. The appellant's statement of expenses showed that she needed \$3,597 a month to cope with her needs and those of her children. The children's needs alone were shown at \$1,903.50 per month. Along these lines, Carter J. noted the wide disparity in the parties' resources (at p. 240):

If from his expenses one deducts his maintenance payments . . . he has left \$3,693 to live on for himself and his new wife who cannot work due to her health, and the ex-wife and the two children have \$2,088. On her expenses she has a shortfall of \$1,509.

The quantum of the child support order is not out of line with awards in other cases where the payor was earning approximately \$100,000. In *Crowfoot v. Crowfoot* (1992), 38 R.F.L. (3d) 354 (Alta. Q.B.), the father was ordered to pay \$2,250 per month for each of two children. In *Weaver v. Tate* (1989), 24 R.F.L. (3d) 266 (Ont. H.C.), add'l reasons at (1990), 24 R.F.L. (3d) 372, aff'd (1990), 28 R.F.L. (3d) 188 (Ont. C.A.) child support of \$1,200 was awarded for each of two children. In *Mallen v. Mallen* (1988), 13 R.F.L. (3d) 54 (B.C.C.A.), the court ordered support of \$1,000 per month per child. In *Cheng v. Cheng* (1988), 13 R.F.L. (3d) 140 (B.C.C.A.), the court awarded \$1,200 per month for the support of a six-year-old child. In *Monaghan v. Monaghan* (1988), 14 R.F.L. (3d) 308 (Ont. H.C.), a husband earning \$95,000 per year was ordered to pay \$1,000 per month per child for child support. In *Heinemann v.*

teurs peuvent et doivent être pris en considération dans l'appréciation de la situation des parties. Ceci est tout aussi vrai pour la question de la conformité du niveau de vie des enfants avec les ressources et le niveau de vie de la partie qui n'en a pas la garde, en l'occurrence l'intimé.

De plus, si, au moment de la convention en 1989, une pension de 1 600 \$ par mois pour la requérante et les enfants pouvait être suffisante vu l'âge de ces derniers et les ressources de l'intimé, il ressort de la preuve produite que le même montant n'était plus suffisant étant donné l'âge actuel des enfants, les ressources accrues de leur père et le niveau de vie supérieur dont ils devraient jouir en conséquence. Dans son état des dépenses, l'appelante a indiqué qu'elle avait besoin de 3 597 \$ par mois pour subvenir à ses besoins et à ceux de ses enfants. À eux seuls, les besoins des enfants étaient évalués à 1 903,50 par mois. Le juge Carter a souligné en ces termes la grande disparité entre les ressources des parties (à la p. 240):

[TRADUCTION] Si on déduit ses paiements alimentaires de ses dépenses [. . .] il lui reste 3 693 \$ pour vivre pour lui et sa nouvelle épouse qui ne peut travailler pour cause de santé, alors que son ex-femme et les deux enfants ont 2 088 \$. Au chapitre de ses dépenses, elle encourt un déficit de 1 509 \$.

La pension des enfants n'est pas exagérée par rapport aux sommes octroyées dans d'autres cas où le débiteur gagnait approximativement 100 000 \$. Dans l'affaire *Crowfoot c. Crowfoot* (1992), 38 R.F.L. (3d) 354 (B.R. Alb.), le père s'est vu ordonné de verser 2 250 \$ par mois pour chacun des deux enfants. Dans l'affaire *Weaver c. Tate* (1989), 24 R.F.L. (3d) 266 (H.C. Ont.) motifs add. à (1990), 24 R.F.L. (3d) 372, conf. par (1990), 28 R.F.L. (3d) 188 (C.A. Ont.), des pensions de 1 200 \$ ont été attribuées respectivement aux deux enfants. Dans l'affaire *Mallen c. Mallen* (1988), 13 R.F.L. (3d) 54 (C.A.C.-B.), le tribunal a fixé la pension à 1 000 \$ par mois par enfant. Dans l'affaire *Cheng c. Cheng* (1988), 13 R.F.L. (3d) 140 (C.A.C.-B.), le tribunal a accordé une pension de 1 200 \$ par mois pour l'entretien d'un enfant de six ans. Dans l'affaire *Monaghan c. Monaghan* (1988), 14 R.F.L. (3d) 308 (H.C. Ont.), un mari

Heinemann (1988), 86 N.S.R. (2d) 278 (T.D.), aff'd (1989), 20 R.F.L. (3d) 236 (C.A.), a husband earning \$100,000 per year was ordered to pay child support of \$900 per month per child. Although each case must be decided on its own facts, an order of \$850 per month per child is in no way out of line, given the income of the payor and the other circumstances of the parties in this case.

The Court of Appeal, finding "a serious error of principle" on the part of the chambers judge, questioned the support order and, on the basis that the needs of the children had not increased, held that the variation order was not justified. In my opinion, however, the intervention of the Court of Appeal was not warranted, both as to the standard of appellate review and on the facts of this case.

Appellate Review

The relevant section of the present *Divorce Act* reads as follows:

21. (1) Subject to subsections (2) and (3), an appeal lies to the appellate court from any judgment or order, whether final or interim, rendered or made by a court under this Act.

(5) The appellate court may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal and

(i) render the judgment or make the order that ought to have been rendered or made, including such order or such further or other order as it deems just, or

(ii) order a new hearing where it deems it necessary to do so to correct a substantial wrong or miscarriage of justice.

The appropriate standard of review upon an appeal from the exercise of discretion by a trial judge is

gagnant 95 000 \$ par année a dû payer une pension alimentaire de 1 000 \$ par mois par enfant. Dans l'arrêt *Heinemann c. Heinemann* (1988), 86 N.S.R. (2d) 278 (1^{re} inst.), conf. par (1989), 20 R.F.L. (3d) 236 (C.A.), la cour a ordonné à un mari gagnant 100 000 \$ par année de verser une pension de 900 \$ par mois par enfant. Bien que chaque cas doive être étudié à la lumière des faits de l'espèce, une ordonnance fixant les aliments à 850 \$ par mois par enfant n'est aucunement disproportionnée compte tenu du revenu du débiteur et de la situation générale des parties dans la présente affaire.

Estimant que le juge en chambre avait commis une [TRADUCTION] «grave erreur de principe», la Cour d'appel a remis en cause l'ordonnance alimentaire et, jugeant que les besoins des enfants n'avaient pas augmenté, a conclu que l'ordonnance modificative n'était pas justifiée. À mon avis, toutefois, l'intervention de la Cour d'appel n'était justifiée ni par la norme d'examen en appel ni par les faits de l'espèce.

L'examen en appel

La disposition applicable de la *Loi sur le divorce* actuelle dispose:

21. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), les jugements ou ordonnances rendus par un tribunal en application de la présente loi, qu'ils soient définitifs ou provisoires, sont susceptibles d'appel devant une cour d'appel.

(5) La cour d'appel saisie peut:

a) rejeter l'appel;

b) en faisant droit à l'appel:

(i) soit rendre le jugement ou l'ordonnance qui auraient dû être rendus, y compris toute ordonnance, différente ou nouvelle, qu'elle estime juste,

(ii) soit ordonner la tenue d'un nouveau procès lorsqu'elle l'estime nécessaire pour réparer un dommage important ou remédier à un erreur judiciaire.

La norme applicable à l'examen par voie d'appel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge

well known. It was most recently referred to in *Moge v. Moge*, *supra*, following *Pelech v. Pelech*, *supra*. It is not controversial. In *Pelech*, at p. 824, Wilson J. quoted with approval the Ontario Court of Appeal in *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150, at p. 154:

As far as the applicable standard of appellate review is concerned I am of the view that we should not interfere with the trial Judge's decision unless we are persuaded that his reasons disclose material error and this would include a significant misapprehension of the evidence, of course, and, to use familiar language, the trial Judge's having "gone wrong in principle or (his) final award (being) otherwise clearly wrong": *Attwood v. Attwood*, [1968] P. 591, at p. 596. In other words, in the absence of material error, I do not think that this Court has an "independent discretion" to decide afresh the question of maintenance and I say this with due respect for decisions to the contrary: see, e.g., *Piller v. Piller* (1975), 54 D.L.R. (3d) 150, [1975] 4 W.W.R. 342, 17 R.F.L. 252 (B.C.C.A.), and *Carmichael v. Carmichael* (1976), 69 D.L.R. (2d) 297, 27 R.F.L. 325 (B.C.C.A.). [Emphasis added.]

While *Pelech* was decided under the now repealed s. 17(2) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1970, c. D-8, s. 21(5) of the present *Divorce Act* does not warrant a different approach given the similarity of both sections.

The respondent, however, submits that the Court of Appeal can substitute its view of the evidence for that of the trial judge, pursuant to s. 8 of the Saskatchewan *Court of Appeal Act*, R.S.S. 1978, c. C-42, which reads:

8. Upon appeal from, or motion against, the order, decision, verdict or decree of a trial judge, or on the rehearing of any cause, application or matter, it shall not be obligatory on the court to grant a new trial, or to adopt the view of the evidence taken by the trial judge, but the court shall act upon its own view of what the evidence in its judgment proves, and the court may draw inferences of fact and pronounce the verdict, decision or

de première instance est bien établie. Elle a été mentionnée tout récemment dans l'arrêt *Moge c. Moge*, précité, suivant l'arrêt *Pelech c. Pelech*, précité. Elle n'est pas contestée. Dans l'arrêt *Pelech*, à la p. 824, le juge Wilson a fait sien le commentaire suivant tiré de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Harrington c. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150, à la p. 154:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la norme applicable à l'examen par voie d'appel, je suis d'avis que nous ne devrions pas intervenir dans une décision du juge de première instance à moins d'être persuadés que ses motifs recèlent une erreur grave, ce qui inclurait une méprise sérieuse dans l'appréciation de la preuve soumise, bien entendu, et, pour reprendre une expression bien connue, le cas où le juge de première instance a «commis une erreur de principe ou (si son) jugement définitif (est) par ailleurs manifestement erroné»: *Attwood c. Attwood*, [1968] P. 591, à la p. 596. En d'autres termes, en l'absence d'erreur grave, je ne pense pas que la cour jouisse du «pouvoir discrétionnaire indépendant» de se prononcer à nouveau sur la question des aliments, et ce, malgré tout le respect que j'ai pour les décisions contraires: voir, par ex., *Piller v. Piller* (1975), 54 D.L.R. (3d) 150, [1975] 4 W.W.R. 342, 17 R.F.L. 252 (C.A.C.-B.), et *Carmichael v. Carmichael* (1976), 69 D.L.R. (2d) 297, 27 R.F.L. 325 (C.A.C.-B.). [Je souligne.]

Bien que l'affaire *Pelech* ait été jugée sous le régime du par. 17(2), maintenant abrogé, de la *Loi sur le divorce*, S.R.C. 1970, ch. D-8, le par. 21(5) de la *Loi sur le divorce* actuelle ne justifie pas une analyse différente vu la similitude des deux dispositions.

L'intimé soutient toutefois que la Cour d'appel peut substituer son opinion sur la preuve soumise à celle du juge de première instance, en vertu de l'art. 8 de la *Court of Appeal Act* de la Saskatchewan, R.S.S. 1978, ch. C-42, lequel dispose:

[TRADUCTION] 8. En cas d'appel ou de requête contre l'ordonnance, la décision, le verdict ou le jugement d'un juge de première instance, ou en cas de nouvelle audition de toute cause, demande ou affaire, la cour n'est pas tenue d'ordonner un nouveau procès ni d'adopter l'opinion du juge de première instance quant à la preuve soumise; mais la cour se fonde sur sa propre opinion de ce que la preuve soumise démontre à son avis, et elle peut

order that, in its judgment, the judge who tried the case ought to have pronounced.

The respondent takes further comfort from the fact that this case proceeded before the chambers judge by way of written material only and, in the words of Blair J.A. in *Re Wilbur and Wilbur* (1983), 147 D.L.R. (3d) 69 (Ont. C.A.), at p. 74:

There has been an increasing tendency to restrict the power of appellate courts to interfere with findings and inferences of fact [of the lower court] unless clear error is demonstrated in the assessment of evidence . . . This limitation, however, does not apply in a case like the present where there was no trial and the lower court judge heard no *viva voce* evidence giving him the opportunity to hear and see the parties and other witnesses. [Emphasis added.]

In *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672, this Court held that, despite the broad wording of s. 8 of the Saskatchewan *Court of Appeal Act*, a court of appeal is not justified in substituting its opinion for the findings of a trial judge unless the trial judge made a palpable and overriding error which affected such findings. Furthermore, this Court recently reiterated in *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, at p. 404, a standard set out in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 76-77:

. . . the test for appellate review of the exercise of judicial discretion is whether the judge at first instance has given sufficient weight to all relevant considerations . . .

This being the test, a "serious error of principle" by the chambers judge would have entitled the Court of Appeal to intervene. While the decision of the chambers judge was brief and not as explicit as perhaps the Court of Appeal may have liked, it is clear from her reasons that she adopted the proper standard for varying a child support order. Moreover, it is apparent that she was entitled to consider the present circumstances of the parties since the nature of the change was such that the

faire des déductions de fait et rendre le verdict, la décision ou l'ordonnance qu'à son avis le juge saisi de l'affaire aurait dû rendre.

L'intimé tire un argument supplémentaire du fait que la présente affaire a été soumise au juge en chambre uniquement sur la loi d'affidavits, et des commentaires suivants du juge Blair dans l'arrêt *Re Wilbur and Wilbur* (1983), 147 D.L.R. (3d) 69 (C.A. Ont.), à la p. 74:

[TRADUCTION] Il existe une tendance croissante à restreindre le pouvoir des cours d'appel d'intervenir dans les constatations et les déductions de fait [de l'instance inférieure] à moins d'une erreur manifeste dans l'appréciation de la preuve [. . .] Cette restriction, toutefois, ne s'applique pas dans un cas comme la présente espèce où il n'y a pas eu d'instruction et où le juge du tribunal inférieur n'a pas été saisi d'une preuve *viva voce* qui lui aurait permis d'entendre et de voir les parties ainsi que d'autres témoins. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672, notre Cour a conclu que malgré la formulation large de l'art. 8 de la *Court of Appeal Act* de la Saskatchewan, une cour d'appel n'est pas justifiée de substituer son opinion aux constatations du juge de première instance, à moins que celui-ci n'ait commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé ces constatations. De plus, notre Cour a repris récemment, dans l'arrêt *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, à la p. 404, une norme établie dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pp. 76 et 77:

. . . le critère en matière de contrôle par une cour d'appel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge est de savoir si le juge a accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes . . .

Tel étant le critère, une «grave erreur de principe» de la part du juge en chambre aurait habilité la Cour d'appel à intervenir. Bien que sa décision ait été brève et peut-être moins explicite que l'eût souhaité la Cour d'appel, il ressort clairement de ses motifs qu'elle a appliqué la norme appropriée en matière de modification de la pension alimentaire des enfants. De plus, il est manifeste qu'elle était habilitée à examiner la situation présente des parties étant donné que le changement était de

original order no longer reflected accurately the factors involved. The evidence was clear and uncontested. Carter J. considered it and, given the amount awarded, neither misapprehended the evidence nor attributed insufficient weight to the relevant considerations. Since the chambers judge made no error in principle and considered all evidence, took into account all relevant factors, and awarded an amount well within the range of awards in similar circumstances, the Court of Appeal was not entitled to intervene and substitute its own view of the evidence.

A further comment is in order. Courts of appeal must realize that trial judges deal daily with applications in family law for interim and permanent spousal and child support, as well as variation thereof. They develop considerable expertise yet often do not have the leisure to write long and detailed reasons in all cases. In fact, most of these cases are dealt with by the chambers judge, as was the case here. Experienced judges such as Carter J., a member of a specialized division — the Unified Family Court of Saskatchewan — deal daily with such matters and are able to dispose of them quickly, grasping the global picture and applying the appropriate standards, particularly in cases such as this one which do not present any exceptional features. Brief reasons are very often sufficient. Our Court has recently dealt with this issue in the context of criminal law in *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, where McLachlin J. held for the Court, at p. 664:

To require trial judges charged with heavy caseloads of criminal cases to deal in their reasons with every aspect of every case would slow the system of justice immeasurably. Trial judges are presumed to know the law with which they work day in and day out.

The rule should not be different in matters such as the present one.

nature telle que l'ordonnance initiale ne reflétait plus exactement les facteurs en jeu. La preuve était claire et incontestée. Le juge Carter l'a prise en considération et, vu le montant octroyé, elle n'a ni mal apprécié la preuve soumise ni attribué un poids insuffisant aux considérations pertinentes. Étant donné que le juge en chambre n'a commis aucune erreur de principe, et qu'elle a examiné l'ensemble de la preuve, tenu compte de tous les facteurs pertinents et octroyé une somme correspondant aux divers montants accordés dans des circonstances similaires, la Cour d'appel n'était pas justifiée d'intervenir et de substituer sa propre opinion de la preuve.

Une autre remarque s'impose. Les cours d'appel doivent savoir que les juges de première instance siégeant en droit de la famille traitent quotidiennement de demandes d'ordonnances alimentaires provisoires et permanentes au profit du conjoint et des enfants, ainsi que de modifications de ces ordonnances. Ils ont une expertise considérable en la matière mais n'ont pas souvent le loisir de rédiger des motifs longs et détaillés dans tous les cas. En fait, la plupart de ces cas sont soumis au juge en chambre, comme ce fut le cas en l'espèce. Des juges expérimentés tel le juge Carter, membre d'une division spécialisée, la Cour unifiée de la famille de la Saskatchewan, s'occupent quotidiennement de ce type d'affaires et sont en mesure de rendre rapidement jugement, ayant saisi le portrait global d'une affaire et appliquant les normes pertinentes, particulièrement dans les cas, comme la présente espèce, ne présentant aucun caractère exceptionnel. Très souvent, des motifs succincts suffisent. Notre Cour a analysé récemment cette question dans le contexte du droit criminel dans l'arrêt *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, où le juge McLachlin dit au nom de la Cour, à la p. 664:

Obliger les juges du procès qui sont appelés à présider de nombreux procès criminels à traiter, dans leurs motifs, de tous les aspects de chaque affaire ralentirait incommensurablement le système de justice. Les juges du procès sont censés connaître le droit qu'ils appliquent tous les jours.

La règle ne devrait pas être différente dans des cas comme celui-ci.

There was, in my view, absolutely no basis for the Court of Appeal to intervene, given the rules applicable to appellate review, the facts of this case, and the proper disposition by the chambers judge. Furthermore, the Court of Appeal was wrong in saying that “there is no evidence of a change [in the needs of the children] which would justify the increase of the magnitude granted by the chambers judge” (p. 213), since the evidence here was clearly to the contrary.

Conclusion

In conclusion, both statutory interpretation of the child support provisions of the *Divorce Act* and public policy concerns regarding the welfare of children following divorce favour the variation of child support orders in circumstances where a sufficient change has occurred in the “condition, means, needs or other circumstances” of the spouses or the children, as set out in s. 17(4) of the Act.

According to ss. 17(4) and 17(8) of the Act, once variation is in order, a fresh examination of the entire circumstances of the parties and their children at the time of variation may be warranted in order to determine the quantum of such variation. The scope of this examination depends on the nature and the magnitude of the change as well as the interplay of potentially fact-specific factors. It would be artificial to restrict the analysis of an application for variation strictly to the particular change which has precipitated the application without inquiring into the effect that the change may have had on other factors as regards the quantum of child support. The determination of quantum at this stage of a variation application should therefore attempt to give adequate consideration to the complexity and social context of the determination. Moreover, while a variation hearing is neither an appeal nor a trial *de novo*, where the alleged change or changes are of such a nature or magnitude as to make the original order irrelevant or no longer appropriate, an assessment of the entirety of the present circumstances of the parties

À mon avis, l'intervention de la Cour d'appel était dénuée de tout fondement vu les règles applicables à l'examen en appel, les faits de l'espèce et la décision appropriée du juge en chambre. De plus, la Cour d'appel a eu tort de dire qu'[TRADUCTION] «il n'y a pas de preuve d'un changement [dans les besoins des enfants] qui justifierait une augmentation de l'ampleur de celle accordée par le juge en chambre» (p. 213), étant donné que la preuve en l'espèce indiquait clairement le contraire.

Conclusion

En conclusion, tant l'interprétation des dispositions de la *Loi sur le divorce* portant sur les aliments destinés aux enfants que les considérations d'intérêt public liées au bien-être des enfants à la suite d'un divorce, favorisent la modification des pensions alimentaires des enfants dans les cas où un changement suffisant est survenu dans «les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation» des conjoints ou des enfants, comme le prescrit le par. 17(4) de la Loi.

Conformément aux par. 17(4) et 17(8) de la Loi, une fois établie la nécessité d'une modification, un nouvel examen de l'ensemble de la situation des parties et de leurs enfants peut être justifié pour déterminer le montant de la modification. L'étendue de cet examen dépend de la nature et de l'ampleur du changement, ainsi que de l'interaction possible de facteurs factuels spécifiques. Il serait donc artificiel de restreindre l'analyse d'une requête en modification strictement au changement particulier qui a déclenché la requête sans examiner l'effet de ce changement sur d'autres facteurs relatifs au montant des aliments des enfants. Au stade de la requête en modification, ce montant devrait tendre à prendre adéquatement en considération la complexité et le contexte social de la question. De plus, bien que l'instance en modification ne soit ni un appel ni un procès *de novo*, il y a lieu, lorsque le ou les changements allégués sont d'une nature ou d'une ampleur telle qu'ils rendent l'ordonnance initiale non pertinente ou périmée, d'apprécier l'ensemble de la situation actuelle des parties et des enfants, en tenant compte de l'inter-

and the children which recognizes the interrelation between the many factors to be considered is in order.

Finally, if an assessment of the present circumstances of the parties and the children is required, this examination should consider both the direct and hidden costs of caring for the children. Although this list is far from exhaustive, the quantum of support may depend upon such factors as the direct and hidden costs of raising the children, the agreements between the parties, the original order, the age and health of the children, the effect of inflation, the current and reasonably anticipated needs of the children, and the means of the parties.

On the facts of this case, there was a sufficient change in the circumstances of the parties and those of the children to warrant variation. Variation of the child support order was justified. The chambers judge correctly applied the test for variation pursuant to s. 17(4) of the Act and, given the appropriate scope of her re-examination of the family situation, properly exercised her discretion in granting the appellant's application and in setting the quantum of child support based on the evidence before her. Since there was no error in the chambers judge's decision, there was no ground for the Court of Appeal to intervene.

In the result, I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and reinstate the order of Carter J., with costs throughout in favour of the appellant.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Woloshyn Mattison, Saskatoon.

Solicitors for the respondent: Cuelenaere, Kendall, Fisher, Gaucher, Katzman & Duncan, Saskatoon.

relation existant entre les divers facteurs à considérer.

Enfin, s'il est nécessaire d'évaluer la situation présente des parties et des enfants, cet examen devrait considérer les coûts directs et cachés de l'entretien des enfants. Bien que cette liste soit loin d'être exhaustive, le montant de la pension peut dépendre de facteurs tels les coûts directs et cachés associés au soin des enfants, les ententes conclues entre les parties, l'ordonnance initiale, l'âge et l'état de santé des enfants, l'incidence de l'inflation, les besoins actuels des enfants et ceux qu'on peut raisonnablement prévoir, ainsi que les ressources des parties.

D'après les faits de la présente espèce, le changement survenu dans la situation des parties et celle des enfants était suffisant pour justifier une modification. La modification de la pension alimentaire des enfants était donc justifiée. Le juge en chambre a correctement appliqué le critère pertinent en la matière sous le régime du par. 17(4) de la Loi et, vu l'étendue appropriée de son réexamen de la situation de la famille, elle a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en faisant droit à la requête de l'appelante et en fixant le montant de la pension des enfants à partir de la preuve soumise. Étant donné l'absence d'erreur dans la décision du juge en chambre, la Cour d'appel n'avait aucun motif d'intervenir.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance du juge Carter, avec dépens dans toutes les cours en faveur de l'appelante.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante: Woloshyn Mattison, Saskatoon.

Procureurs de l'intimé: Cuelenaere, Kendall, Fisher, Gaucher, Katzman & Duncan, Saskatoon.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Brent Blair Brown *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec and the Attorney General of British Columbia *Interveners*

INDEXED AS: R. v. BROWN

File No.: 23479.

1994: November 2.

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 MANITOBA

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Criminal law — Sentencing — Mandatory minimum sentence for use of firearm while committing indictable offence — Sentence to be served consecutively to punishment imposed for an offence arising from same event — Sentence imposed on conviction for armed robberies using shotgun — Whether provision creating minimum sentence infringing s. 12 of Charter — If so, whether justified under s. 1 of Charter — Whether provision requiring sentence to be served consecutively if arising out of same event infringing s. 12 of Charter — If so, whether justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 85(1), (2).

Criminal law — Sentencing — Mandatory minimum sentence for use of firearm while committing indictable offence — Sentence to be served consecutively to punishment imposed for an offence arising from same event — Sentence imposed on conviction for armed robberies using shotgun — Whether provision creating minimum

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Brent Blair Brown** *Intimé*

et

^b **Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec et le procureur général de la Colombie-Britannique** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. BROWN

N° du greffe: 23479.

^d 1994: 2 novembre.

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 DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peines cruelles et inusitées — Droit criminel — Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire pour usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel — Peine devant être purgée consécutivement à celle imposée pour l'infraction basée sur les mêmes faits — Peine faisant suite à une déclaration de culpabilité de vols à main armée commis au moyen d'un fusil — La disposition créant la peine minimale viole-t-elle l'art. 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte? — La disposition qui exige que la peine soit purgée consécutivement à celle imposée pour l'infraction basée sur les mêmes faits viole-t-elle l'art. 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 85(1), (2).

Droit criminel — Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire pour usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel — Peine devant être purgée consécutivement à celle imposée pour l'infraction basée sur les mêmes faits — Peine faisant suite à une déclaration de culpabilité de vols à main armée

sentence infringing s. 12 of Charter — If so, whether justified under s. 1 of Charter — Whether provision requiring sentence to be served consecutively if arising out of same event infringing s. 12 of Charter — If so, whether justified under s. 1 of Charter.

Cases Cited

Applied: *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 85.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1993), 83 Man. R. (2d) 216, 36 W.A.C. 216, 80 C.C.C. (3d) 275, 19 C.R. (4th) 140, dismissing an appeal against conviction and allowing in part an appeal against sentence following conviction by Barkman J. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Marva J. Smith, for the appellant, respondent by cross-appeal.

Bruce F. Bonney, for the respondent, appellant by cross-appeal.

Kimberley Prost and *Erin McDey*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Eric H. Sibenmorgen, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Daniel Grégoire and *Jacques Gauvin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

No one appearing for the intervener the Attorney General of British Columbia (written submission only).

commis au moyen d'un fusil — La disposition créant la peine minimale viole-t-elle l'art. 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte? — La disposition qui exige que la peine soit purgée consécutivement à celle imposée pour l'infraction basée sur les mêmes faits viole-t-elle l'art. 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 12.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 85.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1993), 83 Man. R. (2d) 216, 36 W.A.C. 216, 80 C.C.C. (3d) 275, 19 C.R. (4th) 140, qui a rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité et accueilli en partie un appel contre une peine imposée à la suite d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Barkman. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

Marva J. Smith, pour l'appelante, intimée dans le pourvoi incident.

Bruce F. Bonney, pour l'intimé, appelant dans le pourvoi incident.

Kimberley Prost et *Erin McDey*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Eric H. Sibenmorgen, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Daniel Grégoire et *Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Personne n'a comparu pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique (argumentation écrite seulement).

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — At issue in this appeal is the constitutionality of s. 85 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. We are all of the view that the appeal should be allowed on the basis of the principles recently decided by the Court in *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485. In *Goltz*, the majority of the Court held that a two-stage test should be employed to evaluate the constitutionality of a legislative sentencing provision under s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The first stage is to view the provision in question from the perspective of the accused, and on the facts of this case, which involved three armed robberies using a shotgun, the provision clearly does not offend s. 12.

The second stage involves considering reasonable hypotheticals involving the offence underlying the sentence in the case before the court. Here, the Attorney General of Manitoba limited its defence of s. 85 to the case which concerns armed robbery as the underlying offence. As such, the hypothetical proposed by the respondent relating to mischief is not a reasonable hypothetical envisioned by *Goltz*. We agree with these submissions and would therefore find no violation of s. 12 of the *Charter*.

Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal of Manitoba is set aside, the cross-appeal is dismissed, and the trial judge's calculation of the respondent's sentence is restored.

We would answer the constitutional questions as follows:

Questions 1 and 3: No, when the underlying offence is robbery. The operation of s. 85 in conjunction with other potential underlying indictable offences is not at issue in this appeal and no answer is required regarding the validity of s. 85 in conjunction with such other offences.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'art. 85 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi en raison des principes que notre Cour a récemment formulés dans l'arrêt *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485. Dans l'arrêt *Goltz*, notre Cour à la majorité a décidé qu'il y avait lieu de recourir à un test en deux étapes pour évaluer la constitutionnalité d'une disposition législative prescrivant une peine, en fonction de l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La première étape consiste à considérer la disposition en cause du point de vue de l'accusé et, d'après les faits de la présente affaire où il est question de trois vols à main armée commis au moyen d'un fusil, il est évident qu'elle ne contrevient pas à l'art. 12.

La seconde étape consiste à examiner des situations hypothétiques raisonnables mettant en cause l'infraction qui sous-tend la peine prononcée dans l'affaire dont la cour est saisie. En l'espèce, le procureur général du Manitoba a limité sa défense de l'art. 85 au cas où l'infraction sous-jacente est un vol à main armée. C'est pourquoi, l'hypothèse relative à un méfait formulée par l'intimé n'est pas une situation hypothétique raisonnable envisagée par l'arrêt *Goltz*. Nous souscrivons à ces arguments et nous sommes donc d'avis de conclure à l'absence de violation de l'art. 12 de la *Charte*.

En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba est infirmé, le pourvoi incident est rejeté et le calcul de la peine de l'intimé par le juge du procès est rétabli.

Nous sommes d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

Questions 1 et 3: Non, lorsque l'infraction sous-jacente est un vol qualifié. L'application de l'art. 85 relativement à d'autres actes criminels sous-jacents potentiels n'est pas en cause en l'espèce et aucune réponse n'est requise au sujet de la validité de l'article à cet égard.

Questions 2 and 4: These questions do not arise.

Questions 2 et 4: Ces questions ne se posent pas.

Appeal allowed and cross-appeal dismissed. The first and third constitutional questions should be answered in the negative; the second and fourth did not arise.

Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté. Les première et troisième questions constitutionnelles reçoivent une réponse négative; les seconde et quatrième ne se posent pas.

Solicitor for the appellant, respondent by cross-appeal: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'appelante, intimée dans le pourvoi incident: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the respondent, appellant by cross-appeal: Nozick, Sinder & Associates, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé, appelant dans le pourvoi incident: Nozick, Sinder & Associates, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Non-Labour Lien Claimants *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen in right of Canada
as represented by the Minister of National
Revenue — Taxation** *Respondent*

and

**TransGas Limited, Saskatchewan Workers'
Compensation Board, P. E. Ben Industries
Company Ltd., A. M. Inspection Ltd.,
Certified Rentals Ltd., Arrow Welding &
Industrial Supplies Inc., Permanent
Concrete (Division of LaFarge Canada) and
Japa Industries Ltd.** *Respondents*

INDEXED AS: TRANSGAS LTD. v. MID-PLAINS
CONTRACTORS LTD.

File No.: 23549.

1994: November 3.

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
SASKATCHEWAN

*Constitutional law — Division of powers — Property
and civil rights — Taxation — Income Tax Act providing
for seizure of funds owing by tax debtor — Priority
given over other security interests created by province
— Whether or not manner in which money obtained
ultra vires federal Parliament — Constitution Act, 1867,
s. 92(13) — Income Tax Act, S.C. 1987, c. 46, s.
224(1.2), (1.3).*

Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1867, s. 92(13).
Income Tax Act, S.C. 1987, c. 46, s. 224(1.2) [am. by
S.C. 1990, c. 34, s. 1], (1.3).*

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan
Court of Appeal (1993), 105 Sask. R. 211, 32

**Revendicateurs de privilège non
syndiqués** *Appellants*

a c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada,
représentée par le ministre du Revenu
national — Impôt** *Intimée*

b

et

**TransGas Limited, Saskatchewan Workers'
Compensation Board, P. E. Ben Industries
Company Ltd., A. M. Inspection Ltd.,
Certified Rentals Ltd., Arrow Welding &
Industrial Supplies Inc., Permanent
Concrete (Division de LaFarge Canada) et
Japa Industries Ltd.** *Intimées*

RÉPERTORIÉ: TRANSGAS LTD. c. MID-PLAINS
CONTRACTORS LTD.

e N° du greffe: 23549.

1994: 3 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

*Droit constitutionnel — Partage des compétences —
Propriété et droits civils — Impôt — Saisie de fonds dus
par un contribuable prévue dans la Loi de l'impôt sur le
revenu — Priorité accordée sur d'autres garanties
créées par la province — La méthode utilisée pour obte-
nir des sommes d'argent est-elle ultra vires du Parle-
ment du Canada — Loi constitutionnelle de 1867,
art. 92(13) — Loi de l'impôt sur le revenu, L.C. 1987,
ch. 46, art. 224(1.2), (1.3).*

Lois et règlements cités

*Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13).
Loi de l'impôt sur le revenu, L.C. 1987, ch. 46, art.
224(1.2) [mod. L.C. 1990, ch. 34, art. 1], (1.3).*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de
la Saskatchewan (1993), 105 Sask. R. 211, 32

W.A.C. 211, 101 D.L.R. (4th) 238, [1993] 4 W.W.R. 337, 93 D.T.C. 5391, 1 C.T.C. 280, 14 C.R.R. (2d) 311, 8 C.L.R. (2d) 293, allowing an appeal from a judgment of MacPherson C.J.Q.B. (1991), 98 Sask. R. 1, 86 D.L.R. (4th) 251, [1992] 2 W.W.R. 256, 92 D.T.C. 6074, 1 C.T.C. 151, 48 C.L.R. 39. Appeal dismissed. The constitutional question should be answered in the negative.

Murray R. Sawatsky, for the appellants.

Edward R. Sojonky, Q.C., and *Mark R. Kindrachuk*, for the respondent Her Majesty The Queen in right of Canada as represented by the Minister of National Revenue — Taxation.

No one appearing for the respondent Saskatchewan Workers' Compensation Board.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — The Court is of the view that this appeal be dismissed, substantially for the reasons given by Tallis J.A. of the Saskatchewan Court of Appeal, with costs to the appellants as between solicitor and client payable out of and limited to the interest on the principal of the fund.

The constitutional question is answered as follows:

Question: Does the manner in which moneys are obtained pursuant to s. 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act* [both enacted by S.C. 1987, c. 46, s. 66; s. 224(1.2) amended by S.C. 1990, c. 34, s. 1] constitute an infringement of the jurisdiction of the Legislature of Saskatchewan with respect to the regulation of property and civil rights pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, or any other provincial power under that Act, so that the manner in which moneys are obtained or any part of it is *ultra vires* the Parliament of Canada?

Answer: No.

W.A.C. 211, 101 D.L.R. (4th) 238, [1993] 4 W.W.R. 337, 93 D.T.C. 5391, 1 C.T.C. 280, 14 C.R.R. (2d) 311, 8 C.L.R. (2d) 293, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge en chef MacPherson de la Cour du Banc de la Reine (1991), 98 Sask. R. 1, 86 D.L.R. (4th) 251, [1992] 2 W.W.R. 256, 92 D.T.C. 6074, 1 C.T.C. 151, 48 C.L.R. 39. Pourvoi rejeté. La question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Murray R. Sawatsky, pour les appelants.

Edward R. Sojonky, c.r., et *Mark R. Kindrachuk*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre du Revenu national — Impôt.

Personne n'a comparu pour l'intimée la Saskatchewan Workers' Compensation Board.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — La Cour est d'avis de rejeter le pourvoi, essentiellement pour les motifs formulés par le juge Tallis de la Cour d'appel de la Saskatchewan, avec dépens aux appelants comme entre procureur et client, payables sur l'intérêt du capital du fonds et limités à cet intérêt.

La question constitutionnelle reçoit la réponse suivante:

Question: La méthode utilisée pour obtenir des sommes d'argent en vertu des par. 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [les deux édictés par L.C. 1987, ch. 46, art. 66; par. 224(1.2) modifié par L.C. 1990, ch. 34, art. 1] porte-t-elle atteinte à la compétence de la législature de la Saskatchewan relativement à la réglementation de la propriété et des droits civils prévue au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou de tout autre pouvoir provincial prévu dans cette loi, de façon que cette méthode ou une partie de celle-ci est *ultra vires* du Parlement du Canada?

Réponse: Non.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: McDougall, Ready, Regina.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in right of Canada as represented by the Minister of National Revenue — Taxation: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the respondent Saskatchewan Workers' Compensation Board: Saskatchewan Workers' Compensation Board, Regina.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants: McDougall, Ready, Regina.

a

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre du Revenu national — Impôt: John C. Tait, Ottawa.

b

Procureur de l'intimée la Saskatchewan Workers' Compensation Board: Saskatchewan Workers' Compensation Board, Regina.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John Michael Ferris *Respondent*

INDEXED AS: R. v. FERRIS

File No.: 23988.

1994: November 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Prejudicial effect — Accused overheard to say he had killed victim — Trial judge admitting statement — Accused convicted of second degree murder — Court of Appeal ordering new trial — Meaning of evidence so speculative and probative value so tenuous that it ought to have been excluded — Crown's appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1994), 149 A.R. 1, 63 W.A.C. 1, 27 C.R. (4th) 141, setting aside the accused's conviction of second degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Jack Watson, Q.C., for the appellant.

Mona T. Duckett, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — In our opinion, with respect to the evidence that the respondent was overheard to say "I killed David", if it had any relevance, by reason of the circumstances fully outlined by Conrad J.A., its meaning was so speculative and its probative value so tenuous that the trial judge ought to have excluded it on the ground its prejudicial effect overbore its probative value.

The appeal is therefore dismissed.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **John Michael Ferris** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. FERRIS

N^o du greffe: 23988.

^b

1994: 7 novembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Major.

^c

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

Droit criminel — Preuve — Effet préjudiciable — Accusé surpris à dire qu'il avait tué la victime — Juge du procès admettant la déclaration en preuve — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Preuve ayant une signification si conjecturale et une valeur probante si faible qu'elle aurait dû être écartée — Appel du ministère public rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1994), 149 A.R. 1, 63 W.A.C. 1, 27 C.R. (4th) 141, qui a annulé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'accusé, et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Jack Watson, c.r., pour l'appelante.

^g

Mona T. Duckett, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^h

LE JUGE SOPINKA — À notre avis, quant à la preuve selon laquelle on a entendu l'intimé dire [TRADUCTION] «J'ai tué David», si elle avait eu quelque pertinence que ce soit, en raison des circonstances exposées complètement par le juge Conrad, sa signification était si conjecturale et sa valeur probante si faible que le juge du procès aurait dû l'exclure pour le motif que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante.

^j

En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

*Solicitor for the appellant: Jack Watson,
Edmonton.*

*Procureur de l'appelante: Jack Watson,
Edmonton.*

*Solicitors for the respondent: Royal, McCrum,
Duckett & Glancy, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimé: Royal, McCrum,
Duckett & Glancy, Edmonton.*

L.M.H. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. H. (L.M.)

File No.: 24040.

1994: November 8.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Fresh evidence — Accused's application to adduce fresh evidence in Court of Appeal dismissed — Whether Court of Appeal erred in not admitting fresh evidence.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 39 B.C.A.C. 241, 64 W.A.C. 241, dismissing the accused's appeal from his conviction for sexual assault. Appeal dismissed.

B. Rory B. Morahan, for the appellant.

Robert A. Mulligan, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — We are all of the view that this appeal should be dismissed, substantially for the reasons given by Mr. Justice Taylor of the British Columbia Court of Appeal. It is unnecessary then to deal with the motion for leave to appeal.

The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Morahan & Aujla, Victoria.

Solicitor for the respondent: The Office of Crown Counsel, Victoria.

L.M.H. Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. H. (L.M.)

N^o du greffe: 24040.

^b

1994: 8 novembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

^c

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Nouvelle preuve — Rejet de la demande de l'accusé de présenter une nouvelle preuve à la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en refusant d'admettre la nouvelle preuve?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 39 B.C.A.C. 241, 64 W.A.C. 241, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

B. Rory B. Morahan, pour l'appellant.

^f

Robert A. Mulligan, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^g

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Nous sommes tous d'avis de rejeter ce pourvoi, essentiellement pour les motifs formulés par le juge Taylor de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Il n'est donc pas nécessaire de considérer la demande d'autorisation d'appel.

Le pourvoi est en conséquence rejeté.

ⁱ

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Morahan & Aujla, Victoria.

Procureur de l'intimée: The Office of Crown Counsel, Victoria.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

William John Dubasz *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DUBASZ

File No.: 23978.

1994: November 10.

Present: Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FROM ALBERTA

Criminal law — Manslaughter — Court of Appeal erring in setting aside conviction.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1994), 149 A.R. 59, 63 W.A.C. 59, quashing the accused's conviction for manslaughter. Appeal allowed.

Paul C. Bourque, for the appellant.*David B. Mercer*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — For the reasons of Foisy J.A., dissenting, in the Court of Appeal, we agree that the majority of the Court of Appeal erred in setting aside the conviction. The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the conviction at trial is restored. The matter is remitted to the Court of Appeal to deal with the appeal as to sentence.

*Judgment accordingly.**Solicitor for the appellant: Paul C. Bourque, Edmonton.**Solicitors for the respondent: Nickerson Roberts, Edmonton.***Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

^a **William John Dubasz** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. DUBASZ

N° du greffe: 23978.

^b 1994: 10 novembre.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major.

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA^d *Droit criminel — Homicide involontaire coupable — Cour d'appel commettant une erreur en annulant la déclaration de culpabilité.*

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1994), 149 A.R. 59, 63 W.A.C. 59, qui a annulé la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable prononcée contre l'accusé. Pourvoi accueilli.

Paul C. Bourque, pour l'appelante.^f *David B. Mercer*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^g LE JUGE SOPINKA — Pour les motifs donnés par le juge Foisy, dissident, de la Cour d'appel, nous sommes d'accord pour dire que la Cour d'appel à la majorité a commis une erreur en annulant la déclaration de culpabilité. Le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel est infirmé et la déclaration de culpabilité prononcée au procès est rétablie. La question est retournée à la Cour d'appel pour qu'elle statue sur l'appel contre la peine.

ⁱ *Jugement en conséquence.**Procureur de l'appelante: Paul C. Bourque, Edmonton.*^j *Procureurs de l'intimé: Nickerson Roberts, Edmonton.*



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 1994 Vol. 3

5^e cahier, 1994 Vol. 3

Cited as [1994] 3 S.C.R. 761-963

Renvoi [1994] 3 R.C.S. 761-963

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

Caisse populaire de Charlesbourg v. Beauport (City) 833

Municipal law — Taxation — No contradiction or incompatibility between s. 13 of the Charter of the City of Beauport and s. 486 of the Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19.

Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp. 835

Criminal law — Publication bans — Four members of Catholic order charged with physical and sexual abuse of young boys in Catholic training schools — Superior court judge restraining CBC from broadcasting anywhere in Canada fictional program dealing with child sexual and physical abuse in Catholic orphanage until end of criminal trials in Ontario — Whether CBC can appeal publication ban — If so, whether judge erred in ordering ban — Standard applicable.

Criminal law — Procedure — Publication bans — General principles governing publication bans and their application.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

Arrêstistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

Caisse populaire de Charlesbourg c. Beauport (Ville) 833

Droit municipal — Taxation — Aucune contradiction ou incompatibilité entre l'art. 13 de la Charte de la ville de Beauport et l'art. 486 de la Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19.

Dagenais c. Société Radio-Canada 835

Droit criminel — Interdictions de publication — Quatre membres d'un ordre catholique accusés d'avoir abusé physiquement et sexuellement de jeunes garçons dans des centres catholiques d'éducation surveillée — Interdiction à la SRC par un juge d'une cour supérieure de diffuser partout au Canada un programme fictif portant sur les abus sexuels et physiques commis sur des enfants dans un orphelinat catholique jusqu'à la fin des procès tenus en Ontario — La SRC peut-elle interjeter appel de l'ordonnance de non-publication? — Dans l'affirmative, le juge a-t-il commis une erreur en ordonnant l'interdiction? — Norme applicable.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Appeal — Publication bans — Publication ban imposed in criminal proceedings — Ban issued under judge's common law or legislated discretionary authority — Avenues available for third parties to challenge ban.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Fair trial — Publication bans — Whether common law rule governing publication bans inconsistent with Charter principles — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 11(d).

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Publication bans — Whether Supreme Court has jurisdiction to hear third party challenge to publication ban issued in criminal proceedings — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1), (3) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 674.

R. v. Feldman..... 832

Criminal law — Search warrants — Existence of search warrant established — Issue of burden of proof not arising.

R. v. Heywood..... 761

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal Code prohibiting convicted sexual offenders from loitering in school yards, playgrounds and public parks — Convicted sexual offender convicted of loitering by play area in public park — Definition of "loitering" — Whether infringement of s. 7 (the right to life, liberty and security of the person), s. 11(d) (the right to be presumed innocent), s. 12 (the right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment), s. 9 (the right not to be arbitrarily detained or imprisoned) and s. 11(h) (the right not to be tried and punished for the same offence if already found guilty and punished for that offence) — If so, whether justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 11(d), (h), 12 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 179(1)(b).

Criminal law — Sexual conviction — Loitering — Definition of "loitering" — Criminal Code prohibiting convicted sexual offenders from loitering in school yards, playgrounds and public parks — Convicted sexual offender convicted of loitering by play area in public park — Whether infringement of s. 7 (the right to life, liberty and security of the person), s. 11(d) (the right to be presumed innocent), s. 12 (the right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment), s. 9 (the right not to be arbitrarily detained or imprisoned) and s. 11(h) (the right not to be tried and punished for the same offence if already found guilty and punished for that offence) — If so, whether justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 11(d), (h), 12 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 179(1)(b).

R. v. Huot..... 827

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused convicted of sexual offences — Similar fact evidence admitted at trial — Convictions upheld on appeal — No sub-

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit criminel — Procédure — Interdictions de publication — Principes généraux régissant les interdictions de publication et leur application.

Appel — Interdictions de publication — Interdiction de publication ordonnée dans le cadre de procédures criminelles — Interdiction prononcée par le juge en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative — Moyens de contestation de l'interdiction ouverts aux tiers.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Procès équitable — Interdictions de publication — La règle de common law régissant les interdictions de publication est-elle incompatible avec les principes de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 11d).

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Interdictions de publication — La Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre la contestation d'un tiers à l'encontre d'une ordonnance de non-publication rendue dans le cadre de procédures criminelles? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1), (3) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 674.

R. c. Feldman..... 832

Droit criminel — Mandats de perquisition — Existence d'un mandat de perquisition établie — Question du fardeau de la preuve ne se posant pas.

R. c. Heywood..... 761

Droit constitutionnel — Charte des droits — Interdiction par le Code criminel aux personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles de flâner sur un terrain d'école, un terrain de jeu ou un parc public — Personne déclarée coupable d'infractions sexuelles jugée coupable d'avoir flâné dans un parc public à proximité du terrain de jeu — Définition de «flâner» — Y a-t-il atteinte à l'art. 7 (le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne), à l'art. 11d) (le droit d'être présumé innocent), à l'art. 12 (le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités), à l'art. 9 (le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires) et à l'art. 11h) (le droit d'une personne de ne pas être jugée ni punie de nouveau pour une infraction dont elle a déjà été déclarée coupable et punie)? — Dans l'affirmative, cette atteinte peut-elle se justifier conformément à l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 11d), h), 12 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 179(1)b).

Droit criminel — Déclaration de culpabilité pour infraction sexuelle — Flânerie — Définition de «flâner» — Interdiction par le Code criminel aux personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles de flâner sur un terrain d'école, un terrain de jeu ou un parc public — Personne déclarée coupable d'infractions sexuelles jugée coupable d'avoir flâné dans un parc public à proximité du terrain de jeu — Y a-t-il atteinte à l'art. 7 (le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne), à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

stantial wrong or miscarriage of justice resulting from admission of similar fact evidence — Trial judge convinced that each count proved beyond reasonable doubt before proceeding to analyze similar fact evidence — Properly instructed jury could not reasonably have come to different conclusion if similar fact evidence had not been admitted — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. S. (T.)..... 952

Criminal law — Publication bans — Young offender charged with sexual offences on two children — Youth court judge banning publication of evidence and proceedings at young offender's trial until trials of other accused involving same complainants completed — Whether media can challenge publication ban.

Appeal — Publication bans — Publication ban imposed in criminal proceedings — Ban issued under judge's common law or legislated discretionary authority — Avenues available for third parties to challenge ban.

R. v. Whitley..... 830

Criminal law — Sexual assault — Defences — Consent — Defence of honest but mistaken belief in consent.

SOMMAIRE (Fin)

l'art. 11d) (le droit d'être présumé innocent), à l'art. 12 (le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités), à l'art. 9 (le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires) et à l'art. 11h) (le droit d'une personne de ne pas être jugée ni punie de nouveau pour une infraction dont elle a déjà été déclarée coupable et punie)? — Dans l'affirmative, cette atteinte peut-elle se justifier conformément à l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 11d), h), 12 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 179(1)b).

R. c. Huot..... 827

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel — Preuve de faits similaires admise au procès — Déclarations de culpabilité confirmées en appel — Aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave résultant de l'admission de la preuve de faits similaires — Juge du procès convaincu que chaque chef d'accusation avait été prouvé hors de tout doute raisonnable avant d'aborder l'analyse de cette preuve — Un jury ayant reçu des directives appropriées n'aurait pu raisonnablement en venir à une conclusion différente si la preuve de faits similaires n'avait pas été admise — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. c. S. (T.)..... 952

Droit criminel — Interdictions de publication — Jeune contrevenante accusée d'avoir commis des infractions sexuelles contre deux enfants — Interdiction par le juge du tribunal pour adolescents de publier la preuve et les procédures au procès de la jeune contrevenante jusqu'à ce que les procès des autres accusés mettant en cause les mêmes plaignants soient terminés — Les médias peuvent-ils contester l'interdiction de publication?

Appel — Interdictions de publication — Interdiction de publication ordonnée dans le cadre de procédures criminelles — Interdiction prononcée par le juge en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative — Moyens de contestation de l'interdiction ouverts aux tiers.

R. c. Whitley..... 830

Droit criminel — Agression sexuelle — Moyens de défense — Consentement — Moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Robert Lorne Heywood *Respondent*

and

**The Attorney General
of Canada** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. HEYWOOD

File No.: 23384.

1994: April 27; 1994: November 24.

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
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal Code prohibiting convicted sexual offenders from loitering in school yards, playgrounds and public parks — Convicted sexual offender convicted of loitering by play area in public park — Definition of “loitering” — Whether infringement of s. 7 (the right to life, liberty and security of the person), s. 11(d) (the right to be presumed innocent), s. 12 (the right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment), s. 9 (the right not to be arbitrarily detained or imprisoned) and s. 11(h) (the right not to be tried and punished for the same offence if already found guilty and punished for that offence) — If so, whether justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 11(d), (h), 12 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 179(1)(b).

Criminal law — Sexual conviction — Loitering — Definition of “loitering” — Criminal Code prohibiting convicted sexual offenders from loitering in school yards, playgrounds and public parks — Convicted sexual offender convicted of loitering by play area in public park — Whether infringement of s. 7 (the right to life, liberty and security of the person), s. 11(d) (the right to be presumed innocent), s. 12 (the right not to be sub-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Robert Lorne Heywood** *Intimé*

et

^b **Le procureur général du
Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. HEYWOOD

^c N^o du greffe: 23384.

1994: 27 avril; 1994: 24 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Interdiction par le Code criminel aux personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles de flâner sur un terrain d'école, un terrain de jeu ou un parc public — Personne déclarée coupable d'infractions sexuelles jugée coupable d'avoir flâné dans un parc public à proximité du terrain de jeu — Définition de «flâner» — Y a-t-il atteinte à l'art. 7 (le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne), à l'art. 11d) (le droit d'être présumé innocent), à l'art. 12 (le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités), à l'art. 9 (le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires) et à l'art. 11h) (le droit d'une personne de ne pas être jugée ni punie de nouveau pour une infraction dont elle a déjà été déclarée coupable et punie)? — Dans l'affirmative, cette atteinte peut-elle se justifier conformément à l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 11d), h), 12 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 179(1)b).

Droit criminel — Déclaration de culpabilité pour infraction sexuelle — Flânerie — Définition de «flâner» — Interdiction par le Code criminel aux personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles de flâner sur un terrain d'école, un terrain de jeu ou un parc public — Personne déclarée coupable d'infractions sexuelles jugée coupable d'avoir flâné dans un parc public à proximité du terrain de jeu — Y a-t-il atteinte à

jected to cruel and unusual treatment or punishment), s. 9 (the right not to be arbitrarily detained or imprisoned) and s. 11(h) (the right not to be tried and punished for the same offence if already found guilty and punished for that offence) — If so, whether justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 11(d), (h), 12 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 179(1)(b).

Respondent's earlier convictions of sexual assault involving children made him subject to the prohibition in s. 179(1)(b) of the *Criminal Code* that he not commit vagrancy by loitering near playgrounds, school yards or public parks. On two occasions, respondent, who was carrying a camera with a telephoto lens in a public park near to where children were playing, was stopped by police and questioned as to whether he had a criminal record. On the first occasion, he was warned that a convicted sex offender was not permitted to loiter near a public park, school yard or playground. On the second, he was arrested and charged under s. 179(1)(b) of the *Code* with two counts of vagrancy — "at or near a playground" and "in or near a public park" — and the camera and film with frames focusing on the crotch areas of young girls playing in the park with their clothing in disarray were seized.

The respondent was convicted of the first count. The trial judge found that, even though s. 179(1)(b) infringed ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, these infringements were a justifiable limitation under s. 1. The second count was conditionally stayed under the *Kienapple* principle. An appeal to the British Columbia Supreme Court was dismissed. The Court of Appeal, however, allowed respondent's appeal and quashed the conviction because the breaches of ss. 7 and 11(d) were not justified. The constitutional questions before this Court queried if s. 179(1)(b) infringed several sections of the *Charter*, and if so, whether those infringements were justifiable under s. 1. The *Charter* provisions allegedly infringed were: s. 7 (the right to life, liberty and security of the person), s. 11(d) (the right to be presumed innocent), s. 12 (the right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment), s. 9 (the right not to be arbitrarily detained or imprisoned) and s. 11(h) (the

l'art. 7 (le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne), à l'art. 11d) (le droit d'être présumé innocent), à l'art. 12 (le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités), à l'art. 9 (le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires) et à l'art. 11h) (le droit d'une personne de ne pas être jugée ni punie de nouveau pour une infraction dont elle a déjà été déclarée coupable et punie)? — Dans l'affirmative, cette atteinte peut-elle se justifier conformément à l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 11d), h), 12 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 179(1)(b).

Vu que l'intimé avait déjà été déclaré coupable d'agression sexuelle sur des enfants, il lui était interdit, en vertu de l'al. 179(1)(b) du *Code criminel*, de commettre des actes de vagabondage en flânant à proximité d'un terrain d'école, d'un terrain de jeu et d'un parc public. À deux reprises, l'intimé, qui transportait alors un appareil photo avec téléobjectif dans un parc public à proximité d'un endroit où jouaient des enfants, a été arrêté et interrogé par la police quant à savoir s'il avait un casier judiciaire. La première fois, l'intimé a été averti qu'il était interdit à une personne déclarée coupable d'infractions sexuelles de flâner à proximité d'un parc public, d'un terrain d'école ou d'un terrain de jeu. La seconde fois, il a été arrêté et a fait l'objet de deux chefs d'accusation de vagabondage, en vertu de l'al. 179(1)(b) du *Code*, — «sur un terrain de jeu ou à proximité» et «dans un parc public ou à proximité»; la police a saisi l'appareil et la pellicule photographique dont certaines des épreuves montraient l'entrejambe de la culotte de petites filles qui jouaient dans le parc et dont les vêtements avaient été déplacés pendant le jeu.

L'intimé a été déclaré coupable du premier chef d'accusation. Selon le juge du procès, l'al. 179(1)(b) portait atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*, mais ces atteintes pouvaient se justifier en vertu de l'article premier. Le second chef d'accusation a fait l'objet d'un sursis sous condition conformément au principe formulé dans l'arrêt *Kienapple*. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel interjeté. Cependant, la Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimé et annulé la déclaration de culpabilité parce que les atteintes à l'art. 7 et à l'al. 11d) ne pouvaient être justifiées. Les questions constitutionnelles devant notre Cour visent à déterminer si l'al. 179(1)(b) contrevient à plusieurs dispositions de la *Charte* et, dans l'affirmative, à déterminer si ces atteintes peuvent se justifier en vertu de l'article premier. Les dispositions en cause de la *Charte* sont les suivantes: l'art. 7 (le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne), l'al. 11d) (le droit d'être présumé

right not to be tried and punished for the same offence if already found guilty and punished for that offence).

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 179(1)(b) violated s. 7 of the *Charter* and was not justified under s. 1.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The word "loiter" in s. 179(1)(b) should be given its ordinary meaning — to stand idly around, hang around, linger, tarry, saunter, delay, dawdle — and should not be interpreted as requiring a malevolent intent. None of the dictionary definitions requires a malevolent intent or makes any reference to such a requirement and the jurisprudence considering its meaning in other sections of the *Code* supports the use of the ordinary meaning in s. 179(1)(b). The ordinary definition is also consistent with section's purpose of protecting children from becoming victims of sexual offences by prohibiting any prolonged attendance in areas often frequented by children.

The concept of malevolent intent (as opposed to a narrower formula such as unlawful intent) raises problems of definition which make it unworkable. It is a concept of very broad scope that is extremely difficult to define. Malevolent intent could mean almost anything, and its definition would be dependent upon the subjective views of the particular judge trying the case.

The legislative debates both on the provision's enactment and later on its reconsideration cannot be used to support the notion of some sort of malevolent intent. These debates, assuming admissibility, were inconclusive for the purpose of determining legislative intent. Indeed, legislative history generally is not admissible as proof of legislative intent in the construction of statutes because it is not reliable evidence. Rather, it may be admissible for the more general purpose of showing the mischief Parliament was attempting to remedy with the legislation.

Section 179(1)(b) restricts the liberty of those to whom it applies. Although a prohibition for the purpose of protecting the public does not *per se* infringe the principles of fundamental justice, the prohibition in s. 179(1)(b) does so because it restricts liberty far more than is necessary to accomplish its goal. It applies, with-

innocent), l'art. 12 (le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités), l'art. 9 (le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires) et l'al. 11*h*) (le droit d'une personne de ne pas être jugée ni punie de nouveau pour une infraction dont elle a déjà été déclarée coupable et punie).

Arrêt (Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. L'alinéa 179(1)*b*) porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte* et ne peut se justifier en vertu de l'article premier.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Le terme «flâner» à l'al. 179(1)*b*) devrait être interprété dans son sens ordinaire — déambuler, traîner, lambiner, se balader, s'attarder, musarder — et non comme exigeant une intention malveillante. Aucune des définitions du dictionnaire n'exige une intention malveillante ou ne fait mention d'une telle exigence, et la jurisprudence consacrée à l'interprétation du terme utilisé dans d'autres dispositions du *Code* appuie l'utilisation de l'acception courante à l'al. 179(1)*b*). Le sens ordinaire est également compatible avec l'objet de l'alinéa, qui est de protéger les enfants contre les infractions sexuelles en interdisant toute présence prolongée dans des endroits souvent fréquentés par eux.

Le concept de l'intention malveillante (par opposition à une conception plus étroite comme l'intention illégale) soulève des problèmes de définition qui le rendent inapplicable. Il s'agit d'un concept très large, extrêmement difficile à définir. Intention malveillante peut vouloir dire à peu près n'importe quoi et sa définition serait fonction des idées subjectives du juge saisi du dossier.

Les débats législatifs ayant entouré l'adoption de la disposition ainsi que ceux qui se sont déroulés lors de son réexamen n'appuient pas la notion d'une certaine forme d'intention malveillante. Ces débats, en supposant qu'ils soient admissibles, n'ont pas été concluants pour déterminer l'intention du législateur. En fait, l'historique législatif n'est généralement pas admissible comme preuve de l'intention du législateur dans le cadre de l'interprétation des lois parce qu'il ne constitue pas une preuve fiable. Par contre, il peut être admissible dans le but plus général de démontrer le méfait auquel le législateur tentait de remédier.

L'alinéa 179(1)*b*) restreint la liberté des personnes auxquelles il s'applique. Bien qu'une interdiction visant à protéger le public ne constitue pas en soi une atteinte aux principes de justice fondamentale, l'interdiction prévue à l'al. 179(1)*b*) y porte atteinte parce qu'elle restreint la liberté beaucoup plus qu'il ne le faut pour

out prior notice to the accused, to too many places, to too many people, for an indefinite period with no possibility of review.

Overbreadth and vagueness are different concepts, but are sometimes related in particular cases. They are related in that both are the result of a lack of sufficient precision by a legislature in the means used to accomplish an objective. In the case of vagueness, the means are not clearly defined. In the case of overbreadth, the means are too sweeping in relation to the objective.

Overbreadth analysis looks at the means chosen by the state in relation to its purpose. A court must consider whether those means are necessary to achieve the state objective. If the state, in pursuing a legitimate objective, uses means which are broader than is necessary to accomplish that objective, the principles of fundamental justice will be violated because the individual's rights will have been limited for no reason. The effect of overbreadth is that in some applications the law is arbitrary or disproportionate.

Reviewing legislation for overbreadth as a principle of fundamental justice is simply a matter of balancing the state interest against that of the individual. Where an independent principle of fundamental justice is violated, however, any balancing of the public interest must take place under s. 1 of the *Charter*. In analysing a statutory provision to determine if it is overbroad, a measure of deference must be paid to the means selected by the legislature. A court should not interfere with legislation merely because a judge might have chosen a different means of accomplishing the objective.

Section 7 of the *Charter* has a wide scope. An enactment, before it can be found to be so broad that it infringes s. 7 of the *Charter*, must clearly infringe life, liberty or security of the person in a manner that is unnecessarily broad, going beyond what is needed to accomplish the governmental objective. In determining whether a provision is overly broad and not in accordance with the principles of fundamental justice, it must be determined whether the means chosen to accomplish the provision's objectives are reasonably tailored to effect its purpose. Where legislation limits the liberty of an individual in order to protect the public, that limita-

atteindre son objectif. Cette interdiction s'applique sans avis préalable à l'accusé, elle vise trop d'endroits et trop de personnes, et elle est d'une durée indéterminée sans possibilité de contrôle.

a

La portée excessive et l'imprécision sont des concepts différents, mais parfois connexes dans des cas particuliers. Elles sont connexes en ce que ces deux notions résultent du fait qu'un législateur n'a pas été suffisamment précis dans les moyens utilisés pour atteindre un objectif. Dans le cas de l'imprécision, les moyens ne sont pas clairement précisés. Dans le cas de la portée excessive, les moyens sont trop généraux par rapport à l'objectif.

b

c

d

e

L'analyse de la portée excessive porte sur les moyens choisis par l'État par rapport à l'objet qu'il vise. Le tribunal doit se demander si les moyens choisis sont nécessaires pour atteindre l'objectif de l'État. Si, dans un but légitime, l'État utilise des moyens excessifs pour atteindre cet objectif, il y aura violation des principes de justice fondamentale parce que les droits de la personne auront été restreints sans motif. Lorsqu'une loi a une portée excessive, il s'ensuit qu'elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications.

f

g

h

L'examen d'une loi pour déterminer si elle a une portée excessive, en tant que principe de justice fondamentale, est simplement une question d'évaluation des intérêts de l'État par rapport à ceux du particulier. Cependant, lorsqu'il y a atteinte à un principe indépendant de justice fondamentale, l'évaluation de l'intérêt public devrait se faire dans le contexte de l'article premier de la *Charte*. Lorsqu'on analyse une disposition législative pour déterminer si elle a une portée excessive, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard des moyens choisis par le législateur. Un tribunal ne devrait pas intervenir simplement parce que le juge aurait peut-être choisi des moyens différents d'atteindre l'objectif.

i

j

L'article 7 de la *Charte* a une vaste portée. Avant que l'on puisse conclure qu'un texte législatif a une portée si large qu'il contrevient à l'art. 7 de la *Charte*, il doit être clair que ce texte porte atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une façon qui est inutilement large, allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental. Pour déterminer si la portée d'une disposition est excessive et n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, il faut établir si les moyens choisis pour atteindre l'objectif sont raisonnablement bien adaptés à cet objectif. Dans les cas où le texte législatif restreint la liberté d'une per-

tion should not go beyond what is necessary to accomplish that goal.

Section 179(1)(b) suffers from overbreadth and thus the deprivation of liberty it entails is not in accordance with the principles of fundamental justice. The section is overly broad in its geographical ambit. The limitation should be more narrowly defined, to apply only to those parks and bathing areas where children can reasonably be expected to be present. It is also overly broad in that it applies for life, with no possibility of review. Without a review a person who has ceased to be a danger to children (or who indeed never was a danger to children) continues to be subject to the prohibition in s. 179(1)(b). A pardon under the *Criminal Records Act* or the royal prerogative of mercy, while removing only any disqualification flowing from conviction, does not meet the need for review because of inadequate and insufficient availability. Finally, s. 179(1)(b) applies to all persons convicted of the listed offences, without regard to whether they constitute a danger to children and accordingly is also overly broad in respect to the people to whom it applies.

The absence of notice, too, offends the principles of fundamental justice. Great care is taken to give notice in connection with other provisions of the *Code*.

It is significant that the new s. 161, enacted after the Court of Appeal's decision, applies only to persons who have committed the listed offences in respect of persons under age fourteen. In addition, the order made pursuant to it is discretionary so that only those offenders constituting a danger to children will be subject to a prohibition. Unlike s. 179(1)(b), the new s. 161 provides for both notice and review of the prohibition and accordingly reduces the significance of the overbreadth factor.

Doubts exist as to whether a violation of the right to life, liberty or security of the person which is not in accordance with the principles of fundamental justice can ever be justified, except perhaps in times of war or national emergencies. Overbroad legislation infringing s. 7 of the *Charter* is even more difficult to justify and

sonne en vue de protéger le public, cette restriction ne devrait pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce but.

a L'alinéa 179(1)b) a une portée excessive, et l'atteinte à la liberté qu'il comporte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. La disposition a une portée excessive en raison des endroits qu'elle vise. La restriction devrait être davantage circonscrite et viser seulement les parcs et les zones de baignade où l'on peut raisonnablement s'attendre à trouver des enfants. b L'alinéa a également une portée excessive en ce que l'interdiction est perpétuelle, sans mécanisme de contrôle. L'absence de mécanisme de contrôle signifie qu'une personne qui cesse de constituer un danger pour les enfants (ou qui en fait n'en a jamais constitué un) continue d'être visée par l'interdiction prévue à l'al. 179(1)b). c La réhabilitation en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire* et la prérogative royale de clémence font cesser toute incapacité découlant de la condamnation, mais ne sont pas suffisantes pour remplacer le mécanisme de contrôle parce qu'elles sont inadéquates et difficiles à obtenir. d Enfin, l'al. 179(1)b) s'applique à toutes les personnes déclarées coupables des infractions qui y sont énumérées, qu'elles présentent ou non un danger pour les enfants; il a donc également une portée excessive quant aux personnes qu'il vise. e

f L'absence d'avis rend également la disposition incompatible avec les principes de justice fondamentale. Les avis ont une grande importance dans d'autres dispositions du *Code*.

g Il est révélateur que le nouvel art. 161, adopté après la décision de la Cour d'appel, s'applique seulement aux personnes qui ont commis l'une des infractions qui y est mentionnée à l'égard d'une personne âgée de moins de 14 ans. En outre, l'ordonnance rendue en vertu de cette disposition relève du pouvoir discrétionnaire du juge, de sorte que seulement les contrevenants qui présentent un danger pour les enfants sont visés par l'interdiction. h Contrairement à l'al. 179(1)b), le nouvel art. 161 prévoit et une procédure d'avis et un processus de contrôle de l'interdiction, et réduit en conséquence l'importance de la portée excessive.

i Il existe des doutes quant à savoir si l'on peut vraiment arriver à justifier une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, qui ne serait pas conforme aux principes de justice fondamentale, sauf peut-être en période de guerre ou d'urgence nationale. Un texte législatif d'une portée excessive qui contrevient à l'art. 7 de la *Charte* est encore plus difficile à justifier et ne pourrait, selon toute évidence, satisfaire au

would appear to be incapable of passing the minimal impairment branch of the s. 1 analysis.

The objective of s. 179(1)(b) of protecting children from sexual offences is pressing and substantial. The protection of children from sexual offenses is obviously very important to society. Furthermore, the means employed in s. 179(1)(b), at least in some of their applications, are rationally connected to the objective. However, for the same reasons that s. 179(1)(b) is overly broad, it fails the minimal impairment branch of the s. 1 analysis and so cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

The remedies of reading in or reading down are not appropriate here. The changes which would be required to make s. 179(1)(b) constitutional would not constitute reading down or reading in but rather would amount to judicial rewriting of the legislation and the creation of an entirely new scheme with a completely different approach to the problem.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): Section 179(1)(b) should be interpreted as prohibiting the persons affected from being in one of the enumerated places for a malevolent or ulterior purpose related to the predicate offences. The purpose and legislative history of s. 179(1)(b), precedent and statutory context support this interpretation.

The legislative history of s. 179(1)(b) indicated that Parliament considered the word "loiter" to have a different meaning from the word "wander" which was removed from earlier versions of the provision. "Wander" connotes movement without specific intent; "loiter", notwithstanding the common element of idleness, is defined more narrowly and has a variable connotation according to the context.

The Crown's expert psychiatric and psychological evidence was of assistance in understanding the purpose and scope of s. 179(1)(b). The evidence on cross-offending and the difficulty of predicting who will cross-offend or repeat offend justifies some form of restriction on the liberty of persons convicted of sexual offences.

The section has at its foundation a concern for public safety and a desire to aid in the treatment and rehabilita-

volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier.

L'objectif de protection des enfants contre les infractions sexuelles prévu à l'al. 179(1)(b) répond à des préoccupations urgentes et réelles. La protection des enfants contre les infractions sexuelles est évidemment très importante pour la société. En outre, tout au moins dans certaines de leurs applications, les moyens choisis à l'al. 179(1)(b) ont un lien rationnel avec l'objectif. Cependant, pour les mêmes motifs qui font que l'al. 179(1)(b) a une portée excessive, cette disposition ne satisfait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier et, en conséquence, ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Les réparations de l'interprétation large ou de l'interprétation atténuée ne sont pas appropriées en l'espèce. Les modifications nécessaires pour rendre l'al. 179(1)(b) constitutionnel ne constitueraient pas une interprétation large ou une interprétation atténuée; elles équivalraient plutôt à une réécriture du texte législatif par le tribunal et créeraient un régime législatif entièrement nouveau fondé sur une façon tout à fait différente d'aborder le problème.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): L'alinéa 179(1)(b) doit s'interpréter comme interdisant aux personnes visées de se trouver dans un des endroits énumérés dans un but malveillant ou inavoué se rapportant aux infractions sous-jacentes. L'objet et l'historique législatif de l'al. 179(1)(b) ainsi que la jurisprudence et son contexte législatif appuient cette interprétation.

Selon l'historique législatif de l'al. 179(1)(b), le législateur était d'avis que le terme «flâner» avait un sens différent du terme «errer», qui a été supprimé des versions initiales de la disposition. Le terme «errer» implique un mouvement sans intention précise; le terme «flâner», nonobstant l'élément commun d'oisiveté, est défini plus étroitement et varie en fonction du contexte.

Les témoignages des experts en psychiatrie et en psychologie cités par le ministère public aident à saisir l'objet et la portée de l'al. 179(1)(b). Les constatations concernant la diversification, conjuguées à la difficulté de prédire qui commettra une infraction d'un autre genre ou récidivera, justifient que certaines restrictions soient apportées à la liberté des personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles.

La disposition repose sur le souci de la sécurité publique et sur le désir de favoriser le traitement et la

tion of offenders. It applies broadly to all persons convicted of the enumerated offences and therefore provides protection not only to children but also to others who could be victims of sexual assault in the listed areas. The areas where the prohibition applies are places where people will generally lower their guard.

A caveat to the general rule that words be given their ordinary meaning arises because the sense of the term "loiter" varies according to its context. The absence of purpose element in the ordinary meaning of loiter can have no application in the context of s. 179(1)(b). Parliament clearly intended to include conduct of convicted sex offenders whose purpose was related to re-offending.

The prohibition contained in s. 179(1)(b) should be narrowed to render the prohibition less intrusive and to tailor it more carefully to the objectives being pursued. Not all loitering should be caught by its prohibition contained in s. 179(1)(b). Rather, the intrusion into the activities of individuals should be tied to some reason of public order. The concern to exclude presence in the enumerated areas for legitimate purposes from criminal prohibition is well-founded. The restriction created by s. 179(1)(b) will not be the same in each of the listed areas.

Analysis of the interaction of other provisions of the *Code* dealing with a similar subject-matter supports the interpretation that loitering as used in s. 179(1)(b) requires a malevolent purpose. Sections 179(1)(b) and 810.1 read together, however, produce a similar result to that achieved by s. 161 in relation to those convicted prior to the enactment of s. 161. (Section 161 allows a court at the time of sentencing to make an order prohibiting a sexual offender from attending day care centres, school grounds, playgrounds, community centres, or any public park or swimming area where persons under the age of 14 years are present or can reasonably be expected to be present. The s. 161 prohibition is available only in relation to persons who have committed offences against children under age 14.) Section 810.1 allows an application to be made to the provincial court, where there are reasonable grounds to fear that someone will commit certain sexual offences, for an order prohibiting that person from attending areas where children under age 14 are likely to be present. Section 179(1)(b)

resocialisation des délinquants. Il s'agit d'une disposition de large portée qui s'applique à toutes les personnes ayant été reconnues coupables des infractions énumérées et qui, par conséquent, protège non seulement les enfants, mais aussi toute autre victime éventuelle d'agression sexuelle dans les endroits visés, où les gens sont généralement moins sur leurs gardes.

Il faut faire une exception à la règle générale voulant que les mots doivent recevoir leur sens ordinaire, parce que le sens du terme «flâner» variera dans une certaine mesure en fonction de son contexte. L'absence de la notion de but dans le sens ordinaire de flâner ne saurait entrer en ligne de compte dans le contexte de l'al. 179(1)(b). L'intention du législateur était visiblement d'inclure la conduite de délinquants sexuels déjà reconnus coupables et dont le but a un rapport avec la récidive.

Il y a lieu de restreindre la portée de l'interdiction énoncée à l'al. 179(1)(b) afin que celle-ci soit moins attentatoire et de l'adapter plus soigneusement aux objectifs visés. L'interdiction que prévoit l'al. 179(1)(b) ne devrait pas s'appliquer à toutes les espèces de flânerie. Il convient plutôt que l'empiètement sur les activités des particuliers soit lié à quelque motif fondé sur l'ordre public. C'est à juste titre que l'on tient à faire échapper à l'interdiction criminelle le fait de se trouver pour des fins légitimes dans les endroits énumérés. L'interdiction prévue à l'al. 179(1)(b) ne sera pas identique pour chacun des endroits énumérés.

L'analyse de la corrélation avec les autres dispositions du *Code* qui portent sur des questions similaires appuie l'interprétation que le terme «flâner» visé à l'al. 179(1)(b) nécessite une intention malveillante. Pris ensemble, l'al. 179(1)(b) et l'art. 810.1 produisent cependant un effet analogue à celui de l'art. 161 en ce qui concerne les personnes déclarées coupables avant l'entrée en vigueur de l'art. 161. (L'article 161 autorise le tribunal, lors du prononcé de la peine, à rendre une ordonnance interdisant au délinquant sexuel de se trouver dans une garderie, un terrain d'école, un terrain de jeu, un centre communautaire ou dans un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner, s'il y a dans ces endroits des personnes âgées de moins de 14 ans ou s'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il y en ait. L'interdiction énoncée à l'art. 161 ne s'applique qu'à l'égard de personnes ayant commis des infractions contre des enfants âgés de moins de 14 ans.) Suivant l'art. 810.1, quiconque a des motifs raisonnables de craindre qu'une personne ne commette une des infractions sexuelles énumérées peut s'adresser à un juge d'une cour provinciale afin de demander une ordonnance interdisant à la

allows the police to take immediate preventative steps before a previous offender re-offends.

The two primary *Charter* concerns raised in relation to s. 179(1)(b) pertain to vagueness and overbreadth. Defining loitering in that section as being in an enumerated place for a malevolent or ulterior purpose related to the predicated offences avoids both these problems. A lifetime prohibition of activities with a malevolent or ulterior purpose related to re-offending is not objectionable or over-broad. Such a prohibition would impose a restriction on the liberty of the affected individuals to which ordinary citizens are not subject, but that restriction is directly related to preventing re-offending. The affected persons' history of offending, the uncertainties prevalent in treating offenders and a desire to disrupt the cycle of re-offending justify this minor intrusion which does not breach the principles of fundamental justice.

Section 7 of the *Charter* was not violated by the absence of any notice of the prohibition contained in s. 179(1)(b). Even though formal notice of the content of s. 179(1)(b) might be preferable, Parliament's decision to provide notice in respect of certain *Criminal Code* prohibitions cannot be transformed into a principle of fundamental justice.

The allegation that s. 179(1)(b) violates ss. 9, 11(d), (h) and 12 of the *Charter* are without foundation. The absence of notice, for reasons similar to those relating to overbreadth, did not violate the s. 9 *Charter* guarantee against being arbitrarily detained or imprisoned. The s. 11(d) *Charter* right to be presumed innocent until proven guilty was not infringed either for s. 179(1)(b) does not assume recidivism but rather provides the means to prevent it. Anyone charged under s. 179(1)(b) will be presumed innocent and the burden remains on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the accused committed the offence as interpreted. The s. 11(h) right against double jeopardy was not violated. Section 179(1)(b) applies to persons identified by the fact of having been convicted of one of the enumerated offences. Any conviction under that section, however, will be based on violating its terms and not of having been convicted of one of the enumerated offences. Finally, the respondent was not the subject of cruel and

personne en question de se trouver dans des endroits où il y aura vraisemblablement des enfants de moins de 14 ans. L'alinéa 179(1)(b) autorise la police à intervenir avant que la personne qui a déjà commis une infraction ne récidive.

Dans le contexte de la *Charte*, les deux principales questions que soulève l'al. 179(1)(b) concernent son imprécision et sa portée excessive. On évite ces problèmes si l'on définit l'acte de flâner visé dans cette disposition comme le fait de se trouver dans les endroits énumérés dans un but malveillant ou inavoué se rapportant à l'une des infractions sous-jacentes. Interdire à perpétuité des activités ayant un but malveillant ou inavoué lié à la récidive n'a rien de reprochable et n'a pas une portée excessive. Pareille interdiction apporterait certes à la liberté des personnes visées une restriction à laquelle ne sont pas assujettis les citoyens ordinaires, mais cette restriction se rapporte directement à la prévention de la récidive. Les antécédents des personnes visées, l'incertitude caractérisant le traitement des contrevenants ainsi que le désir de rompre le cycle de la récidive justifient ce qui ne constitue en réalité qu'une atteinte mineure à la liberté, qui ne va pas à l'encontre des principes de justice fondamentale.

Il n'y a pas eu violation de l'art. 7 à cause de l'absence de tout avis de l'interdiction énoncée à l'al. 179(1)(b). Bien qu'il puisse être préférable qu'un avis en bonne et due forme du contenu de l'al. 179(1)(b) soit donné, je ne vois aucune raison d'ériger en principe de justice fondamentale la décision du législateur de prévoir un avis dans le cas de certaines interdictions prévues au *Code criminel*.

L'allégation que l'al. 179(1)(b) viole l'art. 9, les al. 11(d) et (h) et l'art. 12 de la *Charte* est dénuée de tout fondement. L'absence d'avis, pour des motifs semblables à ceux applicables à la portée excessive, n'a pas entraîné une violation de l'art. 9, qui offre une garantie contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires. Le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable, prévu à l'al. 11(d) de la *Charte*, n'a pas été violé car, loin de supposer la récidive, l'al. 179(1)(b) prévoit des moyens de l'empêcher. Quiconque est inculpé en vertu de l'al. 179(1)(b) est présumé innocent et c'est toujours au ministère public qu'il incombe de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'infraction telle qu'elle a été interprétée. Il n'y a pas eu violation du droit contre la double incrimination visé à l'al. 11(h). Les personnes auxquelles s'applique l'al. 179(1)(b) se caractérisent par le fait qu'elles ont été déclarées coupables de l'une des infractions énumérées. Toutefois, toute déclaration de culpabilité en

unusual treatment or punishment contrary to s. 12 of the *Charter*. Such punishment or treatment must be “so excessive as to outrage the standards of decency” or have an effect “grossly disproportionate to what would have been appropriate”. The lifetime prohibition of activities with a malevolent or ulterior purpose related to re-offending, however, is both a minor and justifiable restraint of the affected persons’ liberty.

vertu de cet alinéa sera fondée sur la violation de celui-ci et non pas sur le verdict de culpabilité rendu relativement à l’une des infractions énumérées. Enfin, l’intimé n’a pas été exposé à une peine ou un traitement cruels et inusités en contravention de l’art. 12 de la *Charte*. Une peine ou un traitement n’est cruel et inusité que s’il est «excessif» au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine» ou si son effet est «exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié». L’interdiction perpétuelle d’activités entreprises dans un but malveillant ou inavoué lié à la récidive constitue une restriction à la fois mineure et justifiable de la liberté des personnes visées.

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Munroe* (1983), 5 C.C.C. (3d) 217; *Ledwith v. Roberts*, [1937] 1 K.B. 232; *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398; *R. v. Gauvin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 229; *R. v. Andsten and Petrie* (1960), 33 C.R. 213; *R. v. Lozowchuk* (1984), 32 Sask. R. 51; *R. v. Cloutier (M.)* (1991), 51 Q.A.C. 143, 66 C.C.C. (3d) 149; *R. v. Willis* (1987), 37 C.C.C. (3d) 184; *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972); *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255; *Attorney General of Canada v. The Reader’s Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] S.C.R. 775; *R. v. Popovic and Askov*, [1976] 2 S.C.R. 308; *Highway Victims Indemnity Fund v. Gagné*, [1977] 1 S.C.R. 785; *Toronto Railway Co. v. The Queen* (1894), 4 Ex. C.R. 262; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469; *Paul v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 621; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R.

c Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Munroe* (1983), 5 C.C.C. (3d) 217; *Ledwith c. Roberts*, [1937] 1 K.B. 232; *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398; *R. c. Gauvin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 229; *R. c. Andsten and Petrie* (1960), 33 C.R. 213; *R. c. Lozowchuk* (1984), 32 Sask. R. 51; *R. c. Cloutier (M.)* (1991), 51 Q.A.C. 143, 66 C.C.C. (3d) 149; *R. c. Willis* (1987), 37 C.C.C. (3d) 184; *Papachristou c. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972); *Gosselin c. The King* (1903), 33 R.C.S. 255; *Attorney General of Canada c. The Reader’s Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] R.C.S. 775; *R. c. Popovic et Askov*, [1976] 2 R.C.S. 308; *Fonds d’indemnisation des victimes d’accidents d’automobile c. Gagné*, [1977] 1 R.C.S. 785; *Toronto Railway Co. c. The Queen* (1894), 4 R.C. de l’É. 262; *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469; *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du*

143; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Graf* (1988), 42 C.R.R. 146; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

By Gonthier J. (dissenting)

R. v. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Munroe* (1983), 5 C.C.C. (3d) 217; *R. v. Gauvin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 229; *R. v. Cloutier (M.)* (1991), 51 Q.A.C. 143, 66 C.C.C. (3d) 149; *R. v. Lozowchuk* (1984), 32 Sask. R. 51; *R. v. Andsten and Petrie* (1960), 33 C.R. 213; *Attorney General for Ontario v. Regional Municipality of Peel*, [1979] 2 S.C.R. 1134; *Attorney-General of Hong Kong v. Sham Chuen*, [1986] 1 A.C. 887; *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972); *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 11(d), (h), 12, 15.
Constitution Act, 1867, s. 91(27).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, S.C. 1892, c. 29, ss. 207, 208.
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 238(k) [ad. S.C. 1951, c. 47, s. 13].
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 164(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 246.1(1) [ad. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 687 [rep. & sub. S.C. 1976-77, c. 53, s. 14].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 19, 100, 161 [ad. S.C. 1993, c. 45, s. 1], 175(1)(c), 177, 179(1)(b) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 8], 260, 749(3), 810.1 [ad. S.C. 1993, c. 45, s. 11].
Criminal Records Act, R.S.C., 1985, c. C-47, ss. 4, 4.1(1) [ad. S.C. 1992, c. 22, s. 4(1)], (2) [ad. *idem*], 5(b) [rep. & sub. *ibid.*, s. 5].

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "loiter".
 Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children: Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths* (Badgley Report). Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.
 Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill*

commerce), [1990] 1 R.C.S. 425; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Graf* (1988), 42 C.R.R. 146; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Munroe* (1983), 5 C.C.C. (3d) 217; *R. c. Gauvin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 229; *R. c. Cloutier (M.)* (1991), 51 Q.A.C. 143, 66 C.C.C. (3d) 149; *R. c. Lozowchuk* (1984), 32 Sask. R. 51; *R. c. Andsten and Petrie* (1960), 33 C.R. 213; *Procureur général de l'Ontario c. Municipalité régionale de Peel*, [1979] 2 R.C.S. 1134; *Attorney-General of Hong Kong c. Sham Chuen*, [1986] 1 A.C. 887; *Papachristou c. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972); *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 11(d), (h), 12, 15.
Code criminel, S.C. 1892, ch. 29, art. 207, 208.
Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 238(k) [aj. S.C. 1951, ch. 47, art. 13].
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 164(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 246.1(1) [aj. S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19], 687 [abr. & rempl. S.C. 1976-77, ch. 53, art. 14].
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 19, 100, 161 [aj. L.C. 1993, ch. 45, art. 1], 175(1)(c), 177, 179(1)(b) [abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 19 (3^e suppl.), art. 8], 260, 749(3), 810.1 [aj. L.C. 1993, ch. 45, art. 11].
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur le casier judiciaire, L.R.C. (1985), ch. C-47, art. 4, 4.1(1) [aj. L.C. 1992, ch. 22, art. 4(1)], (2) [aj. *idem*], 5(b) [abr. & rempl. *ibid.*, art. 5].

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, «loiter».
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le Projet de loi C-15: Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*. Fascicule n^o 1. Les 27 novembre, 11 et 18 décembre 1986, 5 et 17 février et 17 mars 1987, aux pp. 1:46, 3:24-3:25, 6:18-6:19, 8:29-8:30, 9:70 à 9:75 et 10:27 à 10:31.

C-15: *An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*. Issue No. 1. November 27; December 11, 18, 1986; February 5, 17; March 17, 1987, at pp. 1:46, 3:24-3:25, 6:18-6:19, 8:29-8:30, 9:70-9:75, 10:27-10:31.

Canada. National Parole Board. *National Parole Board, Pardon Decision Policies, Annex: The Royal Prerogative of Mercy*: Direction (June 1993).

Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. *Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution* (Fraser Report). Ottawa: The Committee, 1985.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1992.

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

Grand Larousse de la langue française. Paris: Librairie Larousse, 1972-1975, "errer", "flâner", "malveillant". *House of Commons Debates*, vol. 5, 4th sess., 21st Parl. Ottawa: King's Printer, 1952.

Lagarde, Irénée. *Droit pénal canadien*. Montréal: Wilson et Lafleur, 1962.

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "loiter", "malevolent", "wander".

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1987.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1992), 77 C.C.C. (3d) 502, 18 C.R. (4th) 63, 20 B.C.A.C. 166, 35 W.A.C. 166, 12 C.R.R. (2d) 238; allowing an appeal from a judgment of Melvin J. (1991), 65 C.C.C. (3d) 46, dismissing an appeal from conviction by Filmer Prov. Ct. J. Appeal dismissed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

Robert A. Mulligan, for the appellant.

B. Rory B. Morahan, for the respondent.

Bernard Laprade, for the intervener.

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

Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants: Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes* (Rapport Badgley). Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984.

Canada. Comité spécial sur la pornographie et la prostitution. *Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution* (Rapport Fraser). Ottawa: Le Comité, 1985.

Canada. Commission nationale des libérations conditionnelles. *Commission nationale des libérations conditionnelles, Politiques décisionnelles sur la réhabilitation, Annexe: La Prérogative royale de clémence*: Document d'orientation (juin 1993).

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.

Débats de la Chambre des communes, vol. 5, 4^e sess., 21^e lég. Ottawa: Imprimeur du Roi, 1952.

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

Grand Larousse de la langue française. Paris: Librairie Larousse, 1972-1975, «errer», «flâner», «malveillant».

Lagarde, Irénée. *Droit pénal canadien*. Montréal: Wilson et Lafleur, 1962.

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, «loiter», «malevolent», «wander».

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 77 C.C.C. (3d) 502, 18 C.R. (4th) 63, 20 B.C.A.C. 166, 35 W.A.C. 166, 12 C.R.R. (2d) 238, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Melvin (1991), 65 C.C.C. (3d) 46, qui avait rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Filmer de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

Robert A. Mulligan, pour l'appelante.

B. Rory B. Morahan, pour l'intimé.

Bernard Laprade, pour l'intervenant.

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

CORY J. — Section 179(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as amended, makes it a crime for persons convicted of specified offences to be “found loitering in or near a school ground, playground, public park or bathing area”. It must be determined whether the section infringes ss. 7 or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Facts

The respondent was charged with two counts of vagrancy under s. 179(1)(b) alleging that on or about July 5, 1989, he did commit vagrancy by loitering at Beacon Hill Park in Victoria. The first count was framed as loitering “at or near a playground”. The second count, which referred to the same events, was framed as loitering “in or near a public park”.

In 1987 the respondent was convicted of two counts of sexual assault contrary to the former s. 246.1(1) (now s. 271(1)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. These convictions made him subject to the prohibition set out in s. 179(1)(b).

On June 16, 1989, for about two minutes, Police Constable Ronald German observed the respondent standing in Beacon Hill Park in Victoria, British Columbia at the edge of a playground area. Around his neck the respondent was carrying a camera with a telephoto lens. The constable did not see the respondent take any pictures or approach or speak to any children. The respondent then went to another area of the park. Constable German followed the respondent and called to him. The respondent stopped, and German identified himself and produced his badge. He asked the respondent what he was doing in the park. The respondent replied that he was walking through the park just as he did every day.

LE JUGE CORY — En application de l'al. 179(1)(b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, modifié, commet un acte criminel quiconque, ayant été déclaré coupable des infractions précisées, est trouvée «flânant sur un terrain d'école, un terrain de jeu, un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner ou à proximité de ces endroits». Il s'agit de déterminer si cette disposition porte atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les faits

L'intimé a fait l'objet de deux chefs d'accusation de vagabondage en vertu de l'al. 179(1)(b) dans lesquels il était allégué qu'il aurait, le ou vers le 5 juillet 1989, commis un acte de vagabondage en flânant dans le parc Beacon Hill à Victoria. Le premier chef d'accusation lui reprochait d'avoir flâné [TRADUCTION] «sur un terrain de jeu ou à proximité» et le second, qui se rapportait aussi au même incident, d'avoir flâné [TRADUCTION] «dans un parc public ou à proximité».

En 1987, l'intimé avait été déclaré coupable de deux chefs d'accusation d'agression sexuelle en contravention de l'ancien par. 246.1(1) (maintenant le par. 271(1)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Vu ces déclarations de culpabilité, l'intimé était visé par l'interdiction mentionnée à l'al. 179(1)(b).

Le 16 juin 1989, dans le parc Beacon Hill à Victoria (Colombie-Britannique), l'agent Ronald German a, pendant environ deux minutes, observé l'intimé qui se tenait en bordure d'un terrain de jeu. L'intimé avait au cou un appareil photo avec téléobjectif. L'agent n'a pas vu l'intimé prendre des photos ou parler à des enfants. L'intimé est ensuite allé vers un autre endroit dans le parc. L'agent German l'a suivi et l'a appelé. L'intimé s'est arrêté; l'agent German s'est nommé et a montré sa plaque. Il a demandé à l'intimé ce qu'il faisait dans le parc. Celui-ci a répondu qu'il traversait le parc comme il le faisait chaque jour.

After some further discussion, the officer asked the respondent for his address, date of birth, and if he had a criminal record. The respondent replied that he had a criminal record for sexual assault. Constable German then told the respondent that his hanging around the park was contrary to the vagrancy section of the *Code*, and that a convicted sex offender was not permitted to loiter near a public park, school yard or playground. The respondent asked the officer what he meant by "loitering", to which Constable German very astutely replied: "loitering meant standing around, apparently doing nothing, standing stationary in a location, or moving slowly in a certain area, stopping at regular intervals and standing around, or else loitering also could mean stopping in a location where it would obstruct persons who use that area too [*sic*] frequent". The officer did not charge the respondent, but warned him not to loiter near the playground at the park again.

On the afternoon of July 5, 1989, Constable Wayne Coleman observed the respondent walking on a pathway leading from the children's playground area in the Beacon Hill Park towards the petting zoo. After stopping there for a few minutes, the respondent went to his car. The respondent was once again carrying a camera with a large lens. Constable Coleman, who was in plain clothes, followed the respondent in an unmarked police car. After driving around for approximately half an hour, the respondent returned to the park. There, the officer saw the respondent seated at a table approximately 50 yards from the playground area. He then moved to a bench approximately 20 yards from the playground and appeared to be using his camera. Some five minutes later, the respondent left the park and returned to his car. Constable Coleman followed the respondent to his residence, where he arrested Heywood and charged him with vagrancy. The police seized his camera and film. A search warrant was subsequently executed at his residence. A picture on the film found in the camera, and a number of pictures found in the respondent's residence and at the drugstore where he had his photographs developed, showed young girls playing in the park, their

Après d'autres échanges, l'agent a demandé à l'intimé son adresse, sa date de naissance et s'il avait un casier judiciaire. L'intimé a répondu qu'il avait un casier judiciaire pour agression sexuelle. L'agent German lui a dit que le fait qu'il flânait dans le parc était contraire à la disposition sur le vagabondage du *Code*, et qu'une personne déclarée coupable d'agression sexuelle n'était pas autorisée à flâner à proximité d'un parc public, d'un terrain d'école ou d'un terrain de jeu. L'intimé a demandé à l'agent ce qu'il entendait par «flâner»; ce à quoi l'agent German a très astucieusement répondu: [TRADUCTION] «flâner signifie se trouver à un endroit, apparemment sans rien faire, se tenir immobile dans un endroit, se déplacer lentement, arrêter à intervalles réguliers et rester sur place; flâner peut aussi vouloir dire arrêter dans un lieu de façon à gêner le passage des personnes qui le fréquentent». L'agent n'a pas porté d'accusation contre l'intimé, mais l'a averti de ne plus flâner à proximité du terrain de jeu du parc.

Dans l'après-midi du 5 juillet 1989, l'agent Wayne Coleman a observé l'intimé qui marchait dans un sentier menant du terrain de jeu des enfants dans le parc Beacon Hill au zoo pour petits animaux. Après y être arrêté pendant quelques minutes, l'intimé s'est rendu à sa voiture. Il portait de nouveau un appareil photo équipé d'un téléobjectif. L'agent Coleman, alors habillé en civil, a suivi l'intimé dans une voiture de police banalisée. Après avoir conduit pendant approximativement une demi-heure, l'intimé est retourné au parc. L'agent a alors vu l'intimé assis à une table située à environ 50 verges du terrain de jeu. Il est ensuite allé sur un banc à environ 20 verges du terrain de jeu; il paraissait se servir de son appareil photo. Environ cinq minutes plus tard, l'intimé a quitté le parc et est retourné à sa voiture. L'agent Coleman l'a suivi jusque chez lui, où il l'a arrêté et accusé de vagabondage. La police a saisi l'appareil et la pellicule photographique. Un mandat de fouille et de perquisition a plus tard été exécuté à la résidence de l'intimé. Sur l'une des épreuves développées à partir de la pellicule trouvée dans l'appareil de même que sur un certain nombre de photos saisies à la résidence de l'intimé et à la pharmacie où l'intimé faisait développer ses films, il y avait des

clothing disarranged from play so that the area of their crotch, although covered by underclothes, was visible.

At his trial, the respondent pleaded not guilty and challenged the constitutionality of s. 179(1)(b) on the grounds that it infringed ss. 7, 11(d), (h), 12 and 15 of the *Charter*. The trial judge found that s. 179(1)(b) violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, but that it was a justifiable limit under s. 1. The respondent was convicted of the first count of vagrancy under s. 179(1)(b). The second count was conditionally stayed pursuant to the principle expressed in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729. The respondent was sentenced to three months incarceration to be followed by three years probation. The respondent appealed to the Supreme Court of British Columbia, which dismissed his appeal. The Supreme Court judge accepted the trial judge's finding that s. 179(1)(b) violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, but like the trial judge found that they were justified under s. 1.

The respondent appealed to the British Columbia Court of Appeal. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal, and quashed the conviction. Hutcheon J.A. (Rowles J.A. concurring) accepted the breaches of ss. 7 and 11(d) as found by the lower courts. Southin J.A. only found a breach of s. 7. All three judges of the Court of Appeal found that s. 179(1)(b) was not justified under s. 1 of the *Charter*. The Crown appellant was granted leave to appeal to this Court.

Relevant Legislation

Section 179(1)(b) provides that:

179. (1) Every one commits vagrancy who

(b) having at any time been convicted of an offence under section 151, 152 or 153, subsection 160(3) or

petites filles jouant dans le parc; leurs vêtements avaient été déplacés pendant le jeu, et on pouvait voir l'entrejambe de leur culotte.

Lors du procès, l'intimé a plaidé non coupable et a contesté la constitutionnalité de l'al. 179(1)(b) en faisant valoir qu'il allait à l'encontre de l'art. 7, des al. 11(d) et h) et des art. 12 et 15 de la *Charte*. Selon le juge de première instance, l'al. 179(1)(b) portait atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11(d) de la *Charte*, mais il constituait une restriction pouvant être justifiée en vertu de l'article premier. L'intimé a été déclaré coupable du premier chef d'accusation de vagabondage en vertu de l'al. 179(1)(b). Le second chef d'accusation a fait l'objet d'un sursis sous condition conformément au principe formulé dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729. L'intimé a été condamné à trois mois d'emprisonnement, suivis d'une période de probation de trois ans. Il a, sans succès, interjeté appel à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, qui a accepté la conclusion du juge de première instance que l'al. 179(1)(b) portait atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11(d) de la *Charte*, et, comme lui, considérait que cette atteinte était justifiée en vertu de l'article premier.

L'intimé a interjeté appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a accueilli l'appel et annulé la déclaration de culpabilité. Le juge Hutcheon (avec l'appui du juge Rowles) a, à l'instar des juridictions inférieures, conclu qu'il y avait atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11(d). Le juge Southin était d'avis qu'il y avait seulement violation de l'art. 7. Les trois juges de la Cour d'appel ont statué que l'al. 179(1)(b) ne pouvait être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le ministère public a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour.

Les dispositions législatives pertinentes

L'alinéa 179(1)(b):

179. (1) Commet un acte de vagabondage toute personne qui, selon le cas:

b) ayant été déclarée coupable d'une infraction prévue aux articles 151, 152 ou 153, aux paragraphes

173(2) or section 271, 272 or 273, or of an offence under a provision referred to in paragraph (b) of the definition "serious personal injury offence" in section 687 of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read before January 4, 1983, is found loitering in or near a school ground, playground, public park or bathing area.

The definition of "serious personal injury offence" in s. 687 of the *Criminal Code*, as it read before January 4, 1983, was as follows:

687. . . .

(b) an offence mentioned in section 144 (rape) or 145 (attempted rape) or an offence or attempt to commit an offence mentioned in section 146 (sexual intercourse with a female under fourteen or between fourteen and sixteen), 149 (indecent assault on a female), 156 (indecent assault on a male) or 157 (gross indecency).

Judgments

Provincial Court (Filmer Prov. Ct. J.)

The trial judge found that s. 179(1)(b) of the *Code* violated s. 7 of the *Charter* because it was "an impediment on the freedom and liberty of persons who have been previously convicted of the enumerated sections of the *Criminal Code*". He also found that s. 179(1)(b) violated s. 11(d) of the *Charter*. However, he concluded that s. 179(1)(b) could be saved under s. 1 of the *Charter*.

The trial judge found that the word "loiter" in s. 179(1)(b) did not connote innocent behaviour; rather, there must be an untoward or improper motive. In his opinion that motive did not need to be illegal. It was sufficient if it was "malevolent", or something a reasonable person would not consider innocent. In light of this interpretation of the word "loiter", the trial judge found that s. 179(1)(b) was justified under s. 1 of the *Charter*. He held that the objective of the section, namely protecting children and vulnerable persons from those within the community who might be sexually

160(3) ou 173(2) ou aux articles 271, 272 ou 273 ou visée par une disposition mentionnée à l'alinéa b) de la définition de «sévices graves à la personne» à l'article 687 du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts révisés du Canada de 1970, dans sa version antérieure au 4 janvier 1983, est trouvée flânant sur un terrain d'école, un terrain de jeu, un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner ou à proximité de ces endroits.

Voici le libellé de la définition de «sévices graves à la personne» à l'art. 687 du *Code criminel* dans sa version antérieure au 4 janvier 1983:

687. . . .

b) les infractions prévues aux articles 144 (viol) ou 145 (tentative de viol), les infractions ou tentatives de perpétration de l'une des infractions prévues aux articles 146 (rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans ou de plus de quatorze ans mais de moins de seize ans), 149 (attentat à la pudeur d'une personne du sexe féminin), 156 (attentat à la pudeur d'une personne du sexe masculin) ou 157 (grossière indécence).

Les tribunaux d'instance inférieure

La Cour provinciale (le juge Filmer)

Le juge du procès a conclu que l'al. 179(1)(b) du *Code* contrevenait à l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il était [TRADUCTION] «une atteinte à la liberté de personnes ayant déjà été déclarées coupables d'une infraction prévue aux articles mentionnés du *Code criminel*». Il a également conclu que l'al. 179(1)(b) violait l'al. 11(d) de la *Charte*. Cependant, il était d'avis que l'al. 179(1)(b) pouvait être sauvé par l'article premier de la *Charte*.

À son avis, le terme «flâner» à l'al. 179(1)(b) ne comporte pas l'idée d'un comportement innocent, mais plutôt celle d'un mobile déplacé ou répréhensible. Selon lui, ce mobile n'a pas besoin d'être illégal. Il suffit qu'il soit «malveillant» ou que ce soit quelque chose qu'une personne raisonnable ne considérerait pas comme un comportement innocent. Vu cette interprétation du terme «flâner», le juge du procès était d'avis que l'al. 179(1)(b) se justifiait en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il a déterminé que, puisqu'il vise notamment à protéger les enfants et les personnes vulnérables con-

predatory, was pressing and substantial and that the means chosen were rationally connected to this objective.

Based on the evidence of the photographs taken by the respondent, the trial judge found that the respondent did not have an innocent purpose for being in the park. He stated:

It is my view that the conduct of [the respondent] transcended the bounds of what is harmless and innocent. His conduct pandered to a purely prurient interest; that is, it arose from indulgence in lewd ideas. Lewd in this context means that it involved obscenity, indecency, or lasciviousness of thought. Such conduct is so reprehensible in my view no reasonable person could characterize it as innocent or lawful. As I said when reviewing the constitutionality of this section, the section is not intended to limit innocent attendances or attendances where a lawful purpose is involved. I cannot find such a purpose exists here.

He further noted that the provisions of the *Criminal Records Act*, R.S.C., 1985, c. C-47, applied to permit a person who was subject to s. 179(1)(b) to obtain a pardon so that they would no longer be subject to the prohibition. He found that this provision acted as a safeguard against the unfair application of s. 179(1)(b).

Supreme Court (1991), 65 C.C.C. (3d) 46 (Melvin J.)

Melvin J. held at p. 56 that the meaning of the word "loiter" should be determined "by reference to the general use of the word in everyday language as found in dictionaries, other sections in the same statutory enactment, and in the context of the offence section itself". He found, at pp. 57-58, that:

I am satisfied that the word "loiter" in s. 179(1)(b) requires the existence of some unlawful, or evil, or malevolent intention or purpose on the part of the accused to complete the offence. Such an interpretation of the section demonstrates that a guilty mind is an essential component of the offence which must be established beyond a reasonable doubt. It is not sufficient to convict an individual under this section, in my view, of loitering on the basis that he attended at a park and sat

tre ceux qui, dans la collectivité, pourraient bien être des «prédateurs sexuels», l'objectif de cette disposition est urgent et réel et les moyens choisis pour l'atteindre ont un lien rationnel avec celui-ci.

À partir des photographies prises par l'intimé, le juge du procès a décidé que l'intimé ne se trouvait pas dans le parc dans un but innocent. Il a dit:

[TRADUCTION] À mon avis, la conduite de [l'intimé] allait au-delà des limites de ce qui constitue un comportement inoffensif et innocent. Sa conduite était guidée par un intérêt purement lascif: la satisfaction de ses idées obscènes. L'obscénité dans ce contexte signifie qu'il y a outrage à la pudeur ou existence d'un esprit lascif. Cette conduite est à mon avis tellement répréhensible qu'aucune personne raisonnable ne pourrait la qualifier d'innocente ou de légale. Comme je l'ai affirmé dans mon examen de la constitutionnalité de la disposition, celle-ci ne vise pas à restreindre une activité innocente ou qui comporte un motif légal. Je ne peux conclure à l'existence d'un tel motif en l'espèce.

Il a ensuite fait remarquer que la *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. (1985), ch. C-47, s'applique et permet à une personne visée par l'al. 179(1)(b) d'obtenir une réhabilitation, de sorte qu'elle ne serait plus visée par l'interdiction en question. À son avis, cette loi sert de protection contre l'application injuste de l'al. 179(1)(b).

La Cour suprême (1991), 65 C.C.C. (3d) 46 (le juge Melvin)

Le juge Melvin a affirmé, à la p. 56, que l'interprétation du terme «flâner» devrait être déterminée [TRADUCTION] «à partir du sens général et courant de ce terme d'après les dictionnaires et les autres dispositions du même texte législatif et dans le contexte de la disposition constitutive de l'infraction». Il a statué, aux pp. 57 et 58:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que le terme «flânant» employé à l'al. 179(1)(b) exige, pour que l'infraction soit complète, que l'accusé ait une intention ou un but illégal ou malveillant. En interprétant ainsi la disposition, on établit que l'existence d'un esprit coupable est un élément essentiel de l'infraction, qui doit faire l'objet d'une preuve hors de tout doute raisonnable. Pour qu'une personne puisse, en vertu de cette disposition, être déclarée coupable d'avoir flâné, il ne suffit pas, à

watching flowers grow or ducks swim. There must be more to his conduct which will demonstrate an untoward or improper purpose.

He then concluded that the respondent's purpose was not innocent and it was that purpose or state of mind which brought him within the definition of "loitering" in s. 179(1)(b).

The appeal before Melvin J. was argued on the basis that the trial judge was correct to find violations of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. On this basis, he accepted that s. 179(1)(b) violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. However, after reviewing the expert evidence he was satisfied that s. 179(1)(b) was justified under s. 1 of the *Charter*. He stated, at p. 63, that:

The objective, namely, the controlling of the impulses of potential reoffenders and the protection of the public, is of great importance and clearly justifies overriding a constitutionally protected right or freedom, such as found in s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. When one considers the means chosen under those circumstances, if the section contains an evil or malevolent intent as a component to be demonstrated by the evidence led on behalf of the [appellant], then the proportionality test in *R. v. Oakes* is satisfied as the measures are designed to achieve their objective and are rationally connected with that objective and have little impairment of the rights or freedom in question.

As a result of his conclusions he dismissed the respondent's appeal.

Court of Appeal (1992), 77 C.C.C. (3d) 502

Hutcheon J.A., Rowles J.A. concurring

In the Court of Appeal the Crown accepted the trial judge's finding that the provisions of s. 179(1)(b) violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Hutcheon J.A. proceeded on this basis and as a result dealt only with the question as to whether the section was saved by s. 1 of the *Charter*. He concluded that it was not.

mon avis, qu'elle se soit trouvée dans un parc pour regarder des fleurs ou des canards. Il doit y avoir davantage dans la conduite de cette personne qui permette d'établir qu'elle se trouvait dans le parc dans un but déplacé ou répréhensible.

Il a ensuite conclu que le but de l'intimé n'était pas innocent et que, en raison de ce but ou état d'esprit, il s'était trouvé à «flâner» au sens de l'al. 179(1)(b).

Lors de l'appel devant le juge Melvin, l'argument était que le juge du procès avait eu raison de conclure qu'il y avait eu violation de l'art. 7 et de l'al. 11(d) de la *Charte*. Le juge Melvin a reconnu que l'al. 179(1)(b) contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11(d) de la *Charte*. Cependant, après avoir examiné la preuve d'expert, il a affirmé qu'il était convaincu que l'al. 179(1)(b) pouvait se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il a dit, à la p. 63:

[TRADUCTION] L'objectif, c'est-à-dire le contrôle des impulsions des récidivistes éventuels et la protection du public, est d'une grande importance et justifie clairement l'atteinte au droit ou à la liberté garanti par la Constitution, que ce soit en vertu de l'art. 7 ou de l'al. 11(d) de la *Charte*. Lorsqu'on examine les moyens choisis dans les circonstances, si l'on affirme que l'[appellante] doit faire la preuve d'une intention mauvaise ou malveillante, alors le critère de proportionnalité formulé dans l'arrêt *R. c. Oakes* est respecté: les mesures visent à atteindre cet objectif, elles ont un lien rationnel avec celui-ci et elles portent le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question.

Par suite de ses conclusions, le juge Melvin a rejeté l'appel de l'intimé.

La Cour d'appel (1992), 77 C.C.C. (3d) 502

Le juge Hutcheon, avec l'appui du juge Rowles

En Cour d'appel, le ministère public a accepté la conclusion du juge du procès que l'al. 179(1)(b) contrevient à l'art. 7 et à l'al. 11(d) de la *Charte*. Partant de cette prémisse, le juge Hutcheon a seulement examiné si la disposition était sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. À son avis, elle ne l'était pas.

Hutcheon J.A. carefully reviewed the jurisprudence pertaining to the word "loiter" and determined that there was no support for the position that the word implies an evil or malevolent intent. He wrote at p. 509:

I cannot find any support in those authorities for the proposition that the word "loiter" implies an evil or malevolent intent or purpose or an untoward or improper motive. Moreover, I question whether the taking of the photographs would qualify as an evil or malevolent intent. To be a criminal offence under the *Criminal Code*, the intent must be directed toward the corruption of others, not oneself.

He observed that the objectives of s. 179(1)(b) were to control the impulses of potential re-offenders and to protect the public. However, he found at p. 511 that the lack of a provision for notice in s. 179(1)(b) caused the means chosen to achieve the objectives of s. 179(1)(b) "to be unfair and not carefully designed to achieve the two objectives". Thus, they were not justified under s. 1. Hutcheon J.A. stated that the Crown could not invoke s. 19 of the *Code* since s. 179(1)(b) was not a provision applicable to everyone. He concluded, at p. 511, that:

Our system of criminal justice could not operate if accused persons could raise the defence that they did not know it was contrary to the law to steal or to assault someone or to defraud. But if the fundamental liberty of movement of a particular group, convicted sexual offenders, is to be controlled, proper notice of the prohibition to the members of that group is an essential element of the control. Because of lack of a provision for notice I have concluded that s. 179(1)(b) is inconsistent with the Constitution, in the words of s. 52, and is of no force and effect. Section 179(1)(b) is not the law of which one could be ignorant.

In other words, s. 19 has no application if no offence has been committed and that is the result in this case of declaring s. 179(1)(b) to be of no force or effect. Nothing of s. 179(1)(b) is left to be saved by s. 19.

Le juge Hutcheon a soigneusement examiné la jurisprudence relative au terme «flâner» et a déterminé qu'il n'était aucunement justifié d'affirmer que le terme suppose une intention mauvaise ou malveillante. Il a écrit, à la p. 509:

[TRADUCTION] La jurisprudence n'appuie aucunement la proposition que le terme «flâner» suppose une intention ou un but mauvais ou malveillant ou un motif déplacé ou répréhensible. En outre, je me demande si la prise de photographies pourrait être qualifiée d'intention mauvaise ou malveillante. Pour constituer une infraction criminelle en vertu du *Code criminel*, l'intention doit viser la corruption des autres et non de soi.

Il a fait remarquer que l'al. 179(1)(b) visait à contrôler les impulsions des récidivistes éventuels et à protéger le public. Cependant, comme l'al. 179(1)(b) ne prévoit pas d'avis, il a affirmé, à la p. 511, que les moyens choisis [TRADUCTION] «n'étaient pas justes ni bien conçus pour atteindre ces deux objectifs». En conséquence, ces objectifs ne pouvaient se justifier en vertu de l'article premier. Le juge Hutcheon a dit que le ministère public ne pouvait invoquer l'application de l'art. 19 du *Code* puisque l'al. 179(1)(b) n'était pas une disposition applicable à tous. Il a conclu, à la p. 511:

[TRADUCTION] Notre système de justice criminelle ne pourrait fonctionner si une personne accusée pouvait soulever comme moyen de défense qu'elle n'était pas au courant qu'il était contraire à la loi de voler, de commettre des voies de fait ou de frauder. Cependant, si l'on restreint la liberté fondamentale de circulation d'un groupe particulier, par exemple des personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles, il faut, à titre d'élément essentiel de cette restriction, dûment aviser de cette interdiction les membres de ce groupe. Puisqu'aucun avis n'est prévu, j'ai conclu que l'al. 179(1)(b) est incompatible avec la Constitution et qu'il est inopérant, selon le libellé de l'art. 52. L'alinéa 179(1)(b) n'est pas une disposition législative à l'égard de laquelle on pourrait invoquer l'ignorance.

En d'autres termes, l'art. 19 n'est pas applicable si aucune infraction n'a été commise, et c'est ce qui se produit en l'espèce si l'al. 179(1)(b) est déclaré inopérant. Il ne reste rien de l'al. 179(1)(b) qui peut être sauvé par l'art. 19.

Southin J.A. (concurring)

Southin J.A. agreed with Hutcheon and Rowles J.A. that the word "loiter" did not imply any evil or malevolent intent. She then considered whether s. 179(1)(b) violated either ss. 7 or 11(d) of the *Charter*. She found that the section did not violate s. 11(d) because the Crown had to prove the prior conviction and that the accused was "loitering" at one of the prohibited places.

Southin J.A. was of the view at p. 523 that Parliament, in the exercise of the authority conferred by s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, could "attach new disabilities to persons convicted of a crime". Southin J.A. stated that, although s. 179(1)(b) did not expressly say that a person convicted of a sexual crime could not go to certain places, she was proceeding on the basis that it was a form of prohibition. She found that a measure imposing a disability has aspects of both punishment and prevention. She noted that the purpose of s. 179(1)(b) was to protect young persons from sexual attacks.

Southin J. approached the question of whether s. 7 was violated by making commendable use of analogy to case law under s. 12 with respect to minimum sentences. She considered whether s. 179(1)(b) was grossly disproportionate to its purpose, and whether it was necessary to achieve a valid criminal law purpose. In her opinion although the purpose of the section was valid, the means were not proportional. She found that the deprivation of liberty in s. 179(1)(b) was not in accordance with the principles of fundamental justice because it is for life, and there is no avenue of review to relieve those covered by the section in whole or in part from the disability. She was not satisfied that the s. 7 breach due to the lack of a review process could be justified under s. 1.

Le juge Southin (motifs concordants)

À l'instar des juges Hutcheon et Rowles, le juge Southin a reconnu que le terme «flâner» ne suppose pas d'intention mauvaise ou malveillante. Elle a ensuite examiné si l'al. 179(1)(b) violait l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte*. À son avis, cette disposition ne violait pas l'al. 11d) parce que le ministère public devait prouver la déclaration antérieure de culpabilité et le fait que l'accusé avait été trouvé «flânant» dans l'un des endroits interdits.

Selon le juge Southin, à la p. 523, le législateur pouvait, dans le cadre de l'exercice du pouvoir que lui confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, [TRADUCTION] «imposer de nouvelles incapacités aux personnes déclarées coupables d'un crime». Elle a précisé qu'elle partait de la prémisse que l'al. 179(1)(b) constituait une forme d'interdiction, même si cette disposition ne précisait pas expressément qu'une personne déclarée coupable d'un crime sexuel ne pouvait fréquenter certains endroits. Elle a dit qu'une mesure imposant une incapacité comporte des aspects tant de peine que de prévention. Elle a précisé que l'al. 179(1)(b) visait à protéger les jeunes contre les agressions sexuelles.

Le juge Southin a examiné s'il y avait atteinte à l'art. 7 en procédant à une excellente analogie avec la jurisprudence quant aux peines minimales dans le contexte de l'art. 12. Elle a examiné si les effets de l'al. 179(1)(b) étaient tout à fait disproportionnés à son objectif, et si cette disposition était nécessaire pour atteindre un objectif valide en droit criminel. À son avis, même si l'objectif de la disposition est valide, les moyens de l'atteindre ne sont pas proportionnels à cet objectif. Elle a conclu que l'atteinte à la liberté entraînée par l'application de l'al. 179(1)(b) n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale parce que l'interdiction imposée est perpétuelle et ne comporte aucun mécanisme de contrôle qui permettrait de la lever, en tout ou en partie. Elle n'était pas convaincue que la violation de l'art. 7 pouvait, vu l'absence de mécanisme d'examen, être justifiée en vertu de l'article premier.

Constitutional Questions

On October 18, 1993 the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Does s. 179(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent to life, liberty and security of the person as guaranteed by s. 7 of the *Charter*?
2. If the answer to question 1 is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?
3. Does s. 179(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent to be presumed innocent until proven guilty according to law as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*?
4. If the answer to question 3 is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?
5. Does s. 179(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment as guaranteed by s. 12 of the *Charter*?
6. If the answer to question 5 is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?
7. Does s. 179(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent not to be arbitrarily detained or imprisoned as guaranteed by s. 9 of the *Charter*?
8. If the answer to question 7 is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?
9. Does s. 179(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again, as guaranteed by s. 11(h) of the *Charter*?
10. If the answer to question 9 is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

Les questions constitutionnelles

Le 18 octobre 1993, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

- ^a 1. L'alinéa 179(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, que l'art. 7 de la *Charte* garantit à l'intimé?
- ^b 2. Si la réponse à la première question est affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?
- ^c 3. L'alinéa 179(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit que l'al. 11d) de la *Charte* garantit à l'intimé d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable conformément à la loi?
- ^d 4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?
- ^e 5. L'alinéa 179(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités, que l'art. 12 de la *Charte* garantit à l'intimé?
- ^f 6. Si la réponse à la cinquième question est affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?
- ^g 7. L'alinéa 179(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires, que l'art. 9 de la *Charte* garantit à l'intimé?
- ^h 8. Si la réponse à la septième question est affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?
- ⁱ 9. L'alinéa 179(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit que l'al. 11h) de la *Charte* garantit à l'intimé de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni?
10. Si la réponse à la neuvième question est affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

AnalysisI. *Legislative History of Section 179(1)(b)*

A review of the history of the vagrancy sections can be found in the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Munroe* (1983), 5 C.C.C. (3d) 217. The offence of vagrancy was codified in ss. 207 and 208 of the 1892 *Criminal Code*, although its history dates back to the Middle Ages in England: See *Ledwith v. Roberts*, [1937] 1 K.B. 232 (C.A.), at p. 271. Section 207 of the *Criminal Code*, S.C. 1892, c. 29, provided:

207. Every one is a loose, idle or disorderly person or vagrant who —

(a.) not having any visible means of maintaining himself lives without employment;

(b.) being able to work and thereby or by other means to maintain himself and family wilfully refuses or neglects to do so;

(c.) openly exposes or exhibits in any street, road, highway or public place, any indecent exhibition;

(d.) without a certificate signed, within six months, by a priest, clergyman or minister of the Gospel, or two justices of the peace, residing in the municipality where the alms are being asked, that he or she is a deserving object of charity, wanders about and begs, or goes about from door to door, or places himself or herself in any street, highway, passage or public place to beg or receive alms;

(e.) loiters on any street, road, highway or public place, and obstructs passengers by standing across the footpath, or by using insulting language, or in any other way;

(f.) causes a disturbance in or near any street, road, highway or public place, by screaming, swearing or singing, or by being drunk, or by impeding or incommoding peaceable passengers;

(g.) by discharging firearms, or by riotous or disorderly conduct in any street or highway, wantonly disturbs the peace and quiet of the inmates of any dwelling-house near such street or highway;

AnalyseI. *L'historique législatif de l'al. 179(1)(b)*

^a Dans l'arrêt *R. c. Munroe* (1983), 5 C.C.C. (3d) 217, la Cour d'appel de l'Ontario a procédé à un examen de l'historique des dispositions sur le vagabondage. L'infraction de vagabondage a été codifiée dans les art. 207 et 208 du *Code criminel* de 1892, mais son origine remonte au Moyen-Âge en Angleterre: voir l'arrêt *Ledwith c. Roberts*, [1937] 1 K.B. 232 (C.A.), à la p. 271. Voici le libellé de l'art. 207 du *Code criminel*, S.C. 1892, ch. 29:

207. Est réputé vagabond, libertin, désœuvré ou débauché, quiconque, —

^d (a.) N'ayant pas de moyens visibles d'existence, vit sans recourir au travail;

^e (b.) Étant capable de travailler, et par là, ou par d'autres moyens, de se soutenir ainsi que sa famille, refuse ou néglige volontairement de le faire;

(c.) Étale ou expose dans les rues, chemins, grandes routes ou places publiques, des objets indécents;

^f (d.) Erre et mendie, ou va de porte en porte, ou séjourne dans les rues, grandes routes, passages ou places publiques pour mendier ou demander l'aumône, sans avoir un certificat signé, depuis moins de six mois, par un prêtre, un ecclésiastique ou un ministre de l'Évangile, ou par deux juges de paix, demeurant dans la municipalité où cette personne demande l'aumône, portant que celle-ci mérite qu'on lui fasse la charité;

^h (e.) Rôde dans les rues, grands chemins, routes ou places publiques, et gêne les passants en encombrant les trottoirs, ou en se servant d'un langage insultant, ou de toute autre manière;

ⁱ (f.) Fait du tapage dans ou près les rues, chemins, grandes routes ou places publiques, en criant, jurant ou chantant, ou en étant ivre ou gênant ou incommodant les passants paisibles;

^j (g.) En déchargeant des armes à feu, ou en tenant une conduite tumultueuse ou tapageuse dans une rue ou sur une grande route, trouble, par dérèglement, la paix et la tranquillité des habitants d'une maison d'habitation près de cette rue ou grande route;

(h.) tears down or defaces signs, breaks windows, or doors or door plates, or the walls of houses, roads or gardens, or destroys fences;

(i.) being a common prostitute or night walker, wanders in the fields, public streets or highways, lanes or places of public meeting or gathering of people, and does not give a satisfactory account of herself;

(j.) is a keeper or inmate of a disorderly house, bawdy-house or house of ill-fame, or house for the resort of prostitutes;

(k.) is in the habit of frequenting such houses and does not give a satisfactory account of himself or herself; or

(l.) having no peaceable profession or calling to maintain himself by, for the most part supports himself by gaming or crime, or by the avails of prostitution.

Section 208 provided:

208. Every loose, idle or disorderly person or vagrant is liable, on summary conviction before two justices of the peace, to a fine not exceeding fifty dollars or to imprisonment, with or without hard labour, for any term not exceeding six months, or to both.

Historically, the essence of the offence of vagrancy was that of being a loose, idle or disorderly person or vagrant, rather than the doing of any of the specific acts referred to in the vagrancy provisions. The vagrancy provisions remained virtually unchanged until the 1950s. The predecessor to s. 179(1)(b) was added to the vagrancy offences in S.C. 1951, c. 47, s. 13. This section provided that everyone is a loose, idle or disorderly person or vagrant who:

238. . . .

(k) having at any time been convicted of an offence under paragraph (a) of section two hundred and ninety-two, section two hundred and ninety-three, subsection one or two of section three hundred and one, or section three hundred and two, is found loitering or wandering in or near a school ground or playground or public park or public bathing area.

(h.) Enlève ou défigure des enseignes, brise des fenêtres, des portes ou des plaques de portes, des murs de maisons, de chemins ou de jardins, ou détruit des clôtures;

(i.) Étant une prostituée ou coureuse de nuit, erre dans les champs, les rues publiques ou grands chemins, les ruelles ou les lieux d'assemblées publiques ou de rassemblements, et ne rend pas d'elle-même un compte satisfaisant;

(j.) Tient ou habite une maison déréglée, de prostitution ou mal famée, ou une maison fréquentée par des prostituées;

(k.) A l'habitude de fréquenter ces maisons, et ne rend pas de lui-même ou d'elle-même un compte satisfaisant;

(l.) N'exerce pas de profession ou de métier honnête propre à le soutenir, mais cherche surtout des moyens d'existence dans les jeux de hasard, le crime ou les fruits de la prostitution.

L'article 208 prévoit:

208. Tout vagabond, libertin, désœuvré ou débauché est, sur conviction sommaire devant deux juges de paix, passible d'une amende n'excédant pas cinquante piastres, ou d'un emprisonnement, avec ou sans travail forcé, de six mois au plus, ou des deux peines à la fois.

Historiquement, le fondement de l'infraction de vagabondage était le fait d'être vagabond, libertin, désœuvré ou débauché, et non celui d'accomplir l'un des actes spécifiques visés dans les dispositions sur le vagabondage. Ces dispositions n'ont pratiquement pas été modifiées jusque dans les années 1950. La disposition antérieure à l'al. 179(1)(b) a été ajoutée aux dispositions sur le vagabondage dans les S.C. 1951, ch. 47, art. 13. Cette disposition prévoyait qu'est un vagabond, libertin, désœuvré ou débauché quiconque:

238. . . .

k) Ayant à quelque époque été déclaré coupable d'une infraction visée par l'alinéa a) de l'article deux cent quatre-vingt-douze, l'article deux cent quatre-vingt-treize, le paragraphe un ou deux de l'article trois cent un ou l'article trois cent deux, est trouvé flânant ou errant sur ou près un terrain d'école, un terrain de jeu, un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner.

In the 1953-54 *Criminal Code* (S.C. 1953-54, c. 51) the vagrancy provisions were restructured so that the focus shifted from being a vagrant to doing the acts prohibited by the section. However, it is significant that the acts prohibited were still primarily related to the status of the accused rather than the nature of the acts themselves. Section 164(1) of the 1953-54 *Code* provided:

164. (1) Every one commits vagrancy who

- (a) not having any apparent means of support is found wandering abroad or trespassing and does not, when required, justify his presence in the place where he is found;
- (b) begs from door to door or in a public place;
- (c) being a common prostitute or night walker is found in a public place and does not, when required, give a good account of herself;
- (d) supports himself in whole or in part by gaming or crime and has no lawful profession or calling by which to maintain himself; or
- (e) having at any time been convicted of an offence under a provision mentioned in paragraph (a) or (b) of subsection (1) of section 661, is found loitering or wandering in or near a school ground, playground, public park or bathing area.

Section 164(1)(e), which eventually became the present s. 179(1)(b), has been amended since that time to conform to changes in the numbering of the predicate offences in the *Code*, and in the definitions of sexual offences in the *Code*. However, it has not changed in substance.

II. How Should the Word "Loiter" be Defined in Section 179(1)(b)?

The appellant submits that the word "loiter" in s. 179(1)(b) should be interpreted as requiring a malevolent intent while the respondent takes the position that "loiter" should be given its ordinary meaning.

Dans le *Code criminel* de 1953-1954 (S.C. 1953-54, ch. 51), le législateur a restructuré les dispositions sur le vagabondage pour mettre l'accent sur l'accomplissement des actes interdits par la disposition plutôt que sur le fait d'être un vagabond. Cependant, il est intéressant de constater que les actes interdits étaient encore principalement reliés à la situation de l'accusé plutôt qu'à la nature des actes mêmes. Voici le libellé du par. 164(1) du *Code* de 1953-1954:

164. (1) Commet un acte de vagabondage, toute personne qui,

- a) n'ayant aucun moyen apparent de subsistance est trouvée allant çà et là ou agissant en intrus et, alors qu'elle en est requise, ne justifie pas sa présence à l'endroit où elle est trouvée;
- b) mendie de porte en porte ou dans un endroit public;
- c) étant une fille publique ou coureuse de nuit, est trouvée dans un endroit public et, lorsqu'elle en est requise, ne rend pas à son sujet un compte satisfaisant;
- d) tire sa subsistance, en totalité ou en partie, du jeu ou du crime et n'a aucune profession ou occupation légitime lui permettant de gagner sa vie; ou
- e) ayant à quelque époque été déclarée coupable d'une infraction visée par une disposition mentionnée à l'alinéa a) ou b) du paragraphe (1) de l'article 661, est trouvée flânant ou errant sur ou près un terrain d'école, un terrain de jeu, un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner.

On a depuis modifié l'al. 164(1)e), maintenant l'al. 179(1)b), pour tenir compte des modifications apportées à la numérotation des infractions sous-jacentes prévues au *Code* et des définitions des infractions d'ordre sexuel du *Code*. Cependant, le fond en est demeuré le même.

II. Comment faut-il définir le terme «flâner» à l'al. 179(1)b)?

L'appelante soutient qu'il faut interpréter le terme «flâner» à l'al. 179(1)b) comme exigeant une intention malveillante; l'intimé pour sa part est d'avis qu'il faut lui donner son sens ordinaire.

When a statutory provision is to be interpreted the word or words in question should be considered in the context in which they are used, and read in a manner which is consistent with the purpose of the provision and the intention of the legislature: Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398. If the ordinary meaning of the words is consistent with the context in which the words are used and with the object of the act, then that is the interpretation which should govern.

What then is the ordinary meaning of the word "loiter"? *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), defines "loiter" in this manner:

loiter . . .

1. . . . a. In early use: To idle, waste one's time in idleness. Now only with more specific meaning: To linger indolently on the way when sent on an errand or when making a journey; to linger idly about a place; to waste time when engaged in some particular task, to dawdle. Freq. in legal phr. *to loiter with intent* (to commit a felony).

Similarly, *Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979), defines "loiter" as follows:

To be dilatory; to be slow in movement; to stand around or move slowly about; to stand idly around; to spend time idly; to saunter; to delay; to idle; to linger; to lag behind.

It is significant that these definitions are essentially the same as those Constable German provided to the respondent on June 16, 1989. None of these definitions requires a malevolent intent or makes any reference to such a requirement.

Cases which have considered the meaning of "loiter" in other sections of the *Code* support the use of the ordinary meaning of "loiter" in s. 179(1)(b). In *R. v. Munroe, supra*, the Ontario Court of Appeal considered the meaning of "loiter" in what was then s. 171(1)(c) of the *Criminal Code* (now s. 175(1)(c)). That section makes it an offence to loiter in a public place and in any way obstruct persons who are in that place. The Ontario Court of Appeal gave "loiter" its ordinary dictionary meaning of "hanging idly about a place". It

Les mots d'une disposition législative doivent être interprétés dans le contexte où ils sont utilisés, en conformité avec l'objet de la disposition et l'intention du législateur: Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87; *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398. Si l'acception courante des mots est compatible avec le contexte dans lequel ils sont utilisés et avec l'objet de la loi, c'est cette interprétation qui devrait être appliquée.

Quelle est alors l'acception courante du terme «flâner»? Voici la définition qu'en donne le *Grand Larousse de la langue française*, t. 3 (1973):

flâner . . .

1. Se promener sans but, au hasard, pour jouir du spectacle qui s'offre aux yeux [. . .] 2. Avancer sans se presser [. . .] 3. Paresser, perdre son temps . . .

The Black's Law Dictionary (5^e éd. 1979), donne la définition suivante du terme anglais «loiter»:

[TRADUCTION] Être dilatoire; bouger lentement; déambuler; rester sur place à ne rien faire; être oisif; se balader; tarder à faire quelque chose; traîner; prendre son temps ou s'attarder.

Il est intéressant de constater que ces définitions sont essentiellement celles que l'agent German a donné à l'intimé le 16 juin 1989. Aucune d'entre elles n'exige une intention malveillante ou ne fait mention d'une telle exigence.

La jurisprudence consacrée à l'interprétation du terme «flâner» utilisé dans d'autres dispositions du *Code* appuie l'acception courante de ce terme employé à l'al. 179(1)(b). Dans l'arrêt *R. c. Munroe*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné l'interprétation à donner au terme «flâner» figurant à l'al. 171(1)(c) du *Code criminel* (maintenant l'al. 175(1)(c)). En vertu de cette disposition, commet une infraction quiconque flâne dans un endroit public et, de quelque façon, gêne des personnes qui s'y trouvent. La Cour d'appel de l'On-

further held that if a person has some purpose for “hanging idly about” such as waiting for a spouse, then he or she cannot be said to be idling. The decision in *Munroe* was followed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Gauvin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 229, at p. 232.

The same definition of “loiter” has been applied to s. 177 of the *Code*. That section like its predecessor makes it an offence to loiter or prowl by night near a dwelling house on the property of another person without a lawful excuse. In *R. v. Andsten and Petrie* (1960), 33 C.R. 213 (B.C.C.A.), Davey J.A., writing for the court, held at p. 215 that “‘hanging around’ well expresses what is meant by ‘loiters’ as used in s. 162 [now s. 177]”.

In *R. v. Lozowchuk* (1984), 32 Sask. R. 51 (Q.B.), Geatros J., after considering *Munroe*, *supra*, and *Andsten*, *supra*, concluded at p. 54: “I find nothing in *Code* s. 173 to suggest that ‘loiter’ is to be construed other than in its ordinary and natural meaning”. A similar definition was endorsed by the Quebec Court of Appeal in *R. v. Cloutier (M.)* (1991), 51 Q.A.C. 143, 66 C.C.C. (3d) 149. Chevalier J.A. writing for the court held at p. 147 Q.A.C. and at pp. 154-55 C.C.C.:

[TRANSLATION] I will also not undertake to repeat here the definitions supported by dictionaries, given in several judgments that I previously quoted, of the English terms “loitering” and “prowling”. Their French equivalents “flâner” and “rôder” reflect the same notions in respect of the attitudes or acts involved. Other than mere dictionary definitions, and as confirmation of their correctness, the average person who hears these two words immediately knows the difference. And, for him, it is of great importance.

In the loiterer, he sees an individual who is wandering about, apparently without precise destination, who does not have, in his manner of moving, a purpose or reason to do so other than to pass the time, who is not looking for anything identifiable and who often is merely moti-

tario a donné au terme «flâner» le sens ordinaire de [TRADUCTION] «traîner dans un endroit», qui figure dans les dictionnaires. Elle a aussi dit qu’une personne ne «traîne» pas si elle a un motif de le faire, par exemple, si elle attend son conjoint. L’arrêt *Munroe* a été de nouveau appliqué par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’affaire *R. c. Gauvin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 229, à la p. 232.

On a aussi appliqué cette définition du terme «flâner» à l’art. 177 du *Code*. À l’instar de celle qui l’a précédée, cette disposition prévoit que commet une infraction quiconque, sans excuse légitime, flâne ou rôde la nuit près d’une maison d’habitation sur la propriété d’autrui. Dans l’arrêt *R. c. Andsten and Petrie* (1960), 33 C.R. 213 (C.A.C.-B.), le juge Davey, au nom de la cour, affirme, à la p. 215, que [TRADUCTION] «le terme «traîne» exprime bien ce que l’on entend par le mot «flâne» employé à l’art. 162 [maintenant l’art. 177]».

Dans l’arrêt *R. c. Lozowchuk* (1984), 32 Sask. R. 51 (B.R.), après avoir examiné les arrêts *Munroe* et *Andsten*, précités, le juge Geatros a conclu à la p. 54: [TRADUCTION] «À mon avis, l’art. 173 du *Code* ne laisse aucunement entendre que le terme «flâner» doit être interprété autrement que dans son acception ordinaire et naturelle». Une définition similaire a été admise par la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *R. c. Cloutier (M.)* (1991), 51 Q.A.C. 143. Le juge Chevalier, s’exprimant au nom de la Cour, affirme à la p. 147:

Je n’entreprendrai pas non plus de répéter ici les définitions que plusieurs des jugements que j’ai précédemment cités donnent, dictionnaires à l’appui, des mots anglais «loitering» et «prowling». Leurs équivalents français «flâner» et «rôder» épousent les mêmes contours quand il s’agit de décrire les attitudes ou les gestes qu’ils impliquent. Au-delà des simples définitions de dictionnaires, ou ici pour en confirmer l’exactitude, l’homme moyen qui entend ces deux mots sait immédiatement faire la différence. Et, pour lui, elle est de première grandeur.

Dans le flâneur, il reconnaît l’individu qui erre, apparemment sans destination précise, qui n’a pas, dans sa façon de bouger, de but et de raison de le faire autre que de passer le temps, qui ne cherche rien d’identifiable et dont, souvent, la démarche va au caprice de ses fantai-

vated by the whim of the moment. The dictionnaire des synonymes Bordas (1988), p. 424 gives the following as synonyms for the verb "to wander, stroll, to go for a jaunt, saunter, bum about, dawdle, dillydally, hang about, and so on". In short, it is conduct which essentially has nothing reprehensible about it if, as required by s. 173, it does not take place on private property where, in principle, a loiterer has no business.

See also *R. v. Willis* (1987), 37 C.C.C. (3d) 184 (B.C. Co. Ct.).

Thus, where it is used in other sections of the *Code*, the word "loiter" has been given its ordinary dictionary definition.

The United States Supreme Court has also interpreted vagrancy statutes as not requiring proof of any special intent or malevolence in order to convict. In *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972), the court held that a municipal vagrancy law was void for vagueness. In discussing the application of the vagrancy law, Douglas J., writing for the court, held that the law did not require a specific intent to commit an unlawful act. He wrote at p. 163: "The Jacksonville ordinance makes criminal activities which by modern standards are normally innocent".

The ordinary definition of "loiter" is also consistent with the purpose of s. 179(1)(b). The section is aimed at protecting children from becoming victims of sexual offences. This is apparent from the places to which the prohibition of loitering applies. School grounds, playgrounds, public parks and public bathing areas are typically places where children are likely to congregate. The purpose of the prohibition on loitering is to keep people who are likely to pose a risk to children away from places where they are likely to be found. Prohibiting any prolonged attendance in these areas, which is what the ordinary definition of "loiter" does, achieves this goal.

sies. À ce verbe, le **Dictionnaire de synonymes Bordas** ((1988), page 424) assimile errer, se promener, baguenauder, se balader, traîner, musarder, boulevarder, lambiner, lécher les vitrines, lanterner et le reste. Bref, en l'occurrence il s'agit d'une conduite qui, essentiellement, n'aurait rien de répréhensible si, comme l'exige l'article 173 (177), elle ne se déroulait pas sur la propriété privée où, en principe, un flâneur n'a pas d'affaires.

Voir aussi l'arrêt *R. c. Willis* (1987), 37 C.C.C. (3d) 184 (C. cté C.-B.).

En conséquence, lorsque le terme «flâner» est utilisé ailleurs dans le *Code*, on lui donne le sens ordinaire du dictionnaire.

Dans son interprétation des textes législatifs sur le vagabondage, la Cour suprême des États-Unis a elle aussi précisé qu'il n'était pas nécessaire de faire la preuve d'une intention spéciale ou de malveillance pour qu'une personne puisse être déclarée coupable. Dans l'arrêt *Papachristou c. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972), la cour a statué qu'une loi municipale sur le vagabondage était nulle pour cause d'imprécision. Dans l'examen de l'application de la loi en question, le juge Douglas, au nom de la cour, a statué que cette loi n'exigeait pas une intention spécifique de commettre un acte illégal. Il a écrit à la p. 163: [TRADUCTION] «L'ordonnance de la ville de Jacksonville rend criminelles des activités qui, selon les normes modernes, sont habituellement innocentes».

Le sens ordinaire du terme «flâner» est également compatible avec l'objet de l'al. 179(1)(b). Cette disposition vise à protéger les enfants contre les infractions sexuelles, objet évident si l'on considère les endroits où l'interdiction de flâner s'applique. Les terrains d'école, les terrains de jeu, les parcs publics ou les zones publiques où l'on peut se baigner sont généralement des endroits où les enfants sont susceptibles de se rassembler. L'objet de l'interdiction de flâner est de tenir loin de ces endroits les personnes qui sont susceptibles de présenter un risque pour les enfants. Interdire à ces personnes toute présence prolongée dans ces endroits — ce qui correspond au sens ordinaire du terme «flâner» — permet d'atteindre cet objectif.

Furthermore, the concept of malevolent intent favoured by the appellant (as opposed to a narrower formula such as unlawful intent, which the appellant does not endorse) raises problems of definition which make it unworkable. *The Oxford English Dictionary* defines "malevolent" as a person ". . . Desirous of evil to others; entertaining, actuated by, or indicative of ill-will; disposed or addicted to ill-will". These definitions make it apparent that it is a concept of very broad scope that is extremely difficult to define. Malevolent intent could mean almost anything, and its definition would be dependent upon the subjective views of the particular judge trying the case.

The appellant and the Attorney General of Canada argue that the legislative debates surrounding the passage of the section in 1951, and again when it was reconsidered in 1986-87 provide support for the proposition that "loiter" in s. 179(1)(b) includes the notion of some sort of malevolent intent. In my opinion this argument is not well founded. The admissibility of legislative debates to determine legislative intent in statutory construction is doubtful: Drieger, *supra*, at pp. 156-58; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1992), at pp. 353-67. This Court has repeatedly held that legislative history is not admissible as proof of legislative intent in the construction of statutes: *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255, at pp. 264-68, *per* Taschereau C.J.; *Attorney General of Canada v. The Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] S.C.R. 775; *R. v. Popovic and Askov*, [1976] 2 S.C.R. 308, at p. 318; *Highway Victims Indemnity Fund v. Gagné*, [1977] 1 S.C.R. 785, at p. 792.

It is apparent that legislative history may be admissible for the more general purpose of showing the mischief Parliament was attempting to remedy with the legislation: *Toronto Railway Co. v. The Queen* (1894), 4 Ex. C.R. 262, at pp. 270-71; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, at pp. 683-84. Additionally, more flexible rules apply in the admission of legislative history in constitu-

Par ailleurs, le concept de l'intention malveillante préconisée par l'appelante (par opposition à une conception plus étroite comme l'intention illégale, à laquelle l'appelante n'adhère pas) soulève des problèmes de définition qui le rendent inapplicable. Selon le *Grand Larousse de la langue française*, t. 4 (1975), «malveillant» signifie: «Qui a, montre de la malveillance, qui est animé de mauvais sentiments à l'égard d'autrui». Cette définition fait manifestement ressortir qu'il s'agit d'un concept très large, extrêmement difficile à définir. Intention malveillante peut vouloir dire à peu près n'importe quoi et sa définition serait fonction des idées subjectives du juge saisi du dossier.

Selon l'appelante et le procureur général du Canada, les débats législatifs ayant entouré l'adoption de l'article en 1951, ainsi que ceux qui se sont déroulés lors du réexamen de la disposition en 1986 et 1987, appuient la proposition que le terme «flâner» visé à l'al. 179(1)(b) inclut la notion d'une certaine forme d'intention malveillante. À mon avis, cet argument n'est pas bien fondé. Il est douteux que l'on puisse admettre les débats législatifs pour déterminer l'intention du législateur dans l'interprétation d'une loi: Driedger, *op. cit.*, aux pp. 156 à 158; Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), aux pp. 402 à 418. Notre Cour a, à maintes reprises, statué que l'historique législatif n'est pas admissible comme preuve de l'intention du législateur dans le cadre de l'interprétation des lois: *Gosselin c. The King* (1903), 33 R.C.S. 255, aux pp. 264 à 268, le juge en chef Taschereau; *Attorney General of Canada c. The Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] R.C.S. 775; *R. c. Popovic et Askov*, [1976] 2 R.C.S. 308, à la p. 318; *Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile c. Gagné*, [1977] 1 R.C.S. 785, à la p. 792.

Il est évident que l'historique législatif peut être admissible dans le but plus général de démontrer le méfait auquel le législateur tentait de remédier: *Toronto Railway Co. c. The Queen* (1894), 4 R.C. de l'É. 262, aux pp. 270 et 271, et *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, aux pp. 683 et 684. En outre, en matière constitutionnelle, des règles plus souples s'appliquent quant à l'utilisation de l'histo-

tional cases. In those cases the legislative history will not be used to interpret the enactments themselves, but to appreciate their constitutional validity: *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3. Legislative history is also admissible in *Charter* cases to help interpret its provisions: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 506-9.

Nonetheless there are persuasive reasons advanced which support the position that legislative history or debates are inadmissible as proof of legislative intent in statutory construction. Many of these same reasons are also put forward to demonstrate that such materials should be given little weight even in those cases where they are admitted. The main problem with the use of legislative history is its reliability. First, the intent of particular members of Parliament is not the same as the intent of the Parliament as a whole. Thus, it may be said that the corporate will of the legislature is only found in the text of provisions which are passed into law. Second, the political nature of Parliamentary debates brings into question the reliability of the statements made. Different members of the legislature may have different purposes in putting forward their positions. That is to say the statements of a member made in the heat of debate or in committee hearings may not reflect even that member's position at the time of the final vote on the legislation.

Despite the apparent merits of the rule that legislative history is inadmissible to determine legislative intent in statutory construction, this Court has on occasion made use of such materials for this

rique législatif. Dans ces cas, on ne se sert pas de l'historique législatif pour interpréter les lois mêmes, mais pour en déterminer la validité constitutionnelle: *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3. L'historique législatif est également admissible dans les dossiers relevant de la *Charte* pour aider à en interpréter les dispositions: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 506 à 509.

On a néanmoins avancé des motifs convaincants pour soutenir que l'historique législatif ou les débats ne sont pas admissibles comme preuve de l'intention du législateur en matière d'interprétation des lois. On invoque également un grand nombre de ces mêmes motifs pour établir qu'il faudrait accorder peu d'importance à ces documents même dans les cas où ils sont admis. Le principal problème de l'utilisation de l'historique législatif est sa fiabilité. Premièrement, l'intention de certains députés n'est pas toujours la même que celle de l'ensemble du Parlement. En conséquence, on peut affirmer que la volonté générale du législateur ne peut se dégager qu'à partir du libellé même des dispositions adoptées. Deuxièmement, le caractère politique des débats parlementaires soulève des doutes quant à la fiabilité des déclarations qui y sont faites. En effet, les députés peuvent avoir des objectifs différents lorsqu'ils présentent leur position. Ainsi, les déclarations faites par un député dans le feu d'un débat ou en comité parlementaire pourraient bien ne pas correspondre à sa position au moment du vote final sur le projet de loi.

Malgré le bien-fondé apparent de la règle selon laquelle l'historique législatif est inadmissible pour déterminer l'intention du législateur, notre Cour s'en est servie à l'occasion à cette fin même: voir

very purpose: see *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469, at p. 487, and *Paul v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 621.

However, it is not necessary in this case to determine the admissibility of the debates for the purpose of determining legislative intent. The debates concerning s. 179(1)(b) are inconclusive with regard to the meaning of loitering. In both the 1951 debates (Hansard, June 25, 1951 at pp. 4664-66) and the 1986-87 Legislative Committee Minutes (November 27, 1986 at p. 1:46; December 11, 1986 at pp. 3:24-3:25; December 18, 1986 at pp. 6:18-6:19; February 5, 1987 at pp. 8:29-8:30; February 17, 1987 at pp. 9:70-9:75; March 17, 1987 at pp. 10:27-10:31) different members of Parliament applied different meanings to the word "loiter". Some used it to mean simply "hanging around", while others attached to it the connotation of lurking or the concept of not being able to give a good account of oneself. Thus, even if the debates were held to be admissible, they are of no assistance in determining the meaning that Parliament intended to be given to the word "loiter" in s. 179(1)(b).

Thus, the word "loiter" in s. 179(1)(b) should be given its ordinary meaning, namely to stand idly around, hang around, linger, tarry, saunter, delay, dawdle, etc. This is consistent with the meaning given to the word as used elsewhere in the *Code*, and with the context and purpose of s. 179(1)(b).

III. Section 7 of the Charter

There can be no question that s. 179(1)(b) restricts the liberty of those to whom it applies. Indeed, the appellant made no argument to the contrary. The section prohibits convicted sex offenders from attending (except perhaps to quickly walk through on their way to another location) at school grounds, playgrounds, public parks or bathing areas — places where the rest of the public is free to roam. The breach of this prohibition is punishable on summary conviction and, as

R. c. Vasil, [1981] 1 R.C.S. 469, à la p. 487, et *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621.

Cependant, il n'est pas nécessaire en l'espèce d'établir l'admissibilité des débats pour dégager l'intention du législateur. Les débats relatifs à l'al. 179(1)(b) ne sont pas concluants quant au sens du terme «flânant». Dans les débats de 1951 (hansard, 25 juin 1951, aux pp. 4794 à 4796) et les débats de 1986 et 1987 (Procès-verbaux du comité législatif, 27 novembre 1986, à la p. 1:46; 11 décembre 1986, aux pp. 3:24 et 3:25; 18 décembre 1986, aux pp. 6:18 et 6:19; 5 février 1987, aux pp. 8:29 et 8:30; 17 février 1987, aux pp. 9:70 à 9:75; 17 mars 1987, aux pp. 10:27 à 10:31), des députés donnaient des sens différents au terme «flâner». Certains étaient d'avis que ce terme signifiait simplement «traîner», et d'autres y attachaient l'idée de rôder ou le fait de ne pas être capable de rendre un compte satisfaisant de soi. Par conséquent, même si les débats étaient jugés admissibles, ils ne sont pas utiles pour déterminer le sens que le législateur a voulu donner au terme «flâner» à l'al. 179(1)(b).

En conséquence, le terme «flâner» à l'al. 179(1)(b) devrait être interprété dans son sens ordinaire, c'est-à-dire, entre autres, déambuler, traîner, lambiner, se balader, s'attarder, musarder. Cette interprétation est compatible avec celle qui est donnée à ce terme utilisé dans d'autres dispositions du *Code*, et avec le contexte et l'objet de l'al. 179(1)(b).

III. L'article 7 de la Charte

Il n'y a pas de doute que l'al. 179(1)(b) restreint la liberté des personnes auxquelles il s'applique. En fait, l'appelante n'a pas prétendu le contraire. Cette disposition interdit aux contrevenants déclarés coupables d'infractions sexuelles de se trouver (sauf peut-être pour le traverser rapidement pour se rendre à un autre endroit) sur un terrain d'école, un terrain de jeu, un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner — endroits où le reste du public est libre de se promener. Toute violation de cette interdiction est punissable sur déclaration de culpabilité par procédure som-

this case demonstrates, imprisonment is the consequence.

The question this Court must decide is whether this restriction on liberty is in accordance with the principles of fundamental justice. The respondent conceded in oral argument that a prohibition for the purpose of protecting the public does not *per se* infringe the principles of fundamental justice. *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at pp. 327-34, held that the indeterminate detention of a dangerous offender, the purpose of which was the protection of the public, did not *per se* violate s. 7. In light of that decision this concession was appropriate. If indeterminate detention in order to protect the public does not *per se* violate s. 7, then it follows the imposition of a lesser limit on liberty for the same purpose will not in itself constitute a violation of s. 7. The question, then, is whether some other aspect of the prohibition contained in s. 179(1)(b) violates the principles of fundamental justice. In my opinion it does. It applies without prior notice to the accused, to too many places, to too many people, for an indefinite period with no possibility of review. It restricts liberty far more than is necessary to accomplish its goal.

A. Overbreadth

This Court considered the issue of overbreadth as a principle of fundamental justice in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606. Writing for the Court, Gonthier J. discussed the relationship between overbreadth and vagueness at pp. 627-31. After looking at the notion of overbreadth in American constitutional law, he wrote at pp. 629-31:

This Court has repeatedly emphasized the numerous differences which exist between the *Charter* and the American Constitution. In particular, in the interpretation of s. 2 of the *Charter*, this Court has taken a route completely different from that of U.S. courts. In cases starting with *Irwin Toy* up to *Butler*, including the *Prostitution Reference* and *Keegstra*, this Court has given a

maire et passible d'emprisonnement, comme le démontre le présent dossier.

Notre Cour doit décider si cette atteinte à la liberté est conforme aux principes de justice fondamentale. Dans sa plaidoirie, l'intimé a reconnu qu'une interdiction visant à protéger le public ne constitue pas en soi une atteinte aux principes de justice fondamentale. Dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, aux pp. 327 à 334, notre Cour a statué que la détention d'un délinquant dangereux pendant une période indéterminée dans le but d'assurer la protection du public ne porte pas en soi atteinte à l'art. 7. Dans les circonstances, cette affirmation était appropriée. Si la détention d'une personne pendant une période indéterminée, dans le but d'assurer la protection du public, ne constitue pas en soi une violation de l'art. 7, il s'ensuit qu'une atteinte moindre à la liberté, pour la même fin, ne constituera pas en soi une violation de l'art. 7. La question est donc de savoir si tout autre aspect de l'interdiction prévue à l'al. 179(1)b) porte atteinte aux principes de justice fondamentale. À mon avis, il faut répondre par l'affirmative. Cette interdiction s'applique sans avis préalable à l'accusé, elle vise trop d'endroits et trop de personnes, et elle est d'une durée indéterminée sans possibilité de contrôle. Elle restreint la liberté beaucoup plus qu'il ne le faut pour atteindre son objectif.

A. La portée excessive

Dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, notre Cour a examiné la question de la portée excessive en tant que principe de justice fondamentale. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Gonthier analyse le rapport entre la portée excessive et l'imprécision aux pp. 627 à 631. Après avoir examiné la notion de portée excessive en droit constitutionnel américain, il écrit aux pp. 629 à 631:

Notre Cour a maintes fois souligné les nombreuses différences entre la *Charte* et la Constitution américaine. En particulier, dans l'interprétation de l'art. 2 de la *Charte*, notre Cour a retenu une solution complètement différente du point de vue adopté par les tribunaux américains. Dans ses décisions, depuis l'arrêt *Irwin Toy*, jusqu'à l'arrêt *Butler*, dont le *Renvoi sur la prostitution et*

wide ambit to the freedoms guaranteed by s. 2 of the *Charter*, on the basis that balancing between the objectives of the State and the violation of a right or freedom should occur at the s. 1 stage. Other sections of the *Charter*, such as ss. 7 and 8, do however incorporate some element of balancing, as a limitation within the definition of the protected right, with respect to other notions such as principles of fundamental justice or reasonableness.

A notion tied to balancing such as overbreadth finds its proper place in sections of the *Charter* which involve a balancing process. Consequently, I cannot but agree with the opinion expressed by L'Heureux-Dubé J. in *Committee for the Commonwealth of Canada* that overbreadth is subsumed under the "minimal impairment branch" of the *Oakes* test, under s. 1 of the *Charter*. This is also in accordance with the trend evidenced in *Osborne* and *Butler*. Furthermore, in determining whether s. 12 of the *Charter* has been infringed, for instance, a court if it finds the punishment not grossly disproportionate for the accused, will typically examine reasonable hypotheses and assess whether the punishment is grossly disproportionate in these situations (*R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, and *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485). This inquiry also resembles the sort of balancing process associated with the notion of overbreadth.

In all these cases, however, overbreadth remains no more than an analytical tool. The alleged overbreadth is always related to some limitation under the *Charter*. It is always established by comparing the ambit of the provision touching upon a protected right with such concepts as the objectives of the State, the principles of fundamental justice, the proportionality of punishment or the reasonableness of searches and seizures, to name a few. There is no such thing as overbreadth in the abstract. Overbreadth has no autonomous value under the *Charter*. As will be seen below, overbreadth is not at the heart of this case, although it has been invoked in argument.

The relationship between vagueness and "overbreadth" was well expounded by the Ontario Court of Appeal in this oft-quoted passage from *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129, at pp. 157-58:

Vagueness and overbreadth are two concepts. They can be applied separately, or they may be closely interrelated. The intended effect of a statute may be

l'arrêt *Keegstra*, notre Cour a reconnu une large portée aux libertés garanties par l'art. 2 de la *Charte*, parce que c'est dans le cadre de l'article premier qu'il y a lieu de pondérer les objectifs de l'État et la violation d'un droit ou d'une liberté. Toutefois, d'autres articles de la *Charte*, notamment les art. 7 et 8, ont un certain élément de pondération, qui consiste en une restriction dans la définition du droit protégé, en ce qui concerne d'autres notions tels les principes de justice fondamentale ou le caractère raisonnable.

Une notion qui implique une pondération, comme la portée excessive, trouve tout à fait sa place dans les articles de la *Charte* qui exigent la prise en compte des intérêts divergents. Par conséquent, je ne peux que souscrire à l'opinion du juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, selon qui la portée excessive est subsumée dans le «volet atteinte minimale» du critère de l'article premier énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Cette conclusion est aussi conforme à la tendance mise en lumière dans les arrêts *Osborne* et *Butler*. En outre, en décidant s'il y a eu violation de l'art. 12 de la *Charte*, par exemple, le tribunal, s'il estime que la peine n'est pas exagérément disproportionnée à ce que mérite l'accusé, examinera d'ordinaire des hypothèses raisonnables et vérifiera si la peine est exagérément disproportionnée dans ces situations (*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, et *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485). Cet examen ressemble au processus de pondération associé à la notion de portée excessive.

Dans toutes ces décisions, la portée excessive reste cependant un simple outil analytique. La portée excessive alléguée se rapporte toujours à une restriction prévue dans la *Charte*. Elle est toujours établie par l'évaluation, d'une part, de la portée de la disposition touchant un droit protégé et, d'autre part, de notions tels les objectifs de l'État, les principes de justice fondamentale, la proportionnalité de la peine et le caractère non abusif des perquisitions, des fouilles et des saisies, pour n'en nommer que quelques-unes. La portée excessive n'a pas d'existence dans l'abstrait. Elle n'a pas de valeur intrinsèque au regard de la *Charte*. Comme nous le verrons plus loin, la portée excessive n'est pas au cœur du présent litige, encore qu'elle ait été invoquée dans les plaidoiries.

Le rapport entre l'imprécision et la «portée excessive» a été bien exposé par la Cour d'appel de l'Ontario dans ce passage souvent repris de l'arrêt *R. c. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129, aux pp. 157 et 158:

[TRADUCTION] L'imprécision et la portée excessive d'une loi sont deux notions. Elles peuvent être appliquées séparément ou elles peuvent être intimement

perfectly clear and thus not vague, and yet its application may be overly broad. Alternatively, as an example of the two concepts being closely interrelated, the wording of a statute may be so vague that its effect is considered to be overbroad.

I agree. A vague law may also constitute an excessive impairment of *Charter* rights under the *Oakes* test. This Court recognized this, when it mentioned the two aspects of vagueness under s. 1 of the *Charter*, in *Osborne and Butler*.

For the sake of clarity, I would prefer to reserve the term "vagueness" for the most serious degree of vagueness, where a law is so vague as not to constitute a "limit prescribed by law" under s. 1 *in limine*. The other aspect of vagueness, being an instance of overbreadth, should be considered as such.

Overbreadth and vagueness are different concepts, but are sometimes related in particular cases. As the Ontario Court of Appeal observed in *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129, at pp. 157-58, cited with approval by Gonthier J. in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, the meaning of a law may be unambiguous and thus the law will not be vague; however, it may still be overly broad. Where a law is vague, it may also be overly broad, to the extent that the ambit of its application is difficult to define. Overbreadth and vagueness are related in that both are the result of a lack of sufficient precision by a legislature in the means used to accomplish an objective. In the case of vagueness, the means are not clearly defined. In the case of overbreadth the means are too sweeping in relation to the objective.

Overbreadth analysis looks at the means chosen by the state in relation to its purpose. In considering whether a legislative provision is overbroad, a court must ask the question: are those means necessary to achieve the State objective? If the State, in pursuing a legitimate objective, uses means which are broader than is necessary to accomplish that objective, the principles of fundamental justice

liées. L'effet recherché d'une loi peut être parfaitement clair et donc ne pas être vague, et pourtant son application peut être trop large. Par ailleurs, pour illustrer le fait que les deux notions peuvent être intimement liées, le libellé d'une loi peut être tellement imprécis qu'on juge son effet trop large.

Je suis d'accord. Une loi imprécise peut aussi constituer une atteinte excessive à des droits garantis par la *Charte* selon le critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Notre Cour l'a reconnu quand elle a mentionné les deux aspects de l'imprécision au regard de l'article premier de la *Charte* dans les arrêts *Osborne et Butler*.

Par souci de clarté, je préférerais réserver l'emploi du mot «imprécision» au degré le plus grave de l'imprécision, lorsque la loi est imprécise au point de ne pas représenter une restriction prescrite par une «règle de droit» au sens de l'article premier *in limine*. L'autre aspect de l'imprécision, découlant de la portée excessive, devrait être considéré comme tel.

La portée excessive et l'imprécision sont des concepts différents, mais parfois connexes dans des cas particuliers. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a fait remarquer dans l'arrêt *R. c. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129, aux pp. 157 et 158, que le juge Gonthier a cité et approuvé dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, le sens d'une loi peut être clair et alors cette loi ne sera pas imprécise; cependant, elle peut quand même avoir une portée excessive. Lorsqu'une loi est imprécise, elle peut aussi avoir une portée excessive, rendant difficile la détermination de l'étendue de son application. La portée excessive et l'imprécision sont connexes en ce que ces deux notions résultent du fait qu'un législateur n'a pas été suffisamment précis dans les moyens utilisés pour atteindre un objectif. Dans le cas de l'imprécision, les moyens ne sont pas clairement précisés. Dans le cas de la portée excessive, les moyens sont trop généraux par rapport à l'objectif.

L'analyse de la portée excessive porte sur les moyens choisis par l'État par rapport à l'objet qu'il vise. Lorsqu'il examine si une disposition législative a une portée excessive, le tribunal doit se poser la question suivante: ces moyens sont-ils nécessaires pour atteindre l'objectif de l'État? Si, dans un but légitime, l'État utilise des moyens excessifs pour atteindre cet objectif, il y aura viola-

will be violated because the individual's rights will have been limited for no reason. The effect of overbreadth is that in some applications the law is arbitrary or disproportionate.

Reviewing legislation for overbreadth as a principle of fundamental justice is simply an example of the balancing of the State interest against that of the individual. This type of balancing has been approved by this Court: see *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, per Sopinka J., at pp. 592-95; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, per La Forest J., at p. 298; *R. v. Lyons*, supra, per La Forest J., at pp. 327-29; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at pp. 402-3; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 538-39; and *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at pp. 151-53. However, where an independent principle of fundamental justice is violated, such as the requirement of *mens rea* for penal liability, or of the right to natural justice, any balancing of the public interest must take place under s. 1 of the *Charter: Re B.C. Motor Vehicle Act*, supra, at p. 517; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 977.

In analyzing a statutory provision to determine if it is overbroad, a measure of deference must be paid to the means selected by the legislature. While the courts have a constitutional duty to ensure that legislation conforms with the *Charter*, legislatures must have the power to make policy choices. A court should not interfere with legislation merely because a judge might have chosen a different means of accomplishing the objective if he or she had been the legislator. It is true that s. 7 of the *Charter* has a wide scope. This was stressed by Lamer J. (as he then was) in *Re B.C. Motor Vehicles Act*, supra, at p. 502. There he observed:

tion des principes de justice fondamentale parce que les droits de la personne auront été restreints sans motif. Lorsqu'une loi a une portée excessive, il s'ensuit qu'elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications.

L'examen d'une loi pour déterminer si elle a une portée excessive, en tant que principe de justice fondamentale, est simplement un exemple de l'évaluation des intérêts de l'État par rapport à ceux du particulier. Ce type d'évaluation a été approuvée par notre Cour: voir *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, le juge Sopinka, aux pp. 592 à 595; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, le juge La Forest, à la p. 298; *R. c. Lyons*, précité, le juge La Forest, aux pp. 327 à 329; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, aux pp. 402 et 403; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, aux pp. 538 et 539, et *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, aux pp. 151 à 153. Cependant, lorsqu'il y a atteinte à un principe indépendant de justice fondamentale, comme l'exigence de la *mens rea* en matière de responsabilité pénale ou encore le droit au respect des règles de justice naturelle, l'évaluation de l'intérêt public devrait se faire dans le contexte de l'article premier de la *Charte: Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 517, et *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 977.

Lorsqu'on analyse une disposition législative pour déterminer si elle a une portée excessive, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard des moyens choisis par le législateur. Bien que les tribunaux aient l'obligation constitutionnelle de veiller à ce qu'une loi soit compatible avec la *Charte*, le législateur doit avoir le pouvoir de faire des choix de principe. Un tribunal ne devrait pas intervenir simplement parce que le juge aurait peut-être choisi des moyens différents d'atteindre l'objectif s'il avait été législateur. Il est vrai que l'art. 7 de la *Charte* a une vaste portée. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l'a fait ressortir dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 502:

Sections 8 to 14 are illustrative of deprivations of those rights to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice.

However, before it can be found that an enactment is so broad that it infringes s. 7 of the *Charter*, it must be clear that the legislation infringes life, liberty or security of the person in a manner that is unnecessarily broad, going beyond what is needed to accomplish the governmental objective.

The purpose of s. 179(1)(b) is to protect children from becoming victims of sexual offences. This is apparent from the prohibition which applies to places where children are very likely to be found. In determining whether s. 179(1)(b) is overly broad and not in accordance with the principles of fundamental justice, it must be determined whether the means chosen to accomplish this objective are reasonably tailored to effect this purpose. In those situations where legislation limits the liberty of an individual in order to protect the public, that limitation should not go beyond what is necessary to accomplish that goal. In *Cunningham v. Canada*, *supra*, at p. 153, McLachlin J. held that changes to the *Parole Act* which adversely affected the liberty of prisoners were in accordance with the principles of fundamental justice because "the prisoner's liberty interest is limited only to the extent that this is shown to be necessary for the protection of the public".

In my opinion, s. 179(1)(b) suffers from overbreadth and thus the deprivation of liberty it entails is not in accordance with the principles of fundamental justice.

i. *Overbreadth in Geographical Ambit*

The section is overly broad in its geographical ambit. It applies not only to school grounds and playgrounds, but also to all public parks and bathing areas. Its application to schools and play-

Les articles 8 à 14 sont des exemples d'atteintes à ce droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui vont à l'encontre des principes de justice fondamentale.

Cependant, avant que l'on puisse conclure qu'un texte législatif a une portée si large qu'il contrevient à l'art. 7 de la *Charte*, il doit être clair que ce texte porte atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une façon qui est inutilement large, allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental.

L'objet de l'al. 179(1)(b) est de protéger les enfants contre les infractions sexuelles, objet évident si l'on considère que l'interdiction de flâner vise des endroits où l'on trouve habituellement des enfants. Pour déterminer si la portée de l'al. 179(1)(b) est excessive et n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, il faut établir si les moyens choisis pour atteindre l'objectif sont raisonnablement bien adaptés à cet objectif. Dans les cas où le texte législatif restreint la liberté d'une personne en vue de protéger le public, cette restriction ne devrait pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce but. Dans l'arrêt *Cunningham c. Canada*, précité, à la p. 153, le juge McLachlin a statué que des modifications apportées à la *Loi sur la libération conditionnelle*, dont l'effet était de porter atteinte à la liberté de détenus, respectaient les principes de justice fondamentale parce que «le droit à la liberté du détenu n'est restreint que dans la mesure où l'on démontre que cela est nécessaire pour la protection du public».

À mon avis, l'al. 179(1)(b) a une portée excessive, et l'atteinte à la liberté qu'il comporte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

i. *La portée excessive en raison des endroits visés*

La disposition a une portée excessive en raison des endroits qu'elle vise. Elle englobe non seulement les terrains d'école et les terrains de jeu, mais aussi tous les parcs publics et toutes les zones

grounds is appropriate, as these are the very places children are likely to congregate. But its application to all public parks and bathing areas is overly broad because not all such places are places where children are likely to be found. Public parks include the vast and remote wilderness parks. Bathing areas would include all the lakes in Canada with public beaches. Prohibiting individuals from loitering in all places in all parks is a significant limit on freedom of movement. Parks are places which are specifically designed to foster relaxation, indolent contemplation and strolling; in fact it may be assumed that "hanging around" and "idling" is encouraged in parks. The overly broad scope of this section was remarked upon by Maughan B.C. Prov. Ct. J. in *R. v. Graf* (1988), 42 C.R.R. 146, in which she found that what was at the time s. 175 (now s. 179(1)(b)) of the *Criminal Code* violated the *Charter*. She wrote at p. 150:

The wording of s. 175 makes a person such as Mr. Graf, the accused, a person in a permanent state of exile within his community who is, because of his status, absolutely prohibited from standing idly in vast areas of this country. Mr. Graf, because of his status, does not have the liberty of movement and locomotion to go where other citizens are entitled to go and in the same manner as they are entitled to do. He is, for example, banned for life from standing idly about Stanley Park, including the aquarium and the zoo area, Lost Lagoon, the playing fields, the beaches and the entertainment area. Similarly are included Queen Elizabeth Park, English Bay, the Planetarium, Vanier Park, the endowment lands at the University of British Columbia, the Courthouse gardens, Jericho Beach, Spanish Banks, Kitsilano Park, the Sky Train greenbelt, the multitude of small city parks, Manning Park, the marine parks in the province, waterfront parks, Cleveland Dam, Capilano Hatchery, Mount Seymour ski area, Lynn Valley Park, Lynn Canyon Park and all beaches, lake and rivers in Canada capable of being used by people for bathing.

publicques où l'on peut se baigner. Il est approprié que soient inclus les terrains d'école et les terrains de jeu puisque ce sont dans ces endroits que les enfants sont susceptibles de se rassembler. Cependant, en visant aussi tous les parcs publics et toutes les zones publiques où l'on peut se baigner, la disposition a une portée excessive parce qu'il n'y aura pas nécessairement des enfants dans tous ces endroits. Les parcs publics comprennent les vastes parcs sauvages dans des régions éloignées. Les zones où l'on peut se baigner comprennent tous les lacs au Canada où existent des plages publiques. Interdire à une personne de flâner n'importe où dans tous les parcs constitue une importante restriction à la liberté de circulation. Les parcs sont des endroits qui sont spécifiquement conçus pour favoriser la relaxation, la contemplation nonchalante et les promenades; en fait, on peut supposer que l'on encourage les «balades» et l'«oisiveté» dans les parcs. Dans l'affaire *R. c. Graf* (1988), 42 C.R.R. 146, le juge Maughan de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique a fait des commentaires sur la portée excessive de cette disposition, qui était alors l'art. 175 (maintenant l'al. 179(1)b)) du *Code criminel*, et elle a statué qu'elle contrevenait à la *Charte*. Elle a écrit, à la p. 150:

[TRADUCTION] Le libellé de l'art. 175 fait de M. Graf, l'accusé, une personne se trouvant en situation d'exil permanent au sein de sa collectivité puisque, en raison de sa situation, il lui est absolument interdit de se balader dans de nombreux endroits au pays. Monsieur Graf, à cause de sa situation, n'a pas la liberté de circulation pour se rendre là où d'autres citoyens ont le droit d'aller et de la même façon qu'ils le font. Par exemple, il lui est interdit à perpétuité de se balader dans le parc Stanley, y compris l'aquarium, le jardin zoologique, Lost Lagoon, les terrains de jeu, les plages et les zones de spectacle. L'interdiction porte également sur le parc Queen Elizabeth, l'English Bay, le Planetarium, le parc Vanier, les «endowment lands» de l'Université de la Colombie-Britannique, les jardins du Palais de justice, la plage Jericho, Spanish Banks, le parc Kitsilano, la ceinture de verdure du Sky Train, la multitude des petits parcs municipaux, le parc Manning, les parcs marins de la province, les parcs riverains, le barrage Cleveland, Capilano Hatchery, la station de ski du mont Seymour, le parc Lynn Valley, le parc Lynn Canyon et toutes les plages, tous les lacs et toutes les rivières où l'on peut se baigner.

If the particular park or part of the park or bathing area is not a place frequented by children, the object of protecting children is not enhanced by limiting the individual's freedom. In my opinion, such a limit should be more narrowly defined, to apply only to those parks and bathing areas where children can reasonably be expected to be present.

ii. *Overbreadth by the Life-Time Prohibition Without a Review Process*

Section 179(1)(b) is also overly broad in another aspect. It applies for life, with no possibility of review. The absence of review means that a person who has ceased to be a danger to children (or who indeed never was a danger to children), is subject to the prohibition in s. 179(1)(b). In *R. v. Lyons, supra*, La Forest J., writing for the Court on this issue, held that the fact that a review process existed was essential to the finding that indeterminate sentences under the dangerous offender provisions did not violate s. 12. La Forest J. wrote at p. 341:

In my opinion, if the sentence imposed under Part XXI was indeterminate, *simpliciter*, it would be certain, at least occasionally, to result in sentences grossly disproportionate to what individual offenders deserved. However, I believe that the parole process saves the legislation from being successfully challenged under s. 12, for it ensures that incarceration is imposed for only as long as the circumstances of the individual case require.

Thus the imposition of an indeterminate sentence upon dangerous offenders in the absence of a review procedure would constitute a cruel and unusual punishment and violate the principles of fundamental justice. It follows that there must be some review available for the prohibition in s. 179(1)(b) if it is to accord with the principles of fundamental justice. Admittedly, the prohibition in

Dans le cas où un parc ou une partie de ce parc ou encore une zone de baignade n'est pas un endroit fréquenté par des enfants, restreindre la liberté d'une personne ne permet pas de mieux favoriser la réalisation de l'objectif de la protection des enfants. À mon avis, une telle restriction devrait être davantage circonscrite et viser seulement les parcs et les zones de baignade où l'on peut raisonnablement s'attendre à trouver des enfants.

ii. *La portée excessive en raison de l'interdiction à vie, sans mécanisme de contrôle*

L'alinéa 179(1)(b) a également une portée excessive relativement à un autre aspect. L'interdiction est perpétuelle, sans mécanisme de contrôle. L'absence de mécanisme de contrôle signifie qu'une personne qui cesse de constituer un danger pour les enfants (ou qui en fait n'en a jamais constitué un) est visée par l'interdiction prévue à l'al. 179(1)(b). Dans l'arrêt *R. c. Lyons*, précité, le juge La Forest, s'exprimant au nom de notre Cour sur cette question, a statué qu'il devait exister un processus de contrôle pour que l'on puisse conclure qu'une peine d'une durée indéterminée infligée en vertu des dispositions applicables aux délinquants dangereux ne portait pas atteinte à l'art. 12. Le juge La Forest a écrit à la p. 341:

À mon avis, si la peine imposée sous le régime de la partie XXI était pour une période indéterminée, purement et simplement, il en résulterait certainement, du moins parfois, des peines exagérément disproportionnées à ce que mériteraient des délinquants. Toutefois, j'estime que le processus de la libération conditionnelle vient empêcher que les dispositions législatives en cause ne puissent être contestées avec succès en vertu de l'art. 12, car ce processus est le gage d'une incarcération qui ne durera dans chaque cas que le temps dicté par les circonstances.

En conséquence, infliger une peine d'une durée indéterminée à un délinquant dangereux constituerait, en l'absence d'une procédure de contrôle, une peine cruelle et inusitée et irait à l'encontre des principes de justice fondamentale. Il s'ensuit que l'interdiction prévue à l'al. 179(1)(b) doit comporter un certain mécanisme de contrôle pour être conforme aux principes de justice fondamentale.

s. 179(1)(b) is a lesser infringement of liberty than the indeterminate detention of a dangerous offender. Yet, it is still a very significant limit on an individual's freedom of movement. Attendance at the places listed in s. 179(1)(b) has not as a rule been regulated in Canada, and still is not regulated for the general public who have not committed sex offences. In passing I would observe that a different conclusion regarding the need for a review might have been reached if the prohibition was in respect of a regulated activity such as driving or the possession of firearms.

The appellant and the Attorney General of Canada argued that the availability of a pardon under the *Criminal Records Act*, as amended, or the royal prerogative of mercy, meet any concerns about the need for review. In my opinion they do not. It is true that a pardon or the exercise of the royal prerogative of mercy would (subject to any conditions) vacate the conviction and remove the disqualification that resulted from the conviction: s. 5(b) of the *Criminal Records Act*; s. 749(3) of the *Code*; Clayton C. Ruby, *Sentencing* (3rd ed. 1987), at pp. 108-9. However, there are limits to the availability of pardons which make it inadequate and insufficient as a substitute for the review of the prohibition in s. 179(1)(b). For example, the conditions for granting pardons are not necessarily related to the dangerousness of the individual. A person who is not a danger to children may be denied a pardon. Under the *Criminal Records Act*, an individual may not apply for a pardon until five years after the completion of sentence in the case of an indictable offence, and three years after the completion of sentence in the case of a summary conviction offence: see s. 4 of the *Criminal Records Act*. As the prohibition applies to all persons convicted of the listed offences, there are individuals who will not be dangerous yet will,

Je l'admets, l'interdiction visée à l'al. 179(1)(b) est une atteinte moindre à la liberté que la détention d'un délinquant dangereux pour une période indéterminée. Cependant, il demeure que c'est une restriction très importante à la liberté de circulation d'une personne. La fréquentation des endroits énumérés à l'al. 179(1)(b) n'a jamais été réglementée au Canada pour le grand public qui n'a pas commis d'infractions sexuelles. En passant, je tiens à préciser que je serais peut-être arrivé à une conclusion différente quant à la nécessité d'un mécanisme de contrôle si l'interdiction avait visé une activité réglementée comme la conduite d'un véhicule ou la possession d'armes à feu.

Selon l'appelante et le procureur général du Canada, la possibilité d'obtenir une réhabilitation en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*, modifiée, et l'existence de la prérogative royale de clémence dissipent toute préoccupation quant à la nécessité d'un mécanisme de contrôle. À mon avis, tel n'est pas le cas. Certes, l'octroi d'une réhabilitation ou l'exercice de la prérogative royale de clémence (sous réserve de certaines conditions) efface les conséquences de la condamnation et fait cesser toute incapacité qui en découlait: al. 5b) de la *Loi sur le casier judiciaire*; par. 749(3) du *Code*; Clayton C. Ruby, *Sentencing* (3^e éd. 1987), aux pp. 108 et 109. Cependant, il existe des restrictions à l'octroi d'une réhabilitation, ce qui fait que ce processus n'est pas suffisant pour remplacer le contrôle de l'interdiction prévue à l'al. 179(1)(b). Par exemple, les conditions d'octroi d'une réhabilitation ne sont pas nécessairement reliées à la dangerosité de l'individu. Une réhabilitation peut être refusée à une personne qui ne constitue pas un danger pour les enfants. En vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*, la période consécutive à l'expiration d'une peine pendant laquelle la demande de réhabilitation ne peut être examinée est de cinq ans pour une infraction punissable par voie de mise en accusation et de trois ans pour une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire; voir l'art. 4 de la *Loi sur le casier judiciaire*. Puisque l'interdiction vise toutes les personnes déclarées coupables des infractions énumérées, il y a des personnes qui ne seront pas dangereuses et qui, dans la période dans laquelle elles

during the time they cannot apply for a pardon, still be subject to s. 179(1)(b).

A more serious problem is presented by the conditions which must be met in order to obtain a pardon. A person convicted of an indictable offence may only obtain a pardon if he has been "of good behaviour", and has not been convicted of an offence under federal legislation: s. 4.1(1) of the *Criminal Records Act*. A sex offender who has not committed any further sexual offences, and is not considered a danger to re-offend, would not be eligible for a pardon if he was considered not to have been of good behaviour in a manner completely unrelated to sexual offences. Even if the conditions are met, in the case of indictable offences a pardon is still discretionary. In the case of a person convicted of a summary conviction offence, a pardon is mandatory if the person has not been convicted of any offence under federal legislation: s. 4.1(2) of the *Criminal Records Act*. However, a person who was no longer a danger, but who had committed an unrelated driving offence would not be eligible for a pardon. With respect to the royal prerogative of mercy, its use is exceptional: *National Parole Board, Pardon Decision Policies, Annex: The Royal Prerogative of Mercy* (June 1993). Neither the availability of a pardon nor the royal prerogative of mercy can constitute an acceptable review process.

iii. *Overbreadth as to the People to Whom Section 179(1)(b) Applies*

Section 179(1)(b) is overly broad in respect to the people to whom it applies. It applies to all persons convicted of the listed offences, without regard to whether they constitute a danger to children. This approach is contrary to the position taken by this Court in earlier decisions. In *R. v. Swain, supra*, the detention of all persons found not guilty by reason of insanity was found to be

ne peuvent demander une réhabilitation, seront assujetties à l'al. 179(1)(b).

Les conditions à satisfaire relativement à une réhabilitation présentent un problème plus grave. Une personne déclarée coupable d'une infraction par voie de mise en accusation peut seulement obtenir une réhabilitation si elle a eu une «bonne conduite» et n'a pas été déclarée coupable d'une infraction à une loi fédérale, voir le par. 4.1(1) de la *Loi sur le casier judiciaire*. Un délinquant sexuel qui n'a pas commis d'autres infractions d'ordre sexuel et qui ne risque pas de récidiver ne serait pas admissible à la réhabilitation si l'on estime qu'il n'a pas une bonne conduite pour des choses n'ayant aucun rapport avec la perpétration d'infractions sexuelles. Dans le cas des infractions punissables par voie de mise en accusation, même si ces conditions sont satisfaites, l'octroi de la réhabilitation est encore discrétionnaire. Dans le cas d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, la réhabilitation est obligatoire si la personne n'a pas été déclarée coupable d'une infraction à une loi fédérale; voir le par. 4.1(2) de la *Loi sur le casier judiciaire*. Cependant, une personne qui ne constitue plus un danger, mais qui a commis une infraction distincte en matière de conduite automobile ne serait pas admissible à la réhabilitation. En ce qui concerne la prérogative royale de clémence, son utilisation est exceptionnelle: *Commission nationale des libérations conditionnelles, Politiques décisionnelles sur la réhabilitation, Annexe: La Prerogative royale de clémence* (juin 1983). Ni la possibilité d'une réhabilitation ni l'exercice de la prérogative royale de clémence ne peuvent constituer un processus acceptable de contrôle.

iii. *La portée excessive en raison des personnes visées*

L'alinéa 179(1)(b) a une portée excessive quant aux personnes qu'il vise. Il s'applique à toutes les personnes déclarées coupables des infractions qui y sont énumérées, qu'elles présentent ou non un danger pour les enfants. Cette démarche va à l'encontre de la position adoptée par notre Cour dans d'autres arrêts. Dans l'arrêt *R. c. Swain*, précité, on a jugé que la détention de toutes les personnes

arbitrary because it was based on the overly inclusive assumption that all such persons were still dangerous at the time of sentencing: see pp. 1009, 1011-13. Similarly, in *R. v. Lyons, supra*, the necessity of showing that an individual was likely to be a danger in the future was one of the features which saved the legislation from violating s. 12 of the *Charter* (at p. 338). It is difficult to accept that a person who had sexually assaulted an adult fifteen years earlier with no subsequent offences should be assumed to still be a threat to children.

This Court has approved the use of reasonable hypotheses in determining whether legislation violates s. 12 of the *Charter*: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485. I think the same process may properly be undertaken in determining the constitutionality of s. 179(1)(b). The effect of the section is that it could be applied to a man convicted at age 18 of sexual assault of an adult woman who was known to him in a situation aggravated by his consumption of alcohol. Even if that man never committed another offence, and was not considered to be a danger to children, at the age of 65 he would still be banned from attending, for all but the shortest length of time, a public park anywhere in Canada. The limitation on liberty in s. 179(1)(b) is simply much broader than is necessary to accomplish its laudable objective of protecting children from becoming victims of sexual offences.

A new s. 161 was passed following the decision of the British Columbia Court of Appeal in this case and is set out later in these reasons. It is significant and telling that the new section only applies to persons who have committed the listed offences in respect of a person who is under the age of 14 years. In addition, under the new section, the order is discretionary, so that only those offenders who constitute a danger to children will

déclarées non coupables pour cause d'aliénation mentale constituait une détention arbitraire parce que la disposition en cause appliquait la présomption trop globale selon laquelle tous les prévenus acquittés en raison de leur aliénation mentale sont encore dangereux au moment où la peine est prononcée: voir les pp. 1009 et 1011 à 1013. De même dans l'arrêt *R. c. Lyons*, précité, la nécessité de démontrer que la personne pouvait constituer un danger dans l'avenir était l'un des éléments qui faisaient que la loi ne violait pas l'art. 12 de la *Charte* (p. 338). Il est difficile d'accepter qu'une personne qui a sexuellement agressé un adulte quelque quinze ans auparavant, sans récidive depuis, constitue encore une menace pour des enfants.

Notre Cour a approuvé le recours à des hypothèses raisonnables lorsqu'il faut déterminer si un texte législatif porte atteinte à l'art. 12 de la *Charte*: *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485. À mon avis, on pourrait procéder de la même façon dans la détermination de la constitutionnalité de l'al. 179(1)(b). L'effet de cette disposition est qu'elle pourrait s'appliquer à un homme qui, à l'âge de 18 ans, aurait été déclaré coupable d'agression sexuelle sur la personne d'une femme adulte qu'il connaissait, dans une situation aggravée par la consommation d'alcool. Même si cet homme n'a jamais commis d'autre infraction et ne constituait pas un danger pour les enfants, il lui serait toujours interdit à l'âge de 65 ans de fréquenter, autrement que pour une très courte période, un parc public quel que soit l'endroit au Canada. L'atteinte à la liberté imposée par l'al. 179(1)(b) est tout simplement beaucoup plus vaste qu'elle a besoin de l'être pour atteindre son objectif louable de protection des enfants contre les infractions sexuelles.

Un nouvel art. 161 a été adopté à la suite de la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce et est reproduit plus loin. Fait important et révélateur, le nouvel article s'applique seulement aux personnes qui ont commis l'une des infractions qui y est mentionnée à l'égard d'une personne âgée de moins de 14 ans. En outre, en vertu de cette nouvelle disposition, l'ordonnance relève du pouvoir discrétionnaire du juge, de sorte

be subject to a prohibition. I would add that in certain circumstances, legislative provisions for notice and for review of the prohibition may reduce the significance of the factor of overbreadth in the application of one impugned provision. It is noteworthy that the new s. 161 provides for both notice and review of the prohibition. These provisions are absent in s. 179(1)(b).

iv. *Absence of Notice*

There is another aspect in which the section offends the principles of fundamental justice. As Hutcheon J.A. observed, there is no provision for notice to be given to a person convicted of a predicate offence of his potential liability for breaching s. 179(1)(b). As he points out, great care is taken to give notice in connection with other provisions of the *Code*. For example, the prohibition against ownership, custody or control of a firearm under s. 100 must be made part of the sentencing proceeding following a conviction for the indictable offence involving violence. Notice must also be given of the prohibition of operating a motor vehicle, vessel or aircraft pursuant to s. 260. Similarly notice must be given of the terms of a probation order. The lack of a notice requirement for s. 179(1)(b) is unfair and unnecessarily so. It demonstrates that the section by the absence of a requirement of notice violates s. 7.

In summary, s. 179(1)(b) is overly broad to an extent that it violates the right to liberty proclaimed by s. 7 of the *Charter* for a number of reasons. First, it is overly broad in its geographical scope embracing as it does all public parks and beaches no matter how remote and devoid of children they may be. Secondly, it is overly broad in its temporal aspect with the prohibition applying for life without any process for review. Thirdly, it is too broad in the number of persons it encompasses. Fourth, the prohibitions are put in place

que seulement les contrevenants qui présentent un danger pour les enfants sont visés par l'interdiction. Je tiens à ajouter que, dans certaines circonstances, l'existence d'un avis à donner ou d'un processus de contrôle de l'interdiction pourrait réduire l'importance du facteur de la portée excessive dans l'application de la disposition contestée. Il importe de signaler que le nouvel art. 161 prévoit et une procédure d'avis et un processus de contrôle de l'interdiction. Ce qui n'existe pas à l'al. 179(1)(b).

iv. *L'absence d'avis*

La disposition est incompatible avec les principes de justice fondamentale pour un autre motif. Comme le juge Hutcheon de la Cour d'appel l'a fait remarquer, l'al. 179(1)(b) ne prévoit pas qu'une personne déclarée coupable d'une infraction sous-jacente doit être avisée de la responsabilité qu'elle encourt en cas de violation de cette disposition. Comme il l'indique, les avis ont une grande importance dans d'autres dispositions du *Code*. Par exemple, l'interdiction d'avoir en sa possession une arme à feu, ou d'en avoir la garde ou le contrôle, prévue à l'art. 100, doit être mentionnée dans la peine infligée à la suite d'une déclaration de culpabilité pour une infraction criminelle comportant des actes de violence. Il faut aussi donner à une personne avis d'une interdiction de conduire un véhicule à moteur, un bateau ou un aéronef, conformément à l'art. 260. De même, il faut donner avis des modalités d'une ordonnance de probation. L'absence d'exigence en matière d'avis à l'al. 179(1)(b) crée une injustice et ce, sans nécessité. Ce fait même établit que la disposition porte atteinte à l'art. 7.

En résumé, l'al. 179(1)(b) a, pour un certain nombre de raisons, une portée excessive dans la mesure où il contrevient au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Premièrement, il a une portée excessive en raison des endroits qu'il vise, englobant tous les parcs publics et toutes les plages publiques, même s'ils sont éloignés et n'accueillent pas d'enfants. Deuxièmement, il a une portée excessive de par son aspect temporel, l'interdiction imposée s'appliquant à vie, sans processus de contrôle. Troisièmement, il a une portée excessive

and may be enforced without any notice to the accused.

I am strengthened in this conclusion by a consideration of the new s. 161 of the *Criminal Code*, S.C. 1993, c. 45, s. 1, which was enacted shortly after the decision of the British Columbia Court of Appeal in this case. The section provides:

161. (1) Where an offender is convicted, or is discharged on the conditions prescribed in a probation order under section 736, of an offence under section 151, 152, 155 or 159, subsection 160(2) or (3) or section 170, 171, 271, 272 or 273, in respect of a person who is under the age of fourteen years, the court that sentences the offender or directs that the accused be discharged, as the case may be, in addition to any other punishment that may be imposed for that offence or any other condition prescribed in the order of discharge, shall consider making and may make, subject to the conditions or exemptions that the court directs, an order prohibiting the offender from

(a) attending a public park or public swimming area where persons under the age of fourteen years are present or can reasonably be expected to be present, or a daycare centre, schoolground, playground or community centre; or

(b) seeking, obtaining or continuing any employment, whether or not the employment is remunerated, or becoming or being a volunteer in a capacity, that involves being in a position of trust or authority towards persons under the age of fourteen years.

(2) The prohibition may be for life or for any shorter duration that the court considers desirable and, in the case of a prohibition that is not for life, the prohibition begins on the later of

(a) the date on which the order is made; and

(b) where the offender is sentenced to a term of imprisonment, the date on which the offender is released from imprisonment for the offence, including release on parole, mandatory supervision or statutory release.

quant au nombre de personnes qu'il vise. Quatrièmement, les interdictions sont mises en place et peuvent être exécutées sans que l'accusé ait reçu d'avis.

Mon examen du nouvel art. 161 du *Code criminel*, L.C. 1993, ch. 45, art. 1, adopté peu après la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce, appuie cette conclusion. Voici le libellé de ce nouvel article:

161. (1) Dans le cas où un contrevenant est déclaré coupable, ou absous sous le régime de l'article 736 aux conditions prescrites dans une ordonnance de probation, d'une infraction visée aux articles 151, 152, 155 ou 159, aux paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 271, 272 ou 273 à l'égard d'une personne âgée de moins de quatorze ans, le tribunal qui lui inflige une peine ou ordonne son absolution sous condition, en plus de toute autre peine ou de toute autre condition de l'ordonnance d'absolution applicables en l'espèce, sous réserve des conditions ou exemptions qu'il indique, peut interdire au contrevenant:

a) de se trouver dans un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner s'il y a des personnes âgées de moins de quatorze ans ou s'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il y en ait, une garderie, un terrain d'école, un terrain de jeu ou un centre communautaire;

b) de chercher, d'accepter ou de garder un emploi — rémunéré ou non — ou un travail bénévole qui le placerait en relation de confiance ou d'autorité vis-à-vis de personnes âgées de moins de quatorze ans.

Le tribunal doit dans tous les cas considérer l'opportunité de rendre une telle ordonnance.

(2) L'interdiction peut être perpétuelle ou pour la période que le tribunal juge souhaitable, auquel cas elle prend effet à la date de l'ordonnance ou, dans le cas où le contrevenant est condamné à une peine d'emprisonnement, à celle de sa mise en liberté à l'égard de cette infraction, y compris par libération conditionnelle ou d'office, ou sous surveillance obligatoire.

(3) A court that makes an order of prohibition or, where the court is for any reason unable to act, another court of equivalent jurisdiction in the same province, may, on application of the offender or the prosecutor, require the offender to appear before it at any time and, after hearing the parties, that court may vary the conditions prescribed in the order if, in the opinion of the court, the variation is desirable because of changed circumstances after the conditions were prescribed.

(4) Every person who is bound by an order of prohibition and who does not comply with the order is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or

(b) an offence punishable on summary conviction.

It can be seen that this section is limited to clearly defined geographical areas where children are or can reasonably be expected to be present. Further, the prohibition may be for life or a shorter period and a system of review is provided. Additionally, the order of prohibition is made part of the sentencing procedure so that the accused is aware of and notified of the prohibitions. It is thus apparent that overly broad provisions are not essential or necessary in order to achieve the aim of s. 179(1)(b).

The violation of s. 7 of the *Charter* is thus established. It is now necessary to consider whether the section may be saved by the provisions of s. 1 of the *Charter*.

IV. Section 1 of the Charter

This Court has expressed doubt about whether a violation of the right to life, liberty or security of the person which is not in accordance with the principles of fundamental justice can ever be justified, except perhaps in times of war or national emergencies: *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at p. 518. In a case where the violation of the principles of fundamental justice is as a result of overbreadth, it is even more difficult to see how the limit can be justified. Overbroad legislation which infringes s. 7 of the *Charter* would appear to be

(3) Le tribunal qui rend l'ordonnance ou, s'il est pour quelque raison dans l'impossibilité d'agir, tout autre tribunal ayant une juridiction équivalente dans la même province peut, à tout moment, sur demande du poursuivant ou du contrevenant, requérir ce dernier de comparaître devant lui et, après audition des parties, modifier les conditions prescrites dans l'ordonnance si, à son avis, cela est souhaitable en raison d'un changement de circonstances depuis que les conditions ont été prescrites.

(4) Quiconque ne se conforme pas à l'ordonnance est coupable:

(a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

(b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

On constate que l'application de cette disposition est clairement restreinte aux endroits où il y a des enfants ou aux endroits où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il y en ait. De plus, l'interdiction peut être perpétuelle ou pour une période plus courte, et un système de contrôle est prévu. En outre, l'ordonnance d'interdiction fait partie de la procédure de détermination de la peine de sorte que l'accusé est au courant et avisé des interdictions. Il est donc évident que des dispositions de portée excessive ne sont ni essentielles ni nécessaires pour que le but de l'al. 179(1)(b) puisse être atteint.

La violation de l'art. 7 de la *Charte* est en conséquence établie. Je dois maintenant examiner si l'alinéa peut être sauvé par l'article premier de la *Charte*.

IV. L'article premier de la Charte

Notre Cour a exprimé des doutes quant à savoir si l'on peut vraiment arriver à justifier une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, qui ne serait pas conforme aux principes de justice fondamentale, sauf peut-être en période de guerre ou d'urgence nationale: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 518. Dans un cas où l'atteinte aux principes de justice fondamentale résulte de la portée excessive d'une disposition, il est encore plus difficile de voir comment l'on pourrait justifier cette atteinte. Un texte légis-

incapable of passing the minimal impairment branch of the s. 1 analysis.

The objective of s. 179(1)(b) is certainly pressing and substantial. The protection of children from sexual offences is obviously very important to society. Furthermore, at least in some of their applications, the means employed in s. 179(1)(b) are rationally connected to the objective. However, for the same reasons that s. 179(1)(b) is overly broad, it fails the minimal impairment branch of the s. 1 analysis. The new s. 161 is a good example of legislation which is much more carefully and narrowly fashioned to achieve the same objective as s. 179(1)(b). Section 179(1)(b) cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

V. Remedy

Counsel for the appellant argued that even if s. 179(1)(b) of the *Criminal Code* is so overbroad as to result in a violation of s. 7 which cannot be saved by s. 1, rather than striking the section down in its entirety, the section should be read down so as to come within constitutional limits. In my opinion reading down is not appropriate in this case. The changes which would be required to make s. 179(1)(b) constitutional would not constitute reading down or reading in; rather, they would amount to judicial rewriting of the legislation.

This Court considered the application of flexible remedial alternatives under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* such as reading in and reading down in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. Lamer C.J., writing for himself and four other members of the Court, held that reading in or reading down will only be warranted where: (i) the legislative objective is obvious, and reading in or reading down would constitute a lesser intrusion on that objective than striking down the legisla-

latif d'une portée excessive qui contrevient à l'art. 7 de la *Charte* ne pourrait, selon toute évidence, satisfaire au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier.

a

L'objectif de l'al. 179(1)b répond certainement à des préoccupations urgentes et réelles. La protection des enfants contre les infractions sexuelles est évidemment très importante pour la société. En outre, tout au moins dans certaines de leurs applications, les moyens choisis à l'al. 179(1)b ont un lien rationnel avec l'objectif. Cependant, pour les mêmes motifs qui font que l'al. 179(1)b a une portée excessive, cette disposition ne satisfait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier. Le nouvel art. 161 est un bon exemple de disposition législative qui est beaucoup mieux adaptée et circonscrite pour atteindre le même objectif que l'al. 179(1)b. En conséquence, l'al. 179(1)b ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

b

V. La réparation

e

Selon l'avocat de l'appelante, même si l'al. 179(1)b du *Code criminel* a une portée tellement excessive qu'il entraîne une violation de l'art. 7 qui ne peut se justifier en vertu de l'article premier, la disposition devrait, plutôt que d'être annulée complètement, recevoir une interprétation atténuée de façon à la rendre compatible avec la Constitution. À mon avis, il ne convient pas d'appliquer une interprétation atténuée en l'espèce. Les modifications nécessaires pour rendre l'al. 179(1)b constitutionnel ne constitueraient pas une interprétation large ou une interprétation atténuée; elles équivaldraient plutôt à une réécriture du texte législatif par le tribunal.

f

g

h

Dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, notre Cour a examiné l'application des autres redressements souples possibles en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, comme l'interprétation large et l'interprétation atténuée. Le juge en chef Lamer, s'exprimant en son nom et au nom de quatre autres membres de notre Cour, a indiqué qu'il sera justifié d'opter pour l'interprétation large ou l'interprétation atténuée seulement dans les cas où: (i) l'objectif légis-

i

j

tion; (ii) the choice of means used by the legislature is not so unequivocal that reading in or reading down would unacceptably intrude into the legislative sphere; and (iii) reading in or reading down would not impact on budgetary decisions to such an extent that it would change the nature of the legislation at issue.

Reading in or reading down in this case would create an entirely new scheme. Parliament chose unequivocal means in s. 179(1)(b), namely, a prohibition on loitering for all persons convicted of the listed offences in all school grounds, playgrounds, public parks and bathing areas, for life, with no possibility of review. The changes required to make the section comply with s. 7 of the *Charter* would constitute a completely different approach to the problem, and would amount to an unwarranted intrusion into the legislative domain. Any changes required to be made over and above the provisions of the new s. 161 should be made by Parliament.

Disposition

The constitutional questions are, therefore, answered as follows:

1. Does s. 179(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent to life, liberty and security of the person as guaranteed by s. 7 of the *Charter*?

A. Yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

A. No.

In view of the answers to the first two constitutional questions, it is unnecessary to answer the

latif est évident et l'interprétation large ou l'interprétation atténuée constituerait un empiètement moindre sur cet objectif que l'annulation de la loi; (ii) le choix des moyens utilisés par le législateur n'est pas assez incontestable pour que l'interprétation large ou l'interprétation atténuée constitue un empiètement inacceptable sur le domaine législatif; et (iii) l'interprétation large ou l'interprétation atténuée n'aurait pas sur les décisions financières du législateur une incidence telle qu'elle modifierait la nature du régime législatif en question.

L'interprétation large ou l'interprétation atténuée créerait en l'espèce un régime législatif entièrement nouveau. Le choix des moyens utilisés par le législateur à l'al. 179(1)(b) est incontestable: une interdiction de flâner imposée à toute personne déclarée coupable d'une infraction prévue aux articles énumérés, sur tous les terrains d'école, terrains de jeu, parcs publics ou zones publiques où l'on peut se baigner, à perpétuité, sans possibilité de contrôle. Les modifications requises pour rendre cette disposition compatible avec l'art. 7 de la *Charte* constitueraient une façon tout à fait différente d'aborder le problème, et équivaldraient à un empiètement inacceptable sur le domaine législatif. Il appartient au législateur de procéder aux modifications qui s'imposent en sus du nouvel art. 161.

Dispositif

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

1. L'alinéa 179(1)(b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, que l'art. 7 de la *Charte* garantit à l'intimé?

R. Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

R. Non.

Compte tenu des réponses aux deux premières questions constitutionnelles, il n'est pas nécessaire

other constitutional questions. The appeal is dismissed.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

GONTHIER J. (dissenting) — I have read the opinion of Justice Cory and, with all due respect, find I am unable to agree. The central issue in this case concerns the interpretation of s. 179(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. By giving the word “loiter” its ordinary meaning, Cory J. would interpret the provision as prohibiting lingering, tarrying, standing idly around, sauntering, delaying, dawdling, etc. in the enumerated areas. This interpretation leads him to conclude that the prohibition created by s. 179(1)(b) violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is not saved by s. 1 because it is overbroad in terms of the persons, places and time period to which it applies and because notice to the accused is not required. In my view, however, s. 179(1)(b) should be interpreted as prohibiting the persons affected from being in one of the enumerated places for a malevolent or ulterior purpose related to the predicate offences. My reasons for favouring this interpretation are drawn from the purpose and legislative history of s. 179(1)(b) as well as precedent and statutory context. The first two parts of my reasons are devoted to these points. In the third part, I examine the constitutionality of this interpretation.

A. The legislative history and purpose of s. 179(1)(b) of the *Criminal Code*

Section 179(1)(b) makes it an offence for persons who have been convicted of certain enumerated offences to loiter “in or near a school ground, playground, public park or bathing area”. The enumerated offences are:

de répondre aux autres questions. Le pourvoi est rejeté.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs du juge Cory et, en toute déférence, je ne puis y souscrire. Le litige porte sur l'interprétation de l'al. 179(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. En donnant au verbe «flâner» son sens ordinaire, le juge Cory interpréterait cet alinéa comme interdisant de lambiner, de déambuler, de traîner, de se balader, de s'attarder, de musarder, etc. dans les endroits énumérés. Cette interprétation l'amène à conclure que l'interdiction créée par l'al. 179(1)b) viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elle n'est pas sauvegardée par l'article premier parce que sa portée est excessive quant aux personnes, aux endroits et à la période auxquels elle s'applique et parce que l'alinéa n'exige pas qu'avis soit donné à l'accusé. J'estime toutefois que l'al. 179(1)b) doit s'interpréter comme interdisant aux personnes visées de se trouver dans un des endroits énumérés dans un but malveillant ou inavoué se rapportant aux infractions sous-jacentes. Si je préfère cette interprétation, c'est pour des raisons fondées sur l'objet et sur l'historique législatif de l'al. 179(1)b) ainsi que sur la jurisprudence et son contexte législatif. Les deux premières parties de mes motifs sont consacrées à ces points, tandis que, dans la troisième, j'examine la constitutionnalité de cette interprétation.

A. L'historique législatif et l'objet de l'al. 179(1)b) du *Code criminel*

Aux termes de l'al. 179(1)b), commet une infraction toute personne qui, ayant été déclarée coupable de certaines infractions énumérées, flâne «sur un terrain d'école, un terrain de jeu, un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner ou à proximité de ces endroits». Les infractions énumérées sont les suivantes:

• sexual interference, sexual touching or sexual exploitation of a person under 14 (ss. 151, 152 and 153 respectively);

• bestiality in the presence of a person under 14 (s. 160(3));

• sexual exposure to a person under 14 (s. 173(2));

• the sexual assault provisions (ss. 271, 272, 273); and

• the “serious personal injury offences” identified in s. 687 as it read before January 4, 1983 (rape, attempted rape, sexual intercourse with a female under fourteen or between fourteen and sixteen, indecent assault on a female or male and gross indecency).

Clearly a wide range of offenders are affected, in part because of the inclusion of the general sexual assault provisions and their antecedents. The central interpretive question relates to the scope of the prohibition. Guidance in answering this question can be taken from an examination of the legislative history of the section and an analysis of its purpose.

Though the prohibition of “vagrancy” in the common law world dates from at least the fourteenth century, s. 179(1)(b) of the *Code* was only added in 1951 (S.C. 1951, c. 47, s. 13). Excerpts from the parliamentary debates prior to the adoption of the offence aid in identifying the mischief which the offence was aimed at and its intended scope:

Mr. Garson: . . . The British Columbia section of the Canadian Bar Association made the suggestion. I think they were actuated in making it by several rather nasty cases that had arisen in which, as my hon. friend knows is often the case, children were the victims of these sex pervers. They thought that by keeping them away from the places indicated in this section the purpose they had in mind might be served.

• les contacts sexuels, les attouchements sexuels ou l’exploitation sexuelle d’enfants âgés de moins de 14 ans (art. 151, 152 et 153 respectivement);

• la bestialité en présence d’un enfant âgé de moins de 14 ans (par. 160(3));

• l’exhibitionnisme devant un enfant âgé de moins de 14 ans (par. 173(2));

• les différents types d’agression sexuelle (art. 271, 272 et 273);

• les «sévices graves à la personne» visés à l’art. 687 dans sa version antérieure au 4 janvier 1983 (viol, tentative de viol, rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de 14 ans ou de plus de 14 ans mais de moins de 16 ans, attentat à la pudeur d’une personne du sexe féminin ou masculin et grossière indécence).

De toute évidence, cet alinéa vise un large éventail de contrevenants, ce qui tient en partie à l’inclusion des dispositions générales relatives à l’agression sexuelle et de celles qui les ont précédées. Sur le plan de l’interprétation, la question principale concerne la portée de l’interdiction. Pour y répondre, on peut se laisser guider par l’historique législatif de la disposition en cause et par l’analyse de son objet.

Quoique l’interdiction du «vagabondage» dans les ressorts de common law remonte au moins au XIV^e siècle, l’al. 179(1)b) n’a été ajouté au *Code* qu’en 1951 (S.C. 1951, ch. 47, art. 13). Les extraits suivants, tirés des débats parlementaires antérieurs à l’adoption de la disposition créant l’infraction, nous aident à cerner le mal qu’était destinée à réprimer cette infraction et à déterminer la portée qu’on a voulu lui donner:

M. Garson: . . . La disposition résulte d’observations qui nous sont venues de la Colombie-Britannique, plus exactement de la section provinciale du Barreau canadien. Je crois que cet organisme a été poussé à faire des démarches en ce sens par plusieurs cas particulièrement odieux où, comme cela arrive fréquemment, — le député le sait, — des enfants ont été victimes de ces pervers sexuels. La section provinciale du Barreau canadien a cru que la fin visée serait atteinte si on éloignait ces pervers des endroits indiqués à l’article.

Mr. Fleming: . . . If a man is listening to a band concert and behaves himself I do not think anyone will say he is loitering or wandering about. It seems to me a very sound idea that people with records like that who are found in these public areas loitering or wandering about should be liable to conviction on a charge of vagrancy. It is not any more serious than that, but I am sure it will give more effective opportunity to keep such people moving out of such places.

(*House of Commons Debates*, June 25, 1951, at pp. 4664 and 4666.)

These two passages demonstrate an intention to keep sex offenders away from places frequented by children, but not to prohibit them totally from the enumerated areas. As with legislative debates generally, the above passages are not determinative. They are, however, properly part of the evidence which a court may consider to identify the purpose of a statutory provision (see *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 744-45, per Dickson C.J. for the majority).

Turning to the legislative history of s. 179(1)(b), it should be noted that the original provision enacted in 1951 prohibited persons convicted of the enumerated offences from loitering or wandering in the same areas now listed in s. 179(1)(b). In 1985, after the reports of the Badgley and Fraser Commissions, the provision was kept, but amended to remove the word "wander". This specific deletion would indicate that the word "loiter" was considered by Parliament to have a different meaning from "wander". Indeed, the word "wander" is somewhat broader than "loiter". "Wander" merely connotes movement without specific destination; "loiter" has a variable connotation according to the context, though these connotations share the common element of idleness. *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), defines "wander" in the following general terms:

wander . . .

1. . . . a. To move hither and thither without fixed course or certain aim; to be (in motion) without control

M. Fleming: . . . Personne n'accusera de flâner ni d'errer celui qui se conduit bien en écoutant une fanfare. Il me semble très sage que ceux qui ont déjà un dossier de ce genre et qui flânent et errent dans ces zones publiques soient passibles d'une condamnation pour vagabondage. Ce n'est pas plus grave que cela, mais ce sera un moyen plus efficace de tenir ces gens éloignés de ces endroits.

(*Débats de la Chambre des communes*, le 25 juin 1951, aux pp. 4794 et 4796.)

Ces deux passages témoignent de l'intention de tenir les délinquants sexuels éloignés des lieux fréquentés par les enfants, sans pour autant les exclure complètement des endroits énumérés. Comme c'est généralement le cas des débats législatifs, les passages reproduits ci-dessus ne sont nullement déterminants. Toutefois, ils font légitimement partie des éléments de preuve dont un tribunal peut tenir compte pour cerner l'objet d'une disposition législative (voir l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 744 et 745, le juge en chef Dickson, au nom de la majorité).

Passant maintenant à l'historique législatif de l'al. 179(1)(b), il est à noter que dans sa version primitive, adoptée en 1951, il interdisait à toute personne ayant été déclarée coupable des infractions énumérées de flâner ou errer dans les endroits actuellement mentionnés à l'al. 179(1)(b). En 1985, à la suite des rapports des commissions Badgley et Fraser, la disposition a été conservée, mais modifiée par la suppression du mot «errer». Cette modification bien précise laisse entendre que le législateur attribuait au mot «flâner» un sens autre que «errer». De fait, le sens du mot «errer» est un peu plus large que celui du mot «flâner». «Errer» implique simplement un mouvement sans destination précise, tandis que «flâner» a une connotation différente selon le contexte, bien que ces connotations aient toutes un élément d'oisiveté. Le *Grand Larousse de la langue française*, t. 2 (1972), définit «errer» dans les termes généraux suivants:

errer . . .

1. Aller çà et là, au hasard, marcher sans but précis ou sans trouver son chemin . . .

or direction; to roam, ramble, go idly or restlessly about; to have no fixed abode or station.

e. To go or take one's way casually or without predetermined route; to go *to* a place by a devious and leisurely course; to stroll, saunter.

The word "loiter", by contrast, is defined more narrowly:

loiter . . .

1. . . . a. In early use: To idle, waste one's time in idleness. Now only with more specific meaning: To linger indolently on the way when sent on an errand or when making a journey; to linger idly about a place; to waste time when engaged in some particular task, to dawdle. Freq. in legal phr. *to loiter with intent* (to commit a felony).

Other evidence before the trial judge which is of assistance in understanding the purpose and scope of s. 179(1)(b) is the testimony of the psychiatric and psychological experts called on behalf of the Crown. Filmer Prov. Ct. J. summarized a crucial portion of this evidence in the following terms:

. . . the root cause of sexual offending is difficult to diagnose and treat. It involves a mechanism wherein sexual stimulation is found and relieved in various ways but usually in a fairly predictable cycle. The cycle involves an increasing need to be stimulated and is usually marked by an ever-increasing need to be near the object of arousal. To treat this drive, the subject must be disassociated from the objects, such as children, which may arouse. This separation is paramount in treatment. In many cases treatment is a lifelong endeavour.

A portion of the evidence of Dr. Semrau, a psychiatrist, more fully explains some of these points:

. . . one does not speak of curing sexual offenders and — and particularly so of pedophiles. The — one can hope to bring their offending tendency under some degree of control, but treatment has to involve a very long-term relapse prevention sort of component and so this kind of restriction is — is a critical part of that because perhaps an analogy could be made with that of an alcoholic, [the example was of an alcoholic going into a bar thinking it

Par contre, le terme «flâner» (t. 3 (1973)) est défini plus étroitement:

flâner . . .

1. Se promener sans but, au hasard, pour jouir du spectacle qui s'offre aux yeux [. . .] 2. Avancer sans se presser [. . .] 3. Paresser, perdre son temps . . .

D'autres éléments de preuve produits devant le juge du procès qui nous aident à saisir l'objet et la portée de l'al. 179(1)(b) sont les témoignages des experts en psychiatrie et en psychologie cités par le ministère public. Le juge Filmer de la Cour provinciale a résumé comme suit une partie cruciale de ces témoignages:

[TRADUCTION] . . . il est difficile de diagnostiquer et de traiter la cause première de la délinquance sexuelle. Celle-ci se produit selon un mécanisme par lequel la stimulation sexuelle est recherchée, puis assouvie de diverses façons, mais habituellement suivant un cycle assez prévisible. Ce cycle consiste dans un besoin croissant de stimulation sexuelle qui se caractérise habituellement par un besoin toujours grandissant de se trouver auprès de l'objet qui provoque l'excitation. Pour traiter cette pulsion, il faut obliger l'intéressé à se tenir éloigné de tout ce qui est susceptible de l'exciter, par exemple, les enfants. Pareille séparation est primordiale aux fins du traitement, lequel, dans bien des cas, dure toute la vie.

L'extrait suivant du témoignage du Dr Semrau, psychiatre, précise davantage quelques-uns de ces points:

[TRADUCTION] . . . dans le cas des délinquants sexuels, et surtout dans celui des pédophiles, on ne parle pas de guérison. On peut espérer parvenir à maîtriser dans une certaine mesure leur tendance criminelle, mais le traitement doit être assorti d'un élément de prévention à très long terme de la récidive; ce genre de restriction représente donc un aspect essentiel de cette prévention puisqu'on pourrait peut-être faire une analogie avec la situa-

would not kill him. Such a person, however, is at perpetual risk of slipping into alcoholism again] but the same sort of analogy can be made that once one has engaged in some such behaviour it — it starts you on a slippery slope towards reoffending.

So that sort of provision in the Criminal Code is entirely compatible with, and in keeping with, and supportive of, the basic principles of treatment of sexual offenders.

The psychiatrist stated that offenders will often believe that their conduct is perfectly lawful; however, in reality they will be “on a slippery slope towards reoffending”. He stressed that it is an important part of treatment to help offenders to recognize that such conduct, though normally lawful for everyone else, is not benign in their case but rather is part of the cycle of re-offending.

In addition to the possibility that the risk of re-offending may be perpetual and that disassociation aids treatment, there was also considerable evidence before the trial judge on the issue of crossover. Crossover refers to the situation where a sexual offender commits a different type of offence when she/he re-offends. An example of such crossover would be where a person convicted of a sexual assault against an adult later molests a child. Both Dr. Semrau and Dr. Glackman made reference to the work of Dr. Abel. Dr. Abel was described as one of “half a dozen top experts in the world in the area of sexual offenders”. Contrary to conventional wisdom, Dr. Abel discovered that there is extensive cross-offending so that a given offender is likely to be involved in a variety of different activities throughout a lifetime. Dr. Semrau summarized the implications of this research in the following terms: “So that there is — there’s, in fact, a large crossover from one category to another. A sexual offender convicted of a particular offence must be viewed also, in general, as having a substantial risk for all of the other kinds of sexual offences as well”. The current state of knowledge therefore suggests that a person who demonstrates

d’un alcoolique [l’exemple donné était celui d’un alcoolique qui entre dans un bar en se disant que cela n’a rien de bien grave; cette personne se trouve toutefois constamment sous la menace de retomber dans l’alcoolisme], mais on peut dire par analogie qu’une fois engagé dans un comportement de ce genre, on glisse vers la récidive.

Alors, l’existence d’une telle disposition dans le Code criminel est entièrement compatible avec les principes fondamentaux du traitement des délinquants sexuels; elle est conforme à ces principes et vient les appuyer.

D’après le psychiatre, les délinquants tiennent souvent leur comportement pour parfaitement licite, alors qu’en réalité ils «glisse[nt] vers la récidive». Un élément important du traitement, a-t-il souligné, consiste à aider les délinquants à reconnaître que leur conduite, bien que normalement licite pour tous les autres, n’est pas anodine dans leur cas, mais s’inscrit dans le cycle de la récidive.

Outre la possibilité que le risque de récidive puisse être permanent et que l’éloignement favorise le traitement, le juge du procès disposait d’une preuve abondante concernant la question de la diversification. La diversification désigne la situation où le délinquant sexuel qui récidive commet un autre genre d’infraction. Un exemple est le cas d’une personne qui, ayant été déclarée coupable d’avoir agressé sexuellement un adulte, attente par la suite à la pudeur d’un enfant. Les D^{rs} Semrau et Glackman ont tous les deux fait mention du travail du D^r Abel, dont on a dit qu’il compte parmi [TRADUCTION] «les six plus grands experts au monde dans le domaine de la délinquance sexuelle». Le D^r Abel a découvert que, contrairement à l’idée reçue, la diversification est chose courante, si bien qu’un contrevenant donné se livrera vraisemblablement dans sa vie à diverses activités illicites. Le D^r Semrau a résumé ainsi les implications des recherches du D^r Abel: [TRADUCTION] «Il existe donc — il existe, en fait, un phénomène très courant de passage d’une catégorie à l’autre. Le délinquant sexuel qui a été reconnu coupable d’une infraction particulière doit aussi, en règle générale, être considéré comme présentant un risque considérable en ce qui concerne tous les autres types d’infractions sexuelles.» Il semble en conséquence, d’après ce que nous savons actuellement, qu’une

one form of sexually deviant behaviour may present a more general risk.

It is hard to deny that there will be individual cases where the risk of crossover or the risk of re-offending will not be present, but as both Dr. Semrau and Dr. Glackman stressed it is impossible, given the current state of knowledge, to identify such persons with any certainty. Dr. Semrau explained the problem in this way:

Again, for some individuals it may not be important, but given our lack of ability to get people to be honest with us or, indeed, we have no — we have some psychological and psychiatric testing and assessment methods which give us some clues to what an individual's tendencies are but it's very easy, given our current methods, for offenders to grossly mislead us with regard to what their tendencies are. Anyone who's worked in this area has had many painful experiences of finding that — that, despite perhaps a lot of experience, that they are — that they were woefully naive in believing people, and so we don't have the ability to separate out which, let's say adult female rapists, are going to be at risk for molesting children and which aren't. We know that a substantial proportion will, but we don't have any method of reliably identifying which of those individuals are at the highest risk for such behaviour, and so it certainly would be appropriate for all sexual offenders to — to avoid those kinds of high risk situations.

Later he reiterated a similar sense of frustration:

Again though, one can never be fully satisfied in any situation as to being able to relax the restrictions necessary. I've had more cases than I would like to think of in which an individual who seemed to be of the most benign sort and to be well treated and the problem seemed to be thoroughly dealt with, and — and I really felt inclined to relax about the particular offender where, you know, some horrendous thing comes out of the blue.

So, I mean, our — our ability to — to be certain that one can relax surveillance or restrictions on a particular individual is not very good at this point in history. Our methods of assessing sexual offenders are relatively

personne qui manifeste un certain type de comportement sexuel déviant peut présenter un risque plus général.

Il est difficile de nier que, dans certains cas, aucun risque de diversification ou de récidive ne se présentera, mais, comme l'ont souligné les Drs Semrau et Glackman, nos connaissances actuelles ne nous permettent pas de les identifier avec quelque assurance. Le problème, tel que l'a expliqué le Dr Semrau, est le suivant:

[TRADUCTION] Là encore, dans certains cas cela ne tire peut-être pas à conséquence, mais puisque nous ne disposons d'aucun moyen d'amener les gens à nous parler franchement, et que nous n'avons même pas — il existe des tests et des moyens d'évaluation psychologique et psychiatrique qui nous fournissent quelques indices quant aux tendances d'une personne, mais il est très facile pour les délinquants, étant donné nos méthodes actuelles, de nous induire gravement en erreur à ce sujet. On ne peut travailler dans ce domaine sans constater, à force de multiples expériences pénibles, que, si expérimenté soit-on, on s'est montré incroyablement naïf en ajoutant foi à ce que disent les gens. Ainsi, nous ne sommes pas à même de déterminer, par exemple, quels violeurs de femmes adultes risqueront d'attenter à la pudeur des enfants, et lesquels ne le feront pas. Nous savons que le risque existera dans une proportion importante des cas, mais nous ne disposons d'aucune méthode fiable pour déterminer dans quels cas le risque de ce genre de comportement est le plus élevé. Il conviendrait certainement par conséquent que tous les délinquants sexuels évitent les situations de grand risque.

Plus tard, il a réitéré son sentiment de frustration:

[TRADUCTION] Je le répète, on ne peut jamais être tout à fait certain, dans une situation donnée, de pouvoir assouplir les restrictions qui s'imposent. Plus souvent qu'à mon tour j'ai eu affaire à un délinquant qui me paraissait on ne peut plus anodin, pour lequel le traitement semblait avoir été bien choisi et dont le problème paraissait avoir été complètement réglé, et — et je me sentais vraiment porté à ne plus m'inquiéter à son sujet, et c'est justement là, voyez-vous, qu'il est arrivé, tout à fait à l'improviste, quelque chose d'épouvantable.

Alors, là où je veux en venir c'est que notre — notre capacité de — de savoir avec certitude qu'on peut relâcher la surveillance ou les restrictions dans un cas donné n'est pas très grande à l'heure actuelle. Nos méthodes

crude and we — the best therapists in this area frequently get nasty surprises in which they — they realize that they have been naive. We don't have very good methods of being able to make accurate predictions about what will happen with an individual, so one can speak in relative terms of individuals who have lesser or greater risk and where restrictive conditions are more or less necessary or appropriate, but it — one would never encounter a situation in which you could say that you could totally relax and completely omit any concern about a future problem.

(See also the evidence of Dr. Glackman.)

The concerns with regard to crossover and the potentially perpetual nature of the risk of re-offending contributed to the conclusion of both Dr. Glackman and Dr. Semrau that a person who was convicted of a "date rape" type sexual assault offence or a random sexual assault offence involving physical contact would be a person who should be subject to the kind of prohibition contained in s. 179(1)(b). The evidence on cross-offending and the difficulty of predicting who will cross-offend or repeat offend would thus seem to justify some form of restriction on the liberty of persons convicted of sexual offences given our current state of knowledge.

Taking the above as a whole, the objectives embodied in the s. 179(1)(b) prohibition are relatively clear. The courts below have unanimously recognized that the section has at its foundation a concern for public safety and a desire to aid in the treatment and rehabilitation of offenders. I agree and would stress that the provision applies broadly to all persons convicted of the enumerated offences and therefore provides protection not only to children but also to others who could be victims of sexual assault in the listed areas. These areas, it should be remembered, are places where people will generally lower their guard.

d'évaluation des délinquants sexuels sont plutôt rudimentaires et nous — les meilleurs thérapeutes dans ce domaine ont fréquemment des mauvaises surprises qui — qui leur font comprendre qu'ils ont été naïfs. Nous ne disposons pas de méthodes très efficaces qui nous permettent de prédire avec exactitude ce que fera telle ou telle personne. On peut donc parler en termes relatifs de personnes qui présentent un risque plus ou moins grand, et de situations où des conditions restrictives s'imposent ou conviennent dans une mesure plus ou moins grande, mais il — on ne se trouverait jamais devant un cas où l'on pourrait se permettre de baisser complètement sa garde et de ne pas se soucier le moins du monde de problèmes futurs.

(Voir aussi le témoignage du Dr Glackman.)

Les préoccupations concernant la diversification et le risque potentiellement permanent de récidive ont contribué à faire conclure aux Drs Glackman et Semrau qu'une personne ayant été reconnue coupable d'une agression sexuelle du genre «viol commis par une connaissance», ou bien d'une agression sexuelle perpétrée au hasard et comportant contact physique, serait précisément une personne qui devrait être frappée d'une interdiction du type prévu à l'al. 179(1)b). Les constatations concernant la diversification, conjuguées à la difficulté de prédire qui commettra une infraction d'un autre genre ou récidivera, semblent en conséquence justifier, compte tenu de l'état actuel de nos connaissances, que certaines restrictions soient apportées à la liberté des personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles.

Dans cette perspective, les objectifs de l'interdiction énoncée à l'al. 179(1)b) sont relativement clairs. Les juridictions inférieures ont été unanimes à reconnaître que cet alinéa repose sur le souci de la sécurité publique et sur le désir de favoriser le traitement et la resocialisation des délinquants. Je suis du même avis et je tiens à souligner qu'il s'agit d'une disposition de large portée qui s'applique à toutes les personnes reconnues coupables des infractions énumérées et qui, par conséquent, protège non seulement les enfants, mais aussi toute autre victime éventuelle d'agression sexuelle dans les endroits visés, où, rappelons-le, les gens sont généralement moins sur leurs gardes.

The above, though, does not allow us to identify as easily the specific conduct prohibited. The identified objectives are clearly achieved, and perhaps most efficiently, by the broad interpretation of the prohibition adopted by Cory J. A less intrusive interpretation which prohibits the persons affected from being in one of the enumerated places for a malevolent or ulterior purpose related to the predicate offences, however, is also consistent with the objectives. The more narrow interpretation would go beyond a mere “attempts” offence. It would preserve the preventive aspect of the section by allowing the state to deal with activities that are part of the cycle of re-offending, such as taking photos, which can be proven to reflect a malevolent or ulterior purpose related to the predicate offences. At the same time, this interpretation would allow the affected persons to use the listed areas for the legitimate purposes for which they were intended.

The deletion of “wandering” and the use of the word “loitering” as opposed to simply “attending at” or some other formulation can be seen as reflecting a concern to limit the scope of the prohibition. Portions of the legislative debates which I have noted above can also be invoked in this regard. My conclusion to adopt the less intrusive interpretation, however, is supported by the case law interpreting offences defined in terms of loitering as well as the statutory context in which s. 179(1)(b) is situated.

B. Case Law Interpreting the Word “Loiter” and the Statutory Context of Section 179(1)(b)

As Cory J. has noted, at p. 789, the ordinary or usual dictionary meaning of loiter is “to stand idly around, hang around, linger, tarry, saunter, delay, dawdle, etc.” There is no suggestion in this definition that the term includes an evil or malevolent purpose. The dictionary definition of the French term “*flâner*” is similar.

Ces observations ne nous permettent cependant pas de déterminer aussi facilement la conduite particulière qui est interdite. On atteint évidemment les objectifs cernés, et c’est peut-être là le moyen le plus efficace d’y arriver, en retenant, à l’égard de l’interdiction, l’interprétation large adoptée par le juge Cory. Est également compatible avec les objectifs, toutefois, une interprétation moins attentatoire qui interdit aux personnes visées de se trouver à l’un des endroits énumérés dans un but malveillant ou inavoué se rapportant aux infractions sous-jacentes. Suivant l’interprétation plus stricte, ce ne serait pas seulement les «tentatives» de commettre une infraction qui seraient visées. Cette interprétation conserverait l’aspect préventif de l’alinéa en autorisant l’État à réprimer les activités s’inscrivant dans le cycle de la récidive, comme la prise de photos, au sujet desquelles on peut prouver qu’elles traduisent un but malveillant ou inavoué se rapportant aux infractions sous-jacentes. Par ailleurs cette interprétation permettrait aux personnes visées d’utiliser les endroits énumérés aux fins légitimes auxquelles ils sont destinés.

La suppression du mot «errer» et le fait que le législateur emploie le verbe «flâner» plutôt que de dire simplement «se trouver à» ou d’utiliser une autre formulation sont le signe d’une volonté de limiter la portée de l’interdiction. Peuvent également être invoqués au soutien de ce point de vue les passages tirés des débats législatifs, reproduits plus haut. Ma conclusion en faveur de l’interprétation moins attentatoire est toutefois appuyée par la jurisprudence interprétant les infractions qui traitent de flânerie, ainsi que par le contexte législatif dans lequel s’insère l’al. 179(1)(b).

B. La jurisprudence interprétant le terme «flâner» et le contexte législatif de l’al. 179(1)(b)

Comme l’a fait remarquer le juge Cory, à la p. 789, selon son sens ordinaire ou courant attesté par les dictionnaires, le mot flâner signifie, entre autres, «déambuler, traîner, lambiner, se balader, s’attarder, musarder». Or, rien dans cette définition n’indique que le terme en question comporte un but mauvais ou malveillant. Ainsi en est-il également de la définition du terme anglais «*loiter*» que donnent les dictionnaires.

The Canadian case law interpreting the word “loiter” deals primarily with ss. 175(1)(c) and 177 of the *Code*:

175. (1) Every one who

(c) loiters in a public place and in any way obstructs persons who are in that place, . . .

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

177. Every one who, without lawful excuse, the proof of which lies on him, loiters or prowls at night on the property of another person near a dwelling-house situated on that property is guilty of an offence punishable on summary conviction.

As will be seen, the interpretation given to “loiter” in relation to these sections, though generally involving some part of the ordinary meaning of the word, has not been exactly the same in all cases.

In *R. v. Munroe* (1983), 5 C.C.C. (3d) 217, *per* Cory J.A., as he then was, and in *R. v. Gauvin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 229, the Ontario Court of Appeal gave loiter its ordinary meaning in the context of s. 175(1)(c): idly hanging about. *Munroe* dealt with a woman suspected of being a prostitute, while *Gauvin* concerned a man who insisted upon taking a seat reserved for others at a political meeting. In both cases the court refused to convict the accused persons on the basis that their activities were purposeful. Purposeful activity was held to be the antithesis of idleness.

In terms of prohibited physical activity, loiter has been given a similar meaning in the context of s. 177. In *R. v. Cloutier (M.)* (1991), 51 Q.A.C. 143, 66 C.C.C. (3d) 149, the Quebec Court of Appeal also gave loiter its ordinary dictionary meaning and noted the absence of purpose as a defining element. In distinguishing loiter from prowl (“flâner” from “rôder”), the court underlined the “innocent” nature of loiter as compared to

La jurisprudence canadienne interprétant le mot «flâner» porte principalement sur l’al. 175(1)c) et sur l’art. 177 du *Code*, qui disposent:

a 175. (1) Est coupable d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque, selon le cas:

b c) flâne dans un endroit public et, de quelque façon, gêne des personnes qui s’y trouvent;

c 177. Quiconque, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, flâne ou rôde la nuit sur la propriété d’autrui, près d’une maison d’habitation située sur cette propriété, est coupable d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

d Comme nous le constaterons, l’interprétation donnée au verbe «flâner» figurant dans ces dispositions, quoique généralement fondée sur un élément quelconque du sens ordinaire du terme, n’a pas toujours été entièrement uniforme.

e Dans *R. c. Munroe* (1983), 5 C.C.C. (3d) 217, le juge Cory (maintenant juge de notre Cour), et *R. c. Gauvin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 229, la Cour d’appel de l’Ontario a donné au terme «flâner» son sens ordinaire dans le contexte de l’al. 175(1)c), à savoir, traîner oisivement. Il s’agissait dans l’affaire *Munroe* d’une femme soupçonnée d’être une prostituée, tandis que l’affaire *Gauvin* portait sur un homme qui tenait à occuper une place réservée à quelqu’un d’autre lors d’une assemblée politique. Dans les deux cas, la cour a refusé de déclarer les accusés coupables étant donné que leurs actes visaient un but particulier. Des actes visant un but particulier se situaient, a-t-on conclu, aux antipodes de l’oisiveté.

i En ce qui concerne les activités physiques interdites, un sens analogue a été prêté au terme «flâner» dans le contexte de l’art. 177. Dans *R. c. Cloutier (M.)* (1991), 51 Q.A.C. 143, la Cour d’appel du Québec a, elle aussi, attribué à ce verbe son sens ordinaire d’après les dictionnaires et a fait remarquer l’absence de la notion de but parmi les éléments de la définition. En faisant la distinction entre «flâner» et «rôder», la cour a souligné le

prowl. The court wrote, at pp. 147-48 Q.A.C. and at pp. 154-55 C.C.C., respectively:

[TRANSLATION] In the loiterer, he sees an individual who is wandering about, apparently without precise destination, who does not have, in his manner of moving, a purpose or reason to do so other than to pass the time, who is not looking for anything identifiable and who often is merely motivated by the whim of the moment. . . . In short, it is conduct which essentially has nothing reprehensible about it if, as required by s. 177, it does not take place on private property where, in principle, a loiterer has no business.

Opposite to this, for the average person, "prowl" inspires a pejorative reaction. The verb includes a notion of evil; it depreciates in his eyes the person who is involved in the action that it represents.

Similarly, in *R. v. Lozowchuk* (1984), 32 Sask. R. 51 (Q.B.), Geatros J. held that the accused could not be convicted of loitering within the terms of s. 177 because, in going to his girlfriend's home late one evening, he had a definite purpose in mind.

The interpretation of s. 177, however, has not been entirely consistent. In at least one case, a Court of Appeal has departed from the interpretation that the offence is defined by the absence of purpose associated with idleness. In *R. v. Andsten and Petrie* (1960), 33 C.R. 213, the British Columbia Court of Appeal upheld the convictions of two private detectives who had been snooping around the complainant's house looking for evidence which would be relevant to divorce proceedings. The court concluded that "hanging around" expressed what was meant by loiter in s. 177. The existence or absence of a purpose was held to be irrelevant to the question of whether a person is loitering within the terms of s. 177 (*ibid.*, at p. 214). Davey J.A., perhaps foreseeing the difficulties presented by the different uses of the word loiter in the *Code*, was careful to stress that the court's discussion of the meaning of loiter was restricted to issues involving invasion of private property.

In my view, the case law summarized above suggests that the term "loiter" will vary to some

caractère «innocent» du premier terme, par opposition au second. Elle a dit, aux pp. 147 et 148:

Dans le flâneur, il reconnaît l'individu qui erre, apparemment sans destination précise, qui n'a pas, dans sa façon de bouger, de but et de raison de le faire autre que de passer le temps, qui ne cherche rien d'identifiable et dont, souvent, la démarche va au caprice de ses fantaisies. [. . .] Bref, en l'occurrence il s'agit d'une conduite qui, essentiellement, n'aurait rien de répréhensible si, comme l'exige l'article [177], elle ne se déroulait pas sur la propriété privée où, en principe, un flâneur n'a pas d'affaires.

À l'encontre, à l'homme moyen rôder inspire une réaction péjorative. Le verbe comporte une idée de mal, il déprécie à ses yeux la personne qui s'adonne à l'action qu'il représente.

De même, dans *R. c. Lozowchuk* (1984), 32 Sask. R. 51 (B.R.), le juge Geatros a conclu que l'accusé ne pouvait être déclaré coupable d'avoir flâné au sens de l'art. 177 parce que, en se rendant chez son amie tard dans la soirée, il avait un but précis.

L'interprétation de l'art. 177 ne s'est toutefois pas caractérisée par une parfaite uniformité. En effet, dans au moins une affaire, une cour d'appel s'est éloignée de l'interprétation voulant que l'infraction soit définie par l'absence de but particulier associée à l'oisiveté. Dans *R. c. Andsten and Petrie* (1960), 33 C.R. 213, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé les verdicts de culpabilité rendus contre deux détectives privés qui étaient allés fureter dans la maison du plaignant, à la recherche d'éléments de preuve qui seraient pertinents dans des procédures de divorce. La cour a conclu que [TRANSLATION] «traîner» correspondait au sens du verbe flâner employé à l'art. 177. L'existence ou l'inexistence d'un but a été jugée non pertinente relativement à la question de savoir si une personne flâne au sens de l'art. 177 (*ibid.*, à la p. 214). Prévoyant peut-être les difficultés que présenteraient les différents emplois du mot «flâner» au *Code*, le juge Davey de la Cour d'appel a eu soin de souligner qu'en examinant le sens de ce mot la cour se bornait aux questions concernant la violation de la propriété privée.

Selon moi, il ressort de la jurisprudence résumée ci-dessus que le sens du verbe «flâner» variera

extent according to its context. Ascribing an absence of purpose may make sense in terms of s. 175; however, as at least *Andsten and Petrie*, *supra*, clearly demonstrated, it may not be applicable under s. 177. Similarly, the absence of purpose element in the ordinary meaning of loiter can have no application in the context of s. 179(1)(b). Clearly Parliament intended to include conduct of convicted sex offenders whose purpose was related to re-offending.

My suggestion that the meaning of loiter will vary according to the specific statutory context is merely an illustration of a caveat to the general rule that words be given their ordinary meaning. Pierre-André Côté expressed this caveat in *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1992), at p. 221 (as quoted below), citing Laskin C.J., in *Attorney General for Ontario v. Regional Municipality of Peel*, [1979] 2 S.C.R. 1134, at p. 1145:

The need to determine the word's meaning within the context of the statute remains. Dictionaries provide meanings for a number of standard and recurring situations. Even the best of them will only tersely indicate the context in which a particular meaning is used. The range of meanings in a dictionary is necessarily limited. It cannot be sufficiently repeated "how much context and purpose relate to meaning".

An illustration of this basic principle in relation to the word loiter and of the nuances which arise from context is found in a recent decision of the Judicial Committee of the Privy Council, *Attorney-General of Hong Kong v. Sham Chuen*, [1986] 1 A.C. 887.

In *Sham Chuen*, the Privy Council considered s. 160(1) of the Hong Kong Crimes Ordinance. Section 160(1) made it an offence to loiter in a public place or in the common parts of any building unless the person was able to give a satisfactory account of her/his presence. The crucial portions of

dans une certaine mesure en fonction de son contexte. Il peut être raisonnable, aux fins de l'art. 175, de s'arrêter à l'absence de but; cependant, au moins comme le démontre clairement l'arrêt *Andsten and Petrie*, précité, cela peut ne pas convenir dans le cas de l'art. 177. De même, l'absence de la notion de but dans le sens ordinaire de «flâner» ne saurait entrer en ligne de compte dans le contexte de l'al. 179(1)(b). Visiblement, l'intention du législateur était d'inclure la conduite de délinquants sexuels déjà reconnus coupables et dont le but a un rapport avec la récidive.

Si je dis que le sens du verbe «flâner» est appelé à varier selon le contexte législatif précis dans lequel il s'insère, c'est simplement à titre d'exemple d'une exception à la règle générale voulant que les mots doivent recevoir leur sens ordinaire. Pierre-André Côté a formulé cette exception dans, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), à la p. 245 (ci-dessous), citant le juge en chef Laskin dans *Procureur général de l'Ontario c. Municipalité régionale de Peel*, [1979] 2 R.C.S. 1134, à la p. 1145:

... il ne faut pas oublier que l'interprète doit rechercher le sens qu'un mot a dans le contexte d'une loi donnée, et non uniquement le sens des dictionnaires. Ceux-ci définissent le sens des mots d'après leur usage dans un certain nombre de contextes récurrents et standards. Les meilleurs ouvrages indiqueront d'ailleurs par une phrase le contexte dans lequel le mot a le sens défini. La gamme des sens définis au dictionnaire est nécessairement limitée et l'interprète doit en tenir compte: on ne répétera jamais assez «à quel point le contexte et le but visé peuvent faire varier le sens d'un mot».

Ce principe fondamental en tant qu'il se rapporte au mot «flâner» et les nuances à apporter à celui-ci suivant son contexte sont illustrés dans l'arrêt récent du Comité judiciaire du Conseil privé, *Attorney-General of Hong Kong c. Sham Chuen*, [1986] 1 A.C. 887.

Dans l'arrêt *Sham Chuen*, le Conseil privé s'est penché sur le par. 160(1) du Crimes Ordinance de Hong-Kong. Aux termes de ce paragraphe, commettait une infraction quiconque, ne pouvant pas y justifier sa présence, flânait dans un endroit public ou dans les parties communes d'un immeuble. La

the Privy Council's reasoning as to the scope of the offence are contained in a single rather long paragraph. For ease of discussion, I have broken the paragraph (at pp. 895-96) into two parts.

A considerable amount of argument before the Board was directed to the meaning of "loitering" in section 160(1). Given that the acceptable dictionary meaning of the word was simply "lingering", three possible constructions of the word in its present context were suggested. These were (i) any lingering; (ii) lingering with no apparent purpose at all; and (iii) lingering in circumstances which suggest an unlawful purpose Reference was made at some length to the legislative history of this particular enactment and of similar enactments in other Commonwealth jurisdictions, as well as to a number of reported decisions on the interpretation of such enactments. In their Lordships' opinion no helpful guidance is to be obtained from any of them. The word is to be construed in the light of the context in which it appears in this particular enactment.

My review of the Canadian case law summarized above supports the Privy Council's suggestion that the task of ascertaining the specific meaning of "loiter" and therefore of the offence of which loiter is an element in any given case will not always be eased by referring to the interpretation of other enactments. Rather, as I have suggested and as the Privy Council concluded, a contextual approach attuned to the particular enactment is more apposite. The Privy Council's contextual interpretation of s. 160(1), however, is of some assistance to the interpretive question now before this Court. The Privy Council wrote, at p. 896:

Subsections (2) and (3) of section 160 are each concerned with loitering of a particular character, the first being loitering which causes an obstruction and the second being loitering which causes reasonable concern to a person for his safety or well-being. In their Lordships' opinion subsection (1) is also concerned with loitering of a particular character, namely loitering which calls for a satisfactory account of the loiterer and a satisfactory explanation for his presence. Obviously a person may loiter for a great variety of reasons, some entirely innocent and others not so. It would be unreasonable to construe the subsection to the effect that there might be subjected to questioning persons loitering for plainly inoffensive purposes, such as a tourist admiring the sur-

substance du raisonnement du Conseil privé concernant la portée de l'infraction se dégage d'un seul paragraphe, plutôt long (aux pp. 895 et 896). Pour en faciliter l'analyse, je le scinde en deux.

[TRADUCTION] L'argumentation devant le Comité a porté en grande partie sur le sens du mot *loitering* [«flâner»] au par. 160(1). Puisque, d'après la définition acceptable donnée par les dictionnaires, ce terme signifie simplement «s'attarder», on a proposé trois interprétations possibles du terme dans le contexte où il est employé en l'espèce, savoir: (i) le simple fait de s'attarder; (ii) s'attarder apparemment sans aucun but particulier; (iii) s'attarder dans des circonstances qui permettent de croire à un but illicite. [. . .] On a longuement évoqué l'historique législatif de la disposition en cause et de dispositions analogues adoptées ailleurs dans le Commonwealth, ainsi que plusieurs décisions publiées interprétant de telles dispositions. Leurs Seigneureries estiment que tout cela ne leur est d'aucun secours. Le mot doit être interprété en fonction du contexte où il apparaît dans le texte législatif en question.

Mon examen de la jurisprudence canadienne résumée plus haut appuie l'avis du Conseil privé que la tâche de préciser le sens exact du terme «flâner» et, par conséquent, de l'infraction dont la flânerie constitue un élément dans un cas donné ne sera pas nécessairement facilitée par le renvoi à l'interprétation donnée à d'autres dispositions législatives. Au contraire, comme je l'ai indiqué et comme l'a conclu le Conseil privé, il convient plutôt d'adopter une approche inspirée du contexte de la disposition en question. L'interprétation contextuelle du par. 160(1) par le Conseil privé nous est d'une certaine aide dans l'interprétation de la disposition en litige. Le Conseil privé écrit, à la p. 896:

[TRADUCTION] Les paragraphes (2) et (3) de l'art. 160 traitent chacun d'un type particulier de flânerie, soit, dans le premier cas, la flânerie qui gêne autrui, et, dans le second, la flânerie qui inspire à une personne une crainte raisonnable pour sa sécurité ou pour son bien-être. D'après leurs Seigneureries, le par. (1) vise également un type particulier de flânerie, soit celle qui comporte pour le flâneur l'obligation de se justifier et de donner une explication satisfaisante de sa présence dans l'endroit en question. On peut évidemment flâner pour une grande variété de raisons, dont certaines sont tout à fait innocentes, d'autres non. Il serait déraisonnable d'interpréter le paragraphe en cause de manière à ce que puissent être soumises à l'interrogation des personnes

rounding architecture. The subsection impliedly authorises the putting of questions to the loiterer, whether by a police officer or by any ordinary citizen. The putting of questions is intrusive, and the legislation cannot be taken to have contemplated that this would be done in the absence of some circumstances which make it appropriate in the interests of public order. So their Lordships conclude that the loitering aimed at by the subsection is loitering in circumstances which reasonably suggest that its purpose is other than innocent.

Despite the absence of any sort of charter of rights and freedoms in Hong Kong, the Privy Council concluded that the legislation should be given a circumscribed interpretation so that "innocent" loitering was not subject to criminal sanction. The Privy Council's decision demonstrates that the word "loiter" on its own may create an offence which is excessively intrusive. Generally, this has been the chief problem identified in regard to vagrancy or loitering provisions (see the discussion contained in the decision of the United States Supreme Court in *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972)). As the decision in *Sham Chuen*, *supra*, demonstrates, however, such excessive intrusiveness can and should be avoided where it would be consistent with the statutory context.

As stated at the outset, I am of the view that the prohibition contained in s. 179(1)(b) should be narrowed to render the prohibition less intrusive and to tailor it more carefully to the objectives being pursued. Just as in *Sham Chuen*, *supra*, not all loitering should be caught by the prohibition contained in s. 179(1)(b). Rather, the intrusion into the activities of individuals should be tied to some reason of public order. The three provisions in which loiter is used in our *Code* suggest a structure with some parallels to the situation in Hong Kong. In each case, it is loitering of a particular character which is being prohibited. Section 175(1)(c) deals with loitering which causes an obstruction. Section 177 pertains to loitering at night on the property of another without lawful excuse. In this context, s. 179(1)(b) prohibits loitering related to the enumer-

qui flânent dans des buts manifestement anodins, par exemple, dans le cas du touriste qui admire l'architecture du quartier. Le paragraphe autorise implicitement que des questions soient posées au flâneur, que ce soit par un policier ou par un simple particulier. Or, questionner quelqu'un constitue une intrusion et on ne peut supposer que le législateur ait envisagé que cela se fasse en l'absence de circonstances qui rendent cette mesure appropriée pour défendre l'ordre public. Leurs Seigneuries concluent en conséquence que la flânerie que vise le paragraphe en question est celle qui se passe dans des circonstances qui portent à croire raisonnablement à un but qui n'est pas innocent.

En dépit de l'inexistence à Hong-Kong d'une charte quelconque des droits et libertés, le Conseil privé a conclu que la disposition législative en cause devait recevoir une interprétation restreinte, de telle sorte que la flânerie «innocente» n'entraînait pas de sanction pénale. L'arrêt du Conseil privé démontre que le mot «flâner» peut à lui seul créer une infraction de caractère excessivement attentatoire. En général, tel a été le problème principal cerné en ce qui concerne les dispositions relatives au vagabondage ou à la flânerie (voir l'analyse que contient l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis, *Papachristou c. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972)). Comme l'indique cependant l'arrêt *Sham Chuen*, précité, on peut et on doit éviter de donner à une disposition pareil effet excessivement attentatoire lorsque le contexte législatif le permet.

Reprenant mon propos au départ, j'estime qu'il y a lieu de restreindre la portée de l'interdiction énoncée à l'al. 179(1)(b) afin que celle-ci soit moins attentatoire et d'adapter plus soigneusement cette interdiction aux objectifs visés. Tout comme dans l'affaire *Sham Chuen*, précité, l'interdiction que prévoit l'al. 179(1)(b) ne devrait pas s'appliquer à toutes les espèces de flânerie. Il convient plutôt, en effet, que l'empiètement sur les activités des particuliers soit lié à quelque motif fondé sur l'ordre public. Les trois dispositions où paraît le verbe «flâner» dans notre *Code* évoquent une structure qui présente certaines analogies avec la situation à Hong-Kong. Dans chaque cas l'interdiction porte sur un type particulier de flânerie. À l'alinéa 175(1)(c), il s'agit d'une flânerie qui gêne autrui. L'article 177 vise le fait de flâner la nuit sur

ated sexual offences. The enumerated offences thus qualify the word "loiter" and limit the otherwise broad scope of the prohibition.

I draw additional support for narrowing the scope of the prohibition created by s. 179(1)(b) from the opinion of a distinguished commentator of the *Code*. In the 1962 edition of his treatise, *Droit pénal canadien*, Irénée Lagarde explained the antecedent version of s. 179(1)(b) as follows, at p. 224:

[TRANSLATION] [Persons who have been convicted of one of the enumerated offences] may not "loiter" or "prowl" near (1) a school, (2) a playground, (3) a public park or (4) a public beach. Like anyone else such a person is entitled to sit on a bench in a public park, to bathe at a public beach and to be found near a school or playground. The legislature is prohibiting not his or her presence but "loitering" or "prowling". What are we to understand by these terms? It seems to me that they mean a presence which tends to indicate a **probable guilty intent** and which by its persistence **might reasonably suggest** that the accused has the intention of sexually attacking children or adults. In other words, the legislature prohibits him or her from hanging about near a schoolyard, public beach or playground without any specific purpose. In a public park, the accused may relax peacefully but without "watching", "being on the lookout for" or "abnormally observing" persons who might become his or her victims. The particular circumstances of the case will determine whether or not there was "loitering". [Emphasis in original.]

While I do not entirely agree with Lagarde's description of the offence, his concern to exclude from the criminal prohibition presence in the enumerated areas for legitimate purposes would appear to be well founded. I also support the suggestion that the restriction created by s. 179(1)(b) will not be the same in each of the listed areas. While it may be perfectly legitimate to rest in a public park with no other apparent purpose, the same cannot be said for hanging around a school yard. An application of the section which is not

la propriété d'autrui sans excuse légitime. Dans le présent contexte, l'al. 179(1)(b) interdit la flânerie liée aux infractions sexuelles énumérées. Celles-ci apportent donc des nuances au verbe «flâner» et limitent par là ce qui serait autrement la large portée de l'interdiction.

Pour restreindre la portée de l'interdiction que prévoit l'al. 179(1)(b), je m'appuie en outre sur l'opinion d'un éminent commentateur du *Code*. Dans l'édition de 1962 de son traité, *Droit pénal canadien*, Irénée Lagarde explique comme suit, à la p. 224, la disposition qu'est venu remplacer l'al. 179(1)(b):

[Quiconque a été reconnu coupable d'une des infractions énumérées] ne peut «flâner» ou «rôder» près de (1) une école, (2) un terrain de jeu, (3) un parc public ou (4) une plage publique. Comme toute autre, cette personne a le droit de s'asseoir sur un banc dans un parc public, de se baigner à une place (*sic*) publique, de se trouver près d'une école ou d'un terrain de jeu. Le législateur prohibe non la présence mais le «flânage» ou le «rôdage». Que doit-on comprendre par ces termes? C'est, me semble-t-il, une présence qui **tend** à révéler une intention coupable **probable** et qui par sa persistance, **porte à croire raisonnablement** que l'accusé, à l'intention de s'attaquer sexuellement à des enfants ou à des adultes. En d'autres termes, le législateur lui prohibe de s'attarder sans but défini près d'une cour d'école, d'une plage publique ou d'un terrain de jeu. Quant au parc public, le prévenu peut s'y reposer paisiblement mais sans «guetter», «épier» ou «observer d'une façon anormale» des personnes qui pourraient devenir ses victimes. Les circonstances particulières de l'affaire déterminent s'il y a eu ou non «flânage». [En caractères gras dans l'original.]

Quoique je n'accepte pas entièrement la description de l'infraction que donne Lagarde, c'est à juste titre qu'il tient à faire échapper à l'interdiction criminelle la présence pour des fins légitimes dans les endroits énumérés. De plus, j'approuve sa suggestion que l'interdiction prévue à l'al. 179(1)(b) ne sera pas identique pour chacun des endroits énumérés. On peut certes se reposer légitimement dans un parc public sans avoir apparemment d'autre but, mais on ne saurait en dire autant du fait de traîner dans une cour d'école. Toute

sensitive to these points will create a prohibition which is more intrusive than necessary.

Additional support for the interpretation I would give to s. 179(1)(b) is found when the section is analyzed in conjunction with ss. 161 and 810.1. Sections 161 and 810.1 were enacted by Parliament following the decision of the British Columbia Court of Appeal in this case. Section 161 allows a court at the time of sentencing to make an order prohibiting a sexual offender from attending at day care centres, school grounds, playgrounds, community centres, or any public park or swimming area where persons under the age of 14 years are present or can reasonably be expected to be present. The section relies on a similar list of offences to that contained in s. 179(1)(b), but the s. 161 prohibition is available only in relation to persons who have committed offences against children under the age of 14. The prohibition may be for life or any shorter duration and the court which makes the order can vary it at any time on application of the offender or the prosecutor. This provision is thus a powerful means of enhancing public safety and aiding offender treatment. Section 161 though does not apply to sex offenders convicted prior to its enactment.

Sections 179(1)(b) and 810.1 read together, however, produce a similar result to that achieved by s. 161 in relation to those convicted prior to the enactment of s. 161. Section 810.1 allows any person who has reasonable grounds to fear that another person will commit one of a number of sexual offences to appear before a provincial court judge and seek an order prohibiting the person in question from attending areas where children under 14 are likely to be present. This procedure, while eventually achieving the same result as s. 161, would obviously require the expenditure of significant time and energy before a prohibition could be ordered. The interpretation I would give to s. 179(1)(b) allows it to serve as a useful means for law enforcement officers to take immediate

application de l'alinéa en question qui ne tient pas compte de ces nuances rendra l'interdiction plus attentatoire qu'il ne le faut.

^a Mon interprétation de l'al. 179(1)(b) reçoit un appui additionnel lorsque l'alinéa est analysé en tenant compte des art. 161 et 810.1, adoptés par le législateur fédéral suite à l'arrêt rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce. ^b L'article 161 autorise le tribunal, lors du prononcé de la peine, à rendre une ordonnance interdisant au délinquant sexuel de se trouver dans une garderie, un terrain d'école, un terrain de jeu, un centre communautaire ou dans un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner, s'il y a dans ces endroits des personnes âgées de moins de 14 ans ou s'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il y en ait. Bien que l'art. 161 comporte une liste d'infractions analogue à celle que contient l'al. 179(1)(b), l'interdiction énoncée dans cet article ne s'applique qu'à l'égard de personnes ayant commis des infractions contre des enfants âgés de moins de ^c 14 ans. L'interdiction peut être perpétuelle ou pour une période moins longue et le tribunal qui rend l'ordonnance peut la modifier à tout moment, sur demande du contrevenant ou du poursuivant. Cet article représente donc un moyen puissant d'améliorer la sécurité publique et d'aider au traitement du contrevenant. L'article 161 ne s'applique toutefois pas aux délinquants sexuels reconnus coupables antérieurement à son entrée en vigueur. ^d

^e Pris ensemble, l'al. 179(1)(b) et l'art. 810.1 produisent cependant un effet analogue à celui de l'art. 161 en ce qui concerne les personnes déclarées coupables avant l'entrée en vigueur de l'art. 161. Suivant l'art. 810.1, quiconque a des motifs raisonnables de craindre qu'une personne ne commette une des infractions sexuelles énumérées peut s'adresser à un juge d'une cour provinciale afin de demander une ordonnance interdisant à la personne en question de se trouver dans des endroits où il y aura vraisemblablement des enfants de moins de 14 ans. Bien que permettant d'obtenir éventuellement le même résultat que l'art. 161, cette procédure nécessiterait évidemment beaucoup de temps et de démarches avant que ne soit prononcée l'interdiction. Or, selon l'interprétation ^f

preventive steps when a person who has been convicted of one of the enumerated sexual offences is in one of the listed areas and demonstrates an ulterior or malevolent purpose related to the predicate offences. In short, the provision allows the police to intervene before a previous offender re-offends. In such cases, s. 810.1 would then be available to subject the offender to a prohibition similar to s. 161 if it can be shown that there are reasonable grounds to fear that the person will commit one of the predicate offences specified in s. 161. Satisfying the requirements of s. 179(1)(b) and demonstrating that the accused had a malevolent or ulterior purpose related to one of the predicate offences would no doubt help to satisfy the reasonable grounds requirement in s. 810.1. An excessively broad view of the prohibition contained in s. 179(1)(b) would destroy this symmetry.

My review of the legislative history, purpose and context of s. 179(1)(b) thus leads to the conclusion that the offence should be interpreted as lingering or hanging about the enumerated areas for a malevolent or ulterior purpose related to any of the predicate offences. This interpretation is suggested by the terms of the offence and general desire to limit the intrusiveness of the prohibition while still achieving the objectives of public safety and offender treatment. As will be seen in the next section, this interpretation is also consistent with the *Charter*.

C. Section 179(1)(b) and Its Conformity with the Charter

The two primary *Charter* concerns raised by s. 179(1)(b) pertain to vagueness and overbreadth. The interpretation of the provision adopted by *Filmer Prov. Ct. J.* and *Melvin J.*, requiring proof of an "untoward or improper motive", is arguably unconstitutionally vague. *Cory J.*'s broader interpretation of s. 179(1)(b) eliminates any vagueness

que j'en donnerais, l'al. 179(1)(b) servirait de moyen utile, pour les responsables de l'application de la loi, de prendre immédiatement des mesures préventives lorsqu'une personne qui a été reconnue coupable d'une des infractions sexuelles énumérées se trouve dans un des endroits mentionnés et manifeste un but inavoué ou malveillant se rapportant aux infractions sous-jacentes. En bref, la disposition autorise la police à intervenir avant que la personne qui a déjà commis une infraction ne récidive. Dans ce genre de cas, l'art. 810.1 jouerait de manière à soumettre le contrevenant à une interdiction analogue à celle que prévoit l'art. 161, pourvu que l'on puisse établir l'existence de motifs raisonnables de craindre qu'il ne commette l'une des infractions sous-jacentes visées à ce dernier article. Le fait de satisfaire aux exigences de l'al. 179(1)(b) et de démontrer que l'accusé avait un but malveillant ou inavoué se rapportant à l'une quelconque des infractions sous-jacentes contribuerait sans doute à remplir l'exigence quant aux motifs raisonnables que pose l'art. 810.1. Une interprétation excessivement large de l'interdiction énoncée à l'al. 179(1)(b) détruirait cette symétrie.

Mon étude de l'historique législatif, de l'objet et du contexte de l'al. 179(1)(b) me mène donc à la conclusion que l'infraction devrait s'interpréter comme étant de s'attarder aux endroits énumérés ou d'y traîner dans un but malveillant ou inavoué se rapportant à quelque infraction sous-jacente. Cette interprétation découle de l'énoncé de l'infraction et du désir général de limiter le caractère attentatoire de l'interdiction tout en atteignant les objectifs de la sécurité publique et du traitement du contrevenant. Comme nous le verrons sous la rubrique suivante, cette interprétation est également conforme à la *Charte*.

C. L'alinéa 179(1)(b) et sa conformité avec la Charte

Dans le contexte de la *Charte*, les deux principales questions que soulève l'al. 179(1)(b) concernent son imprécision et sa portée excessive. On pourrait prétendre que l'interprétation donnée à cet alinéa par le juge *Filmer* de la Cour provinciale et par le juge *Melvin*, interprétation nécessitant qu'on fasse la preuve d'un [TRADUCTION] «mobile

problem, but, in his view, leads to a prohibition which is unjustifiably overbroad. The interpretation I have adopted avoids both these problems.

As discussed in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 643, a provision which is unconstitutionally vague provides an intolerable level of prosecutorial discretion and fails to give those subject to the provision notice of its content. Put in its most simplistic form, what is prohibited will be what those charged with law enforcement decide at any given moment should be prohibited. Interpreting s. 179(1)(b) to prohibit lingering with an “untoward or improper motive” would arguably be an example of an unconstitutionally vague restriction on liberty. “Untoward or improper motive” gives little basis for legal debate within the terms of *Nova Scotia Pharmaceutical Society*. It is difficult to identify the factors to be considered or the determinative elements in ascertaining whether a motive is untoward or improper. The United States Supreme Court made a similar suggestion in *Papachristou v. City of Jacksonville*, *supra*, at p. 164. Qualifying malevolent or ulterior purposes by reference to the predicate offences, however, eliminates any concerns as to vagueness. The enumerated offences provide a clear basis for legal debate and narrow the scope of potential liability. The persons affected would thus have notice of what is prohibited and prosecutorial discretion would be sufficiently restricted.

Cory J., however, suggests that the prohibition created by s. 179(1)(b) is overbroad in terms of the persons, places and time period to which it applies. I express no opinion on the soundness of this analysis of liberty because it is not necessary in this case to decide the issue. The interpretation I advo-

déplacé ou répréhensible», est d’une imprécision inconstitutionnelle. Quant à l’interprétation plus large retenue par le juge Cory, elle élimine le problème de l’imprécision, mais, selon lui, donne à l’interdiction une portée excessive qui ne se justifie pas. L’interprétation que j’adopte permet d’éviter l’un et l’autre problème.

Comme l’indique l’arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 643, une disposition qui est d’une imprécision inconstitutionnelle confère à la poursuite un pouvoir discrétionnaire d’une portée intolérable, et ce, sans que les personnes visées par la disposition ne soient informées de son contenu. Pour l’exprimer de la façon la plus simpliste, ce qui est interdit est ce qui, selon les responsables de l’application de la loi, devrait l’être à un moment donné. Interpréter l’al. 179(1)(b) de manière à interdire qu’on s’attarde dans un endroit avec un «mobile déplacé ou répréhensible» constituerait, pourrait-on prétendre, un exemple d’une restriction d’une imprécision inconstitutionnelle apportée à la liberté. Le «mobile déplacé ou répréhensible» ne donne guère matière à un débat judiciaire au sens de l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*. Il est en effet difficile de cerner les facteurs à considérer ou de définir les éléments concluants aux fins de déterminer si un mobile est déplacé ou répréhensible. La Cour suprême des États-Unis a adopté une position semblable dans l’arrêt *Papachristou c. City of Jacksonville*, précité, à la p. 164. En définissant les buts malveillants ou inavoués par référence aux infractions sous-jacentes, on écarte cependant toute inquiétude à l’égard de l’imprécision. Les infractions énumérées constituent un solide fondement pour un débat judiciaire et servent à restreindre l’étendue de la responsabilité éventuelle. Les personnes visées seraient ainsi informées de ce qui est interdit et le pouvoir discrétionnaire de la poursuite serait suffisamment restreint.

Le juge Cory prétend toutefois que la portée de l’interdiction créée par l’al. 179(1)(b) est excessive du point de vue des personnes, des endroits et de la période qu’elle vise. Pour ma part, je ne me prononce pas sur le bien-fondé de cette analyse de la liberté parce que la question n’a pas à être tranchée

cate eliminates Cory J.'s concern that the prohibition is overbroad. A lifetime prohibition of activities with a malevolent or ulterior purpose related to re-offending is in no way objectionable or overbroad. Such a prohibition would impose a restriction on the liberty of the affected individuals to which ordinary citizens are not subject, but that restriction is directly related to preventing re-offending. The affected persons' history of offending, the uncertainties prevalent in treating offenders and a desire to disrupt the cycle of re-offending justify what is in effect a minor intrusion which does not breach the principles of fundamental justice.

That restraint of the affected persons' liberty is minor and easily illustrated. As noted above, use of public parks for the legitimate purposes for which they are intended would not be caught. Furthermore, though trite, it must be remembered that the Crown will bear the burden of proving all elements of the offence beyond a reasonable doubt. This burden guarantees that only loitering which can be proven to be related to one of the predicate offences will be subject to the criminal prohibition. I recognize that this formulation of the offence will likely lead to certain evidentiary presumptions which, absent a satisfactory explanation, may cause a judge to draw an adverse inference. Take for example a person with a history of offences in relation to children who is observed hanging around a playground and offering children candy. Similarly, as discussed above, just lingering about a school yard with no apparent purpose, as distinct from a public park, would give rise to legitimate suspicions. Such presumptions, however, in no way reverse the burden of proof, nor do they violate the accused's right to silence.

One of the most obvious objections to the more narrow formulation is that it is potentially less efficient than the alternatives in terms of achieving the

en l'espèce. L'interprétation que je préconise écarte la crainte du juge Cory que la portée de l'interdiction ne soit excessive. Interdire à perpétuité des activités ayant un but malveillant ou inavoué ^a lié à la récidive n'a absolument rien de reprochable et n'a pas une portée excessive. Pareille interdiction apporterait certes à la liberté des personnes visées une restriction à laquelle ne sont pas assujettis les citoyens ordinaires, mais cette restriction se ^b rapporte directement à la prévention de la récidive. Les antécédents des personnes visées, l'incertitude caractérisant le traitement des contrevenants ainsi que le désir de rompre le cycle de la récidive ^c justifient ce qui ne constitue en réalité qu'une atteinte mineure à la liberté, qui ne va pas à l'encontre des principes de justice fondamentale.

La restriction de la liberté des personnes visées ^d est mineure et facile à illustrer. Comme je l'indique plus haut, l'utilisation des parcs publics pour les fins légitimes auxquelles ils sont destinés ne serait pas défendue. En outre, et cela va de soi, on ^e doit se rappeler qu'il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable chacun des éléments de l'infraction. Ce fardeau de la preuve nous assure que seule la flânerie qui se rapporte de façon démontrable à l'une des infractions ^f sous-jacentes fera l'objet de l'interdiction criminelle. Je reconnais que cette formulation de l'infraction donnera vraisemblablement lieu à certaines présomptions en matière de preuve qui, en l'absence d'une explication satisfaisante, pourront ^g amener un juge à tirer une conclusion défavorable. Cela se produira, par exemple, dans le cas d'une personne qui a commis une série d'infractions à l'égard d'enfants et que l'on voit traîner dans un terrain de jeu et offrir des bonbons à des enfants. ^h De même, comme je l'ai dit précédemment, le simple fait de s'attarder dans une cour d'école, par opposition à un parc public, apparemment sans but particulier, ferait naître des soupçons légitimes. ⁱ Ces présomptions ne renversent aucunement, toutefois, le fardeau de la preuve ni ne portent atteinte au droit de l'accusé de garder le silence.

L'une des objections les plus évidentes à l'interprétation plus étroite est qu'elle risque de s'avérer moins propre à atteindre l'objectif législatif que

legislative objective. As I noted above, a broad prohibition preventing certain persons from even attending at areas where the risk of re-offending is high may be a superior way to achieve the objectives of public safety and offender treatment. As Cory J. convincingly demonstrates, however, for such a broad prohibition to be constitutional, it would probably have to be accompanied by the same kind of guarantees present in the new s. 161. It is well beyond the proper scope of the judicial role to contemplate such extensive additions in this case.

In addition to overbreadth, the absence of any notice of the prohibition contained in s. 179(1)(b) was relied upon by Cory J. in concluding that s. 7 of the *Charter* was violated. The basis for this conclusion was that notice is provided for in the case of certain other prohibitions contained in the *Code* and that the lack of notice in the case of s. 179(1)(b) "is unfair and unnecessarily so". In so concluding, Cory J. would make notice, albeit in limited circumstances, a principle of fundamental justice. With all due respect, I cannot agree. It is a basic tenet of our legal system that ignorance of the law is not an excuse for breaking the law. This fundamental principle has been given legislative expression in s. 19 of the *Criminal Code*: "Ignorance of the law by a person who commits an offence is not an excuse for committing that offence." Though formal notice of the content of s. 179(1)(b) might be preferable, I can see no basis for transforming the legislator's decision to provide notice in respect of certain *Code* prohibitions into a principle of fundamental justice.

For his part and in addition to s. 7, the respondent alleges that s. 179(1)(b) violates ss. 9, 11(d), (h) and 12 of the *Charter*. These allegations are without foundation and can be dismissed summarily.

Section 9 of the *Charter* provides a guarantee against being arbitrarily detained or imprisoned. The respondent's argument that any detention or imprisonment pursuant to s. 179(1)(b) would be

d'autres. J'ai déjà fait remarquer d'ailleurs qu'une interdiction de large portée empêchant certaines personnes de simplement se trouver dans des endroits où le danger de récidive est grand peut être une façon supérieure de réaliser le double objectif de la sécurité publique et du traitement du contrevenant. Le juge Cory démontre cependant de façon convaincante que, pour qu'elle soit constitutionnelle, il faudrait probablement qu'une interdiction de si large portée soit assortie de garanties du même genre que celles que comporte le nouvel art. 161. Or, on dépasserait largement les limites du rôle légitime des tribunaux si l'on envisageait en l'espèce des ajouts aussi importants.

Pour conclure à la violation de l'art. 7 de la *Charte*, le juge Cory a invoqué, outre la portée excessive, l'absence de tout avis de l'interdiction énoncée à l'al. 179(1)(b). Il a fondé sa conclusion sur le fait qu'un avis est prévu dans le cas de certaines autres interdictions contenues dans le *Code* et que l'al. 179(1)(b), en n'en faisant pas autant, «crée une injustice et ce, sans nécessité». Par cette conclusion, le juge Cory ferait de l'avis, quoique dans des circonstances limitées, un principe de justice fondamentale. Je ne puis, en toute déférence, souscrire à ce point de vue. C'est un précepte fondamental de notre système de droit que l'ignorance de la loi n'en excuse pas la violation. L'article 19 du *Code criminel* donne expression à ce principe essentiel: «L'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction.» Bien qu'il puisse être préférable qu'un avis en bonne et due forme du contenu de l'al. 179(1)(b) soit donné, je ne vois aucune raison d'ériger en principe de justice fondamentale la décision du législateur de prévoir un avis dans le cas de certaines interdictions énoncées au *Code*.

L'intimé, de son côté, fait valoir que l'al. 179(1)(b) viole non seulement l'art. 7, mais aussi l'art. 9, les al. 11(d) et (h) et l'art. 12 de la *Charte*. Ces allégations sont dénuées de tout fondement et peuvent être sommairement écartées.

L'article 9 de la *Charte* contient une garantie contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires. L'argument de l'intimé selon lequel la détention ou l'emprisonnement résultant de l'ap-

arbitrary related largely to his objection to the absence of notice. As I have stated, the absence of notice does not provide a basis for attacking the validity of s. 179(1)(b). The reasoning set out above applies with equal force to the respondent's arguments in respect of s. 9 of the *Charter*.

Section 11(d) of the *Charter* enshrines the right to be presumed innocent until proven guilty. The respondent argues that s. 179(1)(b) presumes that an offender will re-offend and therefore violates the presumption of innocence. In reality, the provision does not assume recidivism, but rather provides the means to prevent it when convicted sex offenders demonstrate, through their conduct, a malevolent intent related to re-offending. Furthermore as I stressed above, anyone charged under s. 179(1)(b) will be presumed innocent and the burden remains on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the accused committed the offence as interpreted.

Section 11(h) protects a person found guilty and punished for an offence from being tried or punished again for the same offence. The class of persons to whom s. 179(1)(b) applies is identified by the fact of having been convicted of one of the enumerated offences. Any conviction under that section, however, will be based on violating its terms and not of having been convicted of one of the enumerated offences. Section 11(h) is therefore not violated.

Finally, the s. 12 guarantee against cruel and unusual treatment or punishment is also of no avail to the respondent. Even if the respondent could demonstrate that he is subject to a punishment or treatment within the meaning of s. 12, which I doubt, it is clear that any such punishment or treatment is not cruel and unusual. A punishment or treatment will only be cruel and unusual where it is "so excessive as to outrage standards of decency" or where its effect is "grossly disproportionate to what would have been appropriate" (see *R. v.*

plication de l'al. 179(1)b) seraient arbitraires tenait dans une large mesure à l'objection qu'il soulevait à l'égard de l'absence d'avis. Or, je le répète, on ne saurait invoquer l'absence d'avis pour attaquer la validité de l'al. 179(1)b). Le raisonnement exposé plus haut s'applique tout autant aux arguments de l'intimé relatifs à l'art. 9 de la *Charte*.

L'alinéa 11d) de la *Charte* consacre le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable. D'après l'intimé, l'al. 179(1)b), du fait qu'il présume la récidive, viole la présomption d'innocence. En réalité, loin de supposer la récidive, cette disposition prévoit des moyens de l'empêcher quand une personne ayant déjà été reconnue coupable d'une infraction sexuelle manifeste, par son comportement, une intention malveillante liée à la récidive. Qui plus est, comme je l'ai souligné plus haut, quiconque est inculqué en vertu de l'al. 179(1)b) est présumé innocent et c'est toujours au ministère public qu'il incombe de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'infraction telle qu'elle a été interprétée.

Aux termes de l'al. 11h), une personne déclarée coupable d'une infraction et punie ne peut être jugée ni punie de nouveau pour la même infraction. La catégorie de personnes auxquelles s'applique l'al. 179(1)b) se caractérise par le fait qu'elles ont été déclarées coupables de l'une des infractions énumérées. Toutefois, toute déclaration de culpabilité en vertu de cet alinéa sera fondée sur la violation de celui-ci et non pas sur le verdict de culpabilité rendu précédemment relativement à l'une des infractions énumérées. Par conséquent, il n'y a pas de violation de l'al. 11h).

Enfin, l'intimé ne saurait davantage se prévaloir de la garantie contre les traitements ou peines cruels et inusités énoncée à l'art. 12. Même s'il pouvait démontrer qu'il est exposé à une peine ou à un traitement au sens de l'art. 12, ce dont je doute, il est évident que cette peine ou ce traitement n'ont rien de cruel ni d'inusité. Une peine ou un traitement n'est cruel et inusité que s'il est «excessi[f] au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine» ou si son effet est «exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié»

Smith, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1072; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, at p. 499). As explained above in the context of my discussion of s. 7 of the *Charter*, the lifetime prohibition of activities with a malevolent or ulterior purpose related to re-offending is both a minor and justifiable restraint of the affected persons' liberty. In the circumstances, neither the prohibition created by s. 179(1)(b) nor any punishment which would result from its infringement can be said to be grossly disproportionate to what would be appropriate or so excessive as to outrage the standards of decency.

Prohibiting lingering or hanging about the enumerated areas for a malevolent or ulterior purpose related to one of the predicate offences thus survives *Charter* scrutiny. The predicate offences provide an ample basis for limiting prosecutorial discretion and giving guidance as to what is prohibited to those affected. Furthermore, prohibiting only conduct which can be demonstrated to be part of the cycle of re-offending carefully balances the objectives of public safety and offender treatment with a desire to limit the intrusiveness of the prohibition.

D. Disposition

For the foregoing reasons, s. 179(1)(b) of the *Code* should be interpreted as prohibiting lingering or hanging about the enumerated areas for a malevolent or ulterior purpose related to any of the predicate offences. Based on this interpretation the constitutional questions are, therefore, answered as follows:

1. Does s. 179(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent to life, liberty and security of the person as guaranteed by s. 7 of the *Charter*?

A. No.

3. Does s. 179(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent to be

(voir *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, à la p. 1072; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, à la p. 499). Ainsi que je l'ai expliqué plus haut dans mon analyse de l'art. 7 de la *Charte*, l'interdiction perpétuelle d'activités entreprises dans un but malveillant ou inavoué lié à la récidive constitue une restriction à la fois mineure et justifiable de la liberté des personnes visées. Dans les circonstances, ni l'interdiction prévue à l'al. 179(1)(b) ni la peine infligée par suite de sa violation ne peut être qualifiée d'exagérément disproportionnée à ce qui serait approprié ni d'excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine.

Résiste donc à l'examen fondé sur la *Charte* l'interdiction de l'acte consistant à s'attarder ou à traîner dans les endroits énumérés dans un but malveillant ou inavoué se rapportant à l'une des infractions sous-jacentes. Ces dernières suffisent largement pour fonder la restriction du pouvoir discrétionnaire de la poursuite et renseignent amplement les personnes visées sur ce qui est défendu. De plus, le fait de n'interdire que le comportement qui s'insère de façon démontrable dans le cycle de la récidive permet d'établir un équilibre délicat entre le double objectif de la sécurité publique et du traitement des contrevenants d'une part et le désir de limiter le caractère attentatoire de l'interdiction d'autre part.

D. Dispositif

Pour les motifs exposés ci-dessus, l'al. 179(1)(b) du *Code* doit s'interpréter comme interdisant qu'on s'attarde ou traîne, dans les endroits énumérés dans un but malveillant ou inavoué se rapportant à l'une des infractions sous-jacentes. Compte tenu de cette interprétation, les questions constitutionnelles reçoivent donc les réponses suivantes:

1. L'alinéa 179(1)(b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, que l'art. 7 de la *Charte* garantit à l'intimé?

R. Non.

3. L'alinéa 179(1)(b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit que l'al. 11d) de la

presumed innocent until proven guilty according to law as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*?

A. No.

5. Does s. 179(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment as guaranteed by s. 12 of the *Charter*?

A. No.

7. Does s. 179(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent not to be arbitrarily detained or imprisoned as guaranteed by s. 9 of the *Charter*?

A. No.

9. Does s. 179(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again, as guaranteed by s. 11(h) of the *Charter*?

A. No.

Given the negative answers to questions 1, 3, 5, 7 and 9, it is unnecessary to answer questions 2, 4, 6, 8 and 10.

In this case, the evidence demonstrated beyond any doubt that the accused had a malevolent purpose related to the predicate offences. I would therefore allow the appeal and restore the accused's conviction.

Appeal dismissed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the respondent: Morahan & Aujla, Victoria.

Solicitor for the intervener: John C. Tait, Ottawa.

Charte garantit à l'intimé d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable conformément à la loi?

R. Non.

5. L'alinéa 179(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités, que l'art. 12 de la *Charte* garantit à l'intimé?

R. Non.

7. L'alinéa 179(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires, que l'art. 9 de la *Charte* garantit à l'intimé?

R. Non.

9. L'alinéa 179(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit que l'al. 11h) de la *Charte* garantit à l'intimé de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni?

R. Non.

Vu les réponses négatives données aux questions 1, 3, 5, 7 et 9, il n'est pas nécessaire de répondre aux questions 2, 4, 6, 8 et 10.

En l'espèce, la preuve établit hors de tout doute que l'accusé avait un but malveillant se rapportant aux infractions sous-jacentes. Je suis en conséquence d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le verdict de culpabilité rendu contre l'accusé.

Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER, et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intimé: Morahan & Aujla, Victoria.

Procureur de l'intervenant: John C. Tait, Ottawa.

Camille Huot *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HUOT

File No.: 23849.

Hearing and judgment: November 8, 1994.

Reasons delivered: November 24, 1994.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused convicted of sexual offences — Similar fact evidence admitted at trial — Convictions upheld on appeal — No substantial wrong or miscarriage of justice resulting from admission of similar fact evidence — Trial judge convinced that each count proved beyond reasonable doubt before proceeding to analyze similar fact evidence — Properly instructed jury could not reasonably have come to different conclusion if similar fact evidence had not been admitted — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Held: The appeal should be dismissed.

Cases Cited

By Sopinka J.

Followed: *R. v. Haughton*, [1994] 3 S.C.R. 516.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (sch., item 8(1))].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 16 O.R. (3d) 214, 66 O.A.C. 155, dismissing the accused's appeal from his conviction on charges of indecent assault and buggery. Appeal dismissed.

Camille Huot *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HUOT

^b N° du greffe: 23849.

Audition et jugement: 8 novembre 1994.

Motifs déposés: 24 novembre 1994.

^c Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

^d *Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel — Preuve de faits similaires admise au procès — Déclarations de culpabilité confirmées en appel — Aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave résultant de l'admission de la preuve de faits similaires — Juge du procès convaincu que chaque chef d'accusation avait été prouvé hors de tout doute raisonnable avant d'aborder l'analyse de cette preuve — Un jury ayant reçu des directives appropriées n'aurait pu raisonnablement en venir à une conclusion différente si la preuve de faits similaires n'avait pas été admise — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

^e *Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.^f**Jurisprudence**

Citée par le juge Sopinka

^g **Arrêt suivi:** *R. c. Haughton*, [1994] 3 R.C.S. 516.**Lois et règlements cités**^h *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8(1))].ⁱ **POURVOI** contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 16 O.R. (3d) 206, 66 O.A.C. 155, qui a rejeté l'appel de l'accusé reconnu coupable d'attentats à la pudeur et de sodomie. Pourvoi rejeté.

Gabriel Lapointe and Josée D'Aoust, for the appellant.

James K. Stewart, for the respondent.

English version of the judgment of La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. delivered by

SOPINKA J. — This appeal as of right is based on the dissent of Lacourcière J.A. of the Ontario Court of Appeal: (1993), 16 O.R. (3d) 214, 66 O.A.C. 155. His dissent was limited to the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. In the recent case *R. v. Haughton*, [1994] 3 S.C.R. 516, at pp. 516-17, this Court stated as follows:

The application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, requires the Court to consider whether a jury properly instructed could, acting reasonably, have come to a different conclusion absent the error. In applying this test the findings of the jury in the case under appeal may be a factor in determining what the hypothetical reasonable jury would have done, provided those findings are not tainted by the error.

In the case at bar we agree with Arbour J.A. that the trial judge found that each count had been proved beyond a reasonable doubt, before proceeding to analyze the similar fact evidence. Charron J. said the following:

[TRANSLATION] The testimony of the two complainants convinces me with respect to the alleged offences and the testimony of the accused does not raise a reasonable doubt in my mind.

([1992] O.J. No. 1380 (QL), at para. 58.)

We are of the view that this conclusion was not vitiated by any error. Given the importance of this factor in the context of the evidence in this case, we conclude that a properly instructed jury could not, acting reasonably, have come to a different conclusion if the similar fact evidence had not been admitted.

Gabriel Lapointe et Josée D'Aoust, pour l'appellant.

James K. Stewart, pour l'intimée.

Le jugement des juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci a été rendu par

LE JUGE SOPINKA — Cet appel de plein droit est fondé sur la dissidence du juge Lacourcière de la Cour d'appel de l'Ontario: (1993), 16 O.R. (3d) 206, 66 O.A.C. 155. Sa dissidence est limitée à l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Dans l'arrêt récent *R. c. Haughton*, [1994] 3 R.C.S 516, aux pp. 516 et 517, nous avons statué comme suit:

Pour appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, la Cour doit examiner si un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu, en agissant raisonnablement, en venir à une conclusion différente s'il n'y avait pas eu d'erreur. Si l'on applique ce critère, les conclusions du jury en l'espèce peuvent être un facteur à prendre en considération pour déterminer ce qu'un jury raisonnable hypothétique aurait fait, pourvu que ces conclusions ne soient pas viciées par l'erreur.

En l'espèce, nous sommes d'accord avec le juge Arbour pour dire que le juge de première instance a déterminé que chaque chef d'accusation avait été prouvé hors de tout doute raisonnable, avant d'aborder l'analyse de la preuve de faits similaires. Le juge Charron s'est exprimée comme suit:

Le témoignage des deux plaignants me laisse convaincue quant aux infractions alléguées et le témoignage de l'accusé ne soulève pas de doute raisonnable dans mon esprit.

([1992] A.O. n° 1380 (QL), au par. 58.)

Nous sommes d'avis que cette conclusion n'a été viciée par aucune erreur. Vu l'importance de ce facteur dans le contexte de la preuve en l'espèce, nous en venons à la conclusion qu'un jury ayant reçu des directives appropriées n'aurait pu, en agissant raisonnablement, en venir à une conclusion différente, si la preuve de faits similaires n'avait pas été admise.

In view of this conclusion it is not necessary to consider the alternative question of the admissibility of similar facts. At the conclusion of the hearing the Court rendered judgment from the bench dismissing the appeal.

English version of the reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. delivered by

GONTHIER J. — While I agree that this appeal should be dismissed for the reasons given by Justice Sopinka, I am also of the view that the trial judgment contains no clear and manifest error of law or error of fact, whether in the treatment of the evidence as a whole or in the assessment of similar facts, and that accordingly there is no basis for reviewing that judgment on appeal. I would also dismiss the appeal on this ground.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Lapointe, Schachter, Champagne & Talbot, Montreal.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Eu égard à cette conclusion il n'est pas nécessaire de considérer la question alternative de l'admissibilité de faits similaires. À la conclusion de l'audience, nous avons rendu jugement séance tenante rejetant le pourvoi.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE GONTHIER — Tout en étant d'accord qu'il y a lieu de rejeter cet appel pour les motifs exposés par le juge Sopinka, je suis également d'avis que le jugement de première instance ne comporte pas d'erreur de droit ni d'erreur de faits claire et manifeste, que ce soit dans le traitement de l'ensemble de la preuve ou dans l'appréciation de faits similaires et qu'en conséquence, il n'y a pas ouverture à révision de ce jugement en appel. Je rejetterais également le pourvoi pour ce motif.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant: Lapointe, Schachter, Champagne & Talbot, Montréal.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Percival Whitley *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Timothy Erin Mowers *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Women's Legal Education and Action Fund *Intervener*

INDEXED AS: R. v. WHITLEY

File Nos: 23890, 23891.

1994: December 1.

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

Criminal law — Sexual assault — Defences — Consent — Defence of honest but mistaken belief in consent.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 21 W.C.B. (2d) 595, affirming the appellants' convictions by Locke J. (1992), 20 W.C.B. (2d) 374, on charges of sexual assault. Appeals dismissed.

Richard Litkowski, for the appellant Whitley.

Keith E. Wright, for the appellant Mowers.

Karen Manarin and *Hilary Whitmey*, for the respondent.

Chantal Tie and *Laurie Joe*, for the intervener.

Percival Whitley *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et entre

^b **Timothy Erin Mowers** *Appelant*

c.

^c **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

^d **Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. WHITLEY

Nos du greffe: 23890, 23891.

^e 1994: 1^{er} décembre.

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

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

^g *Droit criminel — Agression sexuelle — Moyens de défense — Consentement — Moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée.*

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 21 W.C.B. (2d) 595, qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre les appelants par le juge Locke (1992), 20 W.C.B. (2d) 374, relativement à des accusations d'agression sexuelle. Pourvois rejetés.

ⁱ *Richard Litkowski*, pour l'appelant Whitley.

Keith E. Wright, pour l'appelant Mowers.

^j *Karen Manarin* et *Hilary Whitmey*, pour l'intimée.

Chantal Tie et *Laurie Joe*, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — Assuming without deciding that on the evidence adduced in this case, the defence of honest but mistaken belief in consent should have been put to the jury, we are all of the view that, having regard to the manner in which the issue of knowledge of absence of consent was put to the jury, the jury's conviction negated that defence. Therefore the failure, if any, to specifically frame the matter as a defence, did not occasion a substantial miscarriage of justice. With respect to the argument that the trial judge misdirected the jury on the issue of consent, we agree with the Ontario Court of Appeal.

Both appeals are accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant Whitley: Richard Litkowski, Toronto.

Solicitor for the appellant Mowers: Keith E. Wright, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the intervener: Diane Oleskiw, Toronto; Laurie Joe, Ottawa.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — À supposer sans en décider que, d'après la preuve produite, le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement aurait dû être soumis à l'appréciation du jury, nous sommes tous d'avis que, compte tenu de la façon dont la question de la connaissance de l'absence de consentement a été soumise au jury, la déclaration de culpabilité prononcée par le jury a neutralisé ce moyen de défense. Par conséquent, l'omission, le cas échéant, de formuler précisément cette question comme moyen de défense, n'a pas causé une erreur judiciaire grave. Quant à l'argument voulant que le juge du procès ait mal instruit le jury sur la question du consentement, nous partageons l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario.

Les deux pourvois sont donc rejetés.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appellant Whitley: Richard Litkowski, Toronto.

Procureur de l'appellant Mowers: Keith E. Wright, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intervenant: Diane Oleskiw, Toronto; Laurie Joe, Ottawa.

Arkady Felix Feldman *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. FELDMAN

File No.: 23992.

1994: December 2.

Present: Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Search warrants — Existence of search warrant established — Issue of burden of proof not arising.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 42 B.C.A.C. 31, 67 W.A.C. 31, 91 C.C.C. (3d) 256, dismissing the accused's appeal from his conviction for possession of narcotics for the purpose of trafficking. Appeal dismissed.

Kenneth G. Young, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — The sole issue in this appeal as of right is whether the Crown was obliged to prove the existence of a search warrant. We agree with the majority of the Court of Appeal that the existence of the warrant was established in this case. The issue of the burden of proof therefore does not arise. Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Kenneth G. Young & Co., Vancouver.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Ottawa.

Arkady Felix Feldman *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. FELDMAN

N^o du greffe: 23992.

^b

1994: 2 décembre.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major.

^c

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

^d *Droit criminel — Mandats de perquisition — Existence d'un mandat de perquisition établie — Question du fardeau de la preuve ne se posant pas.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 42 B.C.A.C. 31, 67 W.A.C. 31, 91 C.C.C. (3d) 256, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de possession de stupéfiants à des fins de trafic. Pourvoi rejeté.

Kenneth G. Young, pour l'appelant.

^f

S. David Frankel, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^g

LE JUGE SOPINKA — La seule question en litige, dans ce pourvoi de plein droit, est de savoir si le ministère public était tenu d'établir l'existence d'un mandat de perquisition. Nous partageons l'avis de la Cour d'appel à la majorité, selon lequel l'existence du mandat a été établie en l'espèce. La question du fardeau de la preuve ne se pose donc pas. En conséquence, le pourvoi est rejeté.

ⁱ

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Kenneth G. Young & Co., Vancouver.

^j

Procureur de l'intimée: George Thomson, Ottawa.

City of Beauport *Appellant*

v.

Caisse populaire de Charlesbourg *Respondent*

INDEXED AS: CAISSE POPULAIRE DE CHARLESBOURG v. BEAUPORT (CITY)

File No.: 23753.

1994: December 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Municipal law — Taxation — No contradiction or incompatibility between s. 13 of the Charter of the City of Beauport and s. 486 of the Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19.

Statutes and Regulations Cited

Charter of the City of Beauport [in S.Q. 1975, c. 91], s. 13.
Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 486.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1994] R.L. 180, 57 Q.A.C. 289, reversing a judgment of the Superior Court. Appeal allowed.

Raynold Langlois, Q.C., and *Dominique Pion*, for the appellant.

Yves Alain and *Jules Brière*, for the respondent. ^h

English version of the judgment of the Court delivered orally by

GONTHIER J. — For the reasons given by the trial judge, we are all of the view that the action is without foundation. There is no contradiction or incompatibility between s. 13 of the appellant's Charter and s. 486 of the *Cities and Towns Act*. These are distinct taxation powers which co-exist. The one granted by s. 13 is not subject according

Ville de Beauport *Appelante*

c.

^a **Caisse populaire de Charlesbourg** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: CAISSE POPULAIRE DE CHARLESBOURG c. BEAUPORT (VILLE)

^b N° du greffe: 23753.

1994: 7 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^d

Droit municipal — Taxation — Aucune contradiction ou incompatibilité entre l'art. 13 de la Charte de la ville de Beauport et l'art. 486 de la Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19.

^e

Lois et règlements cités

^f *Charte de la ville de Beauport* [dans L.Q. 1975, ch. 91], art. 13.
Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 486.

^g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1994] R.L. 180, 57 Q.A.C. 289, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli.

Raynold Langlois, c.r., et *Dominique Pion*, pour l'appelante.

^h *Yves Alain* et *Jules Brière*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

ⁱ

LE JUGE GONTHIER — Pour les motifs exprimés par le juge de première instance, nous sommes tous d'avis que l'action est mal fondée. Il n'y a ni contradiction, ni incompatibilité entre l'art. 13 de la Charte de l'appelante et l'art. 486 de la *Loi sur les cités et villes*. Il s'agit de pouvoirs de taxation distincts qui subsistent tous deux. Celui accordé

to its very wording to the requirement of taxation by annual by-law provided for in s. 486. Only the tax rate is annual.

Accordingly the appeal is allowed and the judgment of the Superior Court restored. The action is dismissed with costs throughout in favour of the appellant.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Langlois Robert, Montreal.

Solicitors for the respondent: Hickson Martin Blanchard, Sillery.

par l'art. 13 n'est pas soumis selon son libellé même à l'exigence d'une imposition par règlement annuel que prévoit l'art. 486. Seul le taux de la taxe est annuel.

a

En conséquence, l'appel est accueilli et le jugement de la Cour supérieure rétabli. L'action est rejetée avec dépens devant toutes les cours en faveur de l'appelante.

b

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Langlois Robert, Montréal.

c

Procureurs de l'intimée: Hickson Martin Blanchard, Sillery.

Canadian Broadcasting Corporation and National Film Board of Canada *Appellants*

v.

Lucien Dagenais, Léopold Monette, Joseph Dugas and Robert Radford *Respondents*

and

John Newton Smith and the Canadian Association of Journalists *Interveners*

and

The Attorney General for the Province of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: DAGENAIS v. CANADIAN BROADCASTING CORP.

File No.: 23403.

1994: January 24; 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

Criminal law — Publication bans — Four members of Catholic order charged with physical and sexual abuse of young boys in Catholic training schools — Superior court judge restraining CBC from broadcasting anywhere in Canada fictional program dealing with child sexual and physical abuse in Catholic orphanage until end of criminal trials in Ontario — Whether CBC can appeal publication ban — If so, whether judge erred in ordering ban — Standard applicable.

Criminal law — Procedure — Publication bans — General principles governing publication bans and their application.

Appeal — Publication bans — Publication ban imposed in criminal proceedings — Ban issued under judge's common law or legislated discretionary author-

La Société Radio-Canada et l'Office national du film du Canada *Appellants*

c.

Lucien Dagenais, Léopold Monette, Joseph Dugas et Robert Radford *Intimés*

b et

John Newton Smith et l'Association canadienne des journalistes *Intervenants*

c et

Le procureur général de la province d'Ontario *Intervenant*

d

RÉPERTORIÉ: DAGENAIS c. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA

N° du greffe: 23403.

e

1994: 24 janvier; 1994: 8 décembre.

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

f

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

Droit criminel — Interdictions de publication — Quatre membres d'un ordre catholique accusés d'avoir abusé physiquement et sexuellement de jeunes garçons dans des centres catholiques d'éducation surveillée — Interdiction à la SRC par un juge d'une cour supérieure de diffuser partout au Canada un programme fictif portant sur les abus sexuels et physiques commis sur des enfants dans un orphelinat catholique jusqu'à la fin des procès tenus en Ontario — La SRC peut-elle interjeter appel de l'ordonnance de non-publication? — Dans l'affirmative, le juge a-t-il commis une erreur en ordonnant l'interdiction? — Norme applicable.

Droit criminel — Procédure — Interdictions de publication — Principes généraux régissant les interdictions de publication et leur application.

Appel — Interdictions de publication — Interdiction de publication ordonnée dans le cadre de procédures criminelles — Interdiction prononcée par le juge en

ity — Avenues available for third parties to challenge ban.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Fair trial — Publication bans — Whether common law rule governing publication bans inconsistent with Charter principles — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 11(d).

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Publication bans — Whether Supreme Court has jurisdiction to hear third party challenge to publication ban issued in criminal proceedings — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1), (3) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 674.

The respondents, former and present members of a Catholic religious order, were charged with physical and sexual abuse of young boys in their care at training schools in Ontario. They applied to a superior court judge for an injunction restraining the CBC from broadcasting the mini-series *The Boys of St-Vincent*, a fictional account of sexual and physical abuse of children in a Catholic institution in Newfoundland, and from publishing in any media any information relating to the proposed broadcast of the program. At the time of the hearing, the trials of the four respondents were being heard or were scheduled to be heard in the Ontario Court of Justice (General Division) before a judge and jury. LD's trial was in its final stage and a trial judge had been appointed for LM's case. The superior court judge granted the injunction, prohibiting the broadcast of the mini-series anywhere in Canada until the end of the four trials, and granted an order prohibiting publication of the fact of the application, or any material relating to it. The Court of Appeal affirmed the decision to grant the injunction against the broadcast but limited its scope to Ontario and CBMT-TV in Montreal and reversed the order banning any publicity about the proposed broadcast and the very fact of the proceedings that gave rise to the publication ban.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the publication ban order set aside.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: To have a publication ban issued under a judge's common law or legislated discretionary author-

vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative — Moyens de contestation de l'interdiction ouverts aux tiers.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Procès équitable — Interdictions de publication — La règle de common law régissant les interdictions de publication est-elle incompatible avec les principes de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 11d).

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Interdictions de publication — La Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre la contestation d'un tiers à l'encontre d'une ordonnance de non-publication rendue dans le cadre de procédures criminelles? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1), (3) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 674.

Les intimés, membres ou anciens membres d'un ordre religieux catholique, ont été accusés d'avoir abusé physiquement et sexuellement de jeunes garçons confiés à leurs soins dans des centres d'éducation surveillée de l'Ontario. Ils ont présenté une demande à un juge d'une cour supérieure visant à obtenir une injonction interdisant à la SRC de diffuser la mini-série intitulée *Les garçons de Saint-Vincent*, un drame fictif racontant les abus sexuels et physiques infligés à des enfants dans une institution catholique à Terre-Neuve, et de publier dans les médias toute information relative à la diffusion prévue de cette émission. Au moment de l'audition, les procès des quatre intimés étaient tenus ou devaient être tenus devant la Cour de justice de l'Ontario (Division générale) par un juge et un jury. Le procès de LD était à son dernier stade et un juge avait été désigné pour le procès de LM. Le juge de la cour supérieure a accordé l'injonction, interdisant la diffusion de la mini-série partout au Canada jusqu'à la fin des quatre procès, et il a accordé une ordonnance interdisant la publication de l'existence de la demande ou de tout document s'y rapportant. La Cour d'appel a confirmé la décision d'accorder l'injonction interdisant la diffusion, mais elle a limité sa portée à l'Ontario et à la station CBMT-TV à Montréal et a infirmé l'ordonnance interdisant toute publicité sur la diffusion prévue et sur l'existence même de la procédure ayant entraîné l'interdiction de publication.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de non-publication est annulée.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Pour qu'une ordonnance de non-publication soit rendue par un juge en vertu de son pou-

ity, the Crown and/or the accused's motion should be made before the trial judge, if one has been appointed, or before a judge in the court at the level where the case will be heard. If the level of court has not been established and cannot be established definitively by reference to statutory provisions, the motion should be made before a superior court judge. In a jury trial, the motion must be heard in the absence of the jury. To challenge a ban on appeal, the Crown and the accused should follow the avenues of appeal available through the *Criminal Code*. When the initial ban order is made by a judge other than the trial judge, some flexibility should be recognized in the application of the rule against collateral attacks.

The judge hearing a motion for a publication ban has the discretion to direct that third parties be given notice and to grant them standing in accordance with the provincial rules of criminal procedure and the common law principles. If third parties wish to oppose the motion, they should attend at the hearing, argue to be given status, and if given status, participate in the motion. When third parties, usually the media, seek to challenge publication bans ordered by judges under their common law or legislated discretionary authority, no direct appeal is available through the *Criminal Code*. If the publication ban was ordered by a provincial court judge, the third party should make an application for *certiorari* to a superior court judge. The common law rule does not authorize publication bans that limit *Charter* rights in an unjustifiable manner, so an order implementing such a ban is an error of law on the face of the record. While *certiorari* has traditionally been limited remedially, when a judge exceeds his authority under the common law rule governing publication bans, the remedies available through a *certiorari* challenge to the judge's action should be enlarged to be the same as the remedies that would be available under the *Charter*. To challenge a denial of *certiorari*, third parties should appeal the superior court judge's decision to the Court of Appeal under s. 784(1) of the *Criminal Code*. To challenge a dismissal of an appeal to the Court of Appeal, they should apply for leave to appeal to the Supreme Court of Canada under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. If the publication ban was ordered by a superior court judge, third parties should challenge the ban by applying for leave to the Supreme Court under s. 40(1). A publication ban order issued by a superior court judge can be seen as a 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. Neither s. 40(3) of the Act nor s. 674 of the *Criminal Code* precludes an

voir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative, le ministère public ou l'accusé devraient présenter une requête au juge de première instance s'il a été désigné ou à un juge de la juridiction devant laquelle l'affaire sera entendue. Si la juridiction n'a pas été déterminée et ne peut l'être définitivement par renvoi aux dispositions législatives, la requête devrait être présentée à un juge d'une cour supérieure. Dans un procès par jury, la requête doit être entendue en l'absence du jury. Pour contester une interdiction en appel, le ministère public et l'accusé devraient recourir aux moyens d'appel qu'offre le *Code criminel*. Lorsque l'ordonnance initiale est rendue par un juge autre que le juge du procès, on devrait admettre une certaine flexibilité de la règle interdisant les attaques indirectes.

Le juge qui entend la requête en interdiction de publication a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner que des tiers soient avisés et de leur reconnaître qualité pour agir conformément aux règles provinciales de procédure en matière criminelle et aux principes de common law. Si des tiers souhaitent s'opposer à une requête, ils devraient assister à l'audition de la requête, présenter des observations afin d'obtenir qualité pour agir et, s'ils l'obtiennent, participer à la requête. Lorsque des tiers, en général les médias, contestent les ordonnances de non-publication rendues par les juges en vertu de leur pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative, ils ne peuvent recourir au *Code criminel* pour interjeter un appel direct. Si l'ordonnance de non-publication est rendue par un juge d'une cour provinciale, les tiers devraient demander un bref de *certiorari* à un juge d'une cour supérieure. La règle de common law n'autorise pas les interdictions de publication qui restreignent d'une manière injustifiable des droits garantis par la *Charte*, l'ordonnance qui met en application pareille interdiction de publication constitue une erreur de droit à la lecture du dossier. Si, traditionnellement, le *certiorari* a été limité du point de vue des redressements, lorsqu'un juge excède son pouvoir sous le régime de la règle de common law qui régit les interdictions de publication, les réparations qui peuvent être obtenues par suite d'une contestation par voie de *certiorari* contre l'action du juge devraient alors être élargies afin qu'elles soient les mêmes que celles qui peuvent être obtenues en vertu de la *Charte*. Pour contester le rejet d'une demande de *certiorari*, les tiers devraient interjeter appel de la décision du juge d'une cour supérieure à la cour d'appel en vertu du par. 784(1) du *Code criminel*. Pour contester le rejet d'un appel à la cour d'appel, ils devraient demander une autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Si l'interdiction de publica-

appeal to the Supreme Court under s. 40(1) in such cases.

Section 24(1) of the *Charter* is unavailable to challenge a publication ban since such a challenge can be framed in terms of error of law and since *certiorari* and s. 40(1) are available. Furthermore, given that a motion for a publication ban in the context of criminal proceedings is criminal in nature, the civil procedures avenues to challenge a ban are not available.

Here, the superior court judge who issued the publication ban order had jurisdiction to hear only the motions for a ban made by JD and RR, since a trial judge had already been appointed for LD and LM. The Court of Appeal did not have jurisdiction to hear the CBC's appeal, and this Court had jurisdiction to grant leave to appeal the Court of Appeal's decision and to draw these conclusions on the issue of jurisdiction. This Court also had jurisdiction under s. 40(1) to grant leave to appeal the initial order of the superior court judge. The CBC, however, did not seek leave to appeal this order. Because it would be unfair to penalize the CBC for not following the correct procedure where the correct procedure was unknown, because the issue of publication bans is of national importance, and because no one is prejudiced by the granting of leave, leave to appeal from that order should be granted under s. 40(1) *proprio motu, nunc pro tunc, ex post facto*.

This case deals with an error of law challenge to a publication ban imposed under a common law discretionary rule. Discretion conferred by a common law rule must be exercised within the boundaries set by the *Charter*; exceeding these boundaries results in a reversible error of law. The traditional common law rule governing publication bans — that there be a real and substantial risk of interference with the right to a fair trial

est ordonnée par un juge d'une cour supérieure, les tiers devraient la contester en demandant l'autorisation à la Cour suprême en vertu du par. 40(1). Une ordonnance de non-publication rendue par un juge d'une cour supérieure peut être considérée comme un 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. Ni le par. 40(3) de la Loi ni l'art. 674 du *Code criminel* n'excluent l'appel à la Cour suprême fondé sur le par. 40(1) dans de tels cas.

Il est impossible de recourir au par. 24(1) de la *Charte* pour contester une ordonnance de non-publication puisque l'on peut invoquer l'erreur de droit pour contester pareille ordonnance et parce qu'il est possible de recourir au *certiorari* et au par. 40(1). En outre, étant donné que les requêtes en interdiction de publication présentées dans le cadre de procédures criminelles sont de nature criminelle, il est impossible de recourir aux moyens de contestation d'une interdiction qui sont fondés sur les procédures civiles.

Le juge de la cour supérieure qui a rendu l'ordonnance de non-publication dans la présente affaire avait compétence pour entendre seulement les demandes d'interdiction de JD et de RR, puisqu'un juge avait déjà été désigné pour les procès de LD et de LM. La Cour d'appel n'avait pas compétence pour entendre l'appel de la SRC, alors que notre Cour avait compétence pour autoriser l'appel contre la décision de la Cour d'appel et pour tirer les présentes conclusions sur la question de la compétence. Notre Cour avait également compétence, en vertu du par. 40(1), pour accorder l'autorisation d'en appeler de l'ordonnance rendue initialement par le juge d'une cour supérieure. Toutefois, la SRC n'a pas demandé l'autorisation d'en appeler de cette ordonnance. Parce qu'il serait injuste de pénaliser la SRC pour ne pas avoir suivi la bonne procédure alors que celle-ci n'était pas connue, parce que la question des ordonnances de non-publication est d'importance nationale et que personne ne subira de préjudice du fait de l'octroi de l'autorisation, il y a lieu d'accorder l'autorisation d'en appeler de l'ordonnance conformément au par. 40(1) *proprio motu, nunc pro tunc, ex post facto*.

En l'espèce, il s'agit d'une contestation, fondée sur une erreur de droit, d'une ordonnance de non-publication rendue en vertu d'une règle de common law discrétionnaire. Le pouvoir discrétionnaire conféré par une règle de common law doit être exercé dans les limites prescrites par la *Charte*; excéder ces limites constitue une erreur de droit justifiant l'annulation. La règle de common law qui, traditionnellement, régissait les ordon-

— emphasized the right to a fair trial over the free expression interests of those affected by the ban and, in the context of post-*Charter* Canadian society, does not provide sufficient protection for freedom of expression. When two protected rights come into conflict, *Charter* principles require a balance to be achieved that fully respects the importance of both rights. A hierarchical approach to rights must be avoided, both when interpreting the *Charter* and when developing the common law. The common law rule governing publication bans must thus be reformulated in a manner that reflects the principles of the *Charter* and, in particular, the equal status given by the *Charter* to ss. 2(b) and 11(d). Given that publication bans, by their very definition, curtail the freedom of expression of third parties, the common law rule must be adapted so as to require a consideration of both the objectives of a publication ban, and the proportionality of the ban to its effect on protected *Charter* rights. The modified rule may be stated as follows: a publication ban should only be ordered when (a) such a ban is necessary in order to prevent a real and substantial risk to the fairness of the trial, because reasonably available alternative measures will not prevent the risk; and (b) the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects to the free expression of those affected by the ban. If the ban fails to meet this standard, then the judge committed an error of law in making the order and the challenge to the order on this basis should be successful. This standard reflects the substance of the *Oakes* test, which itself should be rephrased to recognize in the third step of the proportionality branch that there must be a proportionality not only between the deleterious effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question and the objective, but also between the deleterious and the salutary effects of the measures.

Publication bans, however, should not always be seen as a clash between freedom of expression for the media and the right to a fair trial for the accused. The clash model is more suited to the American constitutional context and should be rejected in Canada. Other important concerns have a place at each stage of the analysis that is required when considering whether a particular publication ban can be justified under the common law

nances de non-publication — l'existence d'un risque réel et important qu'il y ait entrave au droit à un procès équitable — accordait une plus grande importance au droit à un procès équitable qu'à la liberté d'expression de ceux qui étaient touchés par l'interdiction et, dans le cadre de la société canadienne maintenant dotée d'une *Charte*, n'offre pas une protection suffisante à la liberté d'expression. Lorsque deux droits sont en conflit, les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux droits. Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchie des droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. La règle de common law en matière d'ordonnances de non-publication doit donc être reformulée de manière à la rendre compatible avec les principes de la *Charte* et, en particulier, avec l'égalité de rang qu'accorde la *Charte* aux al. 2b) et 11d). Puisque, par définition même, les ordonnances de non-publication restreignent la liberté d'expression de tiers, la règle de common law doit être adaptée de façon à exiger l'examen, d'une part, des objectifs de l'ordonnance de non-publication et, d'autre part, de la proportionnalité de l'ordonnance quant à ses effets sur les droits garantis par la *Charte*. La règle modifiée pourrait être la suivante: une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si: a) elle est nécessaire pour écarter le risque réel et important que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque; et b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur la libre expression de ceux qui sont touchés par l'ordonnance. Si l'ordonnance ne satisfait pas à cette norme, alors, en la rendant, le juge a commis une erreur de droit et la contestation de l'ordonnance sur ce fondement doit être accueillie. Cette norme reflète l'essence du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, qui lui-même devrait être reformulé de manière à reconnaître, à la troisième étape du volet proportionnalité, qu'il doit y avoir proportionnalité non seulement entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et leur objectif, mais également entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques.

Les ordonnances de non-publication ne devraient toutefois pas toujours être considérées comme créant un conflit entre la liberté d'expression des médias et le droit de l'accusé à un procès équitable. Le modèle du conflit convient mieux au cadre constitutionnel américain et devrait être rejeté au Canada. D'autres considérations importantes entrent en jeu à chaque étape de l'analyse qui est requise lorsqu'il s'agit de déterminer si une ordonnance de non-publication donnée est justifiée sous le régime de la règle de common law. L'efficacité d'une

rule. The efficacy of a publication ban is also a relevant factor in this analysis.

The party claiming under the common law rule that a publication ban is necessary to avoid a real and serious risk to the fairness of the trial bears the burden of justifying the limitation on freedom of expression. He must prove that the proposed ban is necessary, in that it relates to an important objective that cannot be achieved by a reasonably available and effective alternative measure, that the proposed ban is as limited as possible, and that there is a proportionality between the salutary and deleterious effects of the ban. The fact that the party seeking the ban may be attempting to safeguard a constitutional right must be borne in mind when determining whether the proportionality test has been satisfied. The judge should, where possible, review the publication ban at issue. He must consider all other options besides the ban and find that there is no reasonable and effective alternative available. He must also limit the ban as much as possible. Lastly, the judge must weigh the importance of the objectives of the particular ban and its probable effects against the importance of the particular expression that will be limited to ensure that the positive and negative effects of the ban are proportionate.

The publication ban in this case cannot be upheld. While the ban was clearly directed toward preventing a real and substantial risk to the fairness of the trial of the four respondents, the initial ban was far too broad. It prohibited broadcast throughout Canada and even banned reporting on the ban itself. In addition, reasonable alternative measures were available to achieve the objective without circumscribing the expressive rights of third parties. The publication ban therefore cannot be supported under the common law. In purporting to order the ban under her common law discretionary authority, the superior court judge thus committed an error of law.

Per McLachlin J.: Court orders in the criminal sphere which affect an accused's *Charter* rights or his ability to enforce them are themselves subject to the *Charter*. The ban at issue in this case falls into this category. The publication ban was related to the protection of the respondents' constitutional right to a fair trial and may be viewed as a case of the criminal law being applied to vindicate the rule of law and the fundamental freedoms protected by the *Charter*. The ban was not made by Parliament or a legislature but can be considered an act of

ordonnance de non-publication est également un facteur dont il faut tenir compte dans le cadre de cette analyse.

C'est à la partie qui fait valoir, en se fondant sur la règle de common law, qu'une interdiction de publication est nécessaire pour écarter le risque réel et grave pour l'équité du procès, qu'incombe la charge de justifier la restriction de la liberté d'expression. Elle doit prouver que l'interdiction proposée est nécessaire parce qu'elle vise un objectif important qui ne peut être atteint par d'autres mesures raisonnables et efficaces, que l'interdiction proposée est aussi limitée que possible et qu'il y a proportionnalité entre ses effets bénéfiques et ses effets préjudiciables. Pour déterminer si le critère de proportionnalité est respecté, il faut tenir compte du fait que la partie qui tente d'obtenir l'interdiction puisse chercher à protéger un droit constitutionnel. Le juge devrait, dans la mesure du possible, examiner l'interdiction en cause. Il doit examiner toutes les options autres que l'interdiction et conclure qu'il n'existe aucune autre solution raisonnable et efficace. Il doit également restreindre l'interdiction autant que possible. Enfin, le juge doit comparer l'importance des objectifs de l'interdiction et ses effets probables avec celle de l'expression qui sera restreinte, afin de veiller à ce que ses effets positifs et négatifs soient proportionnels.

L'interdiction de publication prononcée en l'espèce ne peut être confirmée. Même si elle visait nettement à écarter le risque réel et important que le procès des quatre intimés soit inéquitable, l'ordonnance initiale était beaucoup trop générale. Elle interdisait la diffusion partout au Canada et interdisait même tout commentaire sur l'ordonnance elle-même. En outre, il existait d'autres moyens raisonnables d'atteindre les objectifs sans restreindre les droits d'expression des tiers. En conséquence, l'interdiction de publication ne peut être maintenue en common law. En voulant rendre l'ordonnance en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law, le juge de la cour supérieure a commis une erreur de droit.

Le juge McLachlin: Les ordonnances judiciaires rendues en matière criminelle qui portent atteinte aux droits garantis par la *Charte* à un accusé ou aux procédures par lesquelles ces droits peuvent être défendus sont elles-mêmes assujetties à l'application de la *Charte*. L'interdiction ordonnée en l'espèce entre dans cette catégorie. Elle visait à protéger le droit constitutionnel des intimés à un procès équitable et peut être considérée comme une affaire d'application du droit criminel pour défendre la primauté du droit et les libertés fondamentales garanties par la *Charte*. L'interdiction n'a pas été prononcée par le Parlement, ni par une législature, mais elle peut être

“government” in relation to a matter within the authority of Parliament or the legislatures.

Courts must be able to provide a full and effective remedy for any *Charter* infringement. This requires more than the opportunity to address the trial court prior to the issuance of the ban and must include recourse to an appellate tribunal. The appellate procedures proposed by Lamer C.J. for third party challenges of publication ban orders satisfy this minimal requirement. While they involve some extension of the common law remedy of *certiorari*, this extension is warranted in the case of appeals from publication bans and hence justified under s. 24(1) of the *Charter*. The extension is warranted because there is no other way that overbroad publication bans can effectively be limited on appeal. Given that the *Charter* applies to a court-ordered publication ban, such a ban might be challenged on the basis of error of law in that it constitutes a direct violation of the *Charter*. The proposed appellate procedures should not, however, be understood to derogate from the principle that criminal trials should not be interrupted and delayed for the purpose of pursuing interlocutory appeals.

The right to broadcast a fictional cinematic work falls squarely within the ambit of s. 2(b) of the *Charter* and the limits on freedom of expression imposed by the ban must be justified under s. 1. The objective of the ban was to preserve the respondents' rights to a fair trial and, in particular, to avoid the risk that an impartial jury could not be sworn, or if sworn, could not render a true verdict because of the poisonous effects of the publication. Under the proportionality branch of the *Oakes* test, a publication ban may be justified where there are special circumstances in a case which indicate a serious risk (as opposed to a speculative possibility) to the fairness of the trial, and provided that the ban goes no further than required to avoid the demonstrated risk of an unfair trial. It is not a question of deciding where the balance should be struck between a fair trial and freedom of expression. The right to a fair trial is fundamental and cannot be sacrificed. In general, the clash model is also largely inappropriate. The common law test governing the issuance of publication bans, properly applied, meets the requirements of justification of an infringing measure under s. 1. What is required is that the risk of an unfair trial be evaluated after taking full account of the

considérée comme un acte du «gouvernement» relativement à un domaine qui relève du Parlement ou des législatures.

Les tribunaux doivent pouvoir accorder une réparation pleine et efficace relativement à toute violation de la *Charte*. Cette réparation signifie davantage que la possibilité de se présenter devant le tribunal de première instance avant la délivrance de l'interdiction; elle doit comprendre le recours à un tribunal d'appel. Les procédures d'appel proposées par le juge en chef Lamer à l'égard des contestations par les tiers d'ordonnances de non-publication répondent à cette exigence minimale. Bien que ces procédures demandent un certain élargissement de la réparation de common law qu'est le *certiorari*, cet élargissement est justifié dans le cas d'appels d'interdictions de publication et, par conséquent, justifié sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*. L'élargissement est rendu légitime par l'absence de tout autre moyen de restreindre efficacement en appel les interdictions de publication excessivement larges. Comme la *Charte* est applicable à une ordonnance de non-publication rendue par un tribunal, cette ordonnance pourrait être contestée sur le fondement de l'erreur de droit parce qu'elle va directement à l'encontre de la *Charte*. Les procédures d'appel proposées ne devraient toutefois pas être considérées comme une dérogation au principe suivant lequel les procès criminels ne doivent pas être interrompus ni retardés à l'avantage des appels interlocutoires.

Le droit de diffuser un ouvrage cinématographique fictif relève clairement de la portée de l'al. 2b) de la *Charte*, et les restrictions à la liberté d'expression doivent être justifiées aux termes de l'article premier. L'interdiction visait à protéger le droit des intimés à un procès équitable et, en particulier, à éviter le risque qu'un jury impartial ne puisse être assermenté, ou s'il l'était, qu'il ne puisse rendre un verdict honnête en raison des incidences néfastes de la publication. Selon le volet de proportionnalité du critère établi dans *Oakes*, l'interdiction de publication peut être justifiée lorsque des circonstances particulières indiquent qu'il y a un risque élevé (par opposition à une possibilité conjecturale) que le procès soit inéquitable, pour autant que l'interdiction se limite à ce qui est nécessaire pour éliminer le risque établi que le procès soit inéquitable. Il ne s'agit pas de déterminer où se situe l'équilibre entre un procès équitable et la liberté d'expression. Le droit à un procès équitable est fondamental et ne peut être sacrifié. En général, le principe du conflit est également tout à fait inadéquat. Appliqué correctement, le critère qui, en common law, régit la délivrance d'ordonnances de non-publication satisfait aux exigences de justification, aux

general importance of the free dissemination of ideas and after considering measures which might offset or avoid the feared prejudice. Here, the judge ordering the ban failed to direct herself to the considerations which go to establishing rational connection and minimal impairment. It follows that the ban cannot be supported and must be set aside.

Per Gonthier J. (dissenting): The superior court judge was a court of competent jurisdiction to issue a publication ban in the cases of JD and RR; and, in doing so, she was bound to apply the *Charter* and her decision constituted the implementation of a *Charter* remedy under s. 24(1). She had no jurisdiction, however, to issue a ban on the applications of LD and LM who could only apply to their appointed trial judge. The question of whether there is a right of review or appeal of the ban order bearing on its correctness and conformity with the *Charter* rights of the persons affected thereby is a distinct issue. By referring to a "court of competent jurisdiction", s. 24(1) does not create courts of competent jurisdiction, but merely vests additional powers in courts which are already found to be competent independently of the *Charter*. Further, s. 24(1) does not of itself create a right of review or appeal from a decision of a court of competent jurisdiction where such a right is already provided by law. In this case, Lamer C.J.'s views as to rights of review by way of *certiorari* of publication ban orders by provincial court judges pursuant to the *Charter* and rights of appeal pursuant to s. 40 of the *Supreme Court Act* were agreed with.

Publication bans can be ordered to protect the fairness of a pending or current trial. The fact such bans restrict freedom of expression and freedom of the press means that they should be imposed only in exceptional cases. The exceptional nature of publication bans has been assured at common law by requiring that there be a real and substantial risk to the fairness of the trial. The application of the *Charter* to the evaluation of publication bans, while not directly altering the common law test, restructures the analysis to some extent. In terms of *Charter* review, determining the correct balance between fair trial and freedom of expression rights falls to the s. 1 analysis. Under s. 1, each party bears an initial burden of showing a *Charter* infringement. After that initial burden is discharged, the balancing of competing *Charter* rights is incompatible with a burden on

termes de l'article premier, d'une mesure qui viole un droit. Il est nécessaire d'évaluer le risque qu'un procès soit inéquitable après avoir bien tenu compte de l'importance générale de la libre transmission des idées et avoir considéré des mesures susceptibles d'éliminer ou d'éviter le préjudice redouté. En l'espèce, le juge qui a ordonné l'interdiction ne s'est pas suffisamment penché sur les facteurs dont il faut tenir compte pour établir le lien rationnel et l'atteinte minimale. Il s'ensuit que l'interdiction ne peut être maintenue et doit être annulée.

Le juge Gonthier (dissident): Le juge de la cour supérieure avait compétence pour ordonner l'interdiction de publication dans les cas de JD et de RR. Dans l'exercice de sa compétence, elle était tenue d'appliquer la *Charte*, et sa décision était la mise en application d'une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Elle n'avait toutefois pas compétence pour ordonner l'interdiction, à la demande de LD et de LM, qui auraient dû s'adresser au juge désigné de leur procès. La question de savoir s'il existe un droit de contrôle ou d'appel de l'ordonnance de non-publication, qui porte sur la justesse de la décision et sa conformité aux droits garantis par la *Charte* aux personnes touchées, est une question distincte. En faisant référence à un «tribunal compétent», le par. 24(1) ne crée aucun tribunal compétent, il confère uniquement des pouvoirs accrus aux tribunaux qui sont déjà réputés compétents indépendamment de la *Charte*. En outre, le par. 24(1) ne crée de lui-même aucun droit de contrôle ou d'appel de la décision d'un tribunal compétent lorsque ce droit est déjà prévu dans la loi. En l'espèce, l'opinion exprimée par le juge en chef Lamer relativement au droit de contrôle, par voie de *certiorari*, des ordonnances de non-publication rendues par un juge d'une cour provinciale conformément à la *Charte* et au droit d'appel prévu à l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, est acceptée.

L'interdiction de publication peut être ordonnée en vue de préserver le caractère équitable d'un procès à venir ou en cours. Du fait qu'elle restreint la liberté d'expression et la liberté de presse, on ne doit y avoir recours que dans les cas exceptionnels. En common law, on a préservé le caractère exceptionnel des interdictions de publication en exigeant l'existence d'un risque réel et important d'atteinte au droit à un procès équitable. Bien qu'elle ne modifie pas directement le critère de common law, l'application de la *Charte* à l'examen d'une interdiction de publication modifie dans une certaine mesure la structure de l'analyse. Pour déterminer le juste équilibre entre le droit à un procès équitable et la liberté d'expression, on aura recours à l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*. Dans le cadre de l'article premier, il incombe à chaque partie d'établir qu'il y a eu

either party and the s. 1 analysis should be carried on without privileging or disadvantaging either of the rights at issue. The validity of imposing a ban under s. 1 will be determined almost exclusively at the second and third branches of the proportionality part of the *Oakes* test since the other elements of the test are easily satisfied. The second or minimal impairment branch requires that bans be carefully limited both in terms of temporal and geographic application, and requires evaluation of alternative measures to protect the right to a fair trial. The third branch requires proportionality between the effects of the measure limiting the freedoms in question and the objective, and also proportionality between the salutary and deleterious effects of that measure.

Thus, in analysing publication bans through s. 1, the essence of the decision to issue a ban or not is a balancing of various factors to determine whether such a preventive measure is a necessary and reasonable response to the facts of any given case. The trial judge must consider the nature of the threat to the fairness of the trial, including the susceptibility of juries to being influenced, the extent of the restriction on freedom of expression and the availability of alternative measures. It is not necessary, however, for the trial judge to determine with certainty that the alternative measures would be insufficient to protect the fairness of the trial. What is required is that the trial judge be satisfied that the publication will create a real and substantial risk to the fairness of the trial, which available alternative measures will not prevent. Where circumstances permit it is desirable for the trial judge to review the proposed publication as part of the evidence before determining whether to issue a ban. Finally, the decision of a trial judge, made after weighing all the factors, should not be interfered with unless it is based on an error in principle or it cannot be reasonably supported on the evidence.

Here, the superior court judge did not err in banning the broadcast of the mini-series until the end of the pending trials some eight months later. The mini-series was a work of fiction based on a number of similar, "almost interchangeable", cases which was to be shown in prime time to a potentially huge audience. On the basis of the evidence, it was open to the judge to find that even though the mini-series was not directly about

violation de la *Charte*. Une fois que l'on s'est acquitté de ce premier fardeau, aucun fardeau ne devrait être imposé à l'une ou l'autre partie dans le cadre de la pondération de droits opposés garantis par la *Charte*, et l'analyse fondée sur l'article premier ne devrait privilégier ou désavantager ni l'un ni l'autre droit. La validité d'une interdiction sera déterminée presque exclusivement suivant la seconde et la troisième étapes du volet proportionnalité du critère formulé dans l'arrêt *Oakes*, puisque les autres éléments de ce critère sont facilement respectés. La seconde étape, l'étape de l'atteinte minimale, requiert que l'interdiction soit soigneusement circonscrite dans le temps et quant aux endroits où elle s'applique, et commande également l'examen d'autres mesures susceptibles de garantir le droit à un procès équitable. La troisième étape commande la proportionnalité entre les effets de la mesure qui restreint les libertés en question et son objectif, et la proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de cette mesure.

Par conséquent, dans l'analyse d'une interdiction de publication par le prisme de l'article premier, la décision d'ordonner ou non une interdiction repose essentiellement sur la pondération de divers facteurs en vue de déterminer si le recours à cette mesure préventive est nécessaire et raisonnable compte tenu des faits d'une affaire donnée. Le juge du procès doit considérer la nature de la menace posée à l'équité du procès, dont la possibilité que les jurés soient influencés, l'ampleur de la restriction à la liberté d'expression et l'existence d'autres mesures. Il n'est en revanche pas nécessaire que le juge du procès détermine avec certitude que les autres mesures ne suffiraient pas à garantir l'équité du procès. Il suffit qu'il soit convaincu que la publication engendrera un risque réel et important quant à l'équité du procès, risque que les autres mesures n'écarteront pas. Lorsque les circonstances le permettent, il est souhaitable que le juge du procès examine la publication prévue, à titre d'élément de preuve, avant de se prononcer sur l'interdiction. Enfin, la décision qu'un juge du procès rend après avoir pesé tous les facteurs ne devrait être modifiée que si elle est fondée sur une erreur de principe ou qu'elle ne peut être raisonnablement étayée par la preuve.

En l'espèce, le juge de la cour supérieure n'a pas commis d'erreur en interdisant la diffusion de la mini-série jusqu'à la fin des procès, soit quelque huit mois plus tard. La mini-série était une œuvre de fiction fondée sur de nombreuses affaires semblables, «pour ainsi dire interchangeables», et devait être présentée aux heures de grande écoute à un auditoire potentiellement énorme. Le juge pouvait conclure, sur le fondement de

any of the respondents, it would have seriously compromised the possibility of finding an impartial jury given the context of widespread prior publicity, and that the alternative measures were bound to be ineffective. Though this test differs on a formal level from the “real and substantial risk” test, they are equivalent in substance. While the ban temporarily denied the appellants their freedom of expression, this impairment was very minor. The mini-series is a work of fiction, not a news event, and could be broadcast later with minimal inconvenience. Commercial loss cannot justify risking an accused’s right to a fair trial, especially when a portion of the losses can be recouped when the mini-series is eventually broadcast. Finally, the purpose of provoking public exploration of the issues of child physical and sexual abuse, as an integral part of a process of seeking solutions, was not frustrated by the temporary ban. These issues would still have been topical at the end of the pending trials. The geographic scope of the ban, however, was clearly overly broad. Since there was no legal possibility that the trials could be moved outside Ontario, the ban should have been limited to any broadcast in the province and to CBMT-TV in Montreal.

Per La Forest J. (dissenting): There is no direct appeal to this Court under s. 40 of the *Supreme Court Act* from the superior court judge’s order. On the basis of the reasoning in support of such an appeal, applications for leave from any number of interlocutory rulings in criminal proceedings could be made to this Court. The appellants, however, are not without remedy. Apart from declaratory actions, a remedy might well be available under s. 24(1) of the *Charter* even against a decision of a superior court judge. Since a decision made under that provision is not otherwise open to appeal, it is a final order within the meaning of s. 40 of the *Supreme Court Act*, and so open to appeal with leave to this Court. No other avenue or appeal route was available to the appellants to challenge the ban.

The ban order is not immune from *Charter* scrutiny by reason only that it is a court order. The order is one exercised pursuant to a discretionary power directed at the governmental purpose of ensuring a fair trial. It is a by-product, in this case having effect outside the criminal process, of the institution by the Crown of criminal proceedings. The fact that the rule under which it was made was judicially created does not matter. The *Char-*

la preuve, que, même si la mini-série ne traitait directement d’aucun des intimés, elle aurait gravement compromis la sélection d’un jury impartial étant donné l’énorme publicité entourant déjà l’affaire, et que les autres mesures ne pouvaient qu’être inefficaces. Bien que ce critère diffère sur le plan formel de celui du «risque réel et important», sur le fond, ils s’équivalent. Bien que l’interdiction ait temporairement nié aux appelants leur liberté d’expression, cette atteinte était très mineure. La mini-série est une œuvre de fiction et non de l’information. Elle pouvait donc être présentée ultérieurement sans trop d’inconvénients. La perte commerciale ne peut justifier que l’on compromette le droit d’un accusé à un procès équitable, particulièrement lorsqu’une partie de cette perte peut être récupérée lors de la diffusion subséquente de la mini-série. Enfin, l’objectif de provoquer la discussion publique des questions de l’abus physique et sexuel d’enfants dans le cadre d’un processus de recherche de solutions n’a pas été frustré par l’interdiction temporaire. Ces questions auraient toujours été d’actualité à la fin des procès. La portée géographique de l’interdiction était toutefois nettement excessive. Puisqu’il était en droit impossible que les procès se déroulent à l’extérieur de l’Ontario, l’interdiction aurait dû être limitée à toute diffusion dans la province et par CBMT-TV à Montréal.

Le juge La Forest (dissent): Il n’existe pas de droit d’appel direct à notre Cour de la décision du juge de la cour supérieure en vertu de l’art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*. Suivant le raisonnement qui soutendrait un tel droit d’appel, il serait possible de présenter à notre Cour des demandes d’autorisation d’appel d’un grand nombre de décisions interlocutoires en matière criminelle. Les appelants ne sont toutefois pas sans recours. Outre les actions déclaratoires, il pourrait y avoir un recours en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, même contre une décision d’un juge d’une cour supérieure. Puisqu’une décision rendue en vertu de cette disposition ne donne par ailleurs pas droit d’appel, il s’agit d’une ordonnance définitive au sens de l’art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, et elle peut donc faire l’objet d’un appel, après autorisation, devant notre Cour. Les appelants ne disposaient d’aucun autre recours ou moyen d’appel pour contester l’interdiction.

L’ordonnance de non-publication n’est pas à l’abri de toute analyse fondée sur la *Charte* simplement parce qu’il s’agit d’une ordonnance judiciaire. L’ordonnance est rendue conformément à un pouvoir discrétionnaire qui vise un objectif gouvernemental, celui de garantir la tenue d’un procès équitable. Elle est un sous-produit, lequel en l’espèce se répercute à l’extérieur du processus criminel, des procédures entamées au criminel par le

ter applies to common law as well as to statutes. Since the effect of the order was the infringement of the appellants' *Charter* right to freedom of expression to serve a governmental purpose, the order may be subjected to *Charter* scrutiny.

If an expansion of *certiorari* jurisdiction is to be permitted when publication bans made by provincial court judges are being challenged, discretion to grant such a remedy should be exercised in a restrained manner to avoid undue interference with the trial process. It might, in fact, be as well simply to leave third parties the right to apply for a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. That remedy is itself discretionary. It is akin to a court's discretionary power to grant a declaration and should be exercised with similar restraints.

Although it is unnecessary to consider the substantive issue, the following comments could be made in light of the disposition of the case by the Court. There is agreement with Lamer C.J. that the common law rule did not give sufficient protection to freedom of expression, and substantial agreement with his list of factors a judge should consider in determining whether a ban should issue. The extent to which a ban could disrupt the trial is another factor that should be weighed.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Freedom of expression is a fundamental value in our free and democratic society. The jurisdictional issue raised in this case, however, concerns the right of appeal, not the right to freedom of expression. The right to freedom of expression is protected by access to an initial remedy. While the axiom "where there is a right, there is a remedy" may not be absolute, when a person alleges a wrong, that person is entitled to submit his case to a forum in order to try to obtain redress. Here, the CBC was provided with such an opportunity: the CBC had standing and was heard by a court of law prior to the issuance of the publication ban. Even though the CBC was unsuccessful in preventing the issuance of the publication ban, it still had access to an initial remedy. Consequently, the jurisdictional question raised by this appeal is not whether the CBC should have access to a remedy but whether the CBC should have a right to appeal a decision with which they are not satisfied.

ministère public. Le fait que la règle en vertu de laquelle elle a été rendue est d'origine prétorienne n'importe pas. La *Charte* s'applique à la common law tout autant qu'aux lois. Puisque l'ordonnance a eu pour effet de porter atteinte à la liberté d'expression que la *Charte* garantit aux appelants pour servir un objectif gouvernemental, elle peut être analysée au regard de la *Charte*.

Si l'élargissement de la compétence en matière de *certiorari* est permis, lorsqu'une ordonnance de non-publication rendue par un juge d'une cour provinciale est contestée, le pouvoir discrétionnaire d'accorder cette réparation devrait être restreint de façon à éviter toute entrave déraisonnable au procès. Il se peut en fait qu'il soit tout aussi préférable de laisser simplement aux tiers le droit de demander une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Cette réparation est elle-même discrétionnaire. Elle s'apparente au pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de prononcer un jugement déclaratoire et devrait être assujettie aux mêmes restrictions.

Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'examiner la question de fond, il y a lieu de faire les commentaires suivants compte tenu de la façon dont la Cour tranche le pourvoi. L'opinion du juge en chef Lamer voulant que la règle de common law n'offrait pas suffisamment de protection à la liberté d'expression est acceptée, de même que, pour l'essentiel, la liste de facteurs qu'il énumère et qu'un juge devrait considérer pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner l'interdiction. Un autre facteur à considérer est la mesure dans laquelle une interdiction est susceptible de perturber le procès.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La liberté d'expression est une valeur fondamentale de notre société libre et démocratique. La question de compétence soulevée en l'espèce porte toutefois sur le droit d'appel et non sur le droit à la liberté d'expression. Celui-ci est garanti par la possibilité d'avoir accès à un remède initial. L'axiome suivant lequel «tout droit est assorti d'une réparation» n'est peut-être pas absolu, mais la personne qui allègue un tort a le droit de présenter sa cause devant un tribunal pour tenter d'obtenir réparation. La SRC a eu cette possibilité: elle a obtenu qualité pour agir et a été entendue par une cour de justice avant la délivrance de l'ordonnance de non-publication. Elle a donc eu accès à un remède initial, même si elle n'a pas réussi à empêcher que l'ordonnance de non-publication soit rendue. Par conséquent, la question de compétence soulevée en l'espèce n'est pas de savoir si la SRC devrait avoir accès à un remède, mais bien plutôt si elle devrait avoir le droit d'interjeter appel d'une décision dont elle n'est pas satisfaite.

In this respect, the jurisdictional question has broad implications. If the media are permitted to appeal a publication ban issued in the criminal context then every third party will be able to appeal any interlocutory order issued in the criminal context which they believe infringes their *Charter* rights. Such a broad interlocutory right of appeal will result in significant delay to the trial process, will adversely impact upon the accused's *Charter* right to be tried within a reasonable time and will adversely affect the administration of justice.

With this broad context in mind, this Court is found to have no jurisdiction to entertain this appeal. Similarly, there was no jurisdiction in the Court of Appeal to hear this appeal. In our free and democratic society, a right of appeal is not available in every situation. With the exception of the possibility of a limited common law jurisdictional appeal, a right of appeal exists only if specifically provided by statute. Here, the *Criminal Code* does not provide for such a right. Furthermore, since this appeal qualifies as a proceeding in respect of an indictable offence, s. 674 of the *Code* does not authorize any other proceedings through which the ban can be challenged. Even assuming, however, that s. 674 does not restrict the scope of s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, s. 40(1) still does not provide this Court with jurisdiction to hear an appeal such as this one from an interlocutory criminal order. To hold otherwise would be inconsistent with the jurisprudence of this Court. Section 40(1) was intended to confer broad appellate jurisdiction on this Court, but it was not intended to override the principle against interlocutory criminal appeals. This principle is equally applicable to the accused, the Crown and third parties. While an order affecting a third party issued during a criminal proceeding may be final with respect to that third party, it is interlocutory with respect to the accused. Since the focus in criminal proceedings must be on the accused and the determination of guilt and innocence, to the extent that the order is interlocutory from the accused's point of view it should not be subject to a third party appeal unless the right to such an appeal is specifically and clearly provided by statute. Section 40(1) does not meet this test. Just as it has not been interpreted to provide parties to criminal proceedings with an interlocutory right of appeal, it should not be so interpreted with respect to third parties. Finally, the *Charter* does not confer appellate jurisdiction. Section 24(1) cannot provide a right of appeal where none is provided by law. It is only if there were no access whatsoever to an initial remedy that s. 24(1) might confer jurisdiction to provide an initial remedy, such as giv-

À cet égard, la question de compétence a des conséquences importantes. Si les médias peuvent en appeler d'une ordonnance de non-publication prononcée dans un contexte criminel, alors tous les tiers pourraient interjeter appel de toute ordonnance interlocutoire rendue en matière criminelle qui, à leur avis, porte atteinte aux droits que leur garantit la *Charte*. Un droit d'appel aussi général à l'encontre d'une ordonnance interlocutoire entraînera des délais importants dans le procès et portera préjudice d'une part, au droit de l'accusé, garanti par la *Charte*, d'être jugé dans un délai raisonnable et, d'autre part, à l'administration de la justice.

En gardant à l'esprit ce contexte général, notre Cour n'a pas compétence pour entendre le présent pourvoi. Il en est de même de la Cour d'appel. Dans une société libre et démocratique comme la nôtre, on ne peut se prévaloir d'un droit d'appel dans tous les cas. Sauf pour ce qui est de la possibilité qu'il existe en common law un droit d'appel limité en matière de compétence, le droit d'appel n'existe que s'il est explicitement prévu par une loi. En l'espèce, le *Code criminel* ne prévoit pas un tel droit d'appel. En outre, puisque le présent pourvoi est une procédure concernant un acte criminel, l'art. 674 du *Code* n'autorise aucune autre procédure de contestation de l'interdiction. Même en supposant toutefois que l'art. 674 ne restreigne pas la portée du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, le par. 40(1) ne confère quand même pas à notre Cour compétence pour entendre un pourvoi comme celui dont la Cour est saisie contre une ordonnance interlocutoire en matière criminelle. Conclure autrement irait à l'encontre de la jurisprudence de notre Cour. Bien que le par. 40(1) ait été destiné à conférer une compétence générale d'appel à notre Cour, il ne devait pas avoir pour effet de renverser le principe selon lequel les appels interlocutoires en matière criminelle sont interdits. Ce principe s'étend à l'accusé, au ministère public et aux tiers. Si l'ordonnance touchant un tiers, rendue au cours d'une procédure criminelle, peut être définitive quant au tiers, elle est toutefois interlocutoire quant à l'accusé. Puisque, dans les procédures criminelles, l'accent doit demeurer sur l'accusé et la détermination de sa culpabilité ou de son innocence, dans la mesure où elle est interlocutoire du point de vue de ce dernier, l'ordonnance ne devrait pas être assujettie à l'appel de la part d'un tiers, à moins que le droit à un tel appel ne soit explicitement et clairement prévu par une loi. Le paragraphe 40(1) ne satisfait pas à ce critère. Tout comme on ne l'a pas interprété comme accordant aux parties à une procédure criminelle le droit d'interjeter appel d'une ordonnance interlocutoire, on ne devrait pas l'interpréter ainsi relativement aux tiers. Enfin, la *Charte* ne confère pas de compétence en matière d'ap-

ing a third party standing to raise the issue. However, this is not such a case. If third party interlocutory criminal appellate procedures are needed, it is Parliament, not the courts, which must develop such procedures.

With respect to the applicability of the *Charter* to court orders, while some judicial activity may be subject to the *Charter*, a court order *per se* is not. The *Charter* therefore does not apply to the impugned publication ban. The *Charter* does, however, apply to the common law governing the issuance of publication bans.

The initial motion for a publication ban should be made before the appointed trial judge wherever possible. Since a trial judge had already been appointed for LD and LM, the superior court judge had no jurisdiction to hear their motions for a publication ban.

On the substantive issue, had jurisdiction been found in this Court to entertain this appeal, Gonthier J.'s reasons would have been agreed with. The common law rule governing the issuance of publication bans in the criminal law context is consistent with the *Charter* and the superior court judge did not commit any reviewable error in exercising her discretion and applying the common law rule to the facts of this case and determining that a publication ban was necessary.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Referred to: *Steiner v. Toronto Star Ltd.*, [1956] O.R. 14; *R. v. Begley* (1982), 38 O.R. (2d) 549; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449; *R. v. Vaillancourt* (1990), 76 C.C.C. (3d) 384; *R. v. Swietlinski*, [1994] 3 S.C.R. 481; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Litchfield*,

pel. Le paragraphe 24(1) ne peut conférer un droit d'appel lorsque aucune loi n'en prévoit. Ce n'est que lorsqu'il n'existe aucune possibilité quelconque de demander une réparation initiale que le par. 24(1) pourrait habiliter la cour à en accorder une, comme celle de donner aux tiers qualité pour soulever la question. Ce n'est toutefois pas le cas ici. Si des procédures d'appel interlocutoire en matière criminelle en faveur de tiers sont nécessaires, il appartient au législateur et non à la cour de les élaborer.

Pour ce qui est de l'applicabilité de la *Charte* aux ordonnances judiciaires, bien qu'une certaine activité judiciaire puisse être visée par la *Charte*, une ordonnance judiciaire ne l'est pas en soi. La *Charte* ne s'applique donc pas à l'ordonnance de non-publication contestée. En revanche, elle s'applique à la règle de common law à laquelle sont soumises les ordonnances de non-publication.

Dans la mesure du possible, la requête initiale visant à interdire la publication devrait être soumise au juge désigné pour le procès. Puisqu'un juge du procès avait déjà été désigné pour LD et LM, le juge de la cour supérieure n'avait pas compétence pour entendre leurs requêtes visant à obtenir une ordonnance de non-publication.

Quant à la question de fond, si notre Cour avait été jugée compétente pour entendre le pourvoi, les motifs du juge Gonthier auraient été acceptés. La règle de common law en matière d'ordonnances de non-publication dans le contexte de poursuites criminelles est compatible avec la *Charte*, et le juge de la cour supérieure n'a commis aucune erreur susceptible d'être révisée dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire dans son application aux faits de l'espèce de la règle de common law ou dans sa conclusion portant que l'interdiction de publication était nécessaire.

Jurisprudence

^h Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *Steiner c. Toronto Star Ltd.*, [1956] O.R. 14; *R. c. Begley* (1982), 38 O.R. (2d) 549; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449; *R. c. Vaillancourt* (1990), 76 C.C.C. (3d) 384; *R. c. Swietlinski*, [1994] 3 R.C.S. 481; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R.*

[1993] 4 S.C.R. 333; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Ex parte Telegraph Plc.*, [1993] 2 All E.R. 971; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906.

By McLachlin J.

Referred to: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455.

By Gonthier J. (dissenting)

Mills v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 863; *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976); *R. v. Keegstra (No. 2)* (1992), 127 A.R. 232; *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 10 C.C.C. (3d) 97; *Attorney General v. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273; Eur. Court H. R., *Sunday Times* case, judgment of 26 April 1979, Series A No. 30; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *Ex parte Telegraph Plc.*, [1993] 2 All E.R. 971; *CBC v. Keegstra*, [1987] 1 W.W.R. 719.

By La Forest J. (dissenting)

RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 S.C.R. 573; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. S. (T.), [1994] 3 S.C.R. 952, aff'g (1993), 109 Sask. R. 96; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Edmonton*

Litchfield, [1993] 4 R.C.S. 333; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Ex parte Telegraph Plc.*, [1993] 2 All E.R. 971; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906.

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Mills c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 863; *Nebraska Press Assn. c. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976); *R. c. Keegstra (No. 2)* (1992), 127 A.R. 232; *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 10 C.C.C. (3d) 97; *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273; Cour eur. D. H., affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *Ex parte Telegraph Plc.*, [1993] 2 All E.R. 971; *CBC c. Keegstra*, [1987] 1 W.W.R. 719.

Citée par le juge La Forest (dissident)

SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. S. (T.), [1994] 3 R.C.S. 952, conf. (1993), 109 Sask. R. 96; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Edmonton*

- Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012; *Kourtesis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965; *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; *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; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750.
- Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012; *Kourtesis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965; *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; *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; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750.

Statutes and Regulations Cited

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), 7, 11(b), (d), 12, 13, 14, 24(1), 32.
- Constitution Act, 1982*, s. 52.
- Contempt of Court Act 1981* (U.K.), 1981, c. 49, s. 2(2).
- Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 6.
- Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 743.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 9 [rep. & sub. c. 27 (1st Suppl.), s. 6], 10, 468, 469 [am. c. 27 (1st Suppl.), s. 62], 517, 539 [*idem*, s. 97], 553 [rep. & sub. *idem*, ss. 104; am. 1992, c. 1, s. 58(1) (Sch. 1, item 11)], 555 [am. c. 27 (1st Suppl.), ss. 106 and 203], 674, 784(1), 798.
- Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, s. 14(1)(f).
- Ontario Court of Justice Criminal Proceedings Rules*, SI/92-99, r. 6.04(1).
- Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37], (3).
- Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 5 [am. c. 24 (2nd Suppl.), s. 3].

Authors Cited

- Bailey, S. H. "The Contempt of Court Act 1981" (1982), 45 *Mod. L. Rev.* 301.

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2(b), 7, 11(b), (d), 12, 13, 14, 24(1), 32.
- Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 743.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 9 [abr. & rempl. ch. 1 (4^e suppl.), art. 18 (ann. I, n^o 3)], 10, 468, 469 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 62], 517, 539 [*idem*, art. 97], 553 [abr. & rempl. *idem*, art. 104; mod. 1992, ch. 1, art. 58(1) (ann. 1, art. 11)], 555 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 106 et 203], 674, 784(1), 798.
- Contempt of Court Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 49, art. 2(2).
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.
- Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 14(1)(f).
- Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37], (3).
- Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 5 [mod. ch. 24 (2^e suppl.), art. 3].
- Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 6.
- Règles de procédure en matière criminelle de la Cour de justice de l'Ontario*, TR/92-99, r. 6.04(1).

Doctrine

- Bailey, S. H. «The Contempt of Court Act 1981» (1982), 45 *Mod. L. Rev.* 301.

- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 56. *Public and Media Access to the Criminal Process*. Ottawa: The Commission, 1987.
- Ergec, Rusen. "La liberté d'expression, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire", [1993] *Rev. trim. dr. h.* 171. ^a
- Harris, D. J. "Decisions on the European Convention on Human Rights During 1979" (1979), 50 *Brit. Y.B. Int. L.* 257.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf). ^b
- Jamal, Mahmud, and H. Patrick Glenn. "Selective Legality: The Common Law Jurisdictional Appeal" (1994), 73 *Can. Bar Rev.* 142.
- Lepofsky, M. David. *Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings*. Toronto: Butterworths, 1985. ^c
- Linden, Allen M. "Limitations on Media Coverage of Legal Proceedings: A Critique and Some Proposals for Reform". In Philip Anisman and Allen M. Linden, eds., *The Media, the Courts and the Charter*. Toronto: Carswell, 1986, 301. ^d
- Mann, F. A. "Contempt of Court in the House of Lords and the European Court of Human Rights" (1979), 95 *L.Q.R.* 348. ^e
- Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.
- Toronto Star*, November 29, 1992, p. H1, "Film gives voice to abuse victims". ^f
- APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 12 O.R. (3d) 239, 59 O.A.C. 310, 99 D.L.R. (4th) 326, 12 C.R.R. (2d) 229, varying a publication ban order made by Gotlib J. Appeal allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.
- W. Ian C. Binnie, Q.C., Malcolm Mercer and Daniel J. Henry*, for the appellants. ^h
- Peter A. E. Shoniker and Joseph J. Markson*, for the respondents. ⁱ
- James K. Stewart and Lori Sterling*, for the intervener the Attorney General for Ontario.
- Julius H. Grey*, for the intervener John Newton Smith. ^j
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 56. *L'accès du public et des médias au processus pénal*. Ottawa: La Commission, 1987.
- Ergec, Rusen. «La liberté d'expression, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire», [1993] *Rev. trim. dr. h.* 171.
- Harris, D. J. «Decisions on the European Convention on Human Rights During 1979» (1979), 50 *Brit. Y.B. Int. L.* 257.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Jamal, Mahmud, and H. Patrick Glenn. «Selective Legality: The Common Law Jurisdictional Appeal» (1994), 73 *R. du B. can.* 142.
- Lepofsky, M. David. *Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings*. Toronto: Butterworths, 1985.
- Linden, Allen M. «Limitations on Media Coverage of Legal Proceedings: A Critique and Some Proposals for Reform». In Philip Anisman and Allen M. Linden, eds., *The Media, the Courts and the Charter*. Toronto: Carswell, 1986, 301.
- Mann, F. A. «Contempt of Court in the House of Lords and the European Court of Human Rights» (1979), 95 *L.Q.R.* 348.
- Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.
- Toronto Star*, 29 novembre 1992, p. H1, «Film gives voice to abuse victims». ^f
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 12 O.R. (3d) 239, 59 O.A.C. 310, 99 D.L.R. (4th) 326, 12 C.R.R. (2d) 229, qui a modifié une ordonnance de non-publication rendue par le juge Gotlib. Le pourvoi est accueilli, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.
- W. Ian C. Binnie, c.r., Malcolm Mercer et Daniel J. Henry*, pour les appelants. ^h
- Peter A. E. Shoniker et Joseph J. Markson*, pour les intimés. ⁱ
- James K. Stewart et Lori Sterling*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.
- Julius H. Grey*, pour l'intervenant John Newton Smith. ^j

Richard G. Dearden and Randall J. Hofley, for the intervener the Canadian Association of Journalists.

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

LAMER C.J. —

I. Factual Background

This is an appeal from the judgment dated December 5, 1992 of the Ontario Court of Appeal restraining the Canadian Broadcasting Corporation (“CBC”) from broadcasting a mini-series co-produced by the National Film Board of Canada (“NFB”) anywhere in Ontario or on the English-language station CBMT-TV in Montreal until the completion of the criminal trials of the four respondents.

The respondents (Lucien Dagenais, Léopold Monette, Joseph Dugas and Robert Radford) are either former or present members of a Catholic religious order known as the Christian Brothers. They were all charged with physical and sexual abuse that allegedly took place in Catholic training schools where the respondents were teachers and the victims were young boys in their care.

At the time of the hearing on the publication ban, the trials of the four respondents were being heard or were scheduled to be heard in the Ontario Court of Justice (General Division) in front of judge and jury. All of the respondents had been pre-tried and there was no prospect of pre-trial resolution. Dagenais was in week five of his trial before Soublière J. Monette was scheduled to be tried before Cusson J. from February 1 to February 26, 1993. Trial judges had not yet been named for Radford or Dugas, but Radford’s trial was scheduled to run from April 5 to May 4, 1993, and Dugas’ trial was scheduled to commence some time between May 31 and July 2, 1993.

In early November, the appellant CBC began advertising the nation-wide broadcast of a four-

Richard G. Dearden et Randall J. Hofley, pour l’intervenante l’Association canadienne des journalistes.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Les faits

Le présent pourvoi est formé à l’encontre de l’arrêt par lequel la Cour d’appel de l’Ontario a, le 5 décembre 1992, interdit au réseau anglais de la Société Radio-Canada («SRC») de diffuser une mini-série coproduite par l’Office national du film du Canada («ONF») partout en Ontario et par la station anglaise CBMT-TV à Montréal, jusqu’à ce que les procès criminels des quatre intimés soient terminés.

Ces derniers (Lucien Dagenais, Léopold Monette, Joseph Dugas et Robert Radford) sont membres ou anciens membres de l’ordre religieux catholique des Frères des écoles chrétiennes. Ils ont tous été accusés d’avoir, au moment où ils enseignaient dans des centres catholiques d’éducation surveillée, abusé physiquement et sexuellement de jeunes garçons alors confiés à leurs soins.

Au moment de l’audition sur l’interdiction de publication, les procès des quatre intimés étaient tenus ou devaient être tenus devant la Cour de justice de l’Ontario (Division générale) par un juge et un jury. Tous les intimés avaient subi leur enquête préliminaire et rien ne laissait prévoir un règlement préalable au procès. Cinq semaines s’étaient écoulées dans le procès de Dagenais devant le juge Soublière. Le procès de Monette devait être tenu devant le juge Cusson du 1^{er} au 26 février 1993. Les juges du procès n’avaient pas encore été désignés dans les cas de Radford et Dugas, mais le procès de Radford devait se tenir du 5 avril au 4 mai 1993, et celui de Dugas devait commencer entre le 31 mai et le 2 juillet 1993.

Au début de novembre, l’appelante SRC a annoncé la diffusion partout au pays d’une mini-

hour mini-series entitled *The Boys of St. Vincent*, a fictional account of sexual and physical abuse of children in a Catholic institution. The broadcast was to be in two two-hour segments, one on Sunday evening, December 6, 1992, and the other on the following evening.

Soublière J. was scheduled to charge the jury in Dagenais' trial on December 7. On December 3, defence counsel brought an application before Soublière J. requesting that he charge the jury on December 4 instead of on December 7 or that he sequester the jury over the weekend of December 5 and 6. Soublière J. declined to do either but he did direct the jury not to watch the broadcast.

On December 4, 1992, the respondents turned to Madam Justice Gotlib, a colleague of Soublière J. in the Ontario Court of Justice (General Division). They applied for an interlocutory injunction under the Ontario *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, restraining the CBC from broadcasting *The Boys of St. Vincent* and from publishing in any media any information relating to the proposed broadcast of that program. At the beginning of the hearing the application was amended to indicate that the application was for an injunction to last until the end of the four trials. Gotlib J. of the Ontario Court of Justice granted an interlocutory injunction prohibiting the broadcast of *The Boys of St. Vincent* anywhere in Canada until the completion of the trials of the respondents.

The respondents also requested and were granted an order permitting the hearing of the application on short notice. In addition, they requested and were granted an order prohibiting the publication of the fact of the application, or any material relating to it, pending completion of the four trials (but not including any time involved in an appeal process).

The NFB, John Newton Smith, and Thomson Newspapers Company Limited were added as appellants on appeal. The Court of Appeal heard the appeal from Gotlib J.'s judgment on December 5, 1992, affirmed the lower court's decision to

série de quatre heures intitulée *The Boys of St. Vincent* (*Les garçons de Saint-Vincent*), un récit fictif d'abus sexuels et physiques infligés à des enfants dans une institution catholique. La série devait être diffusée en deux épisodes de deux heures, le premier, le dimanche 6 décembre 1992 en soirée et le second, le lendemain soir.

Le juge Soublière devait présenter son exposé au jury le 7 décembre dans le procès de Dagenais. Le 3 du même mois, l'avocat de la défense a demandé au juge Soublière de s'adresser au jury le 4 décembre plutôt que le 7, ou d'isoler le jury pendant le week-end des 5 et 6 décembre. Le juge Soublière a refusé les deux demandes, ordonnant toutefois au jury de ne pas regarder la mini-série.

Le 4 décembre 1992, les intimés se sont adressés au juge Gotlib, une collègue du juge Soublière à la Cour de justice de l'Ontario (Division générale). Ils ont demandé une injonction interlocutoire en vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. C.43, en vue d'empêcher la SRC de diffuser *Les garçons de Saint-Vincent* et de publier dans les médias toute information relative à la diffusion prévue de cette émission. À l'ouverture de l'audience, les intimés ont modifié la demande pour indiquer que l'injonction devait valoir jusqu'à ce que les quatre procès soient terminés. Le juge Gotlib de la Cour de justice de l'Ontario a accordé l'injonction interlocutoire, interdisant la diffusion de *Les garçons de Saint-Vincent* partout au Canada jusqu'à la fin des procès des intimés.

Les intimés ont également demandé et obtenu une ordonnance prévoyant l'audition de la demande à bref délai. En outre, ils ont demandé et obtenu une ordonnance interdisant la publication de l'existence de la demande ou de tout document s'y rapportant, jusqu'à ce que les quatre procès soient terminés (sans toutefois inclure les délais afférents à un appel).

L'ONF, John Newton Smith et Thomson Newspapers Company Limited ont été ajoutés à titre d'appellants en appel. Le 5 décembre 1992, la Cour d'appel a entendu l'appel du jugement du juge Gotlib, confirmé la décision de cette dernière d'ac-

grant the injunction against the broadcast but limited the scope of the injunction to Ontario and CBMT-TV in Montreal and reversed the order banning any publicity about the proposed broadcast and the very fact of the proceedings that gave rise to the publication ban.

II. Decisions Below

Ontario Court of Justice (General Division)

Gotlib J. made the following orders:

1. THIS COURT ORDERS that this matter be heard on short notice.
2. THIS COURT FURTHER ORDERS AND PROHIBITS any publication of the fact of this Application or any of the material relating to it, until the completion of the criminal trials of the four Applicants, but not extending to any appeals therefrom.
3. THIS COURT FURTHER ORDERS that the Respondent, Canadian Broadcasting Corporation, be and is hereby restrained from broadcasting the program "The Boys of St. Vincent" and from publishing in any media any information relating to the proposed broadcast of the program until the completion of the four criminal trials of the four applicants but not extending to any appeals therefrom.
4. THIS COURT FURTHER ORDERS that this Court file be sealed, until the completion of the four criminal trials of the four applicants but not extending to any appeals therefrom.

In deciding to restrain the broadcast of the mini-series until after the trials of the respondents, Gotlib J. stated:

I, too, have great faith in the jury system, as indicated in the cases, and by counsel before me. Juries are not stupid. They come, for the most part, from a variety of sophisticated backgrounds, and can understand and follow instructions from a judge. What we have here, however, is, in the particular charges against the four [respondents], a highly explosive and inflammatory

corder l'injonction interdisant la diffusion, mais limité sa portée à l'Ontario et à la station CBMT-TV à Montréal. Elle a infirmé l'ordonnance interdisant toute publicité sur la diffusion prévue et l'existence même de la procédure ayant entraîné l'interdiction de publication.

II. Décisions des instances inférieures

b La Cour de justice de l'Ontario (Division générale)

Le juge Gotlib a rendu les ordonnances suivantes:

[TRADUCTION]

1. LA COUR ORDONNE que l'affaire soit entendue à bref délai.
2. LA COUR INTERDIT EN OUTRE toute publication sur l'existence de la présente demande ou sur tout document s'y rapportant, jusqu'à ce que les procès criminels des quatre requérants soient terminés, sans toutefois que ce délai ne s'applique aux appels découlant de ces procès.
3. LA COUR INTERDIT DE PLUS à l'intimée, la Société Radio-Canada, de diffuser l'émission «Les garçons de Saint-Vincent» et de publier dans les médias toute information relative à la diffusion prévue de l'émission jusqu'à ce que les procès criminels des quatre requérants soient terminés, sans toutefois que ce délai ne s'applique aux appels découlant de ces procès.
4. LA COUR ORDONNE ÉGALEMENT la mise sous scellés du dossier de la Cour jusqu'à ce que les procès criminels des quatre requérants soient terminés, sans toutefois que ce délai ne s'applique aux appels découlant de ces procès.

En interdisant la diffusion de la mini-série jusqu'à ce que les procès des intimés soient terminés, le juge Gotlib a dit:

[TRADUCTION] À l'instar des avocats devant moi, et tout comme l'indique la jurisprudence, je fais moi aussi grandement confiance au système de jury. Les jurés ne sont pas stupides. Ils sont pour la plupart issus de différents milieux avertis, et peuvent comprendre et suivre les directives d'un juge. Cependant, dans le cadre des accusations particulières qui sont portées en l'espèce

issue to be decided by, in effect, four separate juries in four separate courts.

There has already been wide-spread publicity, and I take judicial notice of the large amount of publicity. There has been a substantial amount of publicity involving the Mount Cashel charges, and other educational institutions operated by the Christian Brothers, both in Ontario, Newfoundland, and elsewhere. It may well be that in future trials (and I have no idea how, in the case before Justice Soublière, jury selection proceedings have been conducted) that potential jurors will have to be challenged for cause as to, first of all, their contact with publications already available, and secondly, if they have seen or read the material that pertains to other trials of a similar nature whether or not they feel that they can render an impartial verdict. I see, however, no need to add fuel to the fire, particularly in view of the imminent dates for trial of the three remaining accused persons. Those trials will be concluded, for the most part, by the fall of 1993.

She summarized her position in the following manner:

In all, I am satisfied that the harm that would be caused by the showing of this particular film before the jury trials of the three remaining accused persons would be such that the possibility of impartial jury selection virtually anywhere in Canada would be seriously compromised. For that reason, I grant an interim injunction restraining the Canadian Broadcasting Corporation from broadcasting the TV programme, "The Boys of St. Vincent", and from publishing further media information relating to the proposed broadcast until such time as the three remaining criminal trials are completed.

Court of Appeal for Ontario (1992), 12 O.R. (3d) 239

The Court of Appeal made the following orders:

1. THIS COURT ORDERS that the Judgment of Madam Justice Gotlib dated December 4, 1992 be varied and the same is varied as follows:

(a) Paragraphs 2 and 4 of the Judgment are hereby deleted and the Orders therein are set aside;

contre les quatre [intimés], quatre jurys distincts sont en fait appelés à trancher dans quatre cours distinctes une question fort explosive et incendiaire.

Il y a déjà eu énormément de publicité et j'en prends connaissance d'office. Beaucoup de publicité a entouré les accusations portées contre Mount Cashel et d'autres institutions d'enseignement tenues par les Frères des écoles chrétiennes en Ontario, à Terre-Neuve et ailleurs. Il se peut fort bien que, dans des procès à venir (et j'ignore totalement comment, dans l'affaire dont est saisi le juge Soublière, la sélection du jury a été effectuée), les candidats jurés devront faire l'objet d'une récusation motivée d'une part, en raison de leur connaissance des publications déjà accessibles et, d'autre part, pour savoir si, s'ils ont vu ou lu les documents qui portent sur les autres procès de nature semblable, ils estiment pouvoir rendre un verdict impartial. Je ne vois toutefois aucune raison de jeter de l'huile sur le feu, particulièrement compte tenu des dates imminentes des procès des trois autres accusés. Ces procès seront pour la plupart terminés d'ici l'automne 1993.

Elle a résumé ainsi sa position:

[TRADUCTION] En définitive, je suis convaincue que la diffusion de ce film avant les procès par jury des trois autres accusés causerait un préjudice tel que la possibilité de sélectionner un jury impartial serait, pour ainsi dire partout au Canada, gravement compromise. Pour ce motif, j'accorde une injonction provisoire interdisant à la Société Radio-Canada de diffuser l'émission «Les garçons de Saint-Vincent» et de publier toute information dans les médias concernant la diffusion prévue jusqu'à ce que les trois autres procès criminels soient terminés.

La Cour d'appel de l'Ontario (1992), 12 O.R. (3d) 239

La Cour d'appel a rendu les ordonnances suivantes:

[TRADUCTION]

1. LA COUR ORDONNE la modification de la décision de madame le juge Gotlib rendue le 4 décembre 1992, comme suit:

a) Les paragraphes 2 et 4 de sa décision sont supprimés et les ordonnances qui y sont rendues sont annulées;

(b) Paragraph 3 of the Judgment shall read:

“THIS COURT FURTHER ORDERS that the Respondent, Canadian Broadcasting Corporation, be and hereby is restrained from broadcasting the program “The Boys of St. Vincent” to the Province of Ontario and by the television station CBMT-TV in Montreal until the completion of the four criminal trials of the four applicants but not extending to any appeals therefrom.”

2. THIS COURT FURTHER ORDERS that in all other respects the appeals of the Appellants be and hereby are dismissed.

Dubin C.J.O. for the court noted that it was the common law courts that first recognized the importance of freedom of expression and the crucial role of the press in informing the public in a free and democratic society. It was also the common law courts that first recognized, as a fundamental legal right, the right of an accused to a fair trial and the right of public access to their proceedings. Dubin C.J.O. indicated, however, that where there was a conflict between the two values, the courts had persistently held that the right to a fair trial is paramount (*Steiner v. Toronto Star Ltd.*, [1956] O.R. 14 (H.C.), and *R. v. Begley* (1982), 38 O.R. (2d) 549 (H.C.)). Since the two values have been given constitutional status with the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the courts have again struck a balance between the two values and have held that the right to a fair trial must be given priority over freedom of the press (*Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455).

After referring to the unique circumstances of the case at bar, Dubin C.J.O. concluded at pp. 247-48 that:

The risk of denying the respondents a fair trial far outweighs any inconvenience which the appellant, Canadian Broadcasting Corporation, may suffer by not airing the film when it proposed to do so. No pressing need was shown why the film had to be aired before the conclusion of the four trials. The film will still be timely when it is shown at a later date and the interests of jus-

b) Le paragraphe 3 de sa décision devrait se lire ainsi:

«LA COUR INTERDIT DE PLUS à l'intimée, la Société Radio-Canada, de diffuser l'émission «Les garçons de Saint-Vincent» en Ontario et, par l'entremise de la station de télévision CBMT-TV, à Montréal, jusqu'à ce que les procès criminels des quatre requérants soient terminés, sans que ce délai ne s'applique aux appels découlant de ces procès.»

2. LA COUR ORDONNE EN OUTRE que tous les autres volets des appels des appelants soient rejetés.

Le juge en chef Dubin, au nom de la Cour, a signalé que ce sont les tribunaux de common law qui ont les premiers reconnu l'importance de la liberté d'expression et le rôle crucial de la presse pour informer le public dans une société libre et démocratique. Ce sont également les tribunaux de common law qui ont les premiers reconnu le caractère fondamental du droit d'un accusé à un procès équitable et de celui du public à l'accès à leurs procédures. Le juge en chef Dubin a en revanche indiqué que les tribunaux ont constamment donné préséance au droit à un procès équitable dans les cas où il y avait conflit entre les deux valeurs (*Steiner c. Toronto Star Ltd.*, [1956] O.R. 14 (H.C.), et *R. c. Begley* (1982), 38 O.R. (2d) 549 (H.C.)). Depuis que ces deux valeurs ont obtenu un statut constitutionnel avec l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les tribunaux ont encore une fois trouvé un point d'équilibre entre elles et statué que le droit à un procès équitable doit avoir préséance sur la liberté de presse (*Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455).

Après avoir mentionné les circonstances uniques en l'espèce, le juge en chef Dubin a conclu, aux pp. 247 et 248:

[TRADUCTION] Le risque de priver les intimés d'un procès équitable surpasse de loin tout inconvénient que l'appelante, la Société Radio-Canada, risque de subir en ne diffusant pas le film au moment où elle entendait le faire. On n'a démontré aucun besoin urgent de présenter le film avant la fin des quatre procès. Le film sera toujours opportun lorsqu'il sera diffusé ultérieurement et

tice dictate postponing its airing rather than running the risk attendant upon showing it at the time proposed.

In order to assure the four respondents a fair trial, the learned motions court judge had a broad discretion and I cannot say that she erred in the exercise of her discretion in directing that the airing of the film be postponed.

However, I think, with respect, that she erred in directing that the airing of the film be postponed throughout Canada and should have limited the postponement of the showing of the film to the Province of Ontario and the appellant's television station in Montreal, the signal of which reached L'Orignal.

I also think the motions court judge erred by prohibiting the publishing in any media of any information relating to the proposed broadcast of the program until the completion of the criminal trials of the four respondents, as well as banning publication of the fact of the proceedings before her.

III. Analysis

A. *Introduction*

This case turns in part on the issue of jurisdiction — what court(s) have jurisdiction to hear a third party challenge to a publication ban order sought by the Crown and/or the defendant(s) in a criminal proceeding and made by a provincial or superior court judge under his or her common law or legislated discretionary authority? This case also turns in part on the issue of publication bans — on what grounds should a publication ban be ordered by a judge under his or her discretionary authority and on what grounds should it be altered or set aside by a higher court?

I should note in passing that, for the sake of convenience, I use the expression "publication ban" throughout my reasons to denote a ban on publishing in print and/or broadcasting on television, film, or radio. I should also note that I will be discussing publication bans issued under common law or legislated discretionary authority and will

les intérêts de la justice nous commandent de reporter sa diffusion plutôt que de courir le risque que présenterait sa diffusion à la date prévue.

^a Pour garantir un procès équitable aux quatre intimés, le juge des requêtes jouissait d'un large pouvoir discrétionnaire, et je ne peux pas dire qu'elle a commis une erreur dans l'exercice de ce pouvoir en ordonnant le report de la diffusion du film.

^b Toutefois, j'estime, en toute déférence, qu'elle a commis une erreur en ordonnant son report partout au Canada et qu'elle aurait dû limiter son ordonnance à la province d'Ontario et à la station de télévision de l'appelante à Montréal, qui émet jusqu'à L'Orignal.

^c Je crois également que le juge des requêtes a commis une erreur en interdisant la publication dans tous les médias de toute information portant sur la diffusion prévue de l'émission jusqu'à ce que les procès criminels des quatre intimés soient terminés et en interdisant la publication de l'existence de la procédure dont elle était saisie.

III. Analyse

A. *Introduction*

^f La présente affaire porte en partie sur la question de la compétence — quels sont les tribunaux qui ont compétence pour entendre la contestation par une tierce partie d'une ordonnance de non-publication demandée par le ministère public ou le(s) défendeur(s) dans une procédure criminelle et rendue par un juge d'une cour provinciale ou supérieure en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative? La présente affaire porte également en partie sur la question des interdictions de publication — pour quels motifs un juge devrait-il interdire la publication en vertu de son pouvoir discrétionnaire et sur quel fondement un tribunal supérieur devrait-il modifier ou infirmer cette ordonnance?

^g Je voudrais signaler en passant que, pour plus de commodité, j'ai utilisé l'expression «ordonnance de non-publication» ou «interdiction de publication» dans mes motifs pour désigner l'interdiction de publier par écrit et/ou de diffuser à la télévision, au cinéma ou à la radio. Je voudrais également signaler que j'analyserai les ordonnances de non-

not be discussing publication bans required by common law or statute.

B. Jurisdiction

(1) General Principles

In cases involving publication bans issued in the context of criminal proceedings, the Crown and the accused have established avenues to follow when seeking or challenging a ban. These avenues are consistent with and informed by the common law principle against interlocutory appeals in criminal matters (see McIntyre J.'s reasons in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 959, and *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, at p. 1774). To seek a ban under a judge's common law or legislated discretionary authority, the Crown and/or the accused should ask for a ban pursuant to that authority. This request should be made to the trial judge (if one has been appointed) or to a judge in the court at the level the case will be heard (if the level of court can be established definitively by reference to statutory provisions such as ss. 468, 469, 553, 555, 798 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and s. 5 of the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1). If the level of court has not been established and cannot be established definitively by reference to statutory provisions, then the request should be made to a superior court judge (i.e., it should be made to the highest court that could hear the case, in order to avoid later having a superior court judge bound by an order made by a provincial court judge). To seek or challenge a ban on appeal, the Crown and the accused should follow the regular avenues of appeal available to them through the *Criminal Code* (Parts XXI and XXVI).

It has been argued before this Court that third parties (specifically, the media) have a range of possible avenues open to them to appeal publication bans. These include: criminal procedures; s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c.

publication rendues en vertu d'un pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative, mais non celles qui sont requises par la common law ou la loi.

B. La compétence

(1) Principes généraux

Le ministère public et l'accusé ont établi les moyens à utiliser lorsqu'une interdiction de publication est demandée ou contestée dans le cadre de procédures criminelles. Ces moyens sont fondés sur le principe de common law qui interdit les appels interlocutoires dans les affaires criminelles et y sont conformes (voir les motifs du juge McIntyre dans *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, à la p. 959, et *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, à la p. 1774). S'ils souhaitent qu'un juge ordonne l'interdiction en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative, le ministère public ou l'accusé doivent demander l'interdiction conformément à ce pouvoir. La demande devrait être soumise au juge de première instance (s'il est déjà désigné) ou à un juge de la juridiction dans laquelle l'affaire sera entendue (si l'on peut déterminer définitivement la juridiction par renvoi à des dispositions législatives tels les art. 468, 469, 553, 555 et 798 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et l'art. 5 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1). Si la juridiction n'a pas été déterminée et ne peut l'être définitivement par renvoi à des dispositions législatives, alors la demande devrait être présentée à un juge d'une cour supérieure (c'est-à-dire au plus haut tribunal qui puisse entendre l'affaire, afin d'éviter ensuite qu'un juge d'une cour supérieure soit lié par l'ordonnance d'un juge d'une cour provinciale). Pour demander ou contester une interdiction en appel, le ministère public et l'accusé devraient recourir aux moyens d'appel réguliers offerts par le *Code criminel* (parties XXI et XXVI).

On a soutenu devant notre Cour que les tierces parties (en particulier les médias) disposent de divers moyens d'en appeler des interdictions de publication. On compte notamment les procédures criminelles, l'art. 40 de la *Loi sur la Cour*

S-26; civil procedures; extraordinary remedies; and s. 24(1) of the *Charter*. I have considered each of these in turn and conclude that the extraordinary remedy of *certiorari* should be used for bans ordered by provincial court judges and that s. 40 of the *Supreme Court Act* should be used for bans ordered by superior court judges.

I should note at the outset that none of these avenues is absolutely satisfactory. I am forced to choose the least unsatisfactory of a set of unsatisfactory options. I offer the following overview of each of the possible avenues in an effort to convey to all the jurisdictional difficulties confronting the courts as well as the Bar and in the hope that my doing so will prompt Parliament to rectify this situation by enacting legislation that provides for a right of appeal for third parties (usually the media) seeking to challenge publication bans ordered by judges under their common law or legislated discretionary authority.

(i) *Criminal Code*

Section 674 of the *Criminal Code* provides that:

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.

Parts XXI and XXVI do not authorize any proceedings through which the media can challenge a ban. Therefore, there is no direct appeal available to the media through the *Criminal Code*.

(ii) *Supreme Court Act*

While on a literal reading, s. 674 of the *Criminal Code* could be taken as excluding any resort to s. 40 of the *Supreme Court Act* "in respect of indictable offences", such literal interpretation cannot be adopted, given the legislative history and purpose of these provisions.

suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, les procédures civiles, les redressements extraordinaires et le par. 24(1) de la *Charte*. Après avoir analysé chacun d'eux, je conclus que c'est le bref de *certiorari* (un redressement extraordinaire) qui devrait être demandé à l'encontre des interdictions ordonnées par les juges des cours provinciales et que c'est l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* qui devrait être utilisé contre les interdictions ordonnées par les juges des cours supérieures.

Je remarque tout d'abord qu'aucun de ces moyens n'est absolument satisfaisant. Je suis contraint de choisir la moins insatisfaisante parmi des options insatisfaisantes. La vue d'ensemble de chaque moyen possible donnée ci-après vise à bien faire comprendre les difficultés d'ordre juridictionnel avec lesquelles les tribunaux et le barreau sont aux prises. J'ai espoir que mes propos amèneront le législateur à corriger la situation en adoptant une loi conférant un droit d'appel aux tierces parties (en général, les médias) qui contestent les ordonnances de non-publication rendues par les juges en vertu de leur pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative.

(i) *Le Code criminel*

L'article 674 du *Code criminel* dispose:

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.

Les parties XXI et XXVI n'autorisent aucune procédure permettant aux médias de contester une interdiction. Par conséquent, ces derniers ne peuvent recourir au *Code criminel* pour interjeter un appel direct.

(ii) *La Loi sur la Cour suprême*

Bien que l'on puisse inférer d'une interprétation littérale que l'art. 674 du *Code criminel* ne permet pas d'invoquer l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* «dans des procédures concernant des actes criminels», on ne saurait adopter pareille interprétation étant donné l'historique législatif et l'objectif de ces dispositions.

What is now s. 674 was first enacted in 1892 to abolish the writ of error: *Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 743. This was part of the transition from a system for review employing such procedures as the case reserved by the trial judge, the prerogative writs and the writ of error to the current approach of a statutorily mandated system of appeals. The purpose of s. 743 and its successors was to make clear that the new statutory appeals were a substitute for, not in addition to, the former procedure in error.

Section 40 of the *Supreme Court Act* has as its object the conferral upon the Supreme Court of Canada of comprehensive jurisdiction in federal and provincial laws. As Pigeon J. expressed it in *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827, at p. 850:

Section 41 [now s. 40] was enacted substantially in its present form at the time when appeals to the Privy Council were being abolished and this court was being made truly supreme. The Privy Council had enjoyed unlimited jurisdiction by special leave and it is apparent that the new provision was intended to effect the change from a limited specific jurisdiction to a broad general jurisdiction. To hold that the inconsistencies resulting from this sweeping change indicate the intention of leaving some wide gaps open is, in my view, entirely unwarranted. On the contrary, the enactment of a provision that undoubtedly confers some jurisdiction in criminal matters beyond that existing under the *Criminal Code*, clearly indicates Parliament's will to remedy the omission to extend the jurisdiction of this Court in criminal cases when the Privy Council's jurisdiction in such cases was effectively abolished after the Statute of Westminster.

This reasoning was cited with approval and relied upon by a majority of this Court in *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368. I note as well that in *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449, in which a majority found that the Court did not have jurisdiction, such jurisdiction was excluded by s. 40(3) of the *Supreme Court Act*, not s. 674 of the *Code*.

Section 40 of the *Supreme Court Act* contains its own limiting provision in s. 40(3). That subsection

Ce qui est maintenant l'art. 674 a été promulgué pour la première fois en 1892 pour abolir le bref d'erreur: *Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 743. Il s'agissait de passer d'un système de contrôle qui, au nombre de ses procédures, comportait la possibilité pour le juge du procès de prendre une affaire en délibéré, les brefs de prerogative et le bref d'erreur, à la conception actuelle d'un système d'appel prescrit par la loi. L'objet de l'art. 743 et de ses successeurs était de préciser que les nouveaux moyens d'appel prévus par la loi remplaçaient l'ancienne procédure en matière d'erreur et ne venaient pas s'y ajouter.

L'article 40 de la *Loi sur la Cour suprême* a pour but de conférer à la Cour suprême du Canada une compétence générale en droit fédéral et provincial. Comme le juge Pigeon l'a exprimé dans l'arrêt *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827, à la p. 850:

L'article 41 [maintenant l'art. 40] a été promulgué essentiellement dans sa forme actuelle en même temps que les appels au Conseil privé étaient abolis et cette Cour devenait véritablement suprême. Le Conseil privé jouissait d'une juridiction illimitée par voie d'autorisation et il est évident que la nouvelle disposition visait à transformer la juridiction limitée de la Cour en une juridiction générale. À mon avis, rien ne permet de croire que les inconséquences résultant de cette modification majeure signifient qu'on a voulu laisser de grandes lacunes. Au contraire, la promulgation d'une disposition qui confère indubitablement en matière pénale une juridiction allant au-delà de celle qui existe en vertu du *Code criminel*, indique clairement la volonté du Parlement de remédier à l'omission d'étendre la juridiction de cette Cour en matière pénale lorsque la juridiction du Conseil privé en cette matière a été effectivement abolie après le Statut de Westminster.

Notre Cour à la majorité a cité et approuvé le même raisonnement dans l'arrêt *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368. Je remarque également que dans *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449, où la Cour à la majorité a conclu qu'elle n'avait pas compétence, c'est le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, et non l'art. 674 du *Code*, qui lui a nié cette compétence.

L'article 40 de la *Loi sur la Cour suprême* contient, au par. 40(3), sa propre disposition limita-

excludes the granting of leave under s. 40(1) from a judgment "acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence". However, s. 40(3) does not prevent this Court from granting leave under s. 40(1) to consider questions of criminal law not excluded by s. 40(3) such as those arising in the sentencing process as in *Gardiner, supra*, and those arising from the provisions in the *Criminal Code* authorizing the review of the parole eligibility date for those convicted of high treason and first or second degree murder as in *R. v. Vaillancourt* (1990), 76 C.C.C. (3d) 384 (S.C.C.), and *R. v. Swietlinski*, [1994] 3 S.C.R. 481.

For these reasons, I find that s. 674 of the *Criminal Code* does not limit our jurisdiction to grant leave in cases such as this under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

At first glance, s. 40(3) of the *Supreme Court Act* might also appear 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 an order issuing a publication ban is not an appeal from a judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence. Therefore, it is not precluded by s. 40(3).

tive. Aux termes de ce paragraphe, il ne peut être accordé d'autorisation en vertu du par. 40(1) à l'encontre 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». Cependant, le par. 40(3) n'interdit pas à notre Cour d'accorder l'autorisation prévue au par. 40(1) afin d'analyser des questions de droit criminel qui ne sont pas exclues par le par. 40(3), comme celles qui se posent au cours du processus de détermination de la peine, comme dans l'arrêt *Gardiner*, précité, et celles qui procèdent des dispositions du *Code criminel* autorisant la révision de la date d'admissibilité à la libération conditionnelle des personnes déclarées coupables de haute trahison et de meurtre au premier ou au deuxième degré, comme dans *R. c. Vaillancourt* (1990), 76 C.C.C. (3d) 384 (C.S.C.), et *R. c. Swietlinski*, [1994] 3 R.C.S. 481.

Pour ces motifs, je suis d'avis que l'art. 674 du *Code criminel* ne limite pas notre compétence d'accorder une autorisation en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* dans des cas comme la présente affaire.

À première vue, le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême* pourrait sembler exclure également l'appel à notre Cour fondé sur l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*. Le paragraphe 40(3) prévoit:

g 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.

Toutefois, l'appel interjeté contre une ordonnance de non-publication n'est pas un appel 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. Par conséquent, il n'est pas écarté par le par. 40(3).

Section 40(1) states 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.

A publication ban order can be seen as a 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. Therefore, the Supreme Court of Canada may grant leave to appeal under s. 40 of the *Supreme Court Act*.

The advantage of this avenue is that it uses established procedures and is not inconsistent with previous Supreme Court of Canada case law. This may be thought to be problematic on the grounds that it is expensive and time-consuming. However, a direct appeal to the Supreme Court of Canada can be faster than an appeal to most courts of appeal in the country. In addition, it is less expensive to come directly to the Supreme Court of Canada than it is to go through a court of appeal before getting to the Supreme Court of Canada. Concerns about cost and delay are, therefore, misplaced.

This avenue is problematic in so far as it provides for an appeal only by leave of the Supreme Court of Canada. It therefore does not provide optimal protection for important rights (e.g., freedom of expression). It also could result in an increased number of applications for leave coming before this Court and an increased number of cases

Le paragraphe 40(1) porte:

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 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.

Une ordonnance de non-publication peut être considérée comme un 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. La Cour suprême du Canada peut donc accorder l'autorisation d'en appeler en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*.

Ce moyen offre l'avantage de recourir à des procédures établies et de ne pas être contraire à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. On pourrait penser qu'il soulève des problèmes du fait qu'il est coûteux et lent. Toutefois, un appel direct à la Cour suprême du Canada peut être plus rapide qu'un appel à la plupart des cours d'appel du pays. En outre, il est moins coûteux de se présenter directement devant la Cour suprême du Canada que de passer par une cour d'appel pour ensuite se présenter devant la Cour suprême du Canada. Les préoccupations quant aux coûts et aux délais sont donc sans fondement.

Ce moyen pose des problèmes dans la mesure où l'appel ne peut être interjeté que sur autorisation de la Cour suprême du Canada. Il n'offre donc pas une protection optimale de droits importants (par exemple la liberté d'expression). Il pourrait également entraîner un accroissement du nombre de demandes d'autorisations soumises à notre Cour

needing to be heard by this Court — all cases involving individuals charged with indictable offences and publication bans made by superior court judges could potentially seek leave and, depending upon the length and breadth of the bans, a number of these applications could raise issues of national importance (significant publication bans arguably go beyond the interest of the immediate litigants to the interests of Canadians generally).

However, despite the difficulties, I find that this is the least unsatisfactory avenue and I therefore adopt it for third party challenges to publication ban orders made by superior court judges under their common law or legislated discretionary authority in the context of criminal proceedings.

Some concern was voiced that this appeal could lead to appeals brought directly to this Court by witnesses at criminal trials. There is no need for such concern. The problem for a witness most frequently arises out of a citation for contempt for refusal to testify. It is true that pursuant to s. 9 of the *Criminal Code* a judge may cite persons, including witnesses, for contempt of court. Yet s. 10 of the *Code* sets out the procedure for bringing a conviction for contempt before a court of appeal. This decision will not change or affect that statutory procedure and right of appeal.

(iii) *Civil*

Provincial Judicature Acts provide for appellate jurisdiction over civil matters. For example, according to s. 6 of the Ontario *Courts of Justice Act*:

et des affaires que nous devons entendre — il pourrait être possible de demander l'autorisation dans toutes les affaires mettant en cause des individus accusés d'actes criminels et des ordonnances de non-publication rendues par des juges de cours supérieures et, selon la durée et la portée des interdictions, un bon nombre de ces demandes pourraient soulever des questions d'importance nationale (on pourrait soutenir que des interdictions de publication importantes dépassent les limites de l'intérêt des parties immédiates et intéressent les Canadiens en général).

En dépit de ses difficultés, ce moyen est à mon avis le moins insatisfaisant, et je l'adopte par conséquent à l'égard des contestations par les tierces parties d'ordonnances de non-publication rendues par un juge d'une cour supérieure en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative dans le cadre de procédures criminelles.

Certains craignent que le présent pourvoi n'incite des témoins à des procès criminels à se pourvoir directement devant notre Cour. Cette crainte n'est pas fondée. La plupart du temps, le problème qui se pose pour un témoin découle d'une assignation pour outrage au tribunal pour refus de témoigner. Certes, en vertu de l'art. 9 du *Code criminel*, un juge peut assigner des personnes, notamment des témoins, à comparaître pour outrage au tribunal. Cependant, l'art. 10 du *Code* fixe la procédure à suivre pour interjeter appel d'une déclaration de culpabilité à cet égard. La décision en l'espèce ne modifiera en rien cette procédure et ce droit d'appel prévus par la loi.

(iii) *Les procédures civiles*

Les lois provinciales sur l'organisation judiciaire confèrent aux tribunaux d'appel une compétence dans les affaires civiles. Ainsi, aux termes de l'art. 6 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario:

6. — (1) An appeal lies to the Court of Appeal from,

(a) an order of the Divisional Court, on a question that is not a question of fact alone, with leave as provided in the rules of court;

(b) a final order of a judge of the Ontario Court (General Division), except an order referred to in clause 19(1)(a) [certain claims involving not more than \$25,000 exclusive of costs];

(c) a certificate of assessment of costs issued in a proceeding in the Court of Appeal, on an issue in respect of which an objection was served under the rules of court.

(2) The Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an appeal that lies to the Divisional Court or the Ontario Court (General Division) if an appeal in the same proceeding lies to and is taken to the Court of Appeal.

(3) The Court of Appeal may, on motion, transfer an appeal that has already been commenced in the Divisional Court or the Ontario Court (General Division) to the Court of Appeal for the purpose of subsection (2).

If an application challenging an order banning publication is characterized as a criminal matter, then the Judicature Acts do not provide jurisdiction. If it is characterized as a civil matter, then it may be argued that these Acts do provide jurisdiction.

This avenue has the advantage that it uses established procedures. Furthermore, it has intuitive appeal to those who think that the object of an application by the media is a civil remedy which affects a civil right (the right of the media to free speech). Nevertheless, I reject this avenue.

First, it is important to keep in mind what La Forest J. said in *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, at p. 80:

The admixture of provincial civil procedure with criminal procedure could, I fear, result in an unpredictable mish-mash where, in applying federal procedural law, one would forever be looking over one's shoulder to see what procedure the provinces have adopted (and this may differ from province to province) to see if there was something there that one judge or another would

6 (1) Est du ressort de la Cour d'appel, l'appel:

a) d'une ordonnance de la Cour divisionnaire sur une question qui n'est pas une question de fait seulement, avec l'autorisation prévue aux règles de pratique;

b) d'une ordonnance définitive d'un juge de la Cour de l'Ontario (Division générale), à l'exception de celle visée à l'alinéa 19(1)a [certaines réclamations de moins de 25 000 \$ à l'exclusion des dépens];

c) d'un certificat de liquidation des dépens délivré dans le cadre d'une instance devant la Cour d'appel, s'il porte sur une question à l'égard de laquelle une objection a été signifiée aux termes des règles de pratique.

(2) La Cour d'appel a compétence pour entendre et juger un appel qui est du ressort de la Cour divisionnaire ou de la Cour de l'Ontario (Division générale), si un autre appel relatif à la même instance est du ressort de la Cour d'appel et est porté devant cette dernière.

(3) Pour l'application du paragraphe (2), la Cour d'appel peut, sur motion, déférer à la Cour d'appel l'appel qui a déjà été introduit à la Cour divisionnaire ou à la Cour de l'Ontario (Division générale).

Si la contestation de l'ordonnance de non-publication est qualifiée d'affaire criminelle, les lois sur l'organisation judiciaire n'attribuent pas la compétence. Si elle est qualifiée d'affaire civile, on peut alors soutenir que ces lois confèrent effectivement la compétence.

Ce moyen offre l'avantage de recourir à des procédures établies. De plus, il attire intuitivement ceux qui estiment que l'objet d'une demande par les médias est une réparation civile qui touche une liberté civile (le droit des médias à la liberté d'expression). Je rejette toutefois ce moyen.

Il est important, en premier lieu, de se rappeler les propos du juge La Forest dans l'arrêt *Kourtessis c. M.N.R.*, [1993] 2 R.C.S. 53, à la p. 80:

Le mélange de procédure civile provinciale et de procédure criminelle pourrait, je le crains, engendrer un méli-mélo imprévisible s'il fallait constamment, en appliquant le droit fédéral en matière de procédure, examiner la procédure adoptée par les provinces (qui peut différer d'une province à l'autre) pour voir si un juge ou l'autre aimerait ajouter quelque chose dans le cas où il

like to add if he or she found the federal law inadequate. And I see no reason in principle why appeals could not be read in for other interlocutory proceedings, or indeed why other provincial rules of procedure might not be adopted, as was attempted in *Lafleur*. That, barring federal adoption, is in my view constitutionally unacceptable. It is certainly impractical. In dealing with procedure, and particularly criminal procedure, it is important to know what one should do next. That is why, no doubt, Parliament adopted a comprehensive procedure under the *Criminal Code*

Second, we are dealing here with media challenges to publication bans ordered by judges under their common law or legislated discretionary authority in response to a request for a ban made by the Crown and/or by individuals charged (or at risk of being charged) with criminal offences. Such challenges are criminal matters, not civil ones.

Third, Judicature Acts cannot be used to provide jurisdiction to review publication ban orders of provincial court judges because with limited exceptions, provincial court judges (in all provinces except Quebec) can only exercise criminal jurisdiction and so such orders made by them cannot be characterized as civil matters. Judicature Acts cannot be used to provide jurisdiction to review publication ban orders of superior court judges because it is not desirable to have a situation in which essentially the same order made for the same purposes affecting the same rights can be characterized as civil when it is made by a superior court judge but must be characterized as criminal when it is made by a provincial court judge.

(iv) *Extraordinary Remedies*

Provincial superior courts have jurisdiction to hear applications for the extraordinary remedy of

trouverait le droit fédéral inadéquat. De plus, je ne vois pas pourquoi, en principe, des appels ne pourraient pas être introduits dans d'autres procédures interlocutoires, ou même pourquoi d'autres règles de procédure provinciales ne pourraient pas être adoptées, comme on a tenté de le faire dans l'arrêt *Lafleur*. J'estime que, sauf s'il y a adoption par le fédéral, cela est inacceptable sur le plan constitutionnel. Ce n'est certainement pas pratique. En matière de procédure et, plus particulièrement en matière de procédure criminelle, il importe de savoir ce qui devrait être fait ensuite. C'est sans doute pourquoi le Parlement a adopté une procédure complète en vertu du *Code criminel* . . .

En deuxième lieu, nous sommes ici en présence de contestations par les médias d'ordonnances de non-publication rendues par des juges en vertu de leur pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative en réponse à une demande d'interdiction présentée par le ministère public ou des individus accusés d'actes criminels (ou susceptibles de l'être). Ces contestations sont des affaires criminelles, non des affaires civiles.

En troisième lieu, les lois sur l'organisation judiciaire ne peuvent être utilisées pour conférer la compétence en matière de contrôle des ordonnances de non-publication rendues par les juges des cours provinciales parce que, sauf certaines exceptions, ces derniers (dans toutes les provinces, sauf le Québec) ne peuvent exercer qu'une compétence de nature criminelle. Les ordonnances qu'ils rendent en cette matière ne peuvent donc être qualifiées d'affaires civiles. Les lois sur l'organisation judiciaire ne peuvent être utilisées pour attribuer la compétence en matière de contrôle des ordonnances de non-publication rendues par les juges des cours supérieures parce qu'il n'est pas souhaitable d'avoir un cas où une ordonnance essentiellement identique, rendue pour les mêmes fins et touchant les mêmes droits puisse être qualifiée de civile lorsqu'elle est rendue par un juge d'une cour supérieure, mais doive être qualifiée de criminelle lorsqu'elle est rendue par un juge d'une cour provinciale.

(iv) *Les redressements extraordinaires*

Les cours supérieures des provinces ont compétence pour entendre des demandes visant l'obten-

certiorari against provincial court judges for excesses of jurisdiction and for errors of law on the face of the record. As I will explain in Part C of these reasons, the common law rule governing the issuance of orders banning publication must be consistent with the principles of the *Charter*. Since the common law rule does not authorize publication bans that limit *Charter* rights in an unjustifiable manner, an order implementing such a publication ban is an error of law on the face of the record. Therefore, if a publication ban order is made by a provincial court judge, the media can apply to the superior court for *certiorari* and argue that the ban is not authorized by the common law rule. If this is the case, the ban will then constitute an error of law on the face of the record. By virtue of s. 784(1) of the *Criminal Code*, an appeal lies to the Court of Appeal from a decision granting or refusing the relief sought in proceedings by way of *certiorari*.

This avenue uses established procedures and is not inconsistent with previous Supreme Court of Canada case law. In addition, the *certiorari* avenue provides for appeals (through s. 784(1) of the *Criminal Code*). It therefore avoids the undesirable situations of: (a) important rights being left without the protection of review and appeal; and (b) an increased number of leave applications being made to this Court and cases needing to be heard by this Court.

The most important problem with this avenue is that, at common law, *certiorari* does not lie against a decision of a superior court judge. In *Kourtesis, supra*, at p. 90, the possibility that *certiorari* might lie against a superior court judge was left open by some members of this Court. However, I am not willing to adopt an avenue that requires that one superior court judge review the decision of another superior court judge. Therefore, this avenue is available against a provincial court judge but not against a superior court judge. The following odd situation thus results: essentially the same order

tion du redressement extraordinaire du *certiorari* à l'encontre de juges de cours provinciales pour excès de compétence et pour erreur de droit à la lecture du dossier. Ainsi que je l'expliquerai dans la partie C de mes motifs, la règle de common law qui commande la délivrance d'ordonnances de non-publication doit être compatible avec les principes qui sous-tendent la *Charte*. La règle de common law n'autorisant pas les interdictions de publication qui restreignent d'une manière injustifiable des droits garantis par la *Charte*, l'ordonnance qui met en application pareille interdiction de publication constitue une erreur de droit à la lecture du dossier. Par conséquent, si un juge d'une cour provinciale rend une ordonnance de non-publication, les médias peuvent demander à la cour supérieure un bref de *certiorari* et faire valoir que l'interdiction n'est pas autorisée par la règle de common law. Le cas échéant, l'interdiction constitue une erreur de droit à la lecture du dossier. Aux termes du par. 784(1) du *Code criminel*, il peut être interjeté appel à la cour d'appel d'une décision qui accorde ou refuse le recours demandé dans des procédures par voie de *certiorari*.

Ce moyen fait appel à des procédures établies et n'est pas contraire à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. En outre, le *certiorari* peut faire l'objet d'un appel (par l'entremise du par. 784(1) du *Code criminel*). Il ferme donc la porte à des situations indésirables comme: a) de dénuer des droits importants de la protection qu'offrent le contrôle et l'appel, et b) de voir un nombre accru de demandes d'autorisation à notre Cour et d'affaires devant être entendues par notre Cour.

Le problème le plus important que pose ce moyen est qu'en common law, on ne peut demander un bref de *certiorari* contre la décision d'un juge d'une cour supérieure. Dans l'arrêt *Kourtesis*, précité, à la p. 90, certains membres de notre Cour ont laissé entière la possibilité qu'un bref de *certiorari* puisse être délivré contre la décision d'un juge d'une cour supérieure. Toutefois, je ne suis pas disposé à adopter une solution qui requiert qu'un juge d'une cour supérieure contrôle la décision d'un autre juge d'une cour supérieure. Par conséquent, on peut adopter cette solution à

made for the same purposes affecting the same rights (of the defendant, the Crown, and the media) will be subject to different avenues of review and appeal depending upon whether the order is made by a superior court judge or a provincial court judge.

Another problem with this avenue comes from the apparently limited remedial powers of *certiorari*. Traditionally, *certiorari* has been limited remedially. That is it could only be used to quash an order. Thus, if the media were seeking an additional or alternative remedy, the desired remedy would appear to be unavailable through *certiorari*.

However, it is open to this Court to enlarge the remedial powers of *certiorari* and I do so now for limited circumstances. Given that the common law rule authorizing publication bans must be consistent with *Charter* principles, I am of the view that the remedies available where a judge errs in applying this rule should be consistent with the remedial powers under the *Charter*. Therefore, the remedial powers of *certiorari* should be expanded to include the remedies that are available through s. 24(1) of the *Charter*. It should be emphatically noted that it is not necessary in this case for this Court to decide whether or not the *Charter* applies directly to court orders. I am simply saying that when a judge exceeds his authority under the common law rule governing publication bans, then the remedies available through a *certiorari* challenge to the judge's action should be the same as the remedies that would be available under the *Charter*.

Despite the difficulties with this avenue, I find that it is the least unsatisfactory avenue and I therefore adopt it for third party challenges to publication ban orders made by provincial court

l'égard d'un juge d'une cour provinciale, mais on ne peut en faire autant à l'égard d'un juge d'une cour supérieure. Il en découle donc la situation étrange suivante: une ordonnance essentiellement identique, rendue pour les mêmes fins, touchant les mêmes droits (ceux du défendeur, du ministère public et des médias), fera l'objet de moyens de contrôle et d'appel différents selon qu'elle est rendue par un juge d'une cour supérieure ou par un juge d'une cour provinciale.

Les pouvoirs de redressement apparemment limités du *certiorari* soulèvent un autre problème si l'on utilise ce moyen. Traditionnellement, le *certiorari* a été limité du point de vue des redressements, et on ne pouvait l'utiliser que pour annuler une ordonnance. Ainsi, si les médias demandaient une réparation additionnelle ou subsidiaire, il semble qu'il ne serait pas possible d'obtenir la réparation souhaitée au moyen du *certiorari*.

Toutefois, notre Cour peut élargir les pouvoirs de redressement du *certiorari*, et c'est ce que je fais maintenant pour des circonstances limitées. Puisque la règle de common law qui permet les interdictions de publication doit être compatible avec les principes de la *Charte*, je suis d'avis que, lorsqu'un juge commet une erreur dans l'application de cette règle, les réparations qui peuvent être accordées doivent elles aussi être compatibles avec les pouvoirs de redressement fondés sur la *Charte*. Par conséquent, les pouvoirs de redressement du *certiorari* devraient être élargis pour inclure les réparations qu'offre le par. 24(1) de la *Charte*. Je tiens à insister sur le fait que, en l'espèce, notre Cour n'a pas à déterminer si la *Charte* s'applique directement aux ordonnances judiciaires. Je me contente de dire que, lorsqu'un juge excède son pouvoir sous le régime de la règle de common law qui régit les interdictions de publication, les réparations qui peuvent être obtenues par suite d'une contestation par voie de *certiorari* contre l'action du juge devraient alors être les mêmes que celles qui peuvent être obtenues en vertu de la *Charte*.

En dépit des difficultés que présente ce moyen, il est à mon avis le moins insatisfaisant, et je l'adopte par conséquent à l'égard des contestations par les tierces parties des ordonnances de non-

judges under their discretionary authority in the context of criminal proceedings.

(v) *Charter*

Section 24(1) of the *Charter* provides that:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

I wrote about s. 24(1) in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at p. 196:

When a person can demonstrate that one of his *Charter* rights has been infringed, access to a court of competent jurisdiction to seek a remedy is essential for the vindication of a constitutional wrong. To create a right without a remedy is antithetical to one of the purposes of the *Charter* which surely is to allow courts to fashion remedies when constitutional infringements occur.

However, in *Mills, supra*, at p. 971, La Forest J. wrote:

It should be obvious from the foregoing remarks that I am sympathetic to the view that *Charter* remedies should, in general, be accorded within the normal procedural context in which an issue arises. I do not believe s. 24 of the *Charter* requires the wholesale invention of a parallel system for the administration of *Charter* rights over and above the machinery already available for the administration of justice.

If a challenge to a publication ban could not be framed in terms of an error of law, then the *certiorari* and *Supreme Court Act* avenues might be unavailable and s. 24(1) might therefore be available. However, since a challenge to a publication ban ordered by a judge under his or her common law or legislated discretionary authority can be framed in terms of an error of law, the *certiorari* and *Supreme Court Act* avenues are available and therefore we need not here decide the issue of the application of the *Charter*, to publication bans

publication rendues par un juge d'une cour provinciale en vertu de son pouvoir discrétionnaire dans le cadre de procédures criminelles.

a (v) *La Charte*

Le paragraphe 24(1) de la *Charte* prévoit:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Dans l'arrêt *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, j'ai écrit ceci au sujet du par. 24(1), à la p. 196:

Quand une personne peut démontrer qu'elle a été victime d'une atteinte à un droit garanti par la *Charte*, il est indispensable pour assurer la sanction de cette violation de la Constitution que la personne en question puisse s'adresser au tribunal compétent afin d'obtenir réparation. Créer un droit sans prévoir de redressement heurte de front l'un des objets de la *Charte* qui permet assurément aux tribunaux d'accorder une réparation en cas de violation de la Constitution.

Toutefois, dans l'arrêt *Mills*, précité, à la p. 971, le juge La Forest a écrit:

D'après ce qui précède, il doit être évident que je favorise le point de vue suivant lequel les réparations fondées sur la *Charte* doivent, d'une manière générale, être accordées dans le contexte normal des procédures dans lesquelles une question prend naissance. Je ne crois pas que l'art. 24 de la *Charte* exige que l'on invente de toutes pièces un système parallèle pour l'administration des droits conférés par celle-ci qui viendra s'ajouter aux mécanismes déjà existants d'administration de la justice.

Si l'on ne pouvait contester une ordonnance de non-publication sur le fondement de l'erreur de droit, le *certiorari* et la *Loi sur la Cour suprême* pourraient être exclus, et il serait alors possible de recourir au par. 24(1). Toutefois, puisque l'on peut invoquer l'erreur de droit pour contester une ordonnance de non-publication rendue par un juge en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative, il est donc possible de recourir au *certiorari* et à la *Loi sur la Cour suprême*. Nous n'avons donc pas à trancher

ordered by judges under their common law or legislated discretionary authority in particular, and to court orders in general.

(2) General Guidelines for Practice

(i) *Preliminary Comments*

I have three preliminary comments to make before proceeding with general guidelines for practice with regard to publication bans issued under a judge's common law or legislated discretionary authority.

First, in a jury trial, a motion for a publication ban must be heard in the absence of the jury. Consider, for example, a case in which the media propose to broadcast information that would be inadmissible as evidence in the normal course of the criminal trial. The accused will have to introduce this information into evidence in order to demonstrate the risk to a fair trial. And yet, if the risk is demonstrated and substantial, the jury should not hear this evidence. The accused must not be placed in the intolerable position of having to present the inadmissible information before the jury in an attempt to secure an impartial jury. Consider also, a case in which the media propose to broadcast information that would undercut a particular defence strategy. The accused will have to reveal his or her defence strategy in order to demonstrate the risk to a fair trial. And yet, it would be unfair to require the defence to reveal defence strategy prior to the closing of the Crown's case — the accused must not be placed in the position of having to risk prejudice to one aspect of his or her right to a fair trial in order to protect another aspect of this right.

Second, the issue of giving notice to the media of motions for publication bans may appear to raise a number of practical problems. Which media are to be given notice, and how is such notice to be given? Do the media include all newspapers, television stations, and radio stations potentially affected by the ban? How is notice to be served?

ici la question de l'application de la *Charte* aux ordonnances de non-publication rendues par les juges en vertu de leur pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative, en particulier, et aux ordonnances judiciaires en général.

(2) Directives générales pour la pratique

(i) *Commentaires préliminaires*

J'ai trois commentaires à faire avant de me pencher sur les directives générales qui régissent dans la pratique les ordonnances de non-publication rendues par un juge en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative.

Premièrement, dans un procès par jury, une requête en interdiction de publication doit être entendue en l'absence du jury. Prenons, par exemple, le cas où les médias proposent de diffuser une information qui serait inadmissible en preuve dans le cadre normal d'un procès criminel. L'accusé devra présenter cette information en preuve pour démontrer le risque quant à l'équité de son procès. Or, si le risque est démontré et substantiel, le jury ne devrait pas entendre cette preuve. L'accusé ne doit pas être placé dans la situation intolérable d'avoir à présenter l'information inadmissible au jury pour tenter d'obtenir un jury impartial. Prenons aussi le cas où les médias proposent de diffuser une information qui saperait une stratégie particulière de la défense. L'accusé devra révéler sa stratégie de défense pour démontrer le risque quant à l'équité de son procès. Or, il serait injuste d'exiger de la défense qu'elle révèle sa stratégie avant la fin de la présentation de la preuve du ministère public — l'accusé ne doit pas avoir à risquer de subir un préjudice à l'égard d'un aspect de son droit à un procès équitable pour protéger un autre aspect du même droit.

Deuxièmement, la question de l'avis aux médias des requêtes en interdiction de publication peut paraître soulever certaines difficultés d'ordre pratique. Quels sont les médias qui doivent recevoir l'avis, et de quelle façon l'avis doit-il leur être donné? Les médias incluent-ils tous les journaux, les stations de télévision et les stations de radio

Given that I have concluded that motions for publication bans made in the context of criminal proceedings are criminal in nature, the solution to these practical problems is to be found in the provincial rules of criminal procedure and the relevant case law. For example, Rule 6.04(1) of the *Ontario Court of Justice Criminal Proceedings Rules*, SI/92-99, states that:

6.04 (1) The notice of application shall be served on all parties and, where there is uncertainty whether anyone else should be served, the applicant may make a motion without notice to a judge for an order for directions.

The judge hearing the application thus has the discretion to direct that third parties (e.g., the media) be given notice. Exactly who is to be given notice and how notice is to be given should remain in the discretion of the judge to be exercised in accordance with the provincial rules of criminal procedure and the relevant case law.

Third, the issue of standing may also appear to raise problems. Which members of the media are to be given standing? Does standing include standing to do any or all of the following: cross-examine witnesses, call *viva voce* evidence, file affidavit evidence, and present oral and/or written arguments? Again, given that I have concluded that motions for publication bans made in the context of criminal proceedings are criminal in nature, the solution to these practical problems is to be found in the provincial rules of criminal procedure and the relevant case law. The judge hearing the application thus has the discretion to grant standing to interested third parties (e.g., the media) and this standing can include any or all of the activities listed above.

I now proceed with some general guidelines for practice for the Crown, the accused, the media, and the courts in turn.

susceptibles d'être visés par l'interdiction? De quelle façon cet avis doit-il être signifié? Comme j'ai conclu que les requêtes en interdiction de publication présentées dans le cadre de procédures criminelles sont de nature criminelle, la solution à ces problèmes pratiques doit être puisée dans les règles provinciales de procédure criminelle et dans la jurisprudence pertinente. Par exemple, la règle 6.04(1) des *Règles de procédure en matière criminelle de la Cour de justice de l'Ontario*, TR/92-99, prescrit:

6.04 (1) L'avis de demande est signifié à toutes les parties. En cas de doute quant à l'obligation de le signifier à une autre personne, le requérant peut demander des directives à un juge par voie de requête, sans préavis.

Le juge qui entend la demande a donc le pouvoir discrétionnaire d'ordonner que des tiers (par exemple les médias) soient avisés. La question de savoir qui, exactement, doit être avisé et de quelle façon l'avis doit être signifié devrait relever du pouvoir discrétionnaire du juge, exercé conformément aux règles de procédure provinciales en matière criminelle et à la jurisprudence pertinente.

Troisièmement, la question de la qualité pour agir peut également paraître soulever des difficultés. À quels membres des médias doit-on reconnaître qualité pour agir? Cette qualité permet-elle tous les actes suivants ou certains d'entre eux seulement: contre-interroger les témoins, produire des témoignages oraux et par affidavit et présenter des arguments oraux et écrits? Encore une fois, étant donné ma conclusion que les requêtes en interdiction de publication présentées dans le cadre de procédures criminelles sont de nature criminelle, la solution à ces problèmes pratiques doit être puisée dans les règles de procédure provinciales en matière criminelle et dans la jurisprudence pertinente. Le juge qui entend la demande a donc le pouvoir discrétionnaire d'accorder qualité pour agir aux tiers intéressés (par exemple les médias) et cette qualité peut viser l'un ou l'autre ou l'ensemble des actes énumérés ci-dessus.

Je me pencherai maintenant sur certaines directives générales de pratique à l'égard du ministère public, des accusés, des médias et des tribunaux respectivement.

(ii) *For the Crown and the Accused*

To get a publication ban issued under a judge's common law or legislated discretionary authority, the Crown and/or the accused should make a motion for a ban pursuant to that authority. This motion should be made before the trial judge (if one has been appointed) or before a judge in the court at the level the case will be heard (if the level of court can be established definitively by reference to statutory provisions such as ss. 468, 469, 553, 555 and 798 of the *Criminal Code* and s. 5 of the *Young Offenders Act*). If the level of court has not been established and cannot be established definitively by reference to statutory provisions, then the motion should be made before a superior court judge (i.e., it should be made before the highest court that could hear the case, in order to avoid later having a superior court judge bound by an order made by a provincial court judge). To seek or challenge a ban on appeal, the Crown and the accused should follow the regular avenues of appeal available to them through the *Criminal Code* (Parts XXI and XXVI).

A complication arises, however, when the initial order is made by a judge other than the trial judge (i.e., in cases where a trial judge has not yet been appointed). In this situation, neither the accused nor the Crown could ordinarily attack the initial order, either at trial or through the regular routes of appeal, without running afoul of the "rule against collateral attack": *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, and *Meltzer, supra*. This rule states that a court order may not be attacked "in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment" (*Wilson, supra, per McIntyre J.*, at p. 599). Since the specific object of the trial is not the reversal or variation of the initial publication ban, the rule against collateral attacks would, if strictly applied, prevent a reconsideration of the initial order by the trial judge and, by extension, a review of the order by the appellate courts under the normal routes of appeal (since the jurisdiction of the

(ii) *Le ministère public et les accusés*

Pour qu'une ordonnance de non-publication soit rendue par un juge en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative, le ministère public ou l'accusé devraient présenter une requête en interdiction de publication conformément à ce pouvoir. La requête devrait être présentée au juge de première instance (s'il a été désigné) ou à un juge de la juridiction devant laquelle l'affaire sera entendue (si l'on peut déterminer définitivement la juridiction par renvoi à des dispositions législatives tels les art. 468, 469, 553, 555 et 798 du *Code criminel* et l'art. 5 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*). Si la juridiction n'a pas été déterminée et ne peut l'être définitivement par renvoi aux dispositions législatives, la requête devrait être présentée à un juge d'une cour supérieure (c'est-à-dire au plus haut tribunal qui puisse entendre l'affaire, afin d'éviter ensuite qu'un juge d'une cour supérieure soit lié par l'ordonnance d'un juge d'une cour provinciale). Pour demander ou contester une interdiction en appel, le ministère public et l'accusé devraient recourir aux moyens d'appel réguliers qu'offre le *Code criminel* (parties XXI et XXVI).

Une complication survient toutefois lorsque l'ordonnance initiale est rendue par un juge qui n'est pas le juge du procès (c'est-à-dire lorsque aucun juge du procès n'a encore été désigné). Dans ce cas, ni l'accusé, ni le ministère public ne pourraient ordinairement contester l'ordonnance initiale, au procès ou en recourant aux moyens réguliers d'appel, sans aller à l'encontre de la «règle interdisant les attaques indirectes»: *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, et *Meltzer, précité*. Suivant cette règle, l'ordonnance d'un tribunal ne peut être contestée «dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmité, la modification ou l'annulation de l'ordonnance ou du jugement» (*Wilson, précité, le juge McIntyre, à la p. 599*). Puisque le procès n'a pas comme objectif précis l'annulation ou la modification de l'ordonnance de non-publication initiale, si la règle interdisant les attaques indirectes était appliquée rigoureusement, elle empêcherait l'exa-

appellate courts is restricted to errors of law made at trial).

In *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, a majority of this Court noted that the rule against collateral attacks is “not intended to immunize court orders from review” (*per* Iacobucci J., at p. 349), and held that in situations where the purposes underlying the rule are not engaged, some flexibility in the rule’s application should be recognized. Iacobucci J., writing for the majority, discussed the rationale for the rule in the following terms (at p. 349):

The rationale behind the rule is powerful: the rule seeks to maintain the rule of law and to preserve the repute of the administration of justice. To allow parties to govern their affairs according to their perception of matters such as the jurisdiction of the court issuing the order would result in uncertainty. Further, “the orderly and functional administration of justice” requires that court orders be considered final and binding unless they are reversed on appeal (*R. v. Pastro* [(1988), 42 C.C.C. (3d) 485], at p. 497).

He continued, however, by observing that the order in question in the case before him (a pre-trial division and severance order made by a judge other than the trial judge) would have been reviewable on appeal had it been made by the trial judge. He stated (at p. 350):

To permit an order to stand which is so erroneous that it results in a trial process that is fundamentally flawed would result in procedure governing substance; a result that cannot be accepted.

Although *Litchfield* involved orders of a different nature than the publication bans under consideration here, I am of the view that it is similarly appropriate to recognize some flexibility in the rule against collateral attacks when what is at issue is a publication ban.

men de l’ordonnance initiale rendue par le juge de première instance et, par extension, le contrôle de l’ordonnance par les tribunaux d’appel en vertu des moyens réguliers d’appel (car la compétence des tribunaux d’appel se limite aux erreurs de droit commises au procès).

Dans l’arrêt *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, notre Cour à la majorité a fait remarquer que la règle interdisant les attaques indirectes n’a pas été «conçue pour soustraire à tout contrôle les ordonnances judiciaires» (le juge Iacobucci, à la p. 349). Elle a conclu que, lorsque les objectifs qui sous-tendent la règle ne sont pas mis en cause, on devrait admettre une certaine flexibilité dans son application. Au nom de la majorité, le juge Iacobucci a analysé la raison d’être de la règle dans les termes suivants (à la p. 349):

La règle repose sur un solide raisonnement: elle vise à maintenir la primauté du droit et à préserver la considération dont jouit l’administration de la justice. L’incertitude résulterait si on permettait aux parties de gérer leurs affaires suivant la perception qu’ils ont de questions comme la compétence du tribunal qui rend l’ordonnance. De plus, [TRADUCTION] «l’administration ordonnée et pratique de la justice» exige que les ordonnances judiciaires soient considérées comme définitives et ayant force exécutoire à moins d’être annulées en appel (*R. c. Pastro* [(1988), 42 C.C.C. (3d) 485], à la p. 497).

Il a toutefois ajouté que l’ordonnance en question dans l’affaire dont il était saisi (une ordonnance de division et de séparation des chefs d’accusation, rendue avant le procès par un juge autre que le juge du procès) aurait été susceptible d’être contrôlée en appel si elle avait été rendue par un juge du procès. Il a déclaré, à la p. 350:

Permettre le maintien d’une ordonnance erronée au point d’entacher le procès d’un vice fondamental revient à faire prévaloir la procédure sur le fond, un résultat qui ne saurait être accepté.

Bien qu’il était question dans l’arrêt *Litchfield* d’ordonnances d’une nature autre que les ordonnances de non-publication qui sont en cause en l’espèce, je suis d’avis qu’il est tout aussi indiqué d’admettre une certaine flexibilité de la règle interdisant les attaques indirectes à l’égard des ordonnances de non-publication.

This problem does not, of course, arise in the case at bar, so it is unnecessary to consider the matter further at this time. I have mentioned it here simply to highlight the fact that none of the avenues of appeal currently available is entirely satisfactory. As I noted earlier, until Parliament acts to rectify the situation by enacting appropriate legislation I am forced to choose the least unsatisfactory of a number of unsatisfactory alternatives.

(iii) *For the Media*

If the media wish to oppose a motion for a ban brought in provincial court, they should attend at the hearing on the motion, argue to be given status, and if given status, participate in the motion. To challenge a ban once ordered, the media should make an application for *certiorari* to a superior court judge. To challenge a denial of *certiorari*, the media should appeal the superior court judge's decision to the Court of Appeal under s. 784(1) of the *Criminal Code*. To challenge a dismissal of an appeal to the Court of Appeal, the media should make an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada under s. 40 of the *Supreme Court Act*.

If the media wish to oppose a motion for a ban brought in a provincial superior court, then they should attend at the hearing on the motion, argue to be given status, and, if given status, participate in the motion. To challenge a ban once ordered, the media should make an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada under s. 40 of the *Supreme Court Act*.

(iv) *For the Court*

Upon a motion for a ban under the common law rule, the court should give standing to the media who seek standing (according to the rules of criminal procedure and the established common law principles) and follow the general guidelines for practice set out in Part C of these reasons.

Comme ce problème ne se pose évidemment pas en l'espèce, il est inutile d'approfondir la question à ce moment-ci. Si je l'ai soulevée, c'est simplement pour souligner le fait qu'aucun des moyens d'appel qui existent à l'heure actuelle n'est entièrement satisfaisant. Je le répète, jusqu'à ce que le législateur décide de corriger la situation en adoptant une loi appropriée, je suis contraint de choisir le moins insatisfaisant d'un certain nombre de moyens insatisfaisants.

(iii) *Les médias*

Si les médias souhaitent s'opposer à une requête en interdiction présentée en cour provinciale, ils devraient assister à l'audition de la requête, présenter des observations afin d'obtenir qualité pour agir et, s'ils l'obtiennent, participer à la requête. Pour contester l'interdiction, les médias devraient demander un bref de *certiorari* à un juge d'une cour supérieure. Si cette demande est refusée, ils devraient interjeter appel de cette décision à la cour d'appel en vertu du par. 784(1) du *Code criminel*. Pour contester le rejet d'un appel à la cour d'appel, les médias devraient demander une autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*.

Si les médias souhaitent s'opposer à une requête en interdiction présentée devant une cour supérieure provinciale, ils devraient assister à l'audition de la requête, présenter des observations afin d'obtenir qualité pour agir et, s'ils l'obtiennent, participer à la requête. Pour contester l'interdiction, les médias devraient demander une autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*.

(iv) *Le tribunal*

Sur requête en interdiction présentée en vertu de la règle de common law, le tribunal devrait accorder qualité pour agir aux médias qui le demandent (conformément aux règles de procédure en matière criminelle et aux principes de common law) et appliquer les directives générales de pratique énoncées à la partie C des présents motifs.

(3) Application of Principles and Practice to the Case at Bar(i) *The Facts*

All of the cases were being heard or were scheduled to be heard in the Ontario Court of Justice (General Division) before a judge and jury. All of the accused were pre-tried with no prospect of resolution. Dagenais was in week five of his trial. The jury was to be charged three days following the motion for the ban. Monette already had his trial judge named (Cusson J.). His trial was to run from February 1 to February 26, 1993. Radford's trial was to run from April 5 to May 4, 1993. Dugas' trial was to begin some time between May 31 and July 2, 1993.

(ii) *The Application of the Law to these Facts*

Dagenais should have gone to his trial judge. If the ban had been refused, he would have had no right of appeal beyond his normal right to appeal if convicted at the end of the trial.

Monette should also have gone to his trial judge. If the ban had been refused, he would have had no right of appeal beyond his normal right to appeal if convicted at the end of the trial.

Radford and Dugas, however, were correct to go to a provincial superior court judge. If the ban had been refused, they would have had no right of appeal beyond their normal right to appeal if convicted at the end of the trials.

When the publication ban order was given, the CBC should have sought leave to appeal from the Supreme Court of Canada under s. 40 of the *Supreme Court Act*.

(iii) *Conclusions about Jurisdiction*

Gotlib J. did not have jurisdiction to hear the motions from Dagenais or Monette, but she did

(3) Application des principes et de la pratique à l'espèce(i) *Les faits*

Toutes les affaires étaient entendues ou devaient être entendues en Cour de justice de l'Ontario (Division générale) devant un juge et jury. Tous les accusés avaient subi leur enquête préliminaire et rien ne laissait prévoir un règlement. Cinq semaines s'étaient écoulées dans le procès de Dagenais. Le jury devait entendre l'exposé trois jours après la requête en interdiction. Dans le cas de Monette, le juge du procès avait été désigné (le juge Cusson) et le procès devait se dérouler du 1^{er} au 26 février 1993. Le procès de Radford devait se tenir du 5 avril au 4 mai 1993, et celui de Dugas devait commencer entre le 31 mai et le 2 juillet 1993.

(ii) *L'application du droit aux faits*

Dagenais aurait dû s'adresser au juge président son procès. Si l'interdiction avait été refusée, il n'aurait eu d'autre droit d'appel que celui dont il pouvait normalement se prévaloir à la fin du procès s'il était déclaré coupable.

Monette aurait dû lui aussi s'adresser au juge qui devait présider son procès. Si l'interdiction avait été refusée, il n'aurait eu d'autre droit d'appel que celui dont il pouvait normalement se prévaloir à la fin du procès s'il était déclaré coupable.

Toutefois, Radford et Dugas se sont à juste titre adressés à un juge d'une cour supérieure de la province. Si l'interdiction avait été refusée, ils n'auraient eu d'autre droit d'appel que celui dont ils pouvaient normalement se prévaloir à la fin du procès s'ils étaient déclarés coupables.

Lorsque l'ordonnance de non-publication a été rendue, la SRC aurait dû demander l'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*.

(iii) *Conclusions sur la compétence*

Le juge Gotlib n'avait pas compétence pour entendre les requêtes de Dagenais et de Monette,

have jurisdiction to hear the motions from Radford and Dugas. The Court of Appeal did not have jurisdiction to hear from the CBC. This Court had jurisdiction to grant leave to appeal the Court of Appeal decision and to draw these conclusions on the issue of jurisdiction.

The Supreme Court of Canada had jurisdiction under s. 40 of the *Supreme Court Act* to grant leave to appeal Gotlib J.'s order. However, the CBC did not seek leave to appeal Gotlib J.'s order. It would therefore appear at first glance that the Supreme Court of Canada does not have jurisdiction to rule on the order itself. However, I have decided to grant leave to appeal Gotlib J.'s order under s. 40 *proprio motu, nunc pro tunc, ex post facto* (of its own motion, now as of the previous date, for something done after). I do this because I believe that it would be unfair to penalize the CBC for not following the correct procedure where the correct procedure was not known until we decided this case. I also do this because the issue of publication bans is of national importance, the case was fully argued before us, and no one is prejudiced by the granting of leave.

It is important to note once more that the current situation is deplorable. Fundamental rights are at stake, but no truly satisfactory avenue of appeal has been established by statute. I hope that Parliament will soon consider filling this jurisdictional *lacuna* and establishing statutory rights of appeal for third parties such as the media.

C. Publication Bans

(1) The Analytical Approach

Challenges to publication bans may be framed in several different ways, depending on the nature of the objection to the ban. If legislation requires a judge to order a publication ban, then any objection to that ban should be framed as a *Charter* challenge to the legislation itself. Similarly, if a common law rule requires a judge to order a publication ban or authorizes a judge to order a publica-

mais elle l'avait pour entendre celles de Radford et de Dugas. La Cour d'appel n'avait pas compétence pour entendre la SRC, alors que notre Cour avait compétence pour autoriser l'appel contre la décision de la Cour d'appel et pour tirer les présentes conclusions sur la question de la compétence.

La Cour suprême du Canada avait compétence, en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, pour accorder l'autorisation d'en appeler de l'ordonnance du juge Gotlib. Toutefois, la SRC n'a pas demandé cette autorisation. Il semble donc à première vue que la Cour suprême du Canada n'ait pas compétence pour statuer sur l'ordonnance comme telle. J'ai toutefois décidé d'accorder l'autorisation d'en appeler de l'ordonnance du juge Gotlib conformément à l'art. 40 *proprio motu, nunc pro tunc, ex post facto* (de mon propre chef, rétrospectivement, à valoir pour alors). En effet, j'estime qu'il serait injuste de pénaliser la SRC pour ne pas avoir suivi la bonne procédure alors que celle-ci n'était pas connue avant que nous tranchions la présente affaire. En outre, la question des ordonnances de non-publication est d'importance nationale, l'affaire a été pleinement plaidée devant nous, et personne ne subira de préjudice du fait de l'octroi de l'autorisation.

Il est important de souligner, encore une fois, que la situation actuelle est déplorable. Des droits fondamentaux sont en jeu, mais aucun moyen véritablement satisfaisant d'appel n'a été établi par la loi. J'espère que le législateur songera bientôt à combler cette lacune et à établir des droits d'appel d'origine législative à l'égard de tiers comme les médias.

h C. *Les interdictions de publication*

(1) La méthode analytique

La contestation d'une interdiction de publication peut prendre différentes formes, suivant la nature de l'opposition à l'interdiction. Si, aux termes d'une disposition législative, le juge doit rendre une ordonnance de non-publication, toute opposition à cette ordonnance devrait prendre la forme d'une contestation de la disposition législative, fondée sur la *Charte*. De même, si une règle de

tion ban that infringes *Charter* rights in a manner not reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, then any objection to that ban should be framed as a *Charter* challenge to the common law rule.

In the case at bar, we are dealing with a common law rule which provides judges with the discretion to order a publication ban in certain circumstances. Discretion cannot be open-ended. It cannot be exercised arbitrarily. More to the point, as I stated in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078, in the context of legislative conferrals of discretion:

As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. Such an interpretation would require us to declare the legislation to be of no force or effect, unless it could be justified under s. 1.

I would extend this reasoning, and hold that a common law rule conferring discretion cannot confer the power to infringe the *Charter*. Discretion must be exercised within the boundaries set by the principles of the *Charter*; exceeding these boundaries results in a reversible error of law. In this case, then, we are dealing with an error of law challenge to a publication ban imposed under a common law discretionary rule.

The common law rule governing publication bans has been traditionally understood as requiring those seeking a ban to demonstrate that there is a real and substantial risk of interference with the right to a fair trial. This rule accorded some protection to freedom of expression, in so far as it prevented publication bans from being imposed for no

common law contraint un juge ou l'autorise à rendre une ordonnance de non-publication qui viole des droits garantis par la *Charte* d'une façon qui n'est pas raisonnable et qui ne peut se justifier dans une société libre et démocratique, toute opposition à cette ordonnance devrait revêtir la forme d'une contestation de la règle de common law, fondée sur la *Charte*.

En l'espèce, la règle de common law confère aux juges le pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance de non-publication dans certaines circonstances. Le pouvoir discrétionnaire ne peut pas être illimité, ni ne peut-il être exercé arbitrairement. Plus précisément, comme je l'ai souligné dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, aux pp. 1077 et 1078, dans le contexte du pouvoir discrétionnaire conféré dans un texte de loi:

La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte*, à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. Une telle interprétation nous obligerait en effet, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative aux termes de l'article premier, à la déclarer inopérante.

J'élargirai ce raisonnement pour conclure que la règle de common law qui confère un pouvoir discrétionnaire ne peut donner le pouvoir d'enfreindre la *Charte*. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé dans les limites prescrites par les principes de la *Charte*; excéder ces limites constitue une erreur de droit justifiant l'annulation. En l'espèce, donc, il s'agit d'une contestation, fondée sur une erreur de droit, d'une ordonnance de non-publication rendue en vertu d'une règle de common law discrétionnaire.

La règle de common law à laquelle sont soumises les ordonnances de non-publication a toujours été interprétée comme obligeant ceux qui demandent une ordonnance à démontrer qu'il existe un risque réel et important qu'il y ait entrave au droit à un procès équitable. Cette règle accordait une certaine protection à la liberté d'expression, dans

reason, or in response to merely speculative concerns. The question that must be addressed, however, is whether the rule provides sufficient protection for freedom of expression in the context of post-*Charter* Canadian society. As Iacobucci J., speaking for the Court, stated in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 675:

Where the principles underlying a common law rule are out of step with the values enshrined in the *Charter*, the courts should scrutinize the rule closely. If it is possible to change the common law rule so as to make it consistent with *Charter* values . . . then the rule ought to be changed.

Like the right of an accused to a fair trial, a fundamental principle of our justice system which is now expressly protected by s. 11(d) of the *Charter*, freedom of expression, including freedom of the press, is now recognized as a paramount value in Canadian society, as demonstrated by its enshrinement as a constitutionally protected right in s. 2(b) of the *Charter*. Section 2(b) guarantees the rights of all Canadians to "freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication". The importance of the s. 2(b) freedoms has been recognized by this Court on numerous occasions (see, for example, *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; and *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731).

As I said, for the Court, in *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, at p. 129:

Freedom of the press is indeed an important and essential attribute of a free and democratic society, and measures which prohibit the media from publishing information deemed of interest obviously restrict that freedom.

la mesure où elle empêchait que les ordonnances de non-publication soient rendues sans raison ou sur le fondement de craintes purement hypothétiques. Ce qu'il faut par contre se demander, c'est si la règle offre une protection suffisante à la liberté d'expression dans le cadre de la société canadienne maintenant dotée d'une *Charte*. Ainsi que l'a exprimé le juge Iacobucci au nom de la Cour dans *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 675:

Lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte*, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la *Charte*, [. . .] elle doit être modifiée.

Au même titre que le droit d'un accusé à un procès équitable, principe fondamental de notre système de justice maintenant expressément protégé par l'al. 11d) de la *Charte*, la liberté d'expression, qui comprend la liberté de la presse, est aujourd'hui reconnue comme une valeur de première importance dans la société canadienne puisqu'elle est inscrite comme droit constitutionnellement protégé à l'al. 2b) de la *Charte*. Cet alinéa garantit à tous les Canadiens la «liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication». Notre Cour a, à maintes reprises, reconnu l'importance des libertés garanties par l'al. 2b) (voir, par exemple, *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; et *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731).

Comme je l'ai dit au nom de la Cour dans *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, à la p. 129:

Certes, la liberté de la presse représente un attribut important et essentiel d'une société libre et démocratique et il est évident que des mesures interdisant aux médias de publier des renseignements estimés d'intérêt public limitent cette liberté.

Similarly, in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, Cory J. remarked (at pp. 1336-37):

It is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. Indeed a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies and institutions. The vital importance of the concept cannot be over-emphasized.

... The principle of freedom of speech and expression has been firmly accepted as a necessary feature of modern democracy.

In *Zundel, supra*, at p. 752, McLachlin J. distilled the commentary and case law on the subject of freedom of expression, and declared that the interests protected by s. 2(b) are "truth, political or social participation, and self-fulfilment".

The pre-*Charter* common law rule governing publication bans emphasized the right to a fair trial over the free expression interests of those affected by the ban. In my view, the balance this rule strikes is inconsistent with the principles of the *Charter*, and in particular, the equal status given by the *Charter* to ss. 2(b) and 11(d). It would be inappropriate for the courts to continue to apply a common law rule that automatically favoured the rights protected by s. 11(d) over those protected by s. 2(b). A hierarchical approach to rights, which places some over others, must be avoided, both when interpreting the *Charter* and when developing the common law. When the protected rights of two individuals come into conflict, as can occur in the case of publication bans, *Charter* principles require a balance to be achieved that fully respects the importance of both sets of rights.

De même, dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, le juge Cory a remarqué (aux pp. 1336 et 1337) :

Il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion.

... Le principe de la liberté de parole et d'expression a été accepté sans réserve comme une caractéristique nécessaire de la démocratie moderne.

Dans *Zundel*, précité, à la p. 752, le juge McLachlin a analysé la doctrine et la jurisprudence sur la liberté d'expression puis conclu que les droits que protège l'al. 2b) sont la «vérité, la participation politique ou sociale et l'accomplissement de soi».

La règle de common law qui, avant l'adoption de la *Charte*, régissait les ordonnances de non-publication, accordait une plus grande importance au droit à un procès équitable qu'à la liberté d'expression de ceux qui étaient touchés par l'interdiction. À mon sens, l'équilibre que cette règle fixe est incompatible avec les principes de la *Charte*, en particulier avec l'égalité de rang qu'accorde la *Charte* aux al. 2b) et 11d). Il ne conviendrait pas que les tribunaux continuent d'appliquer une règle de common law qui privilégie systématiquement les droits garantis à l'al. 11d) par rapport à ceux que garantit l'al. 2b). Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, comme cela peut se produire dans le cas d'une interdiction de publication, les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.

It is open to this Court to “develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution”: *Dolphin Delivery*, *supra*, at p. 603 (*per* McIntyre J.). I am, therefore, of the view that it is necessary to reformulate the common law rule governing the issuance of publication bans in a manner that reflects the principles of the *Charter*. Given that publication bans, by their very definition, curtail the freedom of expression of third parties, I believe that the common law rule must be adapted so as to require a consideration both of the objectives of a publication ban, and the proportionality of the ban to its effect on protected *Charter* rights. The modified rule may be stated as follows:

A publication ban should only be ordered when:

- (a) Such a ban is necessary in order to prevent a real and substantial risk to the fairness of the trial, because reasonably available alternative measures will not prevent the risk; and
- (b) The salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious effects to the free expression of those affected by the ban.

If the ban fails to meet this standard (which clearly reflects the substance of the *Oakes* test applicable when assessing legislation under s. 1 of the *Charter*), then, in making the order, the judge committed an error of law and the challenge to the order on this basis should be successful.

(2) The Application of the Analytical Approach to the Case at Bar

To assess the validity of the order in the case at bar, it is necessary to consider the objective of the order, to examine the availability of reasonable alternative measures that could achieve this objective, and to consider whether the salutary effects of the publication ban outweigh the deleterious impact the ban has on freedom of expression. If the publication ban in question cannot be justified under the common law rule set out above, then, in

Notre Cour peut «développer des principes de *common law* d’une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution»: *Dolphin Delivery*, précité, à la p. 603 (le juge McIntyre). Je suis par conséquent d’avis qu’il est nécessaire de reformuler la règle de *common law* en matière d’ordonnance de non-publication de manière à la rendre compatible avec les principes de la *Charte*. Puisque, par définition même, les ordonnances de non-publication restreignent la liberté d’expression de tiers, j’estime que la règle de *common law* doit être adaptée de façon à exiger l’examen, d’une part, des objectifs de l’ordonnance de non-publication et, d’autre part, de la proportionnalité de l’ordonnance quant à ses effets sur les droits garantis par la *Charte*. La règle modifiée pourrait être la suivante:

Une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si:

- a) elle est nécessaire pour écarter le risque réel et important que le procès soit inéquitable, vu l’absence d’autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque;
- b) ses effets bénéfiques sont plus importants que ses effets préjudiciables sur la libre expression de ceux qui sont touchés par l’ordonnance.

Si l’ordonnance ne satisfait pas à cette norme (qui reflète nettement l’essence du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*, et utilisé pour juger une disposition législative en vertu de l’article premier de la *Charte*), alors, en rendant l’ordonnance, le juge a commis une erreur de droit et la contestation de l’ordonnance sur ce fondement doit être accueillie.

(2) L’application de la méthode analytique à la présente affaire

Pour juger de la validité de l’ordonnance rendue en l’espèce, il est nécessaire de considérer son objectif, de vérifier s’il existe d’autres mesures raisonnables qui permettent d’atteindre cet objectif et de déterminer si les effets bénéfiques de l’ordonnance de non-publication l’emportent sur ses effets préjudiciables sur la liberté d’expression. Si l’interdiction ne peut être justifiée dans le cadre de la règle de *common law* énoncée précédemment, le

making her order, Gotlib J. committed an error of law.

The objective of the ban ordered in the case at bar was the diminution of the risk that the trial of the four accused persons might be rendered unfair by adverse pre-trial publicity. This objective reflects the interest that the accused persons shared with both the public and the courts in ensuring both that a trial be held and that it be fair. The interest that Dagenais, Monette, Radford and Dugas have in receiving a fair trial is of such importance that it has been entrenched as a constitutional right, in both ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In addition to the accused's interest in the fairness of their trial, the public had an interest in their being acquitted or convicted through trials that were fair and that had the appearance of fairness: *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at p. 283. Similarly, the courts had an interest in ensuring that justice was done, and an interest in safeguarding the repute of the administration of justice by ensuring that justice was seen to be done.

In most cases where publication bans are sought, including the case at bar, attention is focused on a particular potential source of trial unfairness — the possibility that adverse pre-trial publicity might make it difficult or impossible to find an impartial jury. In *Généreux*, *supra*, in the context of a discussion of s. 11(d), I noted (at pp. 282-83):

[One of s. 11(d)'s objectives is] to ensure that a person is tried by a tribunal that is not biased in any way and is in a position to render a decision which is based solely on the merits of the case before it, according to law. The decision-maker should not be influenced by the parties to a case or by outside forces except to the extent that he or she is persuaded by submissions and arguments pertaining to the legal issues in dispute.

It must be noted, however, that while the *Charter* provides safeguards both against actual instances of bias and against situations that give rise to a serious risk of a jury's impartiality being tainted, it does not require that all conceivable steps be taken to remove even the most speculative risks. As I noted in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p.

juge Gotlib a alors commis une erreur de droit en rendant l'ordonnance.

L'ordonnance rendue en l'espèce avait pour objectif de diminuer le risque qu'une publicité défavorable avant le procès rende le procès des quatre accusés inéquitable. Cet objectif reflète le droit, que les accusés partageaient avec le public et les tribunaux, à ce qu'un procès soit tenu et à ce qu'il soit équitable. Le droit de Dagenais, Monette, Radford et Dugas à un procès équitable est si important qu'il a obtenu le statut constitutionnel à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. Outre le droit des accusés à un procès équitable, le public avait le droit à ce que ces individus soient acquittés ou déclarés coupables à la suite de procès équitables, et qui paraissaient l'être: *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, à la p. 283. De même, les tribunaux avaient le droit à ce que justice soit rendue et à ce que la considération dont jouit l'administration de la justice soit sauvegardée en faisant en sorte qu'on voit que justice est rendue.

Dans la plupart des cas où l'on demande une ordonnance de non-publication, comme en l'espèce notamment, l'attention est axée sur une source potentielle d'iniquité du procès — la possibilité qu'une publicité défavorable avant le procès rende difficile, voire impossible, la sélection d'un jury impartial. Dans *Généreux*, précité, dans le contexte d'une analyse de l'al. 11d), j'ai signalé (aux pp. 282 et 283):

[L'un des objectifs de l'al. 11d) consiste à] s'assurer que la personne est jugée par un tribunal qui n'est aucunement partial et qui est apte à rendre une décision fondée seulement sur la preuve dont il est saisi, conformément à la loi. Le décideur ne devrait pas être influencé par les parties ni par des forces extérieures, sauf dans la mesure où il est convaincu par les arguments et les plaidoiries portant sur les questions de droit en litige.

Il y a lieu de remarquer toutefois que si la *Charte* offre des garanties contre des cas réels de partialité et contre des situations qui créent un risque grave que l'impartialité du jury soit compromise, elle ne requiert pas que l'on prenne toutes les mesures concevables pour éliminer même les risques les plus hypothétiques. Ainsi que je l'ai signalé dans

142, “the Constitution does not always guarantee the ‘ideal’”. This must be borne in mind when the objective of a publication ban imposed under the common law rule is specified, since one of the primary purposes of the common law rule is the protection of the constitutional rights of the accused. As the rule itself states, the objective of a publication ban authorized under the rule is to prevent real and substantial risks of trial unfairness — publication bans are not available as protection against remote and speculative dangers.

It is also important to note the extent to which a publication ban trenches upon the rights of individuals to freedom of expression. In the case of the publication ban at issue here, the specific freedom of expression interests engaged by the ban included: the film director’s interest in expressing himself; the CBC’s interest in broadcasting the film; the public’s interest in viewing the film; and society’s interest in having the important issue of child abuse presented to the public. All of these interests were limited by the publication ban ordered in the case at bar.

In my view, the publication ban in the case at bar was clearly directed towards preventing a real and substantial risk to the fairness of the trial of the four accused. What must next be considered in order to determine whether the ban was supportable under the common law rule was whether a publication ban was necessary on the facts of this case. This requires a consideration of whether reasonable alternative measures were available that would have guarded against the risk of the trial being unfair without circumscribing the expressive rights of third parties. As I will explain, I do not consider it necessary in the case at bar to consider the question of whether the salutary effects of the publication ban outweighed the deleterious impact the ban had on freedom of expression, because I find that there were, in fact, reasonable alternative measures available.

The publication ban in the case at bar would have passed the first stage of analysis under the

l’arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 142, «la Constitution ne garantit pas toujours la situation «idéale»». C’est un élément dont il faut tenir compte lorsque l’objectif d’une ordonnance de non-publication rendue en vertu de la règle de common law est précisé, puisque l’un des principaux buts de la règle de common law est la protection des droits constitutionnels de l’accusé. Comme la règle elle-même l’énonce, l’objectif d’une ordonnance de non-publication autorisée par la règle est d’écarter les risques réels et importants qu’un procès soit inéquitable — les ordonnances de non-publication ne peuvent servir de bouclier contre les dangers incertains et hypothétiques.

Il importe également de signaler dans quelle mesure une ordonnance de non-publication empiète sur le droit des individus à la liberté d’expression. L’ordonnance de non-publication en cause en l’espèce touchait divers droits à la liberté d’expression, dont le droit du réalisateur du film de s’exprimer, le droit de la SRC de diffuser le film, le droit du public de voir le film et le droit de la société à ce que l’importante question de l’exploitation des enfants soit présentée au public. Tous ces droits ont été restreints par l’ordonnance de non-publication rendue en l’espèce.

À mon avis, cette interdiction visait nettement à écarter le risque réel et important que le procès des quatre accusés soit inéquitable. Pour déterminer si l’interdiction était justifiée sous le régime de la règle de common law, il faut ensuite vérifier s’il était nécessaire de rendre l’ordonnance de non-publication compte tenu des faits de l’affaire. Pour ce faire, il y a lieu d’examiner s’il existait d’autres mesures raisonnables qui auraient pu contrer le risque que le procès soit inéquitable sans restreindre les droits d’expression des tiers. Ainsi que je l’expliquerai, je n’estime pas nécessaire en l’espèce de déterminer si les effets bénéfiques de l’interdiction de publication excédaient ses effets préjudiciables sur la liberté d’expression puisque, en fait, je crois qu’on aurait pu avoir recours à d’autres mesures raisonnables.

L’ordonnance de non-publication rendue en l’espèce aurait passé avec succès la première étape

common law rule if: (1) the ban was as narrowly circumscribed as possible (while still serving the objectives); and (2) there were no other effective means available to achieve the objectives. However, the initial ban in the case at bar was far too broad. It prohibited broadcast throughout Canada and even banned reporting on the ban itself. In addition, there were other effective means available to achieve the objectives. The publication ban ordered by Gotlib J. has, in fact, expired, making it unnecessary to discuss in great detail the particular alternative measures that were available in the case at bar. Possibilities that readily come to mind, however, include adjourning trials, changing venues, sequestering jurors, allowing challenges for cause and *voir dire*s during jury selection, and providing strong judicial direction to the jury. Sequestration and judicial direction were available for the Dagenais jury. Apart from sequestration, all of the other effective alternatives to bans were available for the other three accused. For this reason, the publication ban imposed in the case at bar cannot be supported under the common law. As a result, in purporting to order the ban under her common law discretionary authority, Gotlib J. committed an error of law.

(3) Some General Comments About Publication Bans

Before concluding, I would like to make some general comments about publication bans issued under the common law rule. First, I believe that it is important to recognize that publication bans should not always be seen as a clash between two titans — freedom of expression for the media versus the right to a fair trial for the accused. Second, I have some concerns about the efficacy of some publication bans. Useful discussions of some of the issues that I raise in this section can be found in A. M. Linden, “Limitations on Media Coverage of Legal Proceedings: A Critique and Some Proposals for Reform”, in P. Anisman and A. M. Linden, eds., *The Media, the Courts and the Charter* (1986), 301; M. D. Lepofsky, *Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings* (1985); and the Law Reform

de l’analyse effectuée dans le cadre de la règle de common law: (1) si l’interdiction avait été aussi circonscrite que possible (tout en servant les objectifs), et (2) s’il n’avait existé d’autres moyens efficaces d’atteindre les objectifs. Toutefois, l’ordonnance initiale en l’espèce était beaucoup trop générale. Elle interdisait la diffusion partout au Canada et interdisait même tout commentaire sur l’ordonnance elle-même. En outre, il existait d’autres moyens efficaces d’atteindre les objectifs visés. L’ordonnance de non-publication rendue par le juge Gotlib a, en fait, pris fin, ce qui annule la nécessité d’examiner en détail les autres mesures qui étaient disponibles en l’espèce. Parmi les possibilités qui viennent d’emblée à l’esprit, il y a l’ajournement des procès, le changement de lieu, l’isolement du jury, les récusations motivées et les voir-dire au cours de la sélection des jurés, ainsi que des directives fermes au jury. Dans le cas du procès de Dagenais, le juge pouvait isoler le jury et lui donner des directives. Quant aux trois autres accusés, on aurait pu, à part l’isolement, recourir à ces autres solutions. Pour cette raison, l’interdiction de publication prononcée en l’espèce ne peut être maintenue en common law. En conséquence, en voulant rendre l’ordonnance en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law, le juge Gotlib a commis une erreur de droit.

(3) Commentaires généraux sur les interdictions de publication

Avant de conclure, j’aimerais apporter certains commentaires généraux sur les ordonnances de non-publication rendues en vertu de la règle de common law. En premier lieu, j’estime important d’admettre que ces ordonnances ne devraient pas toujours être considérées comme créant un conflit entre deux titans — la liberté d’expression pour les médias versus le droit de l’accusé à un procès équitable. En second lieu, j’éprouve certains doutes quant à l’efficacité de certaines ordonnances de non-publication. On trouve des analyses utiles de certaines des questions que je soulève dans la présente partie dans A. M. Linden, «Limitations on Media Coverage of Legal Proceedings: A Critique and Some Proposals for Reform», dans P. Anisman et A. M. Linden, dir., *The Media, the Courts and the Charter* (1986), 301; M. D.

Commission of Canada, Working Paper 56, *Public and Media Access to the Criminal Process* (1987).

(i) *Rejecting the Clash Model*

There are at least three reasons for rejecting the clash model. First, it is more suited to American than to Canadian jurisprudence, since the American Constitution has no equivalent of s. 1 of our *Charter*, which, as I discussed earlier, is also a source of the fundamental principles informing the development of the common law in Canada.

Second, it is not the case that freedom of expression and the accused's right to a fair trial are always in conflict. Sometimes publicity serves important interests in the fair trial process. For example, in the context of publication bans connected to criminal proceedings, these interests include the accused's interest in public scrutiny of the court process, and all of the participants in the court process.

Third, the analysis of publication bans should be much richer than the clash model suggests. Rather than simply focusing on the fact that bans always limit freedom of expression and usually aim to protect the right to a fair trial of the accused, it should be recognized that ordering bans may:

- limit freedom of expression (and thus undercut the purposes of s. 2(b) discussed above);
- prevent the jury from being influenced by information other than that presented in evidence during the trial (for example, information presented in a tabloid television show and evidence discussed in the absence of the jury and held to be inadmissible);

Lepofsky, *Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings* (1985), et la Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 56, *L'accès du public et des médias au processus pénal* (1987).

(i) *Rejeter le modèle du conflit*

Il existe au moins trois raisons de rejeter le modèle du conflit. Premièrement, il convient mieux à la jurisprudence américaine qu'à la jurisprudence canadienne puisqu'il n'y a dans la Constitution américaine aucun équivalent de l'article premier de notre *Charte*, qui, je l'ai mentionné précédemment, constitue également une des sources des principes fondamentaux qui sous-tendent l'évolution de la common law au Canada.

Deuxièmement, il est faux de dire que la liberté d'expression et le droit de l'accusé à un procès équitable sont toujours opposés. Il arrive parfois que la publicité serve d'importants droits dans le contexte d'un procès équitable. Ainsi, en matière d'interdictions de publication liées à des procédures criminelles, ces droits incluent celui de l'accusé à un examen public du processus judiciaire et celui de tous les participants à ce processus.

Troisièmement, l'analyse des ordonnances de non-publication devrait être beaucoup plus fertile que ne le suppose le modèle du conflit. Plutôt que de se borner à mettre l'accent sur le fait que ces ordonnances restreignent toujours la liberté d'expression et visent en général à protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, on devrait reconnaître que rendre une ordonnance de non-publication peut:

- restreindre la liberté d'expression (et par conséquent saper les objectifs de l'al. 2b) analysés précédemment);
- soustraire le jury à l'influence de renseignements autres que ceux qui sont mis en preuve au cours du procès (par exemple, les renseignements offerts dans une émission de télévision de type tabloïd et la preuve analysée en l'absence du jury et jugée inadmissible);

- maximize the chances that witnesses will testify because they will not be fearful of the consequences of publicity;

- protect vulnerable witnesses (for example, child witnesses, police informants, and victims of sexual offences);

- preserve the privacy of individuals involved in the criminal process (for example, the accused and his or her family as well as the victims and the witnesses and their families);

- maximize the chances of rehabilitation for "young offenders";

- encourage the reporting of sexual offences;

- save the financial and/or emotional costs to the state, the accused, the victims, and witnesses of the alternatives to publication bans (for example, delaying trials, changing venues, and challenging jurors for cause); and

- protect national security.

It should also be recognized that not ordering bans may:

- maximize the chances of individuals with relevant information hearing about a case and coming forward with new information;

- prevent perjury by placing witnesses under public scrutiny;

- prevent state and/or court wrongdoing by placing the criminal justice process under public scrutiny;

- reduce crime through the public expression of disapproval for crime; and

- promote the public discussion of important issues.

These are intended to be illustrative rather than comprehensive lists of reasons for and against bans. They are simply intended to illustrate the breadth of issues that deserve a place but are not often found in the analysis of the justification of

- accroître au maximum les chances que des personnes témoignent du fait qu'elles se sentent à l'abri des conséquences de la publicité;

a - protéger les témoins vulnérables (par exemple les enfants, les indicateurs de police et les victimes de crimes sexuels);

b - préserver la vie privée des personnes concernées dans le processus criminel (par exemple, l'accusé et sa famille de même que les victimes, les témoins et leurs familles);

- accroître au maximum les chances de réadaptation des «jeunes contrevenants»;

c - inciter les gens à signaler les infractions de nature sexuelle;

d - épargner à l'État, à l'accusé, aux victimes et aux témoins les coûts sur les plans financier et émotif des solutions de rechange aux ordonnances de non-publication (par exemple retarder le procès, en changer le lieu et faire des récusations motivées des jurés);

e - maintenir la sécurité nationale.

On devrait également reconnaître que ne pas rendre une ordonnance de non-publication peut:

f - accroître au maximum les chances que des individus porteurs de renseignements pertinents prennent connaissance de l'affaire et communiquent de nouveaux renseignements;

g - éviter le parjure en soumettant les témoins à l'examen public.

h - empêcher toute action préjudiciable par l'État ou les tribunaux en assujettissant le processus de justice criminelle à l'examen public;

- diminuer le crime au moyen de sa désapprobation publique;

i - promouvoir la discussion en public de questions importantes.

j Il s'agit là de listes indicatives et non exhaustives des motifs qui jouent pour ou contre les interdictions. Elles visent simplement à démontrer la portée des questions qui méritent d'être analysées, mais qui ne figurent que rarement dans l'analyse

particular publication bans. These concerns have a place in each step of the analysis required under the common law rule outlined above — they are relevant to the initial consideration of whether a ban is necessary to safeguard the fairness of a trial, to the question of whether reasonable alternatives are available, and to the issue of the balance struck between the salutary and deleterious effects of a publication ban.

(ii) *The Efficacy of Some Publication Bans*

There are several reasons to be concerned about the efficacy of some publication bans (i.e., bans aimed at preventing the jury from being influenced by information gathered outside the criminal proceedings).

To begin, I doubt that jurors are always adversely influenced by publications. There is no data available on this issue. However, common sense dictates that in some cases jurors may be adversely affected. Assuming this, I nevertheless believe that jurors are capable of following instructions from trial judges and ignoring information not presented to them in the course of the criminal proceedings. As Lord Taylor C.J. wrote in *Ex parte Telegraph Plc.*, [1993] 2 All E.R. 971 (C.A.), at p. 978:

In determining whether publication of matter would cause a substantial risk of prejudice to a future trial, a court should credit the jury with the will and ability to abide by the judge's direction to decide the case only on the evidence before them.

This Court has also made some strong statements about the reliability of juries. In *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, Dickson C.J. wrote (at pp. 692-93):

The very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists and who bring to the legal process a healthy measure of common sense. The jury is, of course, bound to follow the law as it is explained by the trial judge. Jury directions are often

de la justification d'ordonnances de non-publication données. Ces considérations entrent en jeu à chaque étape de l'analyse requise par la règle de common law énoncée précédemment — elles sont pertinentes quant à la première question, soit celle de savoir si l'interdiction est nécessaire pour protéger l'équité d'un procès, puis quant à savoir s'il existe d'autres solutions raisonnables et enfin, quant à la question de l'équilibre entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables d'une interdiction de publication.

(ii) *L'efficacité de certaines interdictions de publication*

Il y a plusieurs raisons de douter de l'efficacité de certaines interdictions de publication (celles qui visent à soustraire le jury à l'influence des renseignements obtenus à l'extérieur des procédures criminelles).

Pour commencer, je doute que les jurés soient toujours défavorablement influencés par les publications. Il n'existe aucune donnée sur cette question. Toutefois, le bon sens nous force à croire que, dans certains cas, des jurés peuvent être défavorablement influencés. Malgré cela, les jurés sont, à mon avis, capables de suivre les directives du juge du procès et de faire abstraction de l'information qui ne leur est pas présentée dans le cadre des procédures criminelles. Comme le juge en chef Taylor l'a écrit dans *Ex parte Telegraph Plc.*, [1993] 2 All E.R. 971 (C.A.), à la p. 978:

[TRADUCTION] Lorsqu'il doit déterminer si la publication risque fort de porter préjudice à un procès futur, le tribunal devrait prêter au jury la volonté et la capacité d'obéir aux directives du juge pour trancher une affaire sur le seul fondement de la preuve qui lui est présentée.

Notre Cour s'est également exprimée sur la fiabilité des jurys. Dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, le juge en chef Dickson a écrit, aux pp. 692 et 693:

Ce qui fait toute la force du jury, c'est que la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens. Le jury est évidemment tenu de respecter les principes de droit que lui explique le

long and difficult, but the experience of trial judges is that juries do perform their duty according to the law. . . .

It is of course, entirely possible to construct an argument disputing the theory of trial by jury. Juries are capable of egregious mistakes and they may at times seem to be ill-adapted to the exigencies of an increasingly complicated and refined criminal law. But until the paradigm is altered by Parliament, the Court should not be heard to call into question the capacity of juries to do the job assigned to them. The ramifications of any such statement could be enormous. Moreover, the fundamental right to a jury trial has recently been underscored by s. 11(f) of the *Charter*. If that right is so important, it is logically incoherent to hold that juries are incapable of following the explicit instructions of a judge. [Emphasis in original.]

Corbett was about the issue of whether evidence of prior convictions could be presented to the jury given that such evidence has both proper and improper uses. The case at bar is, in part, about the issue of whether juries are irremediably adversely influenced by publications. However, the difference of issue is irrelevant here. What matters is that this Court has strongly endorsed the ability of a jury to follow the explicit instructions of a judge. This endorsement surely applies as much to the instruction to ignore all information not presented in the course of the criminal proceedings as it applies to the instruction to use evidence of prior convictions for one purpose and not another. I am comforted in my extension of *Corbett* to the case at bar by *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985, at pp. 993-94, in which La Forest J. wrote in the context of the impact of publicity that “[t]his Court has recently had occasion to underline the confidence that may be had in the ability of a jury to disabuse itself of information that it is not entitled to consider; see *R. v. Corbett*”.

These observations are particularly apt in a case, such as this, in which the publication ban relates to identifiable and finite sources of pre-trial publicity.

juge du procès. Les directives aux jurys sont souvent longues et ardues, mais l’expérience des juges confirme que les jurys s’acquittent de leurs obligations d’une manière conforme à la loi . . .

^a Bien entendu, il est tout à fait possible de concevoir un argument qui attaque la théorie du procès avec jury. Les jurys sont capables de commettre des erreurs énormes et ils peuvent parfois sembler mal adaptés aux exigences d’un droit criminel de plus en plus compliqué et subtile. Mais tant que le législateur n’aura pas modifié le modèle existant, la cour devra s’abstenir de mettre en doute la capacité des jurys d’accomplir la tâche qui leur est assignée. Toute expression de doute de ce genre risquerait d’avoir des conséquences incalculables. De plus, le droit fondamental à un procès avec jury a été souligné récemment par l’al. 11f) de la *Charte*. Or, si ce droit revêt une telle importance, il est tout à fait illogique de conclure que les jurys sont incapables de suivre les directives explicites d’un juge. [Souligné dans l’original.]

^d L’affaire *Corbett* soulevait la question de savoir si la preuve de déclarations antérieures de culpabilité pouvait être présentée au jury étant donné qu’il peut en être fait bon ou mauvais usage. La présente affaire vise en partie à déterminer si les jurys sont, de façon irrémédiable, défavorablement influencés par les publications. Toutefois, le fait que les questions ne soient pas les mêmes est sans pertinence en l’espèce. Ce qui compte, c’est que notre Cour a nettement confirmé la capacité des jurés de suivre les directives explicites d’un juge. Cette confirmation s’applique certainement tant à la directive de ne pas tenir compte de toute information qui ne leur est pas soumise dans le cadre des procédures criminelles qu’à celle d’utiliser la preuve de déclarations antérieures de culpabilité à une fin et non à une autre. Je me fonde, pour appliquer l’arrêt *Corbett* à la présente affaire, sur *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985, où, aux pp. 993 et 994, le juge La Forest a écrit dans le contexte des répercussions de la publicité que «[c]ette Cour a eu récemment l’occasion de souligner la confiance qu’on peut avoir dans la capacité d’un jury de se dégager de l’information qu’il n’a pas le droit de prendre en considération; voir *R. c. Corbett*».

^j Ces observations sont particulièrement justes lorsque, comme en l’espèce, l’interdiction de publication se rapporte à des sources identifiables

More problematic is the situation in which there is a period of sustained pre-trial publicity concerning matters that will be the subject of the trial. In such circumstances, the effect of instructions is considerably lessened. Impressions may be created in the minds of the jury that cannot be consciously dispelled. The jury may at the end of the day be unable to separate the evidence in court from information that was implanted by a steady stream of publicity.

It should also be noted that recent technological advances have brought with them considerable difficulties for those who seek to enforce bans. The efficacy of bans has been reduced by the growth of interprovincial and international television and radio broadcasts available through cable television, satellite dishes, and shortwave radios. It has also been reduced by the advent of information exchanges available through computer networks. In this global electronic age, meaningfully restricting the flow of information is becoming increasingly difficult. Therefore, the actual effect of bans on jury impartiality is substantially diminishing.

These concerns about the efficacy of some publication bans fit into the analytical approach under the common law rule outlined previously at several stages, since it is necessary to consider how efficacious a publication ban will be before deciding whether a ban is necessary, whether alternative measures would be equally successful at controlling the risk of trial unfairness, and whether the salutary effects of the ban are outweighed by its negative impact on freedom of expression.

If any adverse influence of a publication on jurors can be remedied by means short of banning the publication, then it might well be argued that there is no rational connection between the publication ban and the objective of preventing the jury from being adversely influenced by information other than that presented in evidence during the trial. In such a case, it could not be asserted that a

et définies d'une publicité antérieure au procès. Lorsque le procès est précédé d'une période intense de publicité relativement à des questions qui feront l'objet du procès, la situation est plus problématique. L'impact des directives est alors considérablement atténué. La publicité peut créer, dans l'esprit du jury, des impressions qui ne peuvent être consciemment dissipées. Le jury risque en fin de compte d'être incapable de distinguer la preuve entendue au procès de l'information implantée par un déversement continu de publicité.

Il y a également lieu de signaler que les récents progrès technologiques ont entraîné dans leur sillage des difficultés considérables pour ceux qui cherchent à faire valoir des interdictions. Leur efficacité a été réduite d'autant que s'est accru le nombre d'émissions télévisées et radiophoniques accessibles au niveau interprovincial et international par câblodiffusion, antenne parabolique orientable et radio à ondes courtes. Elles ont également souffert de l'avènement des échanges d'informations rendues possibles par les réseaux informatiques. En cette ère d'électronique globale, restreindre de façon significative la circulation de l'information devient de plus en plus difficile. Par conséquent, l'effet réel des interdictions sur l'impartialité du jury diminue considérablement.

Ces questions sur l'efficacité de certaines interdictions de publication relèvent, dans la méthode analytique effectuée en vertu de la règle de common law exposée précédemment, de plusieurs volets, puisque, avant de se prononcer sur la nécessité d'une interdiction de publication, il faut vérifier si elle sera efficace, si d'autres mesures arriveraient tout aussi bien à réprimer le risque que le procès soit inéquitable et si les effets bénéfiques de l'interdiction l'emportent sur ses effets préjudiciables sur la liberté d'expression.

S'il est possible d'éviter toute influence défavorable d'une publication sur les jurés par des moyens autres que l'interdiction, on pourrait très bien soutenir qu'il n'existe aucun lien rationnel entre l'ordonnance de non-publication et l'objectif qui consiste à soustraire le jury à l'influence défavorable des renseignements autres que ceux qui sont produits en preuve au cours du procès. Dans

ban was necessary to protect the fairness of the trial. I should note, however, that although it is possible that a publication ban will have a total absence of influence on the fairness of the trial, such cases will be rare. As a result, one will generally have to go further and consider the availability of reasonable alternative measures when assessing whether, in a given case, a publication ban was necessary.

If the actual beneficial effects of publication bans are limited, then it might well be argued in some cases that the negative impact the ban has on freedom of expression outweighs its useful effects. The analysis that is required at this stage of the application of the common law rule is very similar to the third part of the second branch of the analysis required under s. 1 of the *Charter*, as set out by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. As Dickson C.J. stated in *Oakes* (at p. 140), “[e]ven if an objective is of sufficient importance, and the first two elements of the proportionality test are satisfied, it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve”. In many instances, the imposition of a measure will result in the full, or nearly full, realization of the legislative objective. In these situations, the third step of the proportionality test calls for an examination of the balance that has been struck between the objective in question and the deleterious effects on constitutionally protected rights arising from the means that have been employed to achieve this objective. At other times, however, the measure at issue, while rationally connected to an important objective, will result in only the partial achievement of this object. In such cases, I believe that the third step of the second branch of the *Oakes* test requires both that the underlying objective of a measure and the salutary effects that actually result from its implementation be proportional to the deleterious effects the measure has on fundamental rights and freedoms. A legislative objective may be pressing and substantial, the means chosen may be rationally connected to that objective, and less rights-impairing alternatives may not be available.

un tel cas, on ne saurait affirmer que l’interdiction était nécessaire pour protéger l’équité du procès. Je devrais signaler toutefois que, bien qu’il puisse arriver que l’ordonnance de non-publication ait une absence totale d’influence sur l’équité du procès, cela se produira rarement. En conséquence, il faudra en général pousser l’analyse plus loin et considérer l’existence d’autres mesures raisonnables pour déterminer si, dans un cas donné, une ordonnance de non-publication était nécessaire.

Si les effets bénéfiques réels des interdictions de publication sont limités, on peut très bien soutenir dans certains cas que les conséquences négatives de l’interdiction sur la liberté d’expression excèdent ses effets utiles. L’analyse, à cette étape de l’application de la règle de common law, ressemble beaucoup à la troisième partie du second volet de l’analyse requise dans le cadre de l’article premier de la *Charte*, énoncé par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Ainsi que l’a affirmé le juge en chef Dickson dans cet arrêt (à la p. 140), «[m]ême si un objectif est suffisamment important et même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité, il se peut encore qu’en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu’elle est destinée à servir». Il arrive fréquemment qu’une mesure permette d’atteindre pleinement ou presque un objectif législatif. La troisième étape du critère de proportionnalité exige alors l’examen de l’équilibre qui a été atteint entre l’objectif en question et les effets préjudiciables que subissent des droits protégés par la Constitution du fait des moyens utilisés pour atteindre cet objectif. Il arrive par contre à l’occasion que, bien qu’elle ait un lien rationnel avec un objectif important, la mesure en question ne permette d’atteindre cet objectif que partiellement. Dans ce cas, j’estime que la troisième étape du second volet du critère formulé dans *Oakes* nécessite que l’objectif qui sous-tend la mesure et les effets bénéfiques qui résultent en fait de sa mise en application soient proportionnels à ses effets préjudiciables sur les libertés et droits fondamentaux. Un objectif législatif peut être urgent et réel, le moyen choisi peut avoir un lien rationnel avec cet objectif, et il se

Nonetheless, even if the importance of the objective itself (when viewed in the abstract) outweighs the deleterious effects on protected rights, it is still possible that the actual salutary effects of the legislation will not be sufficient to justify these negative effects.

While the third step of the *Oakes* proportionality test has often been expressed in terms of the proportionality of the objective to the deleterious effects, this Court has recognized that in appropriate cases it is necessary to measure the actual salutary effects of impugned legislation against its deleterious effects, rather than merely considering the proportionality of the objective itself. For example, in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, Dickson C.J. (who characterized the objective of the impugned *Criminal Code* solicitation provisions as the curtailment of the social nuisance caused by the public display of the sale of sex) applied the third step of the proportionality analysis by considering (at p. 1139) whether “the obtrusiveness linked to the enforcement of the provision, when weighed against the resulting decrease in the social nuisance associated with street solicitation, can be justified in accordance with s. 1” (emphasis added). In the same case, I noted that a factor to be considered in the third part of the second branch of the *Oakes* analysis was the fact that Parliament had taken steps to ensure that the effectiveness of the provision in question would be reviewed three years after its enactment.

Similarly, in *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, Wilson J. (writing for a majority of the Court) was of the view that while the imposition of absolute liability for the offence of having sexual intercourse with a female person under the age of 14 (in what was then s. 146(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34) was rationally connected to the pressing and substantial objective of protecting young girls from premature sexual intercourse, the measure nonetheless failed both the second and

peut qu’il n’existe aucune autre mesure portant moins atteinte aux droits. Néanmoins, et bien que l’importance de l’objectif même (lorsqu’il est considéré dans l’abstrait) l’emporte sur les effets préjudiciables sur les droits garantis, il reste possible que les effets bénéfiques réels de la disposition législative ne soient pas suffisants pour justifier ces effets négatifs.

^b La troisième étape du volet de la proportionnalité du critère *Oakes* a fréquemment été formulée en fonction de la proportionnalité de l’objectif et des effets préjudiciables, mais notre Cour a ^c reconnu que, dans les cas appropriés, il est nécessaire d’apprécier les effets bénéfiques réels de la disposition législative contestée par rapport à ses effets préjudiciables, plutôt que de simplement ^d considérer la proportionnalité de l’objectif lui-même. Par exemple, dans le *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, le juge en chef Dickson (qui a qualifié l’objectif des dispositions contestées du *Code criminel* portant sur la sollicitation de restriction de la nuisance publique associée à l’étalage en public de la vente de services sexuels) a appliqué la troisième étape de l’analyse de la proportionnalité en se demandant (à la p. 1139) si «l’intrusion ^e tenant à l’application de la disposition, évaluée par rapport à la diminution qu’elle entraîne de la nuisance sociale associée à la sollicitation de rue, peut se justifier conformément à l’article premier» (je souligne). Dans la même affaire, j’ai signalé que, ^g dans le cadre de la troisième étape du second volet du critère formulé dans *Oakes*, il fallait prendre en considération le fait que le législateur avait pris des dispositions pour que l’efficacité de la disposition en question soit revue trois ans après son adoption. ^h

De même, dans l’arrêt *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906, le juge Wilson (au nom de la Cour à la majorité) a exprimé l’opinion que, si l’imposition ⁱ d’une responsabilité absolue relativement à l’infraction qui consiste à avoir des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin de moins de 14 ans (prévus dans ce qui était alors le par. 146(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34) a un lien ^j rationnel avec l’objectif urgent et réel de protéger les jeunes filles contre les rapports sexuels pré-

third parts of the second branch of *Oakes*, since “[t]he potential benefits flowing from the retention of absolute liability are far too speculative to be able to justify a provision that envisages the possibility of life imprisonment for one who is mentally innocent” (p. 926).

In my view, characterizing the third part of the second branch of the *Oakes* test as being concerned solely with the balance between the objective and the deleterious effects of a measure rests on too narrow a conception of proportionality. I believe that even if an objective is of sufficient importance, the first two elements of the proportionality test are satisfied, and the deleterious effects are proportional to the objectives, it is still possible that, because of a lack of proportionality between the deleterious effects and the salutary effects, a measure will not be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. I would, therefore, rephrase the third part of the *Oakes* test as follows: there must be a proportionality between the deleterious effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question and the objective, and there must be a proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measures.

A similar view of proportionality must inform the common law rule governing publication bans (this is, of course, apparent from the way I have expressed the second part of the rule). This suggests that when a ban has a serious deleterious effect on freedom of expression and has few salutary effects on the fairness of a trial, the ban will not be authorized at common law.

It is also important to recognize, however, that the objective usually underlying such bans — the diminution of the risk that a trial might be tainted by unfairness — is directly related to the accused’s constitutionally protected right to a fair trial. Although, as I noted earlier (at pp. 881-83), it is incorrect to oversimplify the relationship between the right to a fair trial and the right to freedom of

coces, la mesure ne satisfaisait cependant pas aux deuxième et troisième parties du second volet du critère formulé dans *Oakes* puisque «[l]es avantages qui pourraient découler du maintien de la responsabilité absolue sont beaucoup trop hypothétiques pour justifier une disposition qui envisage l’emprisonnement à perpétuité pour celui qui est moralement innocent» (p. 926).

À mon sens, la qualification de la troisième étape du second volet du critère formulé dans *Oakes* comme concernant uniquement l’équilibre entre l’objectif et les effets préjudiciables d’une mesure repose sur une conception trop étroite de la proportionnalité. À mon avis, même si un objectif est suffisamment important, même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité et même si les effets préjudiciables sont proportionnels aux objectifs, il demeure possible qu’en raison de l’absence de proportionnalité entre ses effets nuisibles et ses effets bénéfiques, une mesure ne soit pas raisonnable et que sa justification ne puisse se démontrer dans une société libre et démocratique. Je reprendrais donc la troisième partie du critère *Oakes* comme suit: il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et l’objectif, et il doit y avoir proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques.

La règle de common law qui régit les ordonnances de non-publication doit reposer sur une conception semblable de la proportionnalité (cela ressort évidemment de la façon dont j’ai formulé la seconde partie de la règle). Il en découle que si l’interdiction de publication a des effets préjudiciables graves sur la liberté d’expression et des effets bénéfiques négligeables sur l’équité du procès, elle ne sera pas autorisée en common law.

Cependant, il est également important de reconnaître que l’objectif qui sous-tend habituellement ces interdictions — la diminution du risque que le procès soit entaché d’iniquité — est directement lié au droit à un procès équitable, que la Constitution garantit à l’accusé. Bien que, comme je l’ai remarqué précédemment (aux pp. 881 à 883), il soit incorrect de simplifier à l’excès les rapports

expression by blindly applying the “clash of rights” model, there are times when the rights of the accused will be in direct conflict with the expressive rights of the media. In such cases, I believe it is necessary to apply the common law proportionality analysis in a manner that reflects the fact that two fundamental rights are in jeopardy. That is, it is essential in these circumstances to recognize that the pressing and substantial objective at issue is *itself* a fundamental right, and that, as such, it is a matter of exceptional importance. This will be of particular significance when considering whether there are reasonable alternative measures available, and when assessing the balance between the salutary and deleterious effects of the ban. When examining alternative measures, it will be important to carefully consider both rights at issue, so as to ensure that any alternative measures that impair free expression to a lesser degree than a publication ban also reasonably protect the right to a fair trial. Similarly, when considering the proportionality of the impact of the ban on free expression to its salutary effects on the fairness of the trial it will be necessary to bear in mind the fundamental importance of trial fairness, both to the accused and to society.

(4) General Guidelines

In order to provide guidance for future cases, I suggest the following general guidelines for practice with respect to the application of the common law rule for publication bans:

- (a) At the motion for the ban, the judge should give the media standing (if sought) according to the rules of criminal procedure and the established common law principles with regard to standing.
- (b) The judge should, where possible, review the publication at issue.
- (c) The party seeking to justify the limitation of a right (in the case of a publication ban, the party seeking to limit freedom of expression) bears the burden of justifying the limitation. The

entre le droit à un procès équitable et le droit à la liberté d’expression en appliquant aveuglément le modèle du «conflit des droits», il arrive parfois que les droits de l’accusé entrent en conflit direct avec la liberté d’expression des médias. Dans de tels cas, j’estime nécessaire d’appliquer le critère de proportionnalité de la common law d’une manière qui reflète le fait que deux droits fondamentaux sont menacés. C’est qu’il est essentiel dans ces circonstances de reconnaître que l’objectif urgent et réel en question est *lui-même* un droit fondamental, et que, à ce titre, il revêt une importance exceptionnelle. Et cela sera d’autant plus important à l’étape où l’on doit déterminer s’il existe d’autres mesures raisonnables et juger de l’équilibre entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables d’une interdiction. Dans l’examen d’autres mesures, il sera important de considérer avec soin les deux droits en cause, de manière que toute autre mesure qui porte atteinte à la libre expression à un degré moindre que l’ordonnance de non-publication offre également une protection raisonnable au droit à un procès équitable. De même, dans l’analyse de la proportionnalité des effets de l’interdiction sur la libre expression et de ses effets bénéfiques sur l’équité du procès, il faudra tenir compte de l’importance fondamentale de l’équité du procès, tant pour l’accusé que pour la société en général.

(4) Directives générales

Afin d’offrir une certaine direction dans les affaires à venir, je propose les directives générales suivantes de pratique pour l’application de la règle de common law aux interdictions de publication:

- a) Si une requête en interdiction est présentée, le juge devrait accorder aux médias la qualité pour agir (s’ils la demandent) conformément aux règles de procédure en matière criminelle et aux principes de common law relatifs à la qualité pour agir.
- b) Le juge devrait, dans la mesure du possible, examiner la publication en cause.
- c) C’est à la partie qui cherche à justifier la restriction d’un droit (dans le cas d’une interdiction de publication, la partie qui demande à restreindre la liberté d’expression) qu’incombe la

party claiming under the common law rule that a publication ban is necessary to avoid a real and serious risk to the fairness of the trial is seeking to use the power of the state to achieve this objective. A party who uses the power of the state against others must bear the burden of proving that the use of state power is justified in a free and democratic society. Therefore, the party seeking the ban bears the burden of proving that the proposed ban is necessary, in that it relates to an important objective that cannot be achieved by a reasonably available and effective alternative measure, that the proposed ban is as limited (in scope, time, content, etc.) as possible, and there is a proportionality between the salutary and deleterious effects of the ban. At the same time, the fact that the party seeking the ban may be attempting to safeguard a constitutional right must be borne in mind when determining whether the proportionality test has been satisfied.

- (d) The judge must consider all other options besides the ban and must find that there is no reasonable and effective alternative available.
- (e) The judge must consider all possible ways to limit the ban and must limit the ban as much as possible; and
- (f) The judge must weigh the importance of the objectives of the particular ban and its probable effects against the importance of the particular expression that will be limited to ensure that the positive and negative effects of the ban are proportionate.

IV. Disposition

On the jurisdictional issue, I find that Gotlib J. had jurisdiction to hear a motion from Radford and Dugas. The Court of Appeal did not have jurisdiction to hear an appeal from this order. The Supreme Court of Canada has jurisdiction under s. 40 of the *Supreme Court Act* to hear both the appeal of the Court of Appeal decision and an appeal from the order of Gotlib J.

charge de justifier cette restriction. La partie qui fait valoir, en se fondant sur la règle de common law, qu'une interdiction de publication est nécessaire pour écarter le risque réel et grave pour l'équité du procès, cherche à utiliser le pouvoir de l'État pour atteindre cet objectif. C'est à la partie qui utilise le pouvoir de l'État contre d'autres parties que doit incomber la charge de démontrer que l'utilisation de ce pouvoir est justifiée dans une société libre et démocratique. Par conséquent, la partie qui demande l'interdiction doit prouver que l'interdiction proposée est nécessaire parce qu'elle vise un objectif important qui ne peut être atteint par d'autres mesures raisonnables et efficaces, que l'interdiction proposée est aussi limitée (en portée, en durée, en contenu, etc.) que possible et qu'il y a proportionnalité entre ses effets bénéfiques et ses effets préjudiciables. De même, pour déterminer si le critère de proportionnalité est respecté, il faut tenir compte du fait que la partie qui tente d'obtenir l'interdiction puisse chercher à protéger un droit constitutionnel.

- d) Le juge doit examiner toutes les options autres que l'interdiction et doit conclure qu'il n'existe aucune autre solution raisonnable et efficace.
- e) Le juge doit considérer tous les moyens possibles de circonscrire l'interdiction et la restreindre autant que possible;
- f) Le juge doit comparer l'importance des objectifs de l'interdiction et ses effets probables avec celle de l'expression qui sera restreinte, afin de veiller à ce que ses effets positifs et négatifs soient proportionnels.

IV. Dispositif

Pour ce qui est de la compétence, je suis d'avis que le juge Gotlib avait compétence pour entendre la requête de Radford et de Dugas. Quant à la Cour d'appel, elle n'avait pas compétence pour entendre l'appel de cette ordonnance. La Cour suprême du Canada a compétence en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* pour entendre tant l'appel de la décision de la Cour d'appel que l'appel contre l'ordonnance rendue par le juge Gotlib.

On the publication ban issue, I find that the Court of Appeal erred in hearing the appeal. Accordingly, I set aside the order of the Court of Appeal. I also find that the terms of the ban ordered by Gotlib J. cannot be justified by the common law rule governing the issuance of publication bans. She thereby committed an error of law. Accordingly, I set aside her order.

The appeal is allowed.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting) — Like Justice L'Heureux-Dubé, I respectfully do not agree that there is a direct appeal to this Court under s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, from Gotlib J.'s decision. On the basis of the reasoning in support of such an appeal, I fear applications for leave from any number of interlocutory rulings in criminal proceedings could be made to this Court. This is not to say that the appellants have no remedy. Apart from declaratory actions (which may be the most appropriate remedy here), a remedy might well be available by virtue of s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* even against a decision of a superior court judge; see *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588. Since a decision made under that provision is not otherwise open to appeal, it is a final order within the meaning of s. 40 of the *Supreme Court Act*, and so open to appeal, with leave, to this Court (see my reasons in *Kourtesis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53). This specific point did not arise in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; indeed I there specifically referred to the possibility that an appeal might lie to this Court (p. 978).

I should say that I do not think Gotlib J.'s decision is immune from *Charter* scrutiny by reason of the fact that it is a court order. This case is distinguishable from *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573. The order here, unlike

Quant à la question de l'interdiction de publication, je conclus que la Cour d'appel a commis une erreur en entendant l'appel. J'annule donc son ordonnance. Je conclus également que les modalités dont le juge Gotlib a assorti l'ordonnance ne peuvent être justifiées par la règle de common law qui régit la délivrance d'interdictions de publication. Elle a ainsi commis une erreur de droit. Par conséquent, j'annule son ordonnance.

Le pourvoi est accueilli.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) — À l'instar du juge L'Heureux-Dubé, en toute déférence, je ne souscris pas à l'opinion selon laquelle il existe un droit d'appel direct à notre Cour de la décision du juge Gotlib, en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Suivant le raisonnement qui sous-tendrait un tel droit d'appel, je crains qu'il ne soit possible de présenter à notre Cour des demandes d'autorisation d'appel d'un grand nombre de décisions interlocutoires en matière criminelle. Cela ne veut pas dire que les appelants n'ont aucun recours. Outre les actions déclaratoires (ce qui est peut-être le recours approprié en l'espèce), il pourrait y avoir un recours en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, même contre une décision d'un juge d'une cour supérieure; voir *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588. Puisqu'une décision rendue en vertu de cette disposition ne donne par ailleurs pas droit d'appel, il s'agit d'une ordonnance définitive au sens de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, et elle peut donc faire l'objet d'un appel, après autorisation, devant notre Cour (voir mes motifs dans *Kourtesis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53). Cette question particulière n'était pas soulevée dans *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; en effet j'ai fait expressément mention de la possibilité qu'un appel puisse être interjeté devant notre Cour (p. 978).

Je ne crois pas que la décision du juge Gotlib soit à l'abri de toute analyse fondée sur la *Charte* parce qu'il s'agit d'une ordonnance judiciaire. La présente affaire se distingue de *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573. En l'espèce,

Dolphin Delivery, is one exercised pursuant to a discretionary power directed at a governmental purpose, i.e., ensuring a fair trial. It is not the invocation of the law by a private individual. It is a by-product, in this case having effect outside the criminal process, of the institution by the Crown of criminal proceedings. The fact that the rule under which it was made was judicially created does not matter. The making of such laws emanates from the role historically assigned to the Queen's judges. They were exercising powers flowing from the sovereign as the fountain of justice. The *Charter* applies to common law as well as to statutes. The effect of the order here was the infringement of the appellants' *Charter* right to freedom of expression to serve a governmental purpose and is in consequence subject to *Charter* scrutiny. I find Justice McLachlin's comments on this issue particularly helpful.

I do not think any other appeal route is open to the appellants. In particular, the proposal advanced by McLachlin J. that s. 24(1) of the *Charter* can itself be used to create a right of appeal is, in my view, inconsistent with the policy thrust in *Mills*. As well, I agree with the Chief Justice that civil appeal procedures are unavailable and that *certiorari* would not lie under the circumstances of this case. The situation in *Kourtesis* where I contemplated the extension of *certiorari* to cover the situation there was entirely different from the one arising here; see my reasons in that case, at pp. 90-92.

I should say, however, that I am concerned with the Chief Justice's *obiter* remarks concerning *certiorari*. I think what is called for is a discretionary form of review, so as to avoid undue interference with the trial process. Unless the discretion to issue *certiorari* as the Chief Justice would expand it is exercised in a restrained manner, it, along with the appeals from it, might delay or otherwise seriously interfere with criminal proceedings. Should this

contrairement à l'affaire *Dolphin Delivery*, l'ordonnance est rendue conformément à un pouvoir discrétionnaire qui vise un objectif gouvernemental, celui de garantir la tenue d'un procès équitable. Elle ne découle pas du fait qu'un particulier invoque la loi. Elle est un sous-produit, lequel en l'espèce se répercute à l'extérieur du processus criminel, de procédures entamées au criminel par le ministère public. Le fait que la règle en vertu de laquelle elle a été rendue est d'origine prétorienne n'importe pas. L'élaboration de telles lois procède du rôle historiquement attribué aux juges nommés par la Reine. Ceux-ci exerçaient des pouvoirs découlant du souverain à titre de source de la justice. La *Charte* s'applique à la common law tout autant qu'aux lois. L'ordonnance rendue en l'espèce a eu pour effet de porter atteinte, pour servir un objectif gouvernemental, à la liberté d'expression que la *Charte* garantit aux appelants; elle doit donc être analysée au regard de la *Charte*. J'estime que les commentaires du juge McLachlin sur cette question sont particulièrement utiles.

Je ne crois pas que les appelants disposent de quelque autre moyen d'appel. En particulier, la proposition du juge McLachlin portant qu'il est permis de recourir au par. 24(1) de la *Charte* lui-même pour créer un droit d'appel est, à mon avis, inconciliable avec le fondement de l'arrêt *Mills*. De plus, je conviens avec le Juge en chef qu'il ne peut être interjeté appel au civil et que, dans les circonstances de l'espèce, on ne pourrait demander un bref de *certiorari*. Dans *Kourtesis*, où j'ai envisagé l'élargissement du *certiorari* pour couvrir la situation dans cette affaire, les faits étaient entièrement différents de ceux qui se posent en l'espèce; voir mes motifs dans cet arrêt aux pp. 90 à 92.

Je devrais toutefois ajouter que j'ai des réserves quant aux remarques incidentes du Juge en chef sur le *certiorari*. À mon avis, ce dont nous avons besoin, c'est d'une forme discrétionnaire de contrôle, de façon à éviter toute entrave déraisonnable au procès. Si le pouvoir discrétionnaire de délivrer un *certiorari* tel que le Juge en chef l'élargirait n'est pas exercé avec circonspection, il risque, de même que les appels en découlant, de retarder ou

expansion of *certiorari* jurisdiction be permitted, discretion to exercise it should be restrained in the manner I have indicated in *Kourtessis*, at p. 92. It might, in fact, be as well to simply leave the appellants the right to apply to a superior court judge for a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. That remedy is itself discretionary. As I see it, it is akin to a court's discretionary power to grant a declaration and should be exercised with similar restraints; see the discussion of the nature of the discretion to be exercised in relation to declaratory actions in *Kourtessis*, at pp. 86-87.

I reiterate the Chief Justice's hope that Parliament will provide for an appeal from publication bans to the provincial courts of appeal, though I think an appeal with leave would be better suited to the task. It will be evident from what I have earlier said that I share the concerns of L'Heureux-Dubé J. about the dangers of delay and interference with the trial process that could result from uncontrolled access to judicial review or appeal of interlocutory orders in criminal proceedings.

Given my view on jurisdiction, I would not ordinarily say anything about the merits. In light of the disposition of this case by the Court, however, I will make the following comments. I am in agreement with the Chief Justice that the common law rule did not give sufficient protection to freedom of expression. I am also in substantial agreement with the list of factors he gives that should be considered by a judge in determining whether a ban should issue. I would, however, add another factor that should be weighed in determining whether a ban should issue — the extent to which a ban could disrupt the trial, particularly by creating the risk that the trial would not take place within a reasonable time.

I would dismiss the appeal.

d'entraver sérieusement les procédures criminelles. Si cet élargissement de la compétence en matière de *certiorari* est permis, le pouvoir discrétionnaire de l'exercer devrait être restreint de la manière que j'ai indiquée dans *Kourtessis*, à la p. 92. Il se peut en fait qu'il soit préférable de laisser simplement aux appelants le droit de demander une réparation à un juge d'une cour supérieure en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Cette réparation est elle-même discrétionnaire. À mon sens, elle s'apparente au pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de prononcer un jugement déclaratoire et devrait être assujettie aux mêmes restrictions; voir l'analyse de la nature du pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé relativement aux actions en jugement déclaratoire dans *Kourtessis*, aux pp. 86 et 87.

Tout comme le Juge en chef, j'espère que le législateur instituera un appel à l'encontre des interdictions de publication devant les cours d'appel provinciales, bien qu'à mon avis un appel avec autorisation conviendrait mieux à la situation. Il ressort de ce que j'ai dit précédemment que je partage les préoccupations du juge L'Heureux-Dubé quant au risque qu'un accès illimité à un contrôle judiciaire ou à un appel d'ordonnances interlocutoires dans les procédures criminelles ne retarde ou n'entrave le procès.

Étant donné mon opinion sur la question de la compétence, je ne dirais ordinairement rien sur le fond. Toutefois, compte tenu de la façon dont la Cour tranche le pourvoi, je ferai les commentaires suivants. Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que la règle de common law n'offrait pas suffisamment de protection à la liberté d'expression. Je souscris pour l'essentiel à la liste de facteurs qu'il énumère et qu'un juge devrait considérer pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner l'interdiction. J'y ajouterais toutefois un autre facteur, soit la mesure dans laquelle une interdiction est susceptible de perturber le procès, particulièrement par rapport au risque que celui-ci ne se déroule pas dans un délai raisonnable.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This case and the companion case of *R. v. S. (T.)*, [1994] 3 S.C.R. 952, in which judgment is handed down contemporaneously with this one, concern third party challenges to publication bans issued during criminal proceedings. Both cases raise similar procedural and substantive issues.

In the case before us, the appellants are challenging an interlocutory publication ban issued by Gotlib J. of the Ontario Court (General Division) and upheld with several modifications by the Ontario Court of Appeal. The impugned publication ban prevented the Canadian Broadcasting Corporation ("CBC") from broadcasting a four-hour mini-series entitled *The Boys of St. Vincent* until after the completion of the criminal trials of the respondents, Dagenais, Monette, Dugas and Radford.

This appeal raises two principal issues, the first procedural and the second substantive. The procedural issue concerns whether or not this Court has the jurisdiction to hear this appeal. This requires a determination of whether third parties, such as the CBC, have the right to appeal interlocutory court orders, such as publication bans, arising out of criminal proceedings. The substantive issue concerns the merits of the appellants' challenge of the impugned publication ban on the grounds that it infringes s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Furthermore, both issues require this Court to consider whether or not the *Charter* applies to court orders.

Before proceeding with an analysis of these issues, it is important to note that the jurisdictional question raised in this case and in the companion case of *R. v. S. (T.)* has broad implications. While on a narrow reading it deals only with the question of whether or not third parties can appeal publication bans issued in the criminal context, in effect it has broad implications with respect to third party appeals from all interlocutory criminal orders. If

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Ce pourvoi et le pourvoi connexe *R. c. S. (T.)*, [1994] 3 R.C.S. 952, dont les jugements ont été rendus concurremment, concernent la contestation par un tiers de l'ordonnance de non-publication prononcée au cours d'une instance criminelle. Des questions semblables de procédure et de fond y sont soulevées.

Dans la présente instance, les appelants contestent l'ordonnance interlocutoire de non-publication rendue par le juge Gotlib de la Cour de l'Ontario (Division générale), confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario qui y a apporté plusieurs modifications. Cette interdiction a empêché le réseau anglais de la Société Radio-Canada («SRC») de diffuser la mini-série de quatre heures intitulée *The Boys of St. Vincent (Les garçons de Saint-Vincent)* avant la fin des procès criminels des intimés Dagenais, Monette, Dugas et Radford.

Le pourvoi soulève deux questions principales, l'une de procédure et l'autre de fond. Du point de vue procédural, il s'agit de savoir si notre Cour a compétence pour entendre le pourvoi. À cette fin, il s'agit de déterminer si, dans le cadre de procédures criminelles, un tiers, telle la SRC, a un droit d'appel contre une ordonnance interlocutoire prononcée par un tribunal, et plus particulièrement contre une ordonnance de non-publication. La question de fond porte sur le bien-fondé de la contestation par les appelants de l'ordonnance de non-publication en cause pour le motif qu'elle porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour répondre à ces deux questions, notre Cour doit également déterminer si la *Charte* s'applique aux ordonnances judiciaires.

Avant d'analyser ces questions, il importe de signaler que la question de compétence soulevée ici ainsi que dans le pourvoi connexe *R. c. S. (T.)*, a des conséquences beaucoup plus importantes. Si, strictement, elle ne pose que la question restreinte de savoir si un tiers peut en appeler d'une ordonnance de non-publication prononcée dans un contexte criminel, elle a en fait de vastes répercussions relativement à l'appel de tiers contre toute ordon-

the media can appeal a publication ban issued in the criminal context then every third party, including witnesses, experts, members of the public who are expelled from the courts, lawyers, etc., will be able to appeal any interlocutory order issued in the criminal context which they believe infringes their *Charter* rights. Such a broad interlocutory right of appeal will result in significant delay to the trial process, will adversely impact upon the accused's *Charter* right to be tried within a reasonable time and will adversely affect the administration of justice. While both the Chief Justice and McLachlin J. argue that these negative consequences may not arise, I do not find their arguments convincing.

First, McLachlin J. argues that delays in the trial process will not necessarily result from allowing third parties to appeal interlocutory court orders issued in the criminal context. However, this is inconsistent with her argument that a third party must have access to a "full and effective remedy" which includes "recourse to an appellate tribunal" where that third party alleges an infringement of its *Charter* rights. In many, if not most cases, a third party appeal from an interlocutory criminal order will only be "effective" if the related criminal proceedings are delayed until the resolution of the appeal. Accordingly, the negative consequences described above seem inevitable.

Similarly, I do not find convincing the Chief Justice's suggestion that there is no need to be concerned that allowing third parties to appeal publication bans issued in the criminal context will open the door to a large number of witnesses appealing interlocutory criminal orders. The Chief Justice states (at p. 862):

The problem for a witness most frequently arises out of a citation for contempt for refusal to tes-

nance interlocutoire en matière criminelle. Si les médias peuvent en appeler d'une ordonnance de non-publication prononcée dans un contexte criminel, alors tous les tiers, dont les témoins, les experts, les membres du public qui seraient exclus de la cour, les avocats, etc., pourraient interjeter appel de toute ordonnance interlocutoire rendue en matière criminelle qui, à leur avis, porte atteinte aux droits que leur garantit la *Charte*. Un droit d'appel aussi général à l'encontre d'une ordonnance interlocutoire entraînera des délais importants dans le procès et portera préjudice d'une part, au droit de l'accusé, garanti par la *Charte*, d'être jugé dans un délai raisonnable et, d'autre part, à l'administration de la justice. Bien que tant le Juge en chef que le juge McLachlin soient d'avis que de telles conséquences négatives n'en découleront pas nécessairement, leurs arguments ne me convainquent pas.

En premier lieu, le juge McLachlin soutient que le fait de permettre aux tiers d'interjeter appel d'ordonnances judiciaires interlocutoires rendues en matière criminelle n'entraînera pas nécessairement de délais dans le procès. Or, cela est incompatible avec sa proposition à l'effet qu'un tiers doit pouvoir avoir recours à une «réparation pleine et efficace» qui comprend un «recours à un tribunal d'appel» lorsque ce tiers allègue une violation des droits que lui garantit la *Charte*. Dans plusieurs, sinon dans tous les cas, l'appel interjeté par un tiers d'une ordonnance interlocutoire en matière criminelle ne sera «efficace» que si l'instance criminelle qui s'y rapporte est remise jusqu'à ce que l'appel soit décidé. Par conséquent, les conséquences négatives que je viens de décrire semblent inévitables.

Dans le même ordre d'idées, je trouve peu convaincante la suggestion du Juge en chef qu'il n'y a pas lieu de craindre que le fait de permettre aux tiers d'interjeter appel d'ordonnances de non-publication prononcées dans un contexte criminel suscitera un grand nombre d'appels d'ordonnances interlocutoires en matière criminelle interjetés par des témoins. Le Juge en chef observe (à la p. 862):

La plupart du temps, le problème qui se pose pour un témoin découle d'une assignation pour outrage au tribu-

tify. . . [Section] 10 of the *Code* sets out the procedure for bringing a conviction for contempt before a court of appeal. This decision will not change or affect that statutory procedure and right of appeal.

While it is true that witnesses currently have a statutory right of appeal where they are cited for contempt of court, I must emphasize that this right of appeal is only available to the small proportion of witnesses who are actually cited for contempt. If the appellants are permitted to appeal the impugned publication ban in the case at hand, however, a broad third party interlocutory right of appeal, available to all witnesses, will result. This will enable all witnesses, whether or not they are cited for contempt of court, to appeal interlocutory criminal orders which they believe infringe their *Charter* rights.

Accordingly, despite the comments of both the Chief Justice and McLachlin J. to the contrary, I believe that permitting the appellants to appeal the impugned publication ban in the case at hand will enable a large number of third parties to appeal interlocutory criminal orders they would otherwise be unable to appeal, and will therefore have a significant adverse impact on an accused's right to be tried within a reasonable time and on the proper administration of justice.

With this broader context in mind, I turn to the case currently before us. I have had the opportunity to read the reasons of my colleagues. Unlike the Chief Justice, Gonthier and McLachlin JJ., I do not believe that this Court has the necessary jurisdiction to hear this appeal. In light of this, it is not strictly necessary for me to consider the substantive issue. However, had I found that this Court had jurisdiction to hear this appeal, I would have agreed with Gonthier J., and disagreed with the Chief Justice, McLachlin and La Forest JJ., on the substantive issue. Accordingly, my reasons will focus on the jurisdictional question.

nal pour refus de témoigner. [. . .] [L'article] 10 du *Code* fixe la procédure à suivre pour interjeter appel d'une déclaration de culpabilité à cet égard. La décision en l'espèce ne modifiera en rien cette procédure et ce droit d'appel prévus par la loi.

Bien qu'il soit exact que les témoins ont, à l'heure actuelle, un droit d'appel prévu par la loi lorsqu'ils sont assignés pour outrage au tribunal, je dois souligner que seule une faible proportion des témoins qui sont effectivement assignés pour outrage au tribunal peuvent se prévaloir de ce droit d'appel. Toutefois, si les appelants sont autorisés à interjeter appel de l'ordonnance de non-publication contestée en l'espèce, il en résultera un large droit d'appel en matière interlocutoire de la part de tiers pour tous les témoins. Tous les témoins pourront ainsi, qu'ils soient ou non assignés pour outrage au tribunal, en appeler d'ordonnances interlocutoires en matière criminelle qui, à leur avis, enfreignent les droits que leur garantit la *Charte*.

Ainsi, malgré les propos à l'effet contraire du Juge en chef et du juge McLachlin, je suis d'avis que le fait d'autoriser les appelants à interjeter appel de l'ordonnance de non-publication contestée ici permettra à un grand nombre de tiers d'interjeter appel d'ordonnances interlocutoires en matière criminelle desquelles ils ne pourraient autrement en appeler, ce qui aura pour effet de porter préjudice au droit d'un accusé d'être jugé dans un délai raisonnable et de nuire à une saine administration de la justice.

C'est en gardant à l'esprit ce contexte plus général que j'examinerai l'affaire qui est devant nous. J'ai eu l'occasion de lire les motifs de mes collègues. Contrairement au Juge en chef et aux juges Gonthier et McLachlin, je crois que notre Cour n'a pas la compétence nécessaire pour entendre ce pourvoi. Il n'est pas, par conséquent, absolument essentiel que j'examine la question de fond. Cependant, si j'en étais venue à la conclusion que notre Cour a compétence pour entendre le pourvoi, j'aurais souscrit aux motifs du juge Gonthier et j'aurais été en désaccord avec ceux du Juge en chef et des juges McLachlin et La Forest sur la question de fond. Aussi, mes motifs porteront-ils principalement sur la question de compétence.

I. Jurisdiction

In concluding that the appellants have a right to appeal in the case at hand, the Chief Justice and McLachlin J. appear to rely on the axiom “where there is a right, there is a remedy”. While this axiom may not be absolute, I agree that when a person alleges a wrong, be it a constitutional wrong, a civil wrong or a criminal wrong, she is entitled in our free and democratic society to submit her case to a forum in order to try to obtain redress. This is the basis upon which our judicial system is premised. The fact that a person has standing and is permitted to appear and be heard before a court of law or any other judicial forum, as was the case here, is the first step in the process of providing a remedy for an alleged wrong. The second step is the rendering of a decision by a court of law or other judicial forum. Together, these two steps constitute a remedy. Whether the decision is affirmative or negative does not alter the fact that there was access to a remedy.

In the present case, had the CBC been successful before Gotlib J. in avoiding a publication ban, the CBC would have had their remedy. The fact that they were not successful does not alter the fact that they had access to a remedy. Thus, the axiom “where there is a right, there is a remedy” is satisfied. There was a remedy available: the CBC had standing, was heard, and a decision was reached to issue a publication ban despite their arguments to the contrary. Consequently, the jurisdictional question raised by this appeal is not whether the CBC should have access to a remedy, but whether the CBC should have a right to appeal a decision with which they are not satisfied.

In approaching this question, it is important to note that it is distinct and independent from the substantive question concerning freedom of expression and publication bans. While I will find that this Court does not have jurisdiction to hear this appeal, this determination should not be

I. Compétence

Pour conclure, comme ils le font, que les appellants ont le droit d'interjeter appel en l'espèce, le Juge en chef et le juge McLachlin paraissent se fonder sur l'axiome selon lequel «tout droit est assorti d'une réparation». Même si cet axiome n'est pas nécessairement absolu, je conviens que lorsqu'une personne allègue un tort, qu'il soit d'ordre constitutionnel, civil ou criminel, elle a le droit, dans notre société libre et démocratique, de présenter sa cause devant un tribunal pour tenter d'obtenir réparation. C'est là le fondement sur lequel repose tout notre système judiciaire. Le fait qu'une personne ait qualité pour agir et puisse comparaître et être entendue devant une cour de justice ou tout autre forum judiciaire, comme c'est le cas ici, est la première étape du processus qui consiste à pouvoir obtenir réparation pour un tort allégué. La seconde consiste dans le fait pour une cour de justice ou tout autre forum judiciaire de rendre une décision. Réunies, ces deux étapes constituent la réparation. Que la décision soit favorable ou défavorable ne change rien au fait qu'il y a eu accès à un remède.

Si, dans la présente instance, la SRC avait convaincu le juge Gotlib de ne pas rendre l'ordonnance de non-publication, elle aurait obtenu réparation. Le fait qu'elle n'ait pas obtenu gain de cause ne change rien au fait qu'elle a eu accès à un remède. Ainsi, l'axiome suivant lequel «tout droit est assorti d'une réparation» est satisfait. Il y avait un remède disponible: la SRC a obtenu qualité pour agir, elle a été entendue et une décision a été rendue interdisant la publication, nonobstant ses arguments contraires. Par conséquent, la question de compétence soulevée en l'espèce n'est pas de savoir si la SRC devrait avoir accès à un remède, mais bien plutôt si elle devrait avoir le droit d'interjeter appel d'une décision dont elle n'est pas satisfaite.

Cette question, il est important de le noter, est distincte et indépendante de la question de fond touchant la liberté d'expression et les ordonnances de non-publication. Même si j'arrive à la conclusion que notre Cour n'a pas compétence pour entendre le pourvoi, cela ne signifie nullement que

understood as calling into question the fundamental importance of freedom of expression. Freedom of expression is, in my view, a fundamental right. Recognition of this fact in Canadian law predates the *Charter*. In *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, Duff C.J. recognized (at p. 133) that:

... it is axiomatic that the practice of this right of free public discussion of public affairs ... is the breath of life for parliamentary institutions.

Furthermore, in *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, Rand J. also emphasized (at p. 288) that:

Freedom in thought and speech and disagreement in ideas and beliefs, on every conceivable subject, are of the essence of our life.

In *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306, Rand J. described freedom of political expression as "little less vital to man's mind and spirit than breathing is to his physical existence".

Since the proclamation of the *Charter*, freedom of expression has obtained explicit constitutional protection and the courts have reiterated the fundamental importance of this right. In *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, Cory J. stated (at p. 1336) that it would be "difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression". As well, in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, I wrote at p. 174:

Freedom of expression, like freedom of religion, serves to anchor the very essence of our democratic political and societal structure.

Nonetheless, these and other affirmations of the fundamental importance of freedom of expression do not change the fact that the jurisdictional issue raised by this case concerns the right of appeal, not the right to freedom of expression. The right to freedom of expression is protected by access to an initial remedy. I cannot accept McLachlin J.'s sug-

je remets en cause pour autant l'importance fondamentale de la liberté d'expression. La liberté d'expression constitue à mon avis un droit fondamental. Cette réalité a été reconnue en droit canadien avant même l'avènement de la *Charte*. Dans *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, le juge en chef Duff écrivait (à la p. 133):

[TRADUCTION] ... il est évident que l'usage de ce droit de libre discussion des affaires publiques [...] est au cœur même de nos institutions parlementaires.

Pour sa part, dans l'arrêt *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265, le juge Rand affirmait (à la p. 288):

[TRADUCTION] La liberté d'opinion et de parole et les divergences d'opinions en matière d'idées et de croyances sur tous les sujets concevables sont l'essence de notre vie.

Dans l'arrêt *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306, le juge Rand a décrit la liberté d'expression politique comme n'étant [TRADUCTION] «pas moins essentielle à l'intelligence et à l'esprit de l'homme que la respiration ne l'est à son existence physique».

Depuis la proclamation de la *Charte*, la liberté d'expression jouit d'une protection constitutionnelle explicite et les tribunaux ont réitéré l'importance fondamentale de ce droit. Dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, le juge Cory a affirmé (à la p. 1336) qu'il serait «difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique». Par ailleurs, dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, j'écrivais à la p. 174:

La liberté d'expression, comme la liberté de religion, sert à ancrer l'essence même de la structure politique et sociale de notre démocratie.

Ces déclarations qui, parmi d'autres, affirment l'importance fondamentale de la liberté d'expression, ne changent cependant rien au fait que la question de compétence soulevée en l'espèce porte sur le droit d'appel et non sur le droit à la liberté d'expression. Celui-ci est garanti par la possibilité d'avoir accès à un remède initial. Je ne saurais être

gestion that a “full and effective remedy” for an infringement of freedom of expression “must include recourse to an appellate tribunal”. Access to a remedy and the right to appeal the refusal of a remedy are entirely different issues.

In our free and democratic society, a right of appeal is not available in every situation. (See, for example, *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012; and *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53.) As Sopinka and Gelowitz noted in *The Conduct of an Appeal* (1993), at p. vii:

Counsel contemplating an appeal must first ensure that he or she has a right of appeal. This right is purely statutory and each appellate court is governed by the applicable statutes and rules with their own jurisdictional criteria, time limits and appeal routes.

Furthermore, even where a right of appeal is available, it is frequently subject to a requirement of leave to appeal. As a result, the term “right” of appeal is somewhat misleading in that it is not a “right” in the same sense as those provided in the *Charter*. Instead, it is a right which is created by a simple act of the legislature and which can be just as easily eliminated by such an act. La Forest J., with whom I concurred, held as follows in *Kourtessis*, *supra*, at pp. 69-70:

Appeals are solely creatures of statute; see *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, at p. 1773. There is no inherent jurisdiction in any appeal court. Nowadays, however, this basic proposition tends at times to be forgotten. Appeals to appellate courts and to the Supreme Court of Canada have become so established and routine that there is a widespread expectation that there must be some way to appeal the decision of a court of first instance. But it remains true that there is no right of appeal on any matter unless provided for by the relevant legislature. [Emphasis added.]

As an exception to the principle that a right of appeal must be created by statute, it was recently suggested that a limited common law jurisdictional

d'accord avec les propos du juge McLachlin comme quoi une «réparation pleine et efficace» relativement à une violation du droit à la liberté d'expression «doit comprendre un recours à un tribunal d'appel». Le recours à une réparation et le droit d'en appeler du refus d'accorder une réparation sont deux choses bien différentes.

Dans une société libre et démocratique comme la nôtre, on ne peut se prévaloir d'un droit d'appel dans tous les cas. (Voir, par exemple, *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012, et *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53.) Comme Sopinka et Gelowitz l'ont signalé dans *The Conduct of an Appeal* (1993), à la p. vii:

[TRADUCTION] Les avocats qui songent à interjeter appel doivent d'abord vérifier s'ils ont un droit d'appel. Ce droit relève purement des lois et toute cour d'appel est régie par les lois et les règles applicables, assorties de leurs propres critères de compétence, délais et moyens d'appel.

Par ailleurs, même s'il existe, le droit d'appel est fréquemment tributaire d'une demande d'autorisation. Le terme «droit» d'appel est donc quelque peu illusoire puisqu'il ne s'agit pas d'un «droit» au sens où l'entend la *Charte*. Il s'agit plutôt d'un droit créé par le seul acte de la législature, qui peut être tout aussi facilement aboli de la même façon. Le juge La Forest, aux motifs duquel j'ai souscrit, a conclu dans l'arrêt *Kourtessis*, précité, aux pp. 69 et 70:

Les appels ne sont qu'une création de la loi écrite; voir l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, à la p. 1773. Une cour d'appel ne possède pas de compétence inhérente. De nos jours toutefois, on a parfois tendance à oublier ce principe fondamental. Les appels devant les cours d'appel et la Cour suprême du Canada sont devenus si courants que l'on s'attend généralement à ce qu'il existe un moyen quelconque d'en appeler de la décision d'un tribunal de première instance. Toutefois, il demeure qu'il n'existe pas de droit d'appel sur une question sauf si le législateur compétent l'a prévu. [Je souligne.]

À titre d'exception au principe portant qu'un droit d'appel doit être prévu par une loi, on a récemment laissé entendre qu'il existe peut-être en

appeal may be available (see M. Jamal and H. P. Glenn, "Selective Legality: The Common Law Jurisdictional Appeal" (1994), 73 *Can. Bar Rev.* 142). However, the jurisdiction of the Ontario Court (General Division) to issue the impugned publication ban is not attacked in the present case. Thus, if there is a right of appeal in the present case, it can only be provided by statute. Neither the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, nor any other applicable statute provides for such a right of appeal. Furthermore, the *Charter* does not confer appellate jurisdiction. Consequently, I conclude that there is no jurisdiction in our Court, nor was there in the Court of Appeal, to entertain this appeal.

Although this is the general basis for my opinion on the jurisdictional question, I will discuss the particulars in more detail in the following order:

1. The *Criminal Code* does not provide this Court with jurisdiction to hear this appeal;
2. The *Supreme Court Act* does not provide this Court with jurisdiction to hear this appeal;
3. Section 24(1) of the *Charter* does not confer appellate jurisdiction; and
4. The *Charter* does not apply to court orders.

I will not discuss *certiorari*, the rules of which are well known and are clearly not applicable in this case, as the Chief Justice himself has noted.

1. *The Criminal Code*

As I have already mentioned, it is well established that a right of appeal exists only if specifically provided by statute. Given the fact that the appeal at issue arises out of criminal proceedings, the logical first place to look for a statutory right of appeal is the *Criminal Code*. No such right of appeal is provided therein. Furthermore, s. 674 of the *Criminal Code* states:

common law un droit d'appel limité en matière de compétence (voir M. Jamal et H. P. Glenn, «Selective Legality: The Common Law Jurisdictional Appeal» (1994), 73 *R. du B. can.* 142). Cependant, la compétence de la Cour de l'Ontario (Division générale) de rendre l'ordonnance de non-publication contestée n'est pas remise en cause en l'espèce. C'est pourquoi, s'il existe, le droit d'appel dont il est question ici ne peut être prévu que par une loi. Or, ni le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ni la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, ni aucune autre loi applicable ne le prévoient. En outre, la *Charte* ne confère pas de compétence en matière d'appel. Par conséquent, ni la Cour d'appel ni notre Cour ne sont compétentes pour entendre le présent pourvoi.

Bien qu'il s'agisse là de l'assise générale de mon opinion sur la question de compétence, j'en analyserai les composantes de façon plus approfondie dans l'ordre suivant:

1. Le *Code criminel* ne confère pas à notre Cour la compétence pour entendre le pourvoi;
2. La *Loi sur la Cour suprême* ne confère pas à notre Cour la compétence pour entendre le pourvoi;
3. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* ne confère pas de compétence en appel;
4. La *Charte* ne s'applique pas aux ordonnances judiciaires.

Je n'analyserai pas le bref de *certiorari*, dont les règles sont bien connues et, de toute évidence, sans application en l'espèce, comme le remarque lui-même le Juge en chef.

1. *Le Code criminel*

Comme je l'ai mentionné précédemment, il est bien établi que le droit d'appel n'existe que s'il est explicitement prévu par une loi. Puisque ce pourvoi est né d'une procédure criminelle, il convient logiquement de vérifier dans un premier temps si le *Code criminel* prévoit un droit d'appel. Il n'en est rien. En outre, l'art. 674 du *Code criminel* dispose:

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.

I agree with the Chief Justice when he says (at p. 864) that:

... we are dealing here with media challenges to publication bans ordered by judges under their common law or legislated discretionary authority in response to a request for a ban made by the Crown and/or by individuals charged (or at risk of being charged) with criminal offences. Such challenges are criminal matters, not civil ones. [Emphasis added.]

In my view, this appeal therefore qualifies as a proceeding in respect of an indictable offence. Similarly, I note that Bayda C.J.S., writing for the Saskatchewan Court of Appeal in the companion case of *R. v. S. (T.)*, held that:

No one, including the C.B.C., questioned that this appeal was "in proceedings in respect of indictable offences" within the meaning of s. 674.

((1993), 109 Sask. R. 96, at p. 103.)

Accordingly, pursuant to s. 674 of the *Criminal Code*, the appellants are only entitled to challenge the impugned publication ban by way of appeal if such a right is established in the *Criminal Code*, which, as I have already noted, it is not. However, the Chief Justice argues that s. 674 of the *Criminal Code* does not limit the broad jurisdiction conferred upon this Court by s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. Furthermore, he asserts that s. 40(1) of the *Supreme Court Act* provides this Court with the necessary jurisdiction to hear this appeal. I turn now to this argument.

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

Despite the express wording of s. 674 of the *Criminal Code*, the Chief Justice suggests that s. 40(1) of the *Supreme Court Act* provides this Court with jurisdiction to hear this appeal. As he does in

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.

Je suis d'accord avec le Juge en chef lorsqu'il affirme (à la p. 864) que:

... nous sommes ici en présence de contestations par les médias d'ordonnances de non-publication rendues par des juges en vertu de leur pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative en réponse à une demande d'interdiction présentée par le ministère public ou des individus accusés d'actes criminels (ou susceptibles de l'être). Ces contestations sont des affaires criminelles, non des affaires civiles. [Je souligne.]

Le présent pourvoi est donc, à mon avis, une procédure concernant un acte criminel. Je remarque également que le juge en chef Bayda, au nom de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans le pourvoi connexe *R. c. S. (T.)*, a conclu:

[TRADUCTION] Personne, pas même la SRC, n'a mis en doute que le présent appel entre dans le cadre de «procédures concernant des actes criminels» au sens de l'art. 674.

((1993), 109 Sask. R. 96, à la p. 103.)

En conséquence, conformément à l'art. 674 du *Code criminel*, les appelants ne sont autorisés à contester l'ordonnance de non-publication en cause par voie d'appel que si ce droit est prévu au *Code criminel*, ce qui, je le répète, n'est pas le cas. Le Juge en chef soutient, par contre, que l'art. 674 du *Code criminel* ne restreint pas la compétence générale que confère à notre Cour le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Il affirme, en outre, que le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* habilite notre Cour à entendre le présent pourvoi, un argument dont je discuterai maintenant.

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

En dépit du libellé explicite de l'art. 674 du *Code criminel*, le Juge en chef soutient que le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* confère à notre Cour la compétence pour entendre le pour-

R. v. Laba, [1994] 3 S.C.R. 965, the Chief Justice argues at p. 860 that:

... s. 674 of the *Criminal Code* does not limit our jurisdiction to grant leave in cases such as this under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

In support of this proposition, he relies on 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; and *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449. However, as I noted in *Laba*, *supra*, at p. 992:

... 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*. [Emphasis added.]

Nonetheless, even assuming that s. 674 of the *Criminal Code* does not restrict the scope of s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, this does not mean that s. 40(1) of the *Supreme Court Act* is unlimited in scope. For example, although s. 40(1) of the *Supreme Court Act* has been held to provide this Court with jurisdiction to entertain 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. In fact, *Mills*, *supra*, and *Meltzer*, *supra*, clearly establish that “there should be no interlocutory appeals in criminal matters”. At page 959 of *Mills*, *supra*, McIntyre J. stated:

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 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.]

voilà. Comme il le fait dans l'arrêt *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, le Juge en chef affirme (à la p. 860):

... l'art. 674 du *Code criminel* ne limite pas notre compétence d'accorder une autorisation en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* dans des cas comme la présente affaire.

À l'appui de cette proposition, il invoque des arrêts tels *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; et *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449. Toutefois, comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Laba*, précité, à la p. 992:

... 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*. [Je souligne.]

Néanmoins, même en supposant que l'art. 674 du *Code criminel* ne restreigne pas la portée du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, il ne s'ensuit pas que celle-ci soit illimitée. Ainsi, bien qu'on ait jugé que le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* 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. En fait, les arrêts *Mills* et *Meltzer*, précités, établissent clairement qu'«il ne devrait pas y avoir d'appels interlocutoires dans les affaires criminelles». À la p. 959 de l'arrêt *Mills*, précité, le juge McIntyre a dit:

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 appeler 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.]

Discussing the availability of interlocutory criminal appeals, Sopinka and Gelowitz, *supra*, at p. 78, state that:

It would appear to be settled law that there are no appeals in interlocutory criminal proceedings, as there is no statutory basis for such appeals. . . .

This position was not altered by the proclamation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Supreme Court of Canada has held in *Mills v. R.*, and *R. v. Meltzer*, that the *Charter* does not create new rights of appeal. Any *Charter* ground sought to be appealed must, accordingly, be taken pursuant to existing rights of appeal as established in the Code.

Consequently, to the extent that this appeal is from an interlocutory order, permitting it to proceed, as the Chief Justice does, by virtue of s. 40(1) of the *Supreme Court Act* is inconsistent with the jurisprudence of this Court.

This brings me to the issue of whether or not this appeal can be fairly characterized as interlocutory in nature. I begin by noting that the impugned publication ban is clearly an interlocutory order from the point of view of the accused. However, from the point of view of the appellants, this order is, for all intents and purposes, final. In fact, any court order made in a criminal context which affects a third party, including any order directed at witnesses, could likely be characterized as "final" from the point of view of the affected third party. Accordingly, the argument can be made that a third party appeal against such an order would not be precluded by the principle against interlocutory criminal appeals and could therefore proceed by virtue of s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. This argument, in my view, cannot succeed.

The focus in criminal proceedings is on the accused and on the determination of guilt or innocence. While a publication ban or any other order affecting a third party issued during a criminal proceeding may be final with respect to that third party, it is interlocutory with respect to the accused. Since the focus in criminal proceedings

Au sujet de la possibilité d'interjeter un appel interlocutoire en matière criminelle, Sopinka et Gelowitz, *op. cit.*, écrivent, à la p. 78:

[TRANSLATION] Il paraît être établi en droit qu'il n'existe aucun droit d'appel d'une décision interlocutoire dans une procédure criminelle, car aucun texte de loi ne le prévoit. . . .

Cette position n'a pas été modifiée par la proclamation de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour suprême du Canada a conclu dans les arrêts *Mills c. R.* et *R. c. Meltzer*, que la *Charte* ne crée aucun nouveau droit d'appel. Tout appel fondé sur la *Charte* doit par conséquent être interjeté conformément aux droits d'appel existants qui sont énoncés dans le Code.

Par conséquent, dans la mesure où le présent pourvoi a été formé contre une ordonnance interlocutoire, permettre qu'il soit entendu sur le fondement du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, comme le fait le Juge en chef, va à l'encontre de la jurisprudence de notre Cour.

Ce qui m'amène à la question de savoir si le pourvoi peut être légitimement qualifié d'interlocutoire. Je remarque d'abord que l'interdiction de publication contestée est manifestement interlocutoire du point de vue des accusés. En revanche, du point de vue des appelants, elle est, à toute fin utile, définitive. En fait, toute ordonnance judiciaire rendue dans un contexte criminel et touchant un tiers, notamment toute ordonnance visant des témoins, pourrait vraisemblablement être qualifiée de « définitive » du point de vue du tiers concerné. On pourrait donc soutenir que l'appel interjeté par un tiers contre une telle ordonnance n'est pas prohibé par le principe suivant lequel aucun appel interlocutoire n'est permis en matière criminelle et qu'il peut, par conséquent, être formé en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. À mon avis, cet argument ne saurait être retenu.

Le focus dans une procédure criminelle est l'accusé, soit la détermination de sa culpabilité ou de son innocence. Si l'interdiction de publication ou toute autre ordonnance touchant un tiers, rendue au cours d'une procédure criminelle, peut être définitive quant au tiers, elle est toutefois interlocutoire quant à l'accusé. Puisque, dans les procédures cri-

must remain on the accused, to the extent that the order is interlocutory from the accused's point of view it should not be subject to a third party appeal unless the right to such an appeal is specifically provided by statute.

To hold otherwise would be to ignore the policy behind the principle against interlocutory criminal appeals. Specifically, as I noted in *Laba, supra*, such appeals are not permitted because of the likelihood that they 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.). These policy reasons are applicable whether the appellant is a party to the criminal proceedings or a third party. In fact, in light of the right of the accused, guaranteed by s. 11(b) of the *Charter*, to be tried within a reasonable time, these policy concerns are particularly applicable where the appellant is a third party. It is of particular importance that third parties not be permitted to cause an accused's trial to be unreasonably delayed. Furthermore, even if the trial continued while the third party appeal proceeded, as it did in this case, but which will often not be the case, there remains the problem of requiring an accused to defend two cases at the same time, given that the accused will likely have a legitimate interest in both proceedings. This may unduly complicate the accused's criminal defense and should therefore be avoided wherever possible. Finally, I note that if third party interlocutory criminal appeals were permitted, this would result in a strange and unacceptable situation where third parties would benefit from greater appellate rights in criminal proceedings than would the accused whose very liberty hinges on the outcome of the proceedings.

In light of all the above, I conclude that the principle against interlocutory criminal appeals is equally applicable to the accused, the Crown and third parties. Only if a right of appeal is explicitly established by statute should an appeal against an

minelles, l'accent doit demeurer sur l'accusé, dans la mesure où elle est interlocutoire du point de vue de ce dernier, l'ordonnance ne devrait pas être assujettie à l'appel de la part d'un tiers, à moins que le droit à un tel appel ne soit explicitement prévu par une loi.

Conclure autrement reviendrait à ignorer l'objectif qui sous-tend le principe suivant lequel les appels interlocutoires en matière criminelle sont interdits. Plus précisément, comme je l'ai signalé dans l'arrêt *Laba*, précité, ces appels sont prohibés car ils risquent de fragmenter le processus du procès criminel et d'engendrer de longs retards: *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.). Ces raisons de principe valent, que ce soit l'appelant ou un tiers qui soient partie à la procédure criminelle. Compte tenu du droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable conformément à l'al. 11b) de la *Charte*, ces raisons de principe sont en fait d'autant plus pertinentes lorsque l'appelant est un tiers. Il est particulièrement important que les tiers ne soient pas autorisés à retarder déraisonnablement le procès d'un accusé. En outre, même si le procès continuait pendant l'audition de l'appel du tiers, comme ce fut le cas ici, mais qui risque de ne pas l'être souvent, reste le problème d'obliger un accusé à opposer une défense dans deux affaires en même temps, puisqu'il aura vraisemblablement un intérêt légitime dans les deux procédures. La défense de l'accusé dans le procès criminel risquant de s'en trouver indûment compliquée, un tel résultat devrait autant que possible être évité. Enfin, je remarque que, si l'appel interlocutoire d'un tiers était permis en matière criminelle, on se retrouverait devant une situation étrange et inacceptable, où les tiers bénéficieraient, dans les procédures criminelles, de droits d'appel plus étendus que ceux de l'accusé, dont la liberté dépend de l'issue des procédures.

Compte tenu de tout ce qui précède, je conclus que le principe visant à interdire les appels interlocutoires en matière criminelle s'étend à l'accusé, au ministère public et aux tiers. Il ne devrait être permis d'interjeter appel d'une ordonnance interlo-

interlocutory court order arising out of criminal proceedings be permitted to proceed.

Turning now to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, I note that, while it was intended to confer broad appellate jurisdiction on this Court, it was not, in my opinion, intended to override the principle against interlocutory criminal appeals. For such a sweeping interpretation to be given to s. 40(1) of the *Supreme Court Act* requires, in my opinion, that Parliament use the clearest of language. Section 40(1) of the *Supreme Court Act* does not meet this test. Consequently, just as it has not been interpreted to provide parties to criminal proceedings with an interlocutory right of appeal, it should not be so interpreted with respect to third parties. Accordingly, I find that s. 40(1) of the *Supreme Court Act* does not provide this Court with jurisdiction to hear this appeal. I leave open, however, the question of whether it provides this Court with jurisdiction to hear a third party appeal from a court order in a criminal context where the order in question is "final" with respect to both the parties to the criminal proceeding and the affected third party.

3. Section 24(1) of the Charter

A final possible source of jurisdiction for this appeal was raised in the companion case of *R. v. S. (T.)*. The appellant in that case suggested that s. 24(1) of the *Charter* provides third parties with a right to appeal publication bans issued in the criminal context. This suggestion appears to have been accepted by McLachlin J. in her reasons in this case. Specifically, McLachlin J. implies that the *Charter* imposes minimal procedural requirements which include "recourse to an appellate tribunal" where a third party is challenging a publication ban on *Charter* grounds. I disagree.

In my view, it is well settled that the *Charter* does not and cannot provide the appellants with a

cutoire rendue par un tribunal dans le cadre d'une procédure criminelle que si ce droit d'appel est explicitement prévu par une loi.

^a En ce qui concerne le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, je remarque que, bien qu'il ait été destiné à conférer une compétence générale d'appel à notre Cour, il ne devait pas, à mon avis, avoir pour effet de renverser le principe selon lequel les appels interlocutoires en matière criminelle sont interdits. Il faudrait, pour interpréter aussi généreusement le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, que le législateur ait utilisé un libellé beaucoup plus explicite, ce qui n'est pas le cas. En conséquence, tout comme on n'a pas interprété le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* comme accordant aux parties à une procédure criminelle le droit d'interjeter appel d'une ordonnance interlocutoire, on ne devrait pas l'interpréter ainsi relativement aux tiers. Je conclus donc que le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* n'autorise pas notre Cour à entendre le présent pourvoi. Je laisse toutefois ouverte la question de savoir s'il habilite notre Cour à entendre l'appel d'un tiers formé contre une ordonnance judiciaire dans un contexte criminel lorsque l'ordonnance en question est «définitive» du point de vue tant des parties à la procédure criminelle que du tiers concerné.

3. Le paragraphe 24(1) de la Charte

^b Une dernière source possible de compétence a été soulevée dans le pourvoi connexe *R. c. S. (T.)*. L'appelant dans cette affaire a allégué que le par. 24(1) de la *Charte* procure aux tiers un droit d'interjeter appel d'ordonnances de non-publication prononcées dans un contexte criminel. Cette allégation semble avoir été acceptée par le juge McLachlin dans ses motifs dans le présent pourvoi. De façon plus précise, le juge McLachlin soutient que la *Charte* impose des exigences procédurales minimales qui comprennent un «recours à un tribunal d'appel» lorsqu'un tiers conteste une ordonnance de non-publication en se fondant sur la *Charte*. Je ne suis pas d'accord.

^c À mon avis, il est bien établi que la *Charte* ne confère pas et ne peut conférer de droit d'appel

right of appeal. In *Mills*, *supra*, McIntyre J. stated at pp. 956-57:

As has been said on many occasions, the *Charter* was not enacted in a vacuum. It was created to form a part — a very important part — of the Canadian legal system and, accordingly, must fit into that system. It will be noted at once that s. 24(1) gives no jurisdictional or procedural guide. This absence makes it clear that the procedures presently followed must be adapted and used for the accommodation of applications for relief under s. 24(1). [Emphasis added.]

Later, at p. 958, he repeated:

Again, it must be observed that the *Charter* is silent on the question of appeals and the conclusion must therefore be that the existing appeal structure must be employed in the resolution of s. 24(1) claims. [Emphasis added.]

As I stated at the outset, appeal rights are statutory. In the absence of a statutory right of appeal, this Court has no jurisdiction to hear this appeal. The appellants cannot rely on s. 24(1) of the *Charter* to create appellate jurisdiction. While, as I observed earlier, it has been said on many occasions that for every right there should be a remedy (see, for example, *Mills*, *supra*, at pp. 971-72 (*per* La Forest J.) and at p. 958 (*per* McIntyre J.); and *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, at p. 196 (*per* Lamer J.)), this does not mean that s. 24(1) can confer appellate jurisdiction where the appellants, as here, had access to a remedy and are unsatisfied with the result. Were this a case where the appellants had no access whatsoever to an initial remedy then s. 24(1) might confer jurisdiction to provide an initial remedy, such as giving the appellants standing to raise the issue. However this is not such a case.

Finally, I find it important to emphasize, once more, that this case concerns an appeal from an interlocutory criminal order. The ability of s. 24(1) to confer appellate jurisdiction with respect to interlocutory criminal appeals was conclusively

aux appelants. Dans l'arrêt *Mills*, précité, le juge McIntyre a écrit aux pp. 956 et 957:

Comme il a été souligné à maintes reprises, la *Charte* n'a pas été adoptée dans le vide. Elle a été créée pour former une partie, une partie très importante, du système juridique canadien et, en conséquence, elle doit s'insérer dans ce système. On peut constater immédiatement que le par. 24(1) ne contient pas d'indications relatives à la compétence ou à la procédure. Il découle nettement de cette omission que les procédures présentement suivies doivent être adaptées et appliquées aux demandes de réparation fondées sur le par. 24(1). [Je souligne.]

Plus loin, à la p. 958, il a répété:

Il faut encore souligner que la *Charte* est muette sur la question des appels et on doit donc conclure que c'est le système actuel des appels qui doit servir au règlement de demandes fondées sur le par. 24(1). [Je souligne.]

Comme je l'ai mentionné au départ, le droit d'appel est créé par la loi. En l'absence d'un droit d'appel prévu dans la loi, notre Cour n'est pas compétente pour entendre le pourvoi. Les appelants ne peuvent invoquer le par. 24(1) de la *Charte* pour créer une compétence en matière d'appel. Bien que, comme je l'ai mentionné précédemment, on ait affirmé à maintes reprises que tout droit doit être assorti d'une réparation (voir, par exemple, *Mills*, précité, aux pp. 971 et 972 (le juge La Forest) et à la p. 958 (le juge McIntyre), et *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, à la p. 196 (le juge Lamer)), cela ne signifie pas que le par. 24(1) puisse conférer une compétence en appel lorsque les appelants, comme en l'espèce, ont eu accès à un remède et ne sont pas satisfaits du résultat. Se serait-il agi d'un cas où les appelants n'avaient eu aucune possibilité quelconque de demander une réparation initiale, alors, le par. 24(1) pourrait habiliter la cour à en accorder une, comme celle de donner aux appelants qualité pour soulever la question. Ce n'est toutefois pas notre cause.

Enfin, j'estime important de souligner, de nouveau, que le présent pourvoi porte sur un appel formé contre une ordonnance interlocutoire rendue en matière criminelle. La capacité du par. 24(1) de conférer une compétence d'appel relativement aux

determined in *Mills, supra*, and *Meltzer, supra*. In this respect, I adopt the following comments of Bayda C.J.S. of the Saskatchewan Court of Appeal from his reasons (at p. 104) in the companion case of *R. v. S. (T.)*:

... if the present appeal is properly characterized as in respect of an interlocutory ruling by a trial court judge in the course of a criminal proceeding, then the decisions by the Supreme Court of Canada in *R. v. Mills*, [1986] 1 S.C.R. 863, *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764 and *Kourtesis* make it clear that the *Charter* component does not vest a court of appeal with any special power to hear an appeal and the right of appeal is governed by the same principles as those which apply to an appeal from any ordinary interlocutory ruling. Those same cases confirm that there is no appeal from an interlocutory ruling made in a criminal proceeding. [Emphasis added.]

Therefore, for all the reasons outlined above, I conclude that s. 24(1) does not provide this Court with jurisdiction to hear this appeal.

4. *The Applicability of the Charter to Court Orders*

McLachlin J. argues in her reasons, apparently with the support of La Forest J., that the *Charter* applies to the impugned publication ban. In my view it does not.

The principle that court orders *per se* are not subject to the *Charter* was first established in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573. *Dolphin Delivery* concerned an appeal against an injunction which prevented certain secondary picketing on the grounds that it abridged the *Charter* guarantee of freedom of expression. Factually, it was quite similar to the case at hand in that it involved a private party (a union) challenging a court order on the ground that it was inconsistent with s. 2(b) of the *Charter*. McIntyre J., writing for the majority, stated at pp. 600-601:

appels interlocutoires en matière criminelle a été décidée de façon définitive dans les arrêts *Mills* et *Meltzer*, précités. À cet égard, je souscris aux commentaires suivants du juge en chef Bayda de la Cour d'appel de la Saskatchewan, tirés de ses motifs (à la p. 104) dans le pourvoi connexe *R. c. S. (T.)*:

[TRADUCTION] ... si c'est à juste titre que l'on affirme que le présent appel vise une décision interlocutoire rendue par un juge de première instance dans une procédure criminelle, alors les arrêts *R. c. Mills*, [1986] 1 R.C.S. 863, *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, et *Kourtesis*, de la Cour suprême du Canada, précisent qu'un élément de la *Charte* ne peut attribuer à une cour d'appel un pouvoir spécial de l'entendre; le droit d'appel est alors régi par les mêmes principes que ceux qui s'appliquent à un appel de toute décision interlocutoire ordinaire. Ces mêmes arrêts confirment qu'il n'existe aucun appel d'une décision interlocutoire rendue dans une procédure criminelle. [Je souligne.]

Par conséquent, pour tous les motifs exposés ci-dessus, je conclus que le par. 24(1) ne confère pas à notre Cour compétence pour entendre cet appel.

4. *L'applicabilité de la Charte aux ordonnances judiciaires*

Le juge McLachlin fait valoir dans ses motifs, apparemment avec l'appui du juge La Forest, que la *Charte* s'applique à l'ordonnance de non-publication ici contestée. À mon avis, elle ne s'y applique pas.

Le principe suivant lequel les ordonnances judiciaires ne sont pas comme telles assujetties à la *Charte* a vu le jour dans *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573. Dans cette affaire, un appel a été formé contre une injonction interdisant le piquetage secondaire pour le motif qu'elle portait atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte*. Les faits étaient très semblables à ceux qui se présentent ici puisqu'ils mettaient en présence une partie privée (un syndicat), qui contestait une ordonnance judiciaire pour le motif qu'elle n'était pas compatible avec l'al. 2b) de la *Charte*. S'exprimant au nom de la majorité, le juge McIntyre a écrit aux pp. 600 et 601:

While in political science terms it is probably acceptable to treat the courts as one of the three fundamental branches of Government, that is, legislative, executive, and judicial, I cannot equate for the purposes of Charter application the order of a court with an element of governmental action. . . . To regard a court order as an element of governmental intervention necessary to invoke the Charter would, it seems to me, widen the scope of Charter application to virtually all private litigation. All cases must end, if carried to completion, with an enforcement order and if the Charter precludes the making of the order, where a Charter right would be infringed, it would seem that all private litigation would be subject to the Charter. In my view, this approach will not provide the answer to the question. A more direct and more precisely-defined connection between the element of government action and the claim advanced must be present before the Charter applies. [Emphasis added.]

I considered this Court's decision in *Dolphin Delivery, supra*, in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, and noted (at pp. 90-91) that:

. . . *Dolphin Delivery* . . . articulated the principle which established the threshold for judicial review under the Charter: the Charter applies to the legislative, executive and administrative branches of government but does not apply to judicial orders made in the resolution of private disputes.

The rule in *Dolphin Delivery*, however, does not fully insulate a judge from the Charter in all circumstances and does not apply to certain adjudicators. Thus, in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, this Court concluded that a trial judge's conduct in according 19 adjournments and taking 11 months to reach a decision on an application for a directed verdict contravened the Charter and specifically the accused's right to be tried within a reasonable time. Furthermore, in *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, an order to prevent picketing in front of the court, issued by the court on its own motion, originating in the inherent power of the courts to control their process, and issued without notice to the affected party, was reviewed on Charter grounds and found not to violate the Charter.

Même si, en science politique, il est probablement acceptable de considérer les tribunaux judiciaires comme l'un des trois organes fondamentaux de gouvernement, savoir les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, je ne puis assimiler, aux fins de l'application de la Charte, l'ordonnance d'un tribunal à un élément d'action gouvernementale. [. . .] Considérer l'ordonnance d'un tribunal comme un élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour invoquer la Charte aurait pour effet, me semble-t-il, d'élargir la portée de l'application de la Charte à pratiquement tous les litiges privés. Toute affaire doit se terminer, si elle est menée à terme, par une ordonnance d'exécution et si la Charte empêche de rendre une telle ordonnance dans le cas où il y aurait atteinte à un droit qu'elle garantit, tous les litiges privés seraient alors, semble-t-il, assujettis à la Charte. À mon avis, ce point de vue n'apporte pas de réponse à la question. Pour que la Charte s'applique, il doit exister un lien plus direct et mieux défini entre l'élément d'action gouvernementale et la revendication qui est faite. [Je souligne.]

J'ai examiné la décision de notre Cour dans *Dolphin Delivery*, précité, dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, où j'ai noté (aux pp. 90 et 91) que:

. . . *Dolphin Delivery* [. . .] [a] formulé le principe établissant le seuil du contrôle judiciaire en vertu de la Charte: elle s'applique aux branches législative, exécutive et administrative du gouvernement, mais ne s'applique pas aux ordonnances judiciaires prononcées pour régler des litiges privés.

La règle établie dans l'arrêt *Dolphin Delivery* ne soustrait toutefois pas complètement les juges à la Charte en toutes circonstances et ne s'applique pas à certains arbitres. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, notre Cour a conclu que le comportement du juge du procès, qui avait accordé 19 ajournements et laissé écouler 11 mois avant de rendre une décision relativement à une demande de verdict imposé, contrevenait à la Charte et, particulièrement, au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable. En outre, dans l'arrêt *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, une ordonnance visant à interdire le piquetage devant le palais de justice, rendue par la cour de son propre chef conformément au pouvoir inhérent des tribunaux de contrôler leur propre procédure et sans avis à la

Finally, in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, this Court found that an order of an adjudicator pursuant to the *Canada Labour Code* was subject to *Charter* review, since such an adjudicator, unlike a judge, is a creature of statute who is appointed pursuant to a legislative provision and derives all of his or her powers from statute. These three cases clearly demonstrate that *Dolphin Delivery* does not fully insulate a judge or an adjudicator from the *Charter*. Specifically, these cases demonstrate that the *Charter* applies to certain judicial conduct, to the exercise by the courts of their inherent right to control their process, and to adjudicators under the *Canada Labour Code*. However, this is by no means inconsistent with the holding in *Dolphin Delivery* that court orders *per se* are not subject to the *Charter*. While some judicial activity may be subject to the *Charter*, a court order *per se* is not. In light of the above, I conclude that in the case at hand the impugned publication ban is not subject to the *Charter*.

Having said this, I believe it is important to review some of the policy justifications for the general principle that the *Charter* does not apply to court orders *per se*. First, as McIntyre J. notes, if court orders were subject to the *Charter* then all private litigation could become subject to the *Charter*. This is clearly inconsistent with s. 32 of the *Charter* which says that the *Charter* applies only to the "Parliament and government of Canada" and the "legislature and government of each province". Furthermore, if the *Charter* applied to court orders then, at least theoretically, individuals adversely affected by a court order could seek a remedy, be it damages or otherwise, pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, against the judge who originally issued the impugned court order. Such a result is, in my view, unacceptable. Finally, applying the *Charter* to court orders could result in endless loops of litigation where even final orders of the Supreme Court of Canada, the

partie concernée, a été examinée en fonction de la *Charte* et jugée non contraire à celle-ci. Enfin, dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, notre Cour a conclu que l'ordonnance d'un arbitre rendue conformément au *Code canadien du travail* était assujettie au contrôle fondé sur la *Charte* puisque, contrairement au juge, l'arbitre est une création de la loi, il est nommé conformément à une disposition législative et tire tous ses pouvoirs de la loi. Ces trois arrêts démontrent clairement que l'arrêt *Dolphin Delivery* ne soustrait pas tout à fait les juges et les arbitres à la *Charte*. Ils démontrent en fait que la *Charte* s'applique à certains comportements d'un juge, à l'exercice par les tribunaux de leur droit inhérent de contrôler leur procédure, et aux arbitres nommés sous le régime du *Code canadien du travail*. Toutefois, cela n'est absolument pas incompatible avec l'arrêt *Dolphin Delivery*, où l'on a décidé que les ordonnances judiciaires ne sont pas comme telles assujetties à la *Charte*. Bien qu'une certaine activité judiciaire puisse être visée par la *Charte*, une ordonnance judiciaire ne l'est pas en soi. Compte tenu de ce qui précède, je conclus que, dans le cas qui nous occupe, l'ordonnance de non-publication ici contestée n'est pas sujette à la *Charte*.

Cela étant dit, j'estime important de revoir certaines des raisons de principe qui sous-tendent la règle générale suivant laquelle, en soi, les ordonnances judiciaires échappent à l'application de la *Charte*. D'une part, comme le remarque le juge McIntyre, si les ordonnances judiciaires étaient assujetties à la *Charte*, tous les litiges de nature privée pourraient devenir assujettis à la *Charte*. Cela va tout à fait à l'encontre de l'art. 32 de la *Charte*, aux termes duquel la *Charte* s'applique uniquement au «Parlement et au gouvernement du Canada» et à la «législature et au gouvernement de chaque province». En outre, si la *Charte* s'appliquait aux ordonnances judiciaires, les particuliers qui subissent un préjudice du fait d'une telle ordonnance pourraient alors, du moins en théorie, conformément au par. 24(1) de la *Charte*, demander une réparation, notamment sous forme de dommages-intérêts, contre le juge ayant initialement rendu l'ordonnance contestée. Un tel résultat est à

highest court in the land and the court of final appeal, could be challenged at first instance on *Charter* grounds. This would be a strange and unjustifiable situation which could paralyse our judicial system by removing the certainty from supposedly final judgments. The *Charter* could not have been intended to produce such a result. For all of these reasons, and in light of the decision of this Court in *Dolphin Delivery, supra*, and my reasons in *Young, supra*, I conclude that the *Charter* does not apply to court orders *per se*.

This does not mean, however, that the *Charter* does not apply to the common law, or for that matter to the *Civil Code*, the *Criminal Code* or other statutory laws, which govern the issuance of court orders. For example, as I noted at p. 92 of *Young, supra*:

... *Charter* values nonetheless remain an important consideration in judicial decision-making. Courts must strive to uphold *Charter* values, and preference should be given to such values in the interpretation of legislation over those which run contrary to them (*Slaight Communications, supra*; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 558; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554).

Similarly, in *Dolphin Delivery, supra*, McIntyre J. held that the courts were under an obligation to "apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution" (p. 603).

Furthermore, in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, Iacobucci J., speaking for the Court, stated (at p. 675) that:

Where the principles underlying a common law rule are out of step with the values enshrined in the *Charter*, the courts should scrutinize the rule closely. If it is possible to change the common law rule so as to make it

mon avis inadmissible. Enfin, appliquer la *Charte* aux ordonnances judiciaires pourrait entraîner des méandres sans fin de litiges où même les ordonnances définitives de la Cour suprême du Canada, le plus haut tribunal du pays et la cour de dernier ressort, pourraient être contestées en première instance sur le fondement de la *Charte*. Ce serait là une situation étrange et injustifiable, qui risquerait de paralyser notre système judiciaire en enlevant toute certitude à des jugements censés être définitifs. La *Charte* ne peut avoir eu pour but d'entraîner un tel résultat. Pour tous ces motifs et compte tenu de la décision de notre Cour dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, et de mes motifs dans l'arrêt *Young*, précité, je conclus que la *Charte* ne s'applique pas aux ordonnances judiciaires comme telles.

Il ne s'ensuit pas, toutefois, que la *Charte* ne s'applique pas à la common law ou, quant à cela, au *Code civil*, au *Code criminel* ou à d'autres textes de loi qui gouvernent la délivrance d'une ordonnance. Ainsi que je l'ai fait remarquer à la p. 92 de l'arrêt *Young*, précité:

... les valeurs consacrées par la *Charte* n'en demeurent pas moins un élément que les tribunaux doivent prendre en considération dans leurs décisions. Ils doivent s'efforcer d'assurer la protection des valeurs préconisées dans la *Charte* et leur accorder la préférence, dans l'interprétation des lois, sur les valeurs qui y sont contraires (*Slaight communications*, précité; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, à la p. 558; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554).

De même, dans *Dolphin Delivery*, précité, le juge McIntyre a conclu que les tribunaux sont tenus d'«expliquer et développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution» (p. 603).

De plus, dans l'arrêt *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la Cour, a déclaré, à la p. 675:

Lorsque les principes sous-tendant une règle de common law ne sont pas conformes aux valeurs consacrées dans la *Charte*, les tribunaux devraient examiner soigneusement cette règle. S'il est possible de la modifier

consistent with *Charter* values, without upsetting the proper balance between judicial and legislative action that I have referred to above, then the rule ought to be changed.

Finally, it is important to recall that s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides that:

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. [Emphasis added.]

All laws of Canada, including the common law, are therefore subject to the *Charter*. This is particularly important with respect to the second issue raised in this appeal, the substantive merits of the appellants' challenge of the impugned publication ban on the ground that it contravenes the *Charter*. While the publication ban is not subject to the *Charter*, the common law governing its issuance is subject to *Charter* scrutiny.

5. Summary

For all of the reasons outlined above, I conclude that this Court has no jurisdiction to hear this appeal. I realize that this may leave some with a sense of unease. Bayda C.J.S. of the Saskatchewan Court of Appeal noted (at p. 107) in the companion case of *R. v. S. (T.)* that:

The nature of the C.B.C.'s complaint and its legal inability to have the propriety of the ruling it received respecting that complaint immediately tested on appeal, leaves one with a sense of unease. Given the structure of our appellate law, it is Parliament, and Parliament alone, that is empowered to relieve that unease by providing some form of immediate appellate review. . . .

I agree with Bayda C.J.S. that it is Parliament, not the courts, which must develop appellate procedures for third parties challenging interlocutory orders such as publication bans which arise out of criminal proceedings. In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, this Court discussed the appropriate boundary between the judiciary and the Parliament with respect to the fashioning of

de manière à la rendre compatible avec les valeurs de la *Charte*, sans perturber le juste équilibre entre l'action judiciaire et l'action législative dont il a été question précédemment, elle doit être modifiée.

^a Il importe, en dernier lieu, de rappeler que le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit:

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

^c Toutes les lois du Canada, y compris la common law, sont par conséquent assujetties à la *Charte*. Cela est particulièrement important quant à la seconde question soulevée en l'espèce, soit le bien-fondé de la contestation de l'ordonnance de non-publication par les appelants pour le motif qu'elle porte atteinte à la *Charte*. Bien que l'interdiction de publication ne soit pas assujettie à la *Charte*, la common law qui régit sa délivrance est assujettie à un examen fondé sur la *Charte*.

^e 5. Résumé

Pour tous les motifs énoncés précédemment, je conclus que notre Cour n'a pas compétence pour entendre le présent pourvoi. Je réalise que cette situation peut engendrer un certain malaise. Le juge en chef Bayda de la Cour d'appel de la Saskatchewan y a fait allusion (à la p. 107) dans le pourvoi connexe *R. c. S. (T.)*:

^g [TRADUCTION] La nature de la plainte de la SRC et son incapacité en droit à faire examiner immédiatement dans un appel la justesse de la décision qu'elle a obtenue relativement à cette plainte laissent planer un certain malaise. Étant donné la structure du droit en matière d'appel au Canada, c'est le législateur, et lui seul, qui a le pouvoir de dissiper ce malaise en prévoyant une certaine forme de contrôle immédiat par voie d'appel . . .

ⁱ Je suis d'accord avec le juge en chef Bayda qu'il incombe au législateur, et non aux tribunaux, d'établir les procédures d'appel pour les tiers qui contestent les ordonnances interlocutoires comme celles de non-publication qui découlent de procédures criminelles. Dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, notre Cour s'est penchée sur les pouvoirs respectifs des juges et du

remedies when legislation violates the *Charter*. In *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, this Court outlined when it was appropriate for the judiciary to modify common law rules. The policy considerations discussed in both these cases also apply here and clearly support the conclusion that it is Parliament, not the Court, which should develop third party interlocutory criminal appellate procedures. However, were it to be our responsibility to develop such procedures, I would lean against providing third parties with the right to appeal interlocutory criminal orders. As I have already noted, there are strong policy reasons against permitting interlocutory criminal appeals. It is imperative that criminal trials proceed within a reasonable time and not be delayed and fragmented by numerous interlocutory appeals. If the CBC were allowed to appeal the publication ban ordered in this case, then witnesses, experts and others would also be able to appeal court orders requiring them to testify or provide documentary evidence at criminal trials. This would result in unreasonable delays and would compromise the accused's s. 11(b) rights under the *Charter*. On the other hand, if the trial continued while the third party appeal proceeded, as it did in this case, then the accused would be required to defend two proceedings at the same time. This may complicate the accused's criminal defense and should be avoided wherever possible. Consequently, were it up to this Court to develop third party interlocutory criminal appellate procedures, which it is not, I would hold that no such procedures should be created. While third parties must have access to a remedy where they allege a *Charter* violation, they need not have access to an appeal.

In conclusion, I would resolve the jurisdictional question by holding that this Court has no jurisdiction to hear this appeal. For the sake of clarity, and

législateur relativement à l'élaboration de remèdes lorsqu'une disposition législative viole la *Charte*. Dans l'arrêt *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, notre Cour a précisé les cas où il convient que les juges modifient les règles de common law. Les considérations de politique générale qui sous-tendent ces deux arrêts s'appliquent également en l'espèce et permettent certainement de conclure qu'il appartient au législateur et non à la Cour d'élaborer des procédures d'appel interlocutoire en matière criminelle en faveur de tiers. Toutefois, s'il nous appartenait de le faire, je ne serais pas en faveur d'accorder aux tiers un droit d'appel à l'encontre d'ordonnances interlocutoires en matière criminelle. Comme je l'ai déjà mentionné, il existe de sérieuses raisons de principe qui militent contre les appels interlocutoires en matière criminelle. Il est essentiel que les procès criminels se tiennent dans un délai raisonnable et ne soient ni retardés ni fragmentés par de nombreux appels interlocutoires. Si la SRC était autorisée à interjeter appel de l'ordonnance de non-publication rendue en l'espèce, les témoins et les experts, entre autres, seraient également en mesure d'interjeter appel d'une ordonnance judiciaire les contraignant à témoigner ou à fournir une preuve documentaire lors d'un procès criminel. Cela engendrerait des retards déraisonnables et compromettrait les droits que l'al. 11b) de la *Charte* garantit à l'accusé. D'autre part, si le procès continuait pendant l'audition de l'appel de tiers, comme ce fut le cas en l'espèce, l'accusé devrait opposer une défense dans deux procédures à la fois. Cela peut compliquer la défense de l'accusé en matière criminelle et devrait, autant que possible, être évité. En conséquence, s'il était loisible à notre Cour de créer pour les tiers des procédures d'appel d'ordonnances interlocutoires en matière criminelle, ce qui n'est pas le cas, selon mon opinion, de telles procédures ne devraient pas être introduites. Bien que les tiers doivent avoir la possibilité de demander réparation lorsqu'ils allèguent une violation de la *Charte*, rien ne requiert qu'ils aient la possibilité d'interjeter appel.

En conclusion, je résoudrais la question de compétence en statuant que notre Cour n'a pas compétence pour entendre le présent pourvoi. Pour plus

to prevent future litigation, I would also note, as my colleague the Chief Justice did, that the Ontario Court of Appeal did not have jurisdiction to hear this appeal.

Finally, I turn briefly to the jurisdiction of Gotlib J. to issue the publication ban in question. I agree with the Chief Justice that wherever possible a motion for a publication ban should be made before the appointed trial judge. Accordingly, since a trial judge had already been appointed for the respondents Dagenais and Monette, they should have applied to their appointed trial judge and not to Gotlib J. for a publication ban with respect to *The Boys of St. Vincent*. Therefore, I agree with the Chief Justice when he concludes that "Gotlib J. did not have jurisdiction to hear the motions from Dagenais or Monette" (p. 873).

II. Substantive Merits of the Challenge to the Publication Ban

In light of my conclusions on the jurisdictional issue, it is not strictly necessary for me to consider the substantive merits of the appeal. However, seeing as many of my colleagues have held that we do have jurisdiction to hear this appeal, I feel it necessary to address this issue as well. Specifically, had I found that we had jurisdiction to hear this appeal, I would have agreed fully with the reasons of my colleague Gonthier J. and would have disposed of the appeal as he does.

In my view, the substantive issue raised by this appeal requires this Court to perform two analytical steps. The first is to apply the *Charter* to the common law governing the issuance of publication bans in the criminal context. As I noted earlier, the common law is subject to *Charter* scrutiny and must be consistent with *Charter* values. The second step is to ensure that the judge ordering the impugned publication ban did not make a reviewable error in exercising her discretion and applying the common law of publication bans to the case at hand. While it is true that appellate courts should

de précision, et pour éviter tout litige subséquent, je signalerais également, comme mon collègue le Juge en chef l'a fait, que la Cour d'appel de l'Ontario n'avait pas compétence pour entendre cet appel.

Enfin, je me tourne brièvement vers la compétence du juge Gotlib de rendre l'ordonnance de non-publication ici en question. Je conviens avec le Juge en chef que, dans la mesure du possible, la requête visant à interdire la publication devrait être soumise au juge désigné pour le procès. En conséquence, puisqu'un juge du procès avait déjà été désigné pour les intimés Dagenais et Monette, ces derniers auraient dû présenter leur demande d'interdiction de publication concernant *Les garçons de Saint-Vincent* au juge désigné pour le procès et non pas au juge Gotlib. Je suis donc d'accord avec le Juge en chef lorsqu'il conclut que «[l]e juge Gotlib n'avait pas compétence pour entendre les requêtes de Dagenais et de Monette» (p. 873).

II. Le fond de la contestation de l'ordonnance de non-publication

Compte tenu de ma conclusion relativement à la question de compétence, il ne m'est pas absolument nécessaire de considérer le fond du pourvoi. Toutefois, puisque plusieurs de mes collègues ont décidé que nous avons compétence pour entendre le présent pourvoi, j'estime nécessaire de me pencher sur cette question également. Plus précisément, eus-je conclu à la compétence de notre Cour pour entendre le pourvoi, j'aurais souscrit entièrement aux motifs de mon collègue le juge Gonthier et j'aurais tranché le pourvoi comme il le fait.

À mon avis, la question de fond soulevée en l'espèce oblige notre Cour à s'acquitter d'une analyse en deux volets. Il s'agit d'abord d'appliquer la *Charte* à la règle de common law à laquelle sont soumises les ordonnances de non-publication dans le contexte de poursuites criminelles. Comme je l'ai mentionné précédemment, la common law est assujettie à un examen fondé sur la *Charte* et doit être compatible avec les valeurs qui y sont consacrées. Notre Cour doit ensuite s'assurer que le juge qui a rendu l'ordonnance de non-publication contestée n'a pas commis d'erreur susceptible de révi-

not in general interfere with a trial judge's exercise of discretion, an appellate court can interfere where that discretion has not been exercised judicially and judiciously. Specifically, an appellate court can overturn a discretionary decision of a trial judge where it is made, *inter alia*, on wrong principles, a misapprehension of significant facts or in a non-judicial manner.

With respect to both of the two analytical steps outlined above, I agree fully with the reasons of my colleague Gonthier J. In my view, the common law rule governing the issuance of publication bans in the criminal context is consistent with the *Charter* and Gotlib J. did not commit any reviewable errors in exercising her discretion and applying the common law rule to the facts of this case and determining that a publication ban was necessary.

In this respect, I find it necessary to stress my disagreement with the Chief Justice when he states in his reasons that the common law rule governing publication bans, in criminal matters, does not accord sufficient protection to freedom of expression "in the context of post-*Charter* Canadian society" (p. 875). Specifically, the Chief Justice argues (at p. 877) that:

The pre-*Charter* common law rule governing publication bans emphasized the right to a fair trial over the free expression interests of those affected by the ban. In my view, the balance this rule strikes is inconsistent with the principles of the *Charter*, and in particular, the equal status given by the *Charter* to ss. 2(b) and 11(d).

sion dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ni dans l'application au présent pourvoi de la common law relative aux ordonnances de non-publication. Bien qu'il soit exact que les cours d'appel doivent généralement s'abstenir de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance, une cour d'appel peut s'immiscer lorsque ce pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé de manière judiciaire et judicieuse. Plus précisément, une cour d'appel peut annuler la décision rendue par un juge de première instance en vertu de son pouvoir discrétionnaire pour le motif, notamment, qu'elle est fondée sur des principes erronés ou sur une interprétation erronée de faits importants, ou qu'elle a été rendue d'une manière non judiciaire.

En ce qui concerne les deux volets de l'analyse décrite précédemment, je suis entièrement d'accord avec mon collègue le juge Gonthier. À mon avis, la règle de common law en matière d'ordonnances de non-publication dans le contexte de poursuites criminelles est compatible avec la *Charte* et le juge Gotlib n'a commis aucune erreur susceptible d'être révisée dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, dans son application aux faits de l'espèce de la règle de common law, ou dans sa conclusion portant que l'interdiction de publication était nécessaire.

À cet égard, je crois utile de souligner mon désaccord avec le Juge en chef lorsqu'il dit dans ses motifs que la règle de common law à laquelle sont soumises les interdictions de publication dans le contexte de poursuites criminelles n'offre pas une protection suffisante à la liberté d'expression «dans le cadre de la société canadienne maintenant dotée d'une *Charte*» (p. 875). Plus précisément, le Juge en chef soutient (à la p. 877):

La règle de common law qui, avant l'adoption de la *Charte*, régissait les ordonnances de non-publication, accordait une plus grande importance au droit à un procès équitable qu'à la liberté d'expression de ceux qui étaient touchés par l'interdiction. À mon sens, l'équilibre que cette règle fixe est incompatible avec les principes de la *Charte*, en particulier avec l'égalité de rang qu'accorde la *Charte* aux al. 2b) et 11d).

I cannot agree. The common law rule is based on a recognition and appreciation of both the right to freedom of expression and the right to a fair trial. In balancing these two rights, the common law provides that where there is a real and substantial risk of interference with the right to a fair trial a publication ban can be ordered. Effectively, the common law provides that where freedom of expression and the right to a fair trial cannot both be simultaneously and fully respected, it is appropriate in our free and democratic society to temporarily curtail freedom of expression so as to guarantee an accused a fair trial. While this common law balancing of fundamental rights was developed in the pre-*Charter* era, the proclamation of the *Charter* does not render it invalid. After all, the pre-*Charter* balancing was an expression of the very rights protected by the *Charter*. In this respect, I agree fully with Gonthier J.'s statement (at pp. 928-29) that:

It might be suggested that my references to the common law tradition are irrelevant in the age of the *Charter*. In my view, however, the *Charter* does not oblige departing from this tradition in any substantive respect. . . . The impact of the *Charter* will be minimal in areas where the common law is an expression of, rather than a derogation from, fundamental values.

For the reasons outlined above and those canvassed by Gonthier J. in his judgment, had I found that this Court has jurisdiction to hear this appeal, which I do not, I would have disposed of this case as does my colleague Gonthier J.

III. Conclusion

Canada, as a free and democratic society, has always strived to respect the fundamental rights of its citizens including the right of freedom of expression. The *Charter* has constitutionalized such basic rights. As well, as part of our democratic tradition, judges have always had the discretion to order *in camera* hearings or issue full or partial publication bans related to judicial proceedings, be it under the criminal, civil or common law. When issued during the course of a criminal trial, such publication bans were not, even to this

Je ne saurais être d'accord. La règle de common law repose sur la reconnaissance et l'appréciation à la fois du droit à la liberté d'expression et du droit à un procès équitable. Dans la pondération de ces deux droits, la common law prévoit que, s'il existe un risque réel et grave qu'il y ait entrave au droit à un procès équitable, une ordonnance de non-publication peut être rendue. En fait, dans notre société libre et démocratique, il convient, selon la common law, de restreindre temporairement la liberté d'expression de manière à garantir à l'accusé un procès équitable, lorsqu'il est impossible de respecter pleinement et la liberté d'expression et le droit à un procès équitable. Bien que cette pondération des droits fondamentaux en common law ait pris forme avant la proclamation de la *Charte*, cette proclamation ne rend pas la pondération invalide. Après tout, la pondération effectuée antérieurement à la *Charte* était l'expression des droits mêmes que protège la *Charte*. À cet égard, je suis tout à fait d'accord avec le juge Gonthier lorsqu'il affirme (aux pp. 928 et 929):

On pourrait prétendre que mes références à la tradition de common law ne sont pas pertinentes à l'ère de la *Charte*. À mon avis, toutefois, la *Charte* n'oblige à s'écarter d'aucun aspect fondamental de cette tradition. [. . .] La *Charte* aura peu d'incidence dans les domaines où la common law reflète les valeurs fondamentales plutôt que d'y déroger.

Pour ces motifs et ceux exposés dans l'opinion du juge Gonthier, si j'avais été d'avis que notre Cour a compétence pour entendre ce pourvoi, ce que je ne crois pas, j'aurais souscrit à la conclusion de mon collègue le juge Gonthier.

III. Conclusion

Le Canada, en tant que société libre et démocratique, s'est toujours efforcé de respecter les droits fondamentaux des citoyens, dont le droit à la liberté d'expression. La *Charte* a revêtu ces droits fondamentaux de la protection constitutionnelle. De même, dans notre tradition démocratique, les juges ont toujours joui du pouvoir discrétionnaire d'ordonner le huis clos ou l'interdiction de publication complète ou partielle relativement à une procédure judiciaire, que ce soit en matière criminelle, civile ou en common law. Lorsqu'elles sont

day, ever subject to appeal either by the Crown, the accused or a third party. The rule against interlocutory criminal appeals insured that no such appeals were permitted. The rationale for this rule is obvious: (i) interlocutory appeals could delay trials indefinitely or, at least substantially; (ii) such delays could result in denying an accused the right to be tried within a reasonable time; and (iii) such delays could considerably impede the administration of justice and open floodgates for those intent on obstructing justice. Avoiding these negative consequences is as important today as it was hundreds of years ago. The *Charter* has not altered the need to avoid undue delay to the trial process just as it has not guaranteed every citizen of this country a right of appeal on any matter alleged to have infringed a *Charter* right. Parliament could, of course, legislate to provide for such a right of appeal. However, it has not chosen to do so. This is true even though the *Charter* has now been in force for some 12 years. It is not up to this Court, or any other court for that matter, to reverse a rule which has existed for hundreds of years in this free and democratic Canadian society without any disastrous effect or even complaint. Such a radical change in the way our criminal law has operated for hundreds of years must be made by Parliament. Parliament is the appropriate body to consider the implications of any changes to criminal appellate procedures and to decide on the appropriate measures to implement them. Therefore, until such time as Parliament provides for a third party right of appeal from interlocutory criminal orders, third parties, including the CBC, cannot appeal from such orders.

IV. Disposition

For the reasons expressed above, I would dismiss the appeal for lack of jurisdiction. However, had I found that we had jurisdiction to hear this

rendues dans le cadre d'un procès criminel, ces ordonnances de non-publication ne sont pas, et n'ont jamais été, susceptibles d'appel de la part du ministère public, d'un accusé ou d'un tiers. La règle interdisant les appels interlocutoires en matière criminelle faisait en sorte qu'aucun appel de cette nature ne pouvait être interjeté. Sa raison d'être est claire: (i) les appels interlocutoires risquaient de retarder les procès indéfiniment, ou à tout le moins considérablement; (ii) ces retards risquaient de nier à l'accusé son droit d'être jugé dans un délai raisonnable, et (iii) ces retards risquaient de gêner considérablement l'administration de la justice et d'ouvrir toute grande la porte à ceux qui voudraient entraver la justice. Éviter ces conséquences négatives est tout aussi important aujourd'hui que ce ne l'était il y a un siècle. La *Charte* n'a pas atténué la nécessité d'éviter les retards déraisonnables dans le procès, ni n'a-t-elle garanti à tout citoyen canadien un droit d'appel relativement à toute affaire qui aurait, selon lui, violé un droit garanti par la *Charte*. Le législateur pourrait évidemment adopter une loi prévoyant un tel droit d'appel. Or, il a décidé de n'en rien faire, et cela, même si la *Charte* est en vigueur depuis maintenant environ 12 ans. Il n'appartient pas à notre Cour ni, quant à cela, à aucune autre cour, de renverser une règle qui, depuis des centaines d'années, existe dans notre société canadienne libre et démocratique sans avoir provoqué d'effets désastreux ni même de plaintes. Il appartient au législateur d'effectuer un changement aussi radical dans la manière dont notre droit criminel a fonctionné pendant des centaines d'années. Le Parlement est le mieux placé pour considérer les implications de tels changements aux procédures d'appel en matière criminelle et pour adopter les mesures appropriées pour les mettre en application. Par conséquent, jusqu'à ce que le législateur prévoie un droit d'appel des ordonnances interlocutoires en matière criminelle en faveur de tiers, ceux-ci, dont la SRC, ne peuvent interjeter appel de telles ordonnances.

IV. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour défaut de compétence. Toutefois, si j'avais conclu que nous avions compé-

appeal, I would have disposed of it as my colleague Gonthier J. does.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. (dissenting) — I have had the benefit of the reasons of my colleagues.

On the issue of jurisdiction, I agree that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* must inform and govern the determination of the rights of the accused in criminal matters. This remains so where third parties are affected, in which case their *Charter* rights must be considered. I agree that Gotlib J., a superior court judge, was a court of competent jurisdiction to issue a publication ban in the cases of Radford and Dugas but not in the cases of Dagenais and Monette who could only apply to their appointed trial judge. In doing so, she was bound to apply the *Charter* and her decision constituted the implementation of a *Charter* remedy under s. 24(1). The issue of a right of review or appeal of this decision bearing on its correctness and conformity with the *Charter* rights of the persons affected thereby is a distinct and different one. Our Court has identified courts of competent jurisdiction within the meaning of s. 24(1) by reference to the general law governing the jurisdiction of each court as well as rights of review and appeal therefrom. As McIntyre J. stated in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, s. 24(1) by referring to a “court of competent jurisdiction” does not create courts of competent jurisdiction, but merely vests additional powers in courts which are already found to be competent independently of the *Charter*. Further, s. 24(1) does not of itself create a right of review or appeal from a decision of a court of competent jurisdiction where such a right is already provided by law. I find it unnecessary in this case to pronounce as to rights of appeal or review under s. 24(1) in other circumstances and I refrain from doing so. In this case, I share the views expressed by the Chief Justice as to rights of review by way of *certiorari* of publication ban orders by provincial court judges pursuant to the *Charter* and rights of appeal pursuant to s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. As regards provincial court judges, *Charter* remedies

tence pour entendre le pourvoi, je l’aurais tranché de la même façon que mon collègue le juge Gonthier.

a Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) — J’ai eu l’avantage de lire les motifs de mes collègues.

b En ce qui concerne la compétence, je conviens que la *Charte canadienne des droits et libertés* doit inspirer et régir la détermination des droits de l’accusé en matière criminelle. Il en est de même lorsque des tiers sont concernés, auquel cas les droits que leur garantit la *Charte* sont à considérer. Je conviens également que le juge Gotlib, juge d’une cour supérieure, avait compétence pour ordonner l’interdiction de publication dans les cas de Radford et de Dugas, mais non dans les cas de Dagenais et de Monette, qui auraient dû s’adresser au juge désigné de leur procès. Dans l’exercice de sa compétence, le juge Gotlib était tenue d’appliquer la *Charte*, et sa décision était la mise en application d’une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Le droit de contrôle ou d’appel de la justesse de sa décision et de sa conformité aux droits garantis par la *Charte* aux personnes touchées est une question distincte. Notre Cour a identifié les tribunaux compétents au sens du par. 24(1) par renvoi au droit général qui régit la compétence de chaque tribunal, ainsi que les droits de contrôle et d’appel de leurs décisions. Comme l’a mentionné le juge McIntyre dans l’arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, en faisant référence à un «tribunal compétent», le par. 24(1) ne crée aucun tribunal compétent, il confère uniquement des pouvoirs accrus aux tribunaux qui sont déjà réputés compétents indépendamment de la *Charte*. En outre, le par. 24(1) ne crée de lui-même aucun droit de contrôle ou d’appel de la décision d’un tribunal compétent lorsque ce droit est déjà prévu dans la loi. Je ne me prononcerai pas sur le droit d’appel ou de contrôle fondé sur le par. 24(1) dans d’autres circonstances puisque j’estime inutile de le faire en l’espèce. En l’espèce, je partage l’opinion exprimée par le Juge en chef relativement au droit de contrôle, par voie de *certiorari*, des ordonnances de non-publication rendues par un juge d’une cour provinciale conformément à la *Charte*,

are within the superintending and reforming power of superior courts and *certiorari* as outlined by the Chief Justice is an appropriate instrument for the exercise of that power with reference to publication ban orders but, being discretionary, should be exercised with restraint so as to avoid undue interference with the trial process.

In the result, I am in agreement with the Chief Justice that the appeal should be allowed in respect of the publication ban that applied to the proceedings before Gotlib J. and in respect of her order to seal the record. I also agree that Gotlib J. had no jurisdiction to issue a ban on the application of the respondents Dagenais and Monette. With all due respect, however, I cannot agree that Gotlib J. erred in banning the broadcast of the mini-series until the end of the pending trials of the two respondents, Dugas and Radford. I do, however, share the opinion expressed by the Ontario Court of Appeal (1992), 12 O.R. (3d) 239 that the ban should have been limited to broadcasting in the province of Ontario and to CBMT-TV in Montreal.

The central substantive issues in this case are now moot. My concern in writing therefore is in regard to the general principles governing broadcast/publication bans and their application. I generally support many of the Chief Justice's statements of principle and general considerations. I respectfully differ, however, with some of these and with his treatment of the facts of this case as well as the application of principle thereto. I do not agree with his statement as to the balance between fair trial and freedom of expression rights under the common law nor that the *Charter* has changed this balance. My purpose in writing is to make clear that the discretion to order publication bans in exceptional cases such as the one now before the Court

et au droit d'appel prévu à l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. En ce qui concerne les juges d'une cour provinciale, les réparations fondées sur la *Charte* relèvent du pouvoir de surveillance et de contrôle des cours supérieures, et le *certiorari*, dont fait mention le Juge en chef, permet d'exercer ce pouvoir à l'égard des ordonnances de non-publication, mais, comme il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire, il y a lieu de l'exercer avec réserve afin d'éviter toute ingérence indue dans le procès.

En définitive, j'estime, à l'instar du Juge en chef, que le pourvoi doit être accueilli relativement à l'interdiction de publication des procédures intentées devant le juge Gotlib et à l'ordonnance de cette dernière visant à mettre le dossier sous scellés. Je conviens également que le juge Gotlib n'avait pas compétence pour ordonner l'interdiction à la demande des intimés Dagenais et Monette. Avec égards, toutefois, je ne peux convenir que le juge Gotlib a commis une erreur en interdisant la diffusion de la mini-série jusqu'à ce que les procès à venir des deux intimés Dugas et Radford soient terminés. Je partage toutefois l'opinion exprimée par la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 12 O.R. (3d) 239, que l'interdiction de diffusion aurait dû être limitée à l'Ontario, et à CBMT-TV à Montréal.

Les questions de fond principales en l'espèce sont maintenant théoriques. Mes motifs porteront donc sur les principes généraux applicables aux interdictions de diffusion et de publication et sur leur application. De façon générale, je souscris à un grand nombre des affirmations de principe et considérations générales du Juge en chef. Toutefois, en toute déférence, je ne souscris pas à certaines d'entre elles et à son traitement des faits de l'affaire, ni à son application des principes à ces faits. Je ne suis pas d'accord avec ce qu'il affirme quant à l'équilibre entre le droit à un procès équitable et le droit à la liberté d'expression en vertu de la common law et je ne crois pas que la *Charte* a modifié cet équilibre. Je souhaite donc par mes motifs démontrer que le pouvoir discrétionnaire d'ordonner une interdiction de publication dans des cas exceptionnels comme celui dont la Cour

continues to exist and deal further with the basis upon which that discretion should be exercised.

I begin by stressing a number of points pertaining to the balancing of the fundamental rights at issue in this case and to appellate review of a trial judge's discretion to order a broadcast ban with particular emphasis on the criterion of real and substantial risk to the fairness of a trial and its application to the assessment of the effectiveness of alternatives to a publication ban. After having reviewed these basic principles, I turn to the ban issued in this case.

1. The Balancing of Fundamental Rights in the Context of the Discretion to Issue Broadcast Bans

Determining whether to issue a broadcast ban in order to protect the fairness of a trial requires the court to balance two fundamental values which have received equal protection under the *Charter*. Refusing to issue a ban may put at risk the fairness of the criminal trial. Acceding to such a request, on the other hand, is a clear restraint of freedom of expression. The starting point of any analysis of broadcast or publication bans must be these two values.

One of the crucial elements of a fair trial is the right to be tried solely on the evidence before the court and not on any information received outside that context. Section 11(d) of the *Charter* guarantees the right of any person charged with an offence to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal. The fairness of a trial, however, is also of general public interest. The fairness and integrity of the criminal process is a cornerstone of the legal system. In protecting the fairness of the trial, both under the *Charter* and at common law, courts have frequently recognized that the potential for prejudice relates not only to the accused, but to society in general.

est saisie existe toujours et approfondir le fondement sur lequel ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé.

^a Je soulignerai d'abord certains aspects relatifs à la pondération des droits fondamentaux en cause en l'espèce et au contrôle, en appel, du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance d'ordonner l'interdiction de diffusion, tout en portant une attention particulière au critère du risque réel et important que l'équité d'un procès soit compromise et à son application à l'examen de l'efficacité des possibilités autres que l'interdiction de publication. Une fois ces principes fondamentaux passés en revue, je me pencherai sur l'interdiction ordonnée en l'espèce.

1. La pondération de droits fondamentaux dans le contexte du pouvoir discrétionnaire d'interdire une diffusion

^e Pour déterminer s'il y a lieu d'interdire une diffusion afin de préserver l'équité d'un procès, le tribunal doit pondérer deux valeurs fondamentales jouissant d'une protection égale sous le régime de la *Charte*. Refuser l'interdiction risque de compromettre l'équité d'un procès criminel. En revanche, ordonner l'interdiction restreint nettement la liberté d'expression. Toute analyse d'une interdiction de diffusion ou de publication doit avoir pour prémisses ces deux valeurs.

^g L'un des attributs fondamentaux du procès équitable est le droit d'être jugé sur la seule preuve présentée au tribunal et non sur la foi de renseignements obtenus hors de ce contexte. L'alinéa 11d) de la *Charte* garantit à tout inculpé le droit 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. L'équité d'un procès tient toutefois également de l'intérêt public général. L'équité et l'intégrité du processus criminel sont la pierre angulaire du système de justice. Pour garantir l'équité du procès, au regard à la fois de la *Charte* et de la common law, les tribunaux ont fréquemment reconnu que le risque d'un préjudice vaut non seulement pour l'accusé, mais également pour la société en général.

Freedom of expression, as this Court has reiterated on numerous occasions, is essential to truth, democracy and personal fulfilment. Freedom of expression and freedom of the press are also crucial to the public nature of the administration of justice and the potential for scrutiny that comes with such openness. The importance of freedom of expression and freedom of the press, however, should not censure debate as to their limitation. Though I agree with the Chief Justice that any limitation on these freedoms or on the public nature of the administration of justice will be highly exceptional, restrictions will occasionally be necessary and acceptable in a free and democratic society.

At common law, the exceptional nature of publication bans has been assured by requiring that those seeking a ban demonstrate a real and substantial risk of interference with the right to a fair trial. Some courts have formulated the test in terms of impossibility, but in my view the focus is one of risk and not certainty. There is an inevitable element of speculation in such an analysis. What is not history, and often even history, is necessarily speculation. The United States Supreme Court has focused on the speculative nature of prior restraints as one of the reasons for treating them with extreme caution (see *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976)). I agree that a court faced with an application for a publication ban must review the factual record and not substitute imagination for careful analysis. Nevertheless, the tradition in this country and in the United Kingdom has been to accept the propriety of bans even though it cannot be said with certainty that the fairness of a trial will be denied (see *R. v. Keegstra* (No. 2) (1992), 127 A.R. 232 (C.A.), and *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 10 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.); see also the general discussion of precedent in *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273 (H.L.), though the case dealt primarily with a publication ban to protect the authority of the judiciary (as I will explain later in these reasons, the decision of the European Court of Human Rights did not affect the general approach taken by British courts or the relevance of the

La liberté d'expression, ainsi que notre Cour l'a répété à maintes reprises, est essentielle à la vérité, à la démocratie et à l'accomplissement de soi. La liberté d'expression et la liberté de presse sont également cruciales à la nature publique de l'administration de la justice et à la possibilité d'en faire l'examen, qui va de pair avec cette ouverture. L'importance de la liberté d'expression et de la liberté de presse ne devrait toutefois pas censurer le débat sur leur restriction. Bien que je convienne avec le Juge en chef qu'elles sont très exceptionnelles, les restrictions à ces libertés ou à la nature publique de l'administration de la justice sont à l'occasion nécessaires et admissibles dans une société libre et démocratique.

En common law, on a préservé le caractère exceptionnel des interdictions de publication en contraignant ceux qui les demandent à démontrer l'existence d'un risque réel et important d'atteinte au droit à un procès équitable. Certains tribunaux ont énoncé le critère en fonction de l'impossibilité mais, à mon avis, l'appréciation doit s'arrêter au risque, et non rechercher la certitude. Pareille analyse comporte inévitablement un élément de conjecture. Ce qui n'appartient pas à l'histoire, et souvent l'histoire elle-même, procède nécessairement de la conjecture. La Cour suprême des États-Unis s'est fondée sur la nature conjecturale des restrictions préalables pour justifier qu'on les considère avec une prudence extrême (voir *Nebraska Press Assn. c. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976)). Je peux concevoir qu'un tribunal saisi d'une demande d'interdiction de publication doive examiner le dossier factuel et ne pas laisser tomber l'analyse rigoureuse au profit de l'imagination. Néanmoins, au Canada et au Royaume-Uni, la justesse des interdictions a toujours été reconnue sans qu'on puisse affirmer avec certitude qu'il serait porté atteinte à l'équité d'un procès (voir *R. c. Keegstra* (No. 2) (1992), 127 A.R. 232 (C.A.), et *Re Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada* (1984), 10 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.); voir également l'analyse générale du précédent dans l'arrêt *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1974] A.C. 273 (H.L.), bien que cette affaire ait principalement visé une interdiction de publication destinée à protéger l'autorité de l'organe judi-

precedents discussed in that decision)). I will return to the differences between the American and Anglo-Canadian traditions below, but to reiterate, all that is needed in this country to justify a publication ban at common law is that there be a real and substantial risk to the fairness of the trial.

The application of the *Charter* to the evaluation of publication and broadcast bans, while not directly altering the common law test, will restructure the analysis to some extent. In terms of *Charter* review, determining the correct balance between fair trial and freedom of expression rights falls to the s. 1 analysis. The existence of two equally fundamental rights in potential conflict informs this analysis.

An initial question which arises in proceeding with any form of s. 1 balancing is who bears the burden of justifying an infringement. Each party bears an initial burden of showing a *Charter* infringement. After that initial burden is discharged, however, the balancing of competing *Charter* rights is incompatible with a burden on either party. Burdens are simply means of allocating uncertainty. It is appropriate in a normal s. 1 analysis to place the burden on the government because it is required to justify legislation or action which infringes a single *Charter* right. Burdens are completely inappropriate where a *prima facie* case has been made out that the alternative courses of action (i.e., to issue a ban or not) will infringe two different *Charter* rights. In this context, the balancing which is at the heart of the s. 1 analysis should be carried on without privileging or disadvantaging either of the rights at issue.

cière (comme je l'expliquerai plus loin dans mes motifs, la décision de la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas modifié la position généralement adoptée par les tribunaux britanniques ni la pertinence des précédents analysés dans cette décision)). Je reviendrai plus loin sur les différences qui opposent les traditions américaine et anglo-canadienne, mais je le répète, au Canada, il suffit en common law d'établir l'existence d'un risque réel et important que l'équité du procès soit compromise pour justifier l'interdiction de publication.

Bien qu'elle ne modifie pas directement le critère de common law, l'application de la *Charte* à l'examen d'une interdiction de publication ou de diffusion modifie dans une certaine mesure la structure de l'analyse. Pour déterminer le juste équilibre entre le droit à un procès équitable et la liberté d'expression, on aura recours à l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*. L'existence de deux droits fondamentaux égaux en possibilité de conflit sous-tend cette analyse.

Une des premières questions qui se posent dans le cadre de toute forme de pondération en fonction de l'article premier est de savoir qui a la charge de justifier la violation. Il incombe en premier lieu à chaque partie d'établir qu'il y a eu violation de la *Charte*. Une fois que l'on s'est acquitté de ce premier fardeau, toutefois, aucun fardeau ne devrait être imposé à l'une ou l'autre partie dans le cadre de la pondération de droits opposés garantis par la *Charte*. Les fardeaux ne sont que des moyens de répartir l'incertitude. Il convient, dans une analyse ordinaire fondée sur l'article premier, d'imposer le fardeau au gouvernement puisque ce dernier est tenu de justifier une disposition législative ou une action qui porte atteinte à un seul droit garanti par la *Charte*. Les fardeaux sont sans pertinence lorsqu'il y a preuve suffisante à première vue que les mesures possibles (c'est-à-dire ordonner ou non l'interdiction) porteront atteinte à deux droits constitutionnels distincts. Dans ce contexte, la pondération qui est au cœur de l'analyse fondée sur l'article premier ne devrait privilégier ou désavantager ni l'un ni l'autre droit.

Turning to the actual s. 1 analysis, it would seem that the validity of imposing a ban will be determined almost exclusively at the second and third branches of the proportionality part of the *Oakes* test. The first part of the *Oakes* test, that there be a pressing and substantial objective, is easily satisfied given that the ban is aimed at protecting a *Charter* right. Similarly, the requirement that the impugned measure be rationally connected to the objective, which is the first branch of the proportionality portion of the test, is also easily satisfied. As the Chief Justice notes, though possible it will rarely be the case that the impugned material will have a total absence of influence.

As stated above, the heart of the s. 1 analysis of publication and broadcast bans is to be found in the second and third branches of the proportionality part of the *Oakes* test. The second or minimal impairment branch is perhaps the aspect of the s. 1 analysis that is most altered when the task is to reconcile two *Charter* rights. The fact that the court must balance fair trial and freedom of expression rights forces a measure of flexibility into the analysis. If applied blindly or dogmatically, minimal impairment of one of the rights could theoretically mean maximal impairment of the other.

There is no question, as the Chief Justice has noted, that minimal impairment requires that bans be as narrowly circumscribed as possible in protecting the fairness of a trial. Just as injunctions aimed at preserving the status quo must be crafted narrowly, the restraint imposed by publication bans must be limited to only that which is necessary to protect the right to a fair trial. A ban must thus be carefully limited both in terms of temporal and geographic application.

Minimal impairment also requires evaluation of alternative measures to protect the right to a fair trial. This evaluation is clearly present, though not necessarily explicit, in the common law require-

En ce qui concerne l'analyse fondée sur l'article premier elle-même, il semble que la validité d'une interdiction sera déterminée presque exclusivement suivant la seconde et la troisième étapes du volet proportionnalité du critère formulé dans l'arrêt *Oakes*. La première partie de ce critère, soit l'existence d'un objectif urgent et réel, est nettement respectée puisque l'interdiction tend à protéger un droit garanti par la *Charte*. De même, il est aisément satisfait à la condition portant que la mesure contestée doit avoir un lien rationnel avec l'objectif, première étape du volet proportionnalité du critère. Comme le Juge en chef le fait remarquer, il arrive rarement, bien que ce soit possible, que le matériel contesté n'ait aucune influence.

Je le répète, le cœur de l'analyse fondée sur l'article premier d'une interdiction de publication ou de diffusion se trouve dans les deuxième et troisième étapes du volet proportionnalité du critère formulé dans *Oakes*. La seconde étape, le critère de l'atteinte minimale, est peut-être l'aspect de l'analyse fondée sur l'article premier qui est davantage modifié lorsqu'il s'agit de concilier deux droits garantis par la *Charte*. Le fait que la cour doive pondérer le droit à un procès équitable et la liberté d'expression commande une certaine souplesse dans l'analyse. Si la pondération est faite aveuglément ou péremptoirement, l'atteinte minimale à l'un des droits pourrait théoriquement signifier l'atteinte maximale à l'autre.

Il n'y a pas de doute, comme le signale le Juge en chef, que pour qu'il y ait atteinte minimale, l'interdiction doit être aussi circonscrite que possible, tout en sauvegardant l'équité du procès. Tout comme les injonctions destinées à maintenir le statu quo doivent être formulées en des termes restrictifs, la restriction imposée par l'interdiction de publication doit être limitée à ce qui est indispensable pour garantir le droit à un procès équitable. L'interdiction doit être soigneusement circonscrite dans le temps et quant aux endroits où elle s'applique.

Le critère de l'atteinte minimale commande également l'examen d'autres mesures susceptibles de garantir le droit à un procès équitable. Cet examen est manifestement présent, quoique pas nécessaire-

ment that a publication create a real and substantial risk to the fairness of a trial before a ban can be ordered. In applying his modified version of the common law rule, the Chief Justice would require trial judges to make a finding that there is no reasonably available alternative measure to a publication or broadcast ban. The existence of alternative measures to protect the fairness of the trial such as sequestration, careful scrutiny of potential jurors and change of venue has been relied on in the United States as the basis for the virtual total rejection of prior restraint orders (see *Nebraska Press, supra*, and its aftermath). In my view, the mere existence of alternatives to publication bans, alternatives which are available in almost every case, does not of itself support the denial of a publication ban. Rather, what is required is the more difficult assessment of the likely effect of the proposed publication ban on freedom of expression and the effectiveness as well as the cost or burden of alternative measures. An examination of the Anglo-Canadian tradition and the potential burdens of alternative measures will put the existence of such alternatives in perspective.

Thorson J.A. usefully summarized the difference between the traditional Canadian and American approaches in *Global Communications, supra*, at pp. 111-12:

Generally speaking, however, the approach taken in the United States seems to be to allow for the widest possible latitude in media reporting of events transpiring prior to and during the course of the trial of an accused person. This is counterbalanced, in the interests of ensuring an impartial and unbiased jury, in a number of ways including, during the jury selection process, by an often searching examination into the attitudes, biases and even the personal and financial affairs of potential jurors and, after the jury selection process has been completed, by the sequestration of the members of the jury while the trial is in progress to reduce the risk of their exposure to the media and other publicity generated by it.

ment explicite, dans la condition portant, en common law, qu'une publication doit créer un risque réel et important que l'équité du procès soit compromise pour que l'interdiction puisse être ordonnée. En appliquant sa version modifiée de la règle de common law, le Juge en chef obligerait les juges du procès à conclure qu'il n'existe aucune mesure raisonnablement accessible autre que l'interdiction de publication ou de diffusion. L'existence d'autres mesures susceptibles de maintenir l'équité du procès, comme l'isolement du jury, l'interrogatoire approfondi des candidats jurés et le changement de lieu du procès, a été invoquée aux États-Unis pour justifier le rejet pour ainsi dire absolu d'ordonnances de restriction préalable (voir *Nebraska Press*, précité, et les arrêts qui l'ont suivi). À mon avis, la simple existence d'autres mesures que l'interdiction de publication, solutions qui existent dans presque tous les cas, ne justifie pas en soi l'élimination de l'interdiction de publication. Il y a plutôt lieu de s'attaquer à la tâche plus difficile d'évaluer d'une part, l'effet probable de l'interdiction de publication envisagée sur la liberté d'expression, et d'autre part, l'efficacité de même que les coûts ou les charges des autres mesures. Une étude de la tradition anglo-canadienne et des coûts potentiels des autres mesures permettra d'apprécier la disponibilité de ces mesures dans leur contexte.

Le juge Thorson de la Cour d'appel a bien résumé la différence entre les positions traditionnelles canadienne et américaine dans *Global Communications*, précité, aux pp. 111 et 112:

[TRADUCTION] En règle générale, toutefois, on semble, aux États-Unis, laisser aux médias toute latitude pour rapporter les événements qui se produisent avant et pendant le procès d'un accusé. Pour garantir un jury impartial et objectif, on fait contrepoids à cette liberté de nombreuses façons, notamment, pendant la sélection du jury, en sondant de façon fréquemment rigoureuse les attitudes, les préjugés et même les affaires personnelles et financières des candidats jurés et, une fois le processus de sélection du jury terminé, en isolant les membres du jury pendant le déroulement du procès afin de réduire le risque qu'ils soient exposés aux médias et aux autres formes de publicité qui en découlent.

In Canada, by contrast, the process of jury selection is neither as prolonged nor as exhaustive as a general rule; indeed the kind of questioning and probing into the affairs of potential jurors that is sometimes seen in the United States would be unlikely to be permitted under our system. Moreover, in Canada the sequestration of jurors throughout a trial occurs only exceptionally. The strong bias of our system is to prevent the dissemination before the conclusion of the trial of media publicity that might be prejudicial to the accused's fair trial.

A recent illustration of this openness to preventive measures is *Keegstra (No. 2)*, *supra*. In that case, the Alberta Court of Appeal upheld an order prohibiting the production of a play about the life of James Keegstra during Mr. Keegstra's second trial. In upholding the order, the Court of Appeal rejected the appellant theatre's assertion that there were less drastic remedies to protect the trial process. In coming to this conclusion, Kerans J.A. provided some insight into the view point at the foundation of a preventive approach, at p. 236:

But, while urging a juror to be faithful to his or her oath, courts traditionally also try to help the juror by removing undue, unnecessary, and excessive temptations, if possible. That is what the rule in this case is all about. Mr. Shea [for the appellant theatre], it seems to us, offers a counsel of despair: because perfect isolation of the jury is impossible, do not try any form of protection. We will not succumb to that approach. We commend the effort of the first judge. His sole interest in this matter is to help that jury.

Examples of the resort to preventive measures can be found in both the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and access to information legislation. Sections 517 and 539 of the *Criminal Code* are two such examples. Section 517 applies to the publication of evidence adduced at a bail hearing. Section 539 deals with the publication of evidence adduced during a preliminary inquiry. In the case of access to information legislation, there are usually provisions that protect government documents, such as investigative reports, which could influence the fairness of a trial (see, for example, s.

Au Canada, au contraire, la sélection du jury est de manière générale ni aussi longue, ni aussi exhaustive; en fait, le genre d'interrogatoire et d'inquisition dans les affaires des candidats jurés que l'on voit parfois aux États-Unis ne serait probablement pas permis au Canada. En outre, ici, on n'a recours qu'exceptionnellement à l'isolement des jurés pendant le procès. Le penchant marqué de notre régime vise à empêcher la diffusion, avant la conclusion du procès, d'une publicité médiatique qui pourrait porter préjudice au droit de l'accusé à un procès équitable.

L'arrêt *Keegstra (No. 2)*, précité, est un exemple récent de cette ouverture d'esprit aux mesures préventives. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Alberta a confirmé l'ordonnance interdisant la présentation, pendant le second procès de James Keegstra, d'une pièce de théâtre reconstituant sa vie. En confirmant l'ordonnance, la Cour d'appel a rejeté la prétention du théâtre appelant portant qu'il existait des moyens moins draconiens de protéger le déroulement du procès. Pour arriver à cette conclusion, le juge Kerans de la Cour d'appel a donné un aperçu du fondement de la solution préventive, à la p. 236:

[TRADUCTION] Cependant, tout en demandant à un juré d'être fidèle à son serment, les tribunaux ont également dans le passé tenté d'aider le juré en supprimant toute tentation induite, inutile et excessive, si cela est possible. C'est ce que signifie la règle dont il est question en l'espèce. M. Shea [représentant le théâtre appelant], nous semble-t-il, soumet cet argument en désespoir de cause: parce que l'isolement complet du jury est impossible, n'essayez aucune forme de protection. Nous ne nous laisserons pas séduire par cette position. Nous louons l'effort du premier juge. Son seul intérêt dans cette affaire est d'aider ce jury.

On peut trouver dans le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et dans les lois relatives à l'accès à l'information des cas où des mesures préventives ont été prévues. Les articles 517 et 539 du *Code criminel* en sont deux exemples. L'article 517 vise la publication d'éléments de preuve produits lors d'une enquête pour cautionnement. L'article 539 porte sur la publication d'éléments de preuve produits au cours d'une enquête préliminaire. Les lois relatives à l'accès à l'information, quant à elles, contiennent en général des dispositions qui protègent certains documents du gouvernement qui

14(1)(f) of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31). Clearly the alternative measures, and most notably challenge for cause, are available in these situations. Parliament and the provincial legislatures, however, have expressly opted for the preventive response.

In the United Kingdom, as in Canada, the power to order a publication ban was historically seen as part of the ability of the courts to deal with *ex facie* criminal contempt. Reference to the position and tradition in the United Kingdom may strike some as odd in the face of the condemnation of that country by the European Court of Human Rights in the *Sunday Times* case, judgment of 26 April 1979, Series A No. 30; condemnation: 11 votes to 9. The condemnation in the *Sunday Times* case, however, has been viewed as being based only on differing opinions as to whether an interference with freedom of expression was necessary in the circumstances of the particular case (see D. J. Harris, "Decisions on the European Convention on Human Rights During 1979" (1979), 50 *Brit. Y.B. Int. L.* 257, at p. 259; S. H. Bailey, "The Contempt of Court Act 1981" (1982), 45 *Mod. L. Rev.* 301, at p. 303; *contra*: F. A. Mann, "Contempt of Court in the House of Lords and the European Court of Human Rights" (1979), 95 *L.Q.R.* 348, at pp. 352-53). In fact, the majority of the European Court made it clear that it was not condemning the English law of contempt and that there would be cases where restraint would be necessary to avoid "trial by newspaper" (see paras. 63, 43 and 65-66; see also the comments of R. Ergéc, "La liberté d'expression, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire", [1993] *Rev. trim. dr. h.* 171, at pp. 178-79). Following the decision in the *Sunday Times* case, the law of contempt was consolidated and to some extent reformed by the *Contempt of Court Act 1981* (U.K.), 1981, c. 49. The *Contempt of Court Act 1981* preserves the power of the courts to deal with publications which imperil the administration of justice. The test for contempt in regard to publications commenting on legal proceedings is whether the publication "creates a substantial

pourraient influencer sur l'équité d'un procès, comme les rapports d'enquête (voir, par exemple, l'al. 14(1)f) de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31).

^a De toute évidence, on pourrait dans ces cas recourir aux autres mesures, plus particulièrement à la récusation motivée. Le Parlement et les législatures provinciales ont toutefois expressément opté pour la démarche préventive.

^b Au Royaume-Uni, comme au Canada, le pouvoir d'ordonner l'interdiction de publication a historiquement été considéré comme un attribut du pouvoir des tribunaux de se pencher sur l'outrage criminel commis *ex facie*. Le renvoi à la position et à la tradition du Royaume-Uni peut paraître étrange à certains, d'autant plus que ce pays a été condamné par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30; condamnation: 11 voix contre 9. La condamnation dans l'affaire du *Sunday Times* a toutefois été considérée comme étant fondée uniquement sur des opinions divergentes quant à savoir s'il était nécessaire, vu les circonstances de l'affaire, de restreindre la liberté d'expression (voir D. J. Harris, «Decisions on the European Convention on Human Rights During 1979» (1979), 50 *Brit. Y.B. Int. L.* 257, à la p. 259; S. H. Bailey, «The Contempt of Court Act 1981» (1982), 45 *Mod. L. Rev.* 301, à la p. 303; *contra*: F. A. Mann, «Contempt of Court in the House of Lords and the European Court of Human Rights» (1979), 95 *L.Q.R.* 348, aux pp. 352 et 353). En fait, la Cour européenne à la majorité a précisé qu'elle ne condamnait pas le droit anglais en matière d'outrage au tribunal et qu'il serait parfois nécessaire d'imposer une restriction pour éviter la tenue d'un «procès dans la presse» (voir les par. 63, 43, 65 et 66; voir également les commentaires de R. Ergéc, «La liberté d'expression, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire», [1993] *Rev. trim. dr. h.* 171, aux pp. 178 et 179). À la suite de l'arrêt *Sunday Times*, le droit en matière d'outrage au tribunal a été refondu et dans une certaine mesure réformé par la *Contempt of Court Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 49, qui maintient le pouvoir des tribunaux de prendre des mesures à l'égard des publications qui compromettent l'administration de la justice. Le

risk that the course of justice in the proceedings in question will be seriously impeded or prejudiced” (s. 2(2)). The *Contempt of Court Act 1981* thus preserves the ability for courts to intervene in circumstances similar to those now before this Court and implicitly requires an assessment of the suitability of alternative measures.

In assessing the suitability of alternative measures, judges must keep in mind that these measures impose distinct costs and burdens. The minimal impairment arm of the proportionality analysis therefore requires the trial judge to do a comparative analysis of effectiveness, feasibility and cost of all possible measures. Adjourning trials or changing venues imposes obvious costs for all concerned and raises the possibility of a violation of the s. 11(b) *Charter* guarantee of a trial within a reasonable time. Sequestration of the jury is a very exceptional remedy which Kerans J.A. termed a “monstrous suggestion” given that it imposes a heavy burden on those citizens who offer the greatest contribution to the right to a fair trial (*Keegstra (No. 2)*, *supra*, at p. 235). Providing strong judicial direction to the jury reflects the confidence we place in the jury system and will be a very real solution when the application is made to a trial judge who has had the opportunity to observe the conduct of the jury throughout the trial. This was the case for Soublière J. in the trial of the respondent Dagenais. Where the trial has yet to begin, a judge may not be satisfied that the remedy would be sufficient. Such an opinion does not undermine the trust we place in juries, rather, as Kerans J.A. suggested, it would simply reflect a concern to remove undue, unnecessary and excessive temptations.

In the case of broadcast bans of docudramas related to pending trials, the most obvious alternative remedy is extensive challenges for cause and voir dire during jury selection. As noted above, the bias against pre-trial bans in the United States

critère en matière d’outrage relativement aux publications qui commentent les procédures judiciaires consiste à déterminer si la publication [TRANSDUCTION] «crée un risque considérable que, dans les procédures en question, le cours de la justice soit gravement entravé ou compromis» (par. 2(2)). La *Contempt of Court Act 1981* maintient donc le pouvoir des tribunaux d’intervenir dans des situations semblables à celle dont notre Cour est saisie et commande implicitement l’examen de la pertinence des autres mesures possibles.

Dans le cadre de cet examen, les juges doivent garder à l’esprit que les mesures engendrent des charges et des coûts qui leur sont propres. Le critère de l’atteinte minimale dans l’analyse de la proportionnalité requiert par conséquent que le juge du procès compare l’efficacité, la faisabilité et le coût de toutes les mesures possibles. Ajourner un procès ou en changer le lieu engendre des coûts évidents pour les parties concernées et risque d’entraîner une violation du droit à un procès dans un délai raisonnable, garanti à l’al. 11(b) de la *Charte*. L’isolement du jury est une solution très exceptionnelle que le juge Kerans a qualifiée de [TRANSDUCTION] «proposition monstrueuse» puisqu’elle impose un lourd fardeau à des citoyens dont l’apport au droit à un procès équitable est sans égal (*Keegstra (No. 2)*, précité, à la p. 235). Donner au jury des directives fermes montre la confiance dont jouit le système de jury et sera une solution très actuelle lorsque la demande est faite à un juge du procès qui a pu observer le comportement du jury pendant le procès. C’était le cas pour le juge Soublière dans le procès de l’intimé Dagenais. Lorsque le procès n’est pas encore commencé, le juge peut ne pas être convaincu de l’efficacité de la solution. Une telle conclusion ne mine pas la confiance que nous accordons aux jurés; au contraire, comme le juge Kerans l’a donné à entendre, elle traduit simplement le désir de supprimer les tentations indues, inutiles et excessives.

Dans le cas des interdictions de diffusion de docudrames liés à des procès imminents, l’autre réparation la plus évidente est l’utilisation de récusations motivées et voir-dire nombreux au cours de la sélection du jury. Comme je l’ai fait remarquer

has led to a sometimes gruelling jury selection process which has occasionally lasted for up to six weeks. As Thorson J.A. noted, such a practice does not reflect the tradition in this country. The recent Ontario Court of Appeal decision in *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, may be seen as a departure from this tradition. While refraining from pronouncing upon its correctness, I would point out that that case reflected particular issues outside the context of publication bans. The exceptional concern to prevent racial discrimination from interfering with an accused's right to a fair trial does not justify sweeping away the Canadian tradition of minimal challenge nor does it justify the potentially huge costs associated with more extensive challenge.

At the minimal impairment stage, therefore, the trial judge must consider the alternatives to a publication ban but is not bound to find that they would be insufficient. The concern to help juries in exceptional cases by taking preventive measures requires that trial judges not feel constrained by an overly strict test which would impose costs that we have historically not been prepared to accept. The flexibility implicit in this formulation means that trial judges will have a wide discretion in evaluating the various means available to protect the right to a fair trial and that the facts of each case will be of great importance in determining what measure is appropriate.

It might be suggested that my references to the common law tradition are irrelevant in the age of the *Charter*. In my view, however, the *Charter* does not oblige departing from this tradition in any substantive respect. Clearly this was the opinion of Kerans J.A. and Thorson J.A. in *Keegstra* (No. 2) and *Global Communications*, respectively. I disagree with those who argue that the *Charter* requires that we emulate American society and discard the unique balance of fundamental values

précédemment, aux États-Unis, le parti pris contre l'interdiction préalable au procès a parfois donné lieu à un épuisant processus de sélection du jury qui a quelquefois nécessité jusqu'à six semaines. Comme le juge Thorson l'a signalé, une telle pratique n'est pas représentative de la tradition canadienne. La décision récente de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, peut être considérée comme une dérogation à cette tradition. Je m'abstiendrai d'en commenter la justesse, mais je soulignerai que cette affaire soulevait des questions étrangères au contexte des interdictions de publication. Le besoin d'éviter que la discrimination raciale porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable reste exceptionnel et ne justifie pas d'écarter du revers de la main la tradition canadienne du recours restreint à la récusation de jurés, ni ne justifie-t-il les coûts potentiellement considérables de récusations plus nombreuses.

À l'étape de l'atteinte minimale, le juge du procès doit donc considérer les mesures autres que l'interdiction de publication, sans toutefois devoir conclure qu'elles seraient inadéquates. La volonté d'aider les jurés au moyen de mesures préventives dans les cas exceptionnels commande que les juges du procès ne se sentent pas contraints par un critère excessivement rigide qui imposerait des coûts que, dans le passé, nous n'avons pas été disposés à assumer. La flexibilité implicite dans cette affirmation signifie que les juges du procès auront un pouvoir discrétionnaire étendu pour soupeser les différents moyens susceptibles de protéger le droit à un procès équitable et que les faits de chaque affaire seront très importants dans la détermination des mesures appropriées.

On pourrait prétendre que mes références à la tradition de common law ne sont pas pertinentes à l'ère de la *Charte*. À mon avis, toutefois, la *Charte* n'oblige à s'écarter d'aucun aspect fondamental de cette tradition. Les juges Kerans et Thorson de la Cour d'appel dans *Keegstra* (No. 2) et *Global Communications*, respectivement, étaient certes de cet avis. Je ne suis pas d'accord avec ceux qui font valoir que la *Charte* nous force à imiter la société américaine et à rejeter l'équilibre particulier de

which existed in this country prior to 1982. The *Charter* provides a means to assure that the enumerated fundamental rights and freedoms are respected. It does not give primacy to any of those rights. The impact of the *Charter* will be minimal in areas where the common law is an expression of, rather than a derogation from, fundamental values. The common law pertaining to publication and broadcast bans is an example of one such area. As I have noted, the requirement that there be a real and substantial risk to the fairness of the trial process is a clear expression of this balance.

The final step in the *Oakes* test requires proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the rights or freedoms in question and the objective. The Chief Justice would now add a further requirement of proportionality between the salutary and deleterious effects of a measure limiting rights or freedoms. In order to determine whether there is the requisite proportionality, a court should begin by carefully determining the nature of the infringement. The nature of any infringement and the effects will vary with the extent of the ban imposed.

The general purposes of docudramas would appear to support the suggestion that a temporary ban until the end of a trial may well be a minor restriction of the right to freedom of expression. One purpose of such productions may be to examine current issues of general public importance in an effort to spark discussion and assist in the process of seeking solutions. A related and less ambitious purpose may simply be to present a thorough account of events of public interest. Delaying the presentation of a docudrama until the end of a trial would not hinder either of these purposes. Unlike news, immediacy is not the essence of docudramas.

I also note that the temporary ban of a docudrama does not in any way affect the fundamental principle of open courts. Such a ban does not restrict access to the courts nor does it prevent publication in respect of court proceedings. Those

valeurs fondamentales qui avait été atteint au Canada avant 1982. La *Charte* prévoit un mécanisme permettant de faire respecter les libertés et droits fondamentaux qui y sont énoncés. Elle ne donne primauté à aucun de ces droits. La *Charte* aura peu d'incidence dans les domaines où la common law reflète les valeurs fondamentales plutôt que d'y déroger. La common law relative aux interdictions de publication ou de diffusion en est un exemple. Comme je l'ai mentionné précédemment, la condition portant qu'il doit exister un risque réel et important d'atteinte à l'équité du procès est le reflet indéniable de cet équilibre.

La dernière étape du critère formulé dans *Oakes* commande la proportionnalité entre les effets des mesures qui restreignent les droits ou les libertés en question et leur objectif. Le Juge en chef ajouterait aujourd'hui l'exigence de proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables d'une mesure qui restreint les droits ou les libertés. Pour déterminer s'il y a proportionnalité, le tribunal serait d'abord tenu d'établir soigneusement la nature de la violation. Les effets de la violation, de même que sa nature, varieront selon l'étendue de l'interdiction imposée.

Les objectifs généraux des docudramas laissent penser que le report de leur diffusion à la fin d'un procès ne portera vraisemblablement atteinte à la liberté d'expression que dans une faible mesure. Ces œuvres peuvent avoir notamment pour objectif d'analyser des questions actuelles d'importance publique générale en vue de susciter la discussion et de faciliter le processus de recherche de solutions. Elles peuvent également avoir pour objectif secondaire et moins ambitieux de simplement présenter un récit fouillé d'événements d'intérêt public. Le report de la présentation d'un docudrame à la fin d'un procès ne fera obstacle à aucun de ces objectifs. Contrairement aux nouvelles courantes, le caractère immédiat ne leur est pas essentiel.

Je remarque également que l'interdiction temporaire de diffuser un docudrame n'atteint en aucune façon le principe fondamental de l'accessibilité des tribunaux. Elle ne restreint pas l'accès aux tribunaux, ni n'empêche la publication relativement aux

situations present formidable deleterious effects and their analysis should be carefully distinguished from bans pertaining to docudramas (for a recent British examination of this question, see *Ex parte Telegraph Plc.*, [1993] 2 All E.R. 971 (C.A.)).

On the salutary side of the equation, concerns have been expressed as to the efficacy of publication bans. It is said that the actual effect of bans on jury impartiality is increasingly negligible given technological advances which make bans difficult to enforce. With all due respect, it is wrong to simply throw up our hands in the face of such difficulties. These difficulties simply demonstrate that we live in a rapidly changing global community where regulation in the public interest has not always been able to keep pace with change. Current national and international regulation may be inadequate, but fundamental principles have not changed nor have the value and appropriateness of taking preventive measures in highly exceptional cases.

In the particular case of docudramas, the salutary effects of temporary bans derive from the potential influence of docudramas on prospective jurors. In part, the impact of docudramas derives from the power of omniscience afforded to the viewer. The viewer sees all and therefore knows all in a way that can only exist in fictional works. What the viewer actually sees, however, is the expression of the agendas of the writer, director and producer. What the viewer sees is also only partly fiction with little indication of the line between documentary and drama. Furthermore, the particular agendas of those involved may mean that fiction becomes worse than reality. As will be seen below, the mini-series now before the Court is a prime example of this possibility. Finally, the fact a docudrama is being shown on television, perhaps at prime time, accentuates its overall potential influence. Television is in many ways more powerful than print. Few would argue that vivid images are often more firmly etched in memory than even the best prose. All of these factors

procédures judiciaires. Ces situations présentent des effets préjudiciables considérables, et il importe de distinguer leur analyse de celle des interdictions relatives aux docudrames (pour une étude britannique récente de cette question, voir *Ex parte Telegraph Plc.*, [1993] 2 All E.R. 971 (C.A.)).

Sur le plan des effets bénéfiques, on a exprimé des doutes sur l'efficacité des interdictions de publication. On soutient que leur effet véritable sur l'impartialité du jury est de plus en plus négligeable du fait des progrès technologiques qui rendent difficile l'exécution des interdictions. Avec égard, on aurait tort de se contenter de baisser les bras devant de telles difficultés. Elles montrent simplement que nous vivons dans une collectivité globale qui évolue rapidement et où la réglementation d'intérêt public n'a pas toujours été en mesure de suivre la cadence. La réglementation actuelle à l'échelle nationale et internationale est peut-être inadéquate, mais les principes fondamentaux n'ont pas changé, ni d'ailleurs la valeur et la justesse de la décision d'opter pour des mesures préventives dans des cas très exceptionnels.

Dans le cas particulier des docudrames, leur interdiction temporaire est bénéfique puisqu'ils peuvent influencer sur les candidats jurés. Leur impact naît en partie du pouvoir d'omniscience qu'ils confèrent au public. Ce dernier voit tout, donc, sait tout, d'une manière qui ne peut exister que dans les œuvres de fiction. Ce que le public voit effectivement est toutefois le reflet des visées de l'auteur, du réalisateur et du producteur. Ce que le public voit relève également en partie de la fiction, et peu d'indications sont fournies quant à la ligne qui démarque le documentaire de la dramatique. En outre, inspirés par leurs visées personnelles, ceux qui participent à la création peuvent rendre la fiction pire que la réalité. Comme nous le verrons plus loin, la mini-série dont il est question en l'espèce est un exemple parfait de cette possibilité. Enfin, la diffusion d'un docudrame à la télévision, peut-être aux heures de grande écoute, en accroît l'influence potentielle sur le public en général. La télévision est à beaucoup d'égards plus influente que la presse. Rares sont ceux qui nieraient que les

serve to demonstrate that the potential of docudramas to influence prospective jurors may be significant. Much will depend, however, on the particular facts of each case.

Analysing publication and broadcast bans through the prism of s. 1 is a useful analytical exercise, but in doing so I do not wish to be taken as laying out a rigid process which lower courts must follow. The essence of the decision to issue a ban or not is a balancing of various factors to determine whether such a preventive measure is a necessary and reasonable response to the facts of any given case. Thus the trial judge must consider the nature of the threat to the fairness of the trial, including the susceptibility of juries to being influenced, the extent of the restriction on freedom of expression and the availability of alternative measures.

Though there is a tendency in *post facto* assessments to say trials were either fair or not, the determination of whether to take preventive measures is by its very nature neither black nor white. The balancing which underpins the decision to order or refuse a ban is necessarily an imprecise science. Judges approaching such decisions either at first instance or at a review stage should keep this reality in mind.

Appellate review of such findings must therefore respect the discretion accorded to trial judges. The findings as to whether there is a real and substantial risk to the fairness of the trial process is a question of mixed fact and law. If the trial judge uses the correct standard and applies it in a reasonable manner, then an appellate court should not overturn the decision. The crucial question is whether the finding was arbitrary or whether there is a basis for it in the evidence. If there is a basis in the evidence for the conclusion, then deference

images animées sont souvent plus solidement ancrées dans la mémoire des gens que la prose, fut-elle la meilleure. Tous ces facteurs permettent de penser que les docudrames risquent fort d'influencer les candidats jurés. Cela dépend toutefois beaucoup des faits de chaque cas.

a Analyser une interdiction de publication et de diffusion par le prisme de l'article premier est un exercice utile, mais je ne souhaite pas pour autant que l'on croie que j'élabore de ce fait un processus rigide auquel les tribunaux d'instance inférieure doivent adhérer. La décision d'ordonner ou non une interdiction repose essentiellement sur la pondération de divers facteurs en vue de déterminer si le recours à cette mesure préventive est nécessaire et raisonnable compte tenu des faits d'une affaire donnée. Aussi, le juge du procès doit-il considérer la nature de la menace posée à l'équité du procès, dont la possibilité que les jurés soient influencés, l'ampleur de la restriction à la liberté d'expression et l'existence d'autres mesures.

b Bien qu'on ait tendance, après-coup, à dire qu'un procès était soit équitable, soit inéquitable, la décision de prendre ou non des mesures préventives se situe, de par sa nature même, dans une zone grise. La pondération qui fonde la décision d'ordonner ou de refuser une interdiction est nécessairement une science inexacte. Les juges appelés à prendre ces décisions en première instance ou en appel devraient se rappeler cette réalité.

c Le contrôle par voie d'appel des conclusions du juge du procès dans ce domaine doit par conséquent respecter son pouvoir discrétionnaire. La conclusion relative à la question de savoir s'il existe un risque réel et important d'atteinte à l'équité du procès est une question mixte de fait et de droit. Si le juge du procès utilise la norme pertinente et l'applique d'une manière raisonnable, alors le tribunal d'appel ne devrait pas annuler sa décision. Il s'agit fondamentalement de savoir si la conclusion est arbitraire ou si elle est motivée par

will be in order even though the appellate court might not have arrived at the same result.

The preceding discussion can be usefully summarized in the following general points. Publication and broadcast bans can be ordered to protect the fairness of a pending or current trial. These bans should be seen as possible complements to other measures available to guarantee the fairness of the trial process. The fact such bans restrict freedom of expression and freedom of the press means that they should be imposed only in exceptional cases. Trial judges should carefully consider the alternative measures available since they have the advantage of not restricting freedom of expression and freedom of the press. It is not necessary, however, for the trial judge to determine with certainty that the alternative measures would be insufficient to protect the fairness of the trial. What is required is that the trial judge be satisfied that the publication will create a real and substantial risk to the fairness of the trial, which available alternative measures will not prevent. The Anglo-Canadian tradition, as distinct from the American, allows greater scope for prophylactic measures. Consistent with this tradition and the distinct balance between the fundamental rights it implies, trial judges will possess an important discretion to issue publication and broadcast bans. In the special case of docudramas, the impairment of freedom of expression where a judge issues a temporary broadcast ban may well be minimal in comparison to the risk which such productions represent to the right to a fair trial. A judge may thus be fully justified in issuing a temporary ban where the surrounding circumstances and the nature of the publication create a real and substantial risk to the fairness of the trial. As the Chief Justice has noted, where circumstances permit it is desirable for the trial judge to review the proposed publication as part of the evidence before determining whether to issue a ban. Finally, the decision of a trial judge, made after weighing all the factors, should not be interfered with unless it is based on an error in principle or it cannot be reasonably supported on the evidence. Mere disagreement with her/his conclusion is not enough. With these general princi-

la preuve. Si elle est justifiée par la preuve, le tribunal d'appel doit faire montre de retenue en dépit du fait qu'il ne serait peut-être pas arrivé à la même conclusion.

a

On peut résumer l'analyse qui précède comme suit. L'interdiction de publication et de diffusion peut être ordonnée en vue de préserver le caractère équitable d'un procès à venir ou en cours. On doit l'envisager à titre de complément possible à d'autres mesures susceptibles de garantir l'équité d'un procès. Du fait qu'elle restreint la liberté d'expression et la liberté de presse, on ne doit y avoir recours que dans les cas exceptionnels. Le juge du procès doit considérer soigneusement les autres mesures disponibles puisque celles-ci offrent l'avantage de ne pas restreindre la liberté d'expression et la liberté de presse. Il n'est en revanche pas nécessaire que le juge du procès détermine avec certitude que les autres mesures ne suffiraient pas à garantir l'équité du procès. Il suffit que le juge du procès soit convaincu que la publication engendrera un risque réel et important quant à l'équité du procès, risque que les autres mesures n'écarteront pas. Contrairement à la tradition américaine, la tradition anglo-canadienne accorde une plus grande place aux mesures préventives. Conformément à cette tradition et à l'équilibre distinct que celle-ci suppose entre les droits fondamentaux, le juge du procès est investi d'un large pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'interdiction de publication et de diffusion. Dans le cas particulier des docudrames, l'atteinte à la liberté d'expression causée par l'interdiction de diffusion temporaire prononcée par le juge peut très bien être minime comparativement au risque que ces productions représentent quant au droit de subir un procès équitable. Le juge peut donc être tout à fait justifié de prononcer une interdiction temporaire lorsque le contexte et la nature de la publication créent un risque réel et important quant à l'équité du procès. Comme le Juge en chef l'a fait remarquer, lorsque les circonstances le permettent, il est souhaitable que le juge du procès examine la publication prévue, à titre d'élément de preuve, avant de se prononcer sur l'interdiction. Enfin, la décision qu'un juge du procès rend après avoir pesé tous les facteurs ne devrait être modifiée que si elle est fondée sur une erreur de principe ou

b

c

d

e

f

g

h

i

j

ples in mind, I turn to the specific facts of this case.

2. Applying the General Principles to the Facts of this Case

Perhaps the best way to understand the facts of the case on appeal is through the affidavits which were before Gotlib J. The affidavit of Ronald F. Caza in support of the application for a broadcast ban provided the judge with an overview of the two-part mini-series. Mr. Caza viewed the film at a special screening organized by the National Film Board ("NFB"). At that time and when he gave affidavit evidence, Mr. Caza was retained by the Brothers of the Christian Schools of Ottawa. The following excerpts usefully summarize the content of the mini-series:

3. The film is divided into two parts. The first part covers a certain time period during which physical and sexual abuse is inflicted upon children residing in an orphanage run by a lay religion order of brothers. The second part takes place 15 years later, when a brother and a former brother undergo criminal trials and a public inquiry looks into allegations of a cover-up at the orphanage.

10. In the film, it seems that the majority of the brothers are abusing the children. In fact, there only seems to be one brother who is not abusing the children and he is seemingly intimidated by the other brothers. . . .

12. In the second part of the film, the audience witnesses the trials of the superintendent and another brother. The lawyers representing the brother and former brother are portrayed as being cruel and insensitive. They are also portrayed as treating the victims in a seemingly heartless and unnecessary manner.

15. Because the audience has witnessed all of the actual physical and sexual assaults, the contentions of the defence lawyers seem ridiculous and misleading. The

qu'elle ne puisse être raisonnablement étayée par la preuve. Un simple désaccord avec les conclusions du juge ne suffit pas. À la lumière de ces principes généraux, je me penche maintenant sur les faits particuliers de l'affaire.

2. Application des principes généraux aux faits de l'espèce

La meilleure façon de comprendre les faits de l'espèce est sans doute de se référer aux affidavits soumis au juge Gotlib. L'affidavit de Ronald F. Caza joint à la demande d'interdiction de diffusion a permis au juge d'avoir une vue d'ensemble de la mini-série en deux parties. Monsieur Caza a visionné le film lors d'une projection spéciale organisée par l'Office national du film («ONF»). À cette époque, et au moment où M. Caza a témoigné, ses services avaient été retenus par les Frères des écoles chrétiennes d'Ottawa. Les extraits suivants résument bien le contenu de la mini-série:

[TRADUCTION] 3. Le film se divise en deux parties. La première couvre la période au cours de laquelle des abus physiques et sexuels sont infligés à des enfants résidant dans un orphelinat dirigé par un ordre religieux de frères laïcs. La seconde se déroule 15 ans plus tard, au moment où un frère et un ancien frère subissent leur procès criminel et où une enquête publique étudie les allégations de camouflage dans l'orphelinat.

10. Dans le film, il semble que la majorité des frères agressait les enfants. En fait, un seul frère semble ne pas s'adonner à cette pratique, et il semble intimidé par les autres frères. . . .

12. Dans la seconde partie du film, le public est témoin des procès du directeur et d'un autre frère. Leurs avocats font figure d'êtres cruels et froids. On les présente également comme traitant les victimes d'une manière en apparence inutilement insensible.

15. Le public ayant été témoin de toutes les agressions physiques et sexuelles, les prétentions des avocats de la défense semblent ridicules et trompeuses. On donne au

audience is left with the feeling that the victims, no matter what problems there may be with their testimony, should be believed because all of their problems are due to the abuse inflicted upon them by the brothers.

Mr. Caza's general view of the mini-series was echoed in an article entitled "Film gives voice to abuse victims" published in the *Toronto Star* on 29 November 1992. A copy of this article was attached as an exhibit to the affidavit of Angelo S. Callegari in support of the application. The article demonstrates poignantly the relevance of the mini-series to the trials of the respondents (at p. H1):

Yes, it's the Mount Cashel saga, with echoes of other cases recently prosecuted in Ontario, in Canada's Western provinces, and in the United States. Direct references are thinly veiled, and Smith and his producers at the NFB and CBC are careful to include a disclaimer assuring viewers that this is not a re-enactment of any specific series of events, nor a portrayal of real people.

Each of those cases was so similar, however, even to the degree of government disinterest in legitimate complaints, that they are almost interchangeable. Given recent revelations, *The Boys of St. Vincent* takes on the semblance of a modern morality play; its plot points and characters are ubiquitous, almost part of contemporary folk lore.

The CBC did not seek to cross-examine in respect of these two affidavits nor did they request that Gotlib J. view the mini-series. The CBC relied on a single affidavit in opposing the application. The essence of the CBC's response to the application as reflected in the affidavit of Michael Hughes was that the mini-series was not about the respondents and that by setting the series in Newfoundland there was no risk of confusion. This assertion, however, stands in stark contrast to the disclaimer which appeared at the beginning of the film and which explained that though the series was not a reenactment of any actual event, it was "inspired by recent events in Newfoundland and elsewhere in Canada". Mr. Hughes went on to explain, referring to the briefing note from the NFB, that "THE BOYS OF ST. VINCENT reflects a national issue currently receiving widespread media attention,

public l'impression que, peu importe les faiblesses de leur témoignage, les victimes devraient être crues parce que toutes leurs difficultés sont le fruit de l'abus qu'elles ont subi aux mains des frères.

^a L'opinion générale de M. Caza sur la mini-série a été reprise dans un article intitulé [TRADUCTION] «Un film donne la parole à des victimes d'abus», publié dans le *Toronto Star* du 29 novembre 1992. ^b Un exemplaire de cet article était joint à l'affidavit d'Angelo S. Callegari à l'appui de la demande. L'article illustre de façon bouleversante la pertinence de la mini-série relativement aux procès des intimés (à la p. H1):

^c [TRADUCTION] Oui, il s'agit de la saga de Mount Cashel et du rappel d'autres affaires qui ont récemment fait l'objet de poursuites en Ontario, dans l'Ouest canadien et aux États-Unis. Des références directes sont à peine voilées, et Smith et ses réalisateurs de l'ONF et de la SRC prennent soin d'avertir le téléspectateur qu'il ne s'agit pas d'une reconstitution d'événements particuliers, ni d'un portrait de personnes vivantes.

^e Ces affaires étaient si semblables cependant, même pour ce qui est du peu d'intérêt manifesté par les gouvernements à l'égard de plaintes légitimes, qu'elles sont pour ainsi dire interchangeables. Compte tenu des révélations récentes, *Les garçons de Saint-Vincent* prend l'allure d'une pièce de théâtre moderne sur la moralité; ^f la trame et les personnages sont marqués d'ubiquité, et font presque partie du folklore contemporain.

^g La SRC n'a pas cherché à contre-interroger relativement à ces deux affidavits, ni n'a-t-elle demandé au juge Gotlib de visionner la mini-série. Elle n'a soumis qu'un seul affidavit à l'encontre de la demande. Essentiellement, comme en fait foi l'affidavit de Michael Hughes, la SRC a fait valoir ^h que la mini-série ne portait pas sur les intimés et qu'en situant la mini-série à Terre-Neuve, il n'y avait aucun risque de confusion. Cette prétention tranche toutefois avec l'avertissement servi au commencement du film, qui explique que, bien ⁱ que la série ne soit pas une reconstitution d'un événement véritable, elle a été «inspirée en partie d'événements qui se seraient produits à Terre-Neuve et ailleurs au Canada». Monsieur Hughes a ensuite expliqué, en se référant aux notes de production de l'ONF, que [TRADUCTION] «LES GARÇONS DE SAINT-VINCENT reflète une question ^j

and is intended to help bring the public to better understand this very serious issue of sexual abuse". Finally, Mr. Hughes pointed to the losses which CBC would suffer if the broadcast ban was granted. These damages included approximately \$600,000 in lost advertising revenues and expenditures.

Gotlib J. noted that the four charges involved "a highly explosive and inflammatory issue to be decided by, in effect, four separate juries in four separate courts" and that there had "already been widespread publicity". She saw no reason "to add fuel to the fire", given the imminence of the three remaining trials and the fact that they would be finished by the fall of 1993, some eight months later. Gotlib J. rejected the alternative remedies proposed by the CBC stating that they begged the question. Finally, she concluded:

In all, I am satisfied that the harm that would be caused by the showing of this particular film before the jury trials of the three remaining accused persons would be such that the possibility of impartial jury selection virtually anywhere in Canada would be seriously compromised.

Gotlib J. thus believed she was faced with a situation in which the gathering of an impartial jury would have been seriously compromised given the substantial publicity. The "fire" was burning strong and thus the alternative measures were bound to be ineffective. She therefore believed she had little choice but to temporarily ban the mini-series in order to protect the fairness of the pending trials.

The affidavit evidence reviewed above clearly supports Gotlib J.'s findings. The mini-series was a work of fiction, but it was based on a number of similar, "almost interchangeable" cases. The appellants did not directly challenge this assertion and conceded before the Court of Appeal that there were parallels between the events depicted in the film and the charges which the respondents were facing at the time. These parallels take on great significance in light of the particular way in which

d'intérêt national qui jouit en ce moment d'une attention médiatique générale, et qui est destinée à amener le public à mieux comprendre le phénomène très grave de l'abus sexuel». Enfin, M. Hughes a souligné les pertes que la SRC subirait si l'interdiction de diffusion était accordée. Ces pertes incluaient des revenus de publicité et des dépenses d'environ 600 000 \$.

Le juge Gotlib a signalé que, dans le cadre des quatre accusations portées, [TRADUCTION] «quatre jurys distincts sont en fait appelés à trancher dans quatre cours distinctes une question fort explosive et incendiaire», et qu'il y avait [TRADUCTION] «déjà eu énormément de publicité». Elle ne voyait aucune raison [TRADUCTION] «de jeter de l'huile sur le feu», compte tenu de l'imminence des trois procès à venir et du fait qu'ils seraient terminés à l'automne 1993, quelque huit mois plus tard. Le juge Gotlib a rejeté les autres recours proposés par la SRC en disant qu'ils éludaient la question. Enfin, elle a conclu:

[TRADUCTION] En définitive, je suis convaincue que la diffusion de ce film avant les procès par jury des trois autres accusés causerait un préjudice tel que la possibilité de sélectionner un jury impartial serait, pour ainsi dire partout au Canada, gravement compromise.

Le juge Gotlib estimait donc que la sélection d'un jury impartial aurait été gravement compromise étant donné l'énorme publicité. Le «feu» faisait rage, si bien que les autres mesures ne pouvaient qu'être inefficaces. Elle a par conséquent estimé n'avoir d'autre choix que d'interdire temporairement la diffusion de la mini-série afin de préserver le caractère équitable des procès à venir.

La preuve par affidavit examinée précédemment appuie certainement les conclusions du juge Gotlib. La mini-série était une œuvre de fiction, mais elle était fondée sur de nombreuses affaires semblables, [TRADUCTION] «pour ainsi dire interchangeables». Les appelants ne s'en sont pas pris directement à cette affirmation et ont reconnu en Cour d'appel qu'il y avait des parallèles entre les événements décrits dans le film et les accusations portées contre les intimés à l'époque. Ces parallèles

the events were portrayed. The two-part dramatization left no doubt as to the accused's guilt, impugned the tactics of the defence and alleged a cover-up. In my view, it was open for Gotlib J. to find on the basis of the evidence before her that even though the mini-series was not directly about any of the respondents, it would have seriously compromised the possibility of finding an impartial jury given the context of widespread prior publicity. Though this test differs on a formal level from the "real and substantial risk" test, I have little difficulty in concluding, as did the Court of Appeal of Ontario, that they are equivalent in substance.

On the basis of my examination of the record, I would add the following points in support of Gotlib J.'s position. The mini-series was to be shown in prime time and the CBC had spent \$97,000 on radio, billboard and print advertising. The direct audience was thus potentially huge. Furthermore, the risks were particularly great because of the nature of the media attention at the time. Michael Hughes, on behalf of the CBC, noted in his affidavit that "THE BOYS OF ST. VINCENT reflects a national issue currently receiving widespread media attention. . .". The physical and sexual abuse which formed the subject matter of the mini-series therefore was not simply an issue of general public interest or in respect of which there was general public consciousness. Rather, public attention was being focused directly on the specific facts before the courts and the guilt or innocence of the persons who stood accused.

The information contained in the documents which appeared as exhibits to the affidavit of Michelle d'Auray, Director of Corporate Affairs for the NFB, and filed before the Court of Appeal buttress Gotlib J.'s concerns. In particular, the Production Notes prepared by the NFB illustrate my earlier point that in some cases docudramas will manipulate fiction so that it is worse than reality.

revêtent une importance considérable étant donné la façon dont les événements ont été présentés. L'adaptation en deux parties ne laissait aucun doute quant à la culpabilité des accusés, elle attaquait les stratégies de la défense et alléguait l'existence de tentatives visant à étouffer l'affaire. À mon sens, le juge Gotlib pouvait conclure, sur le fondement de la preuve qui lui a été soumise, que, même si la mini-série ne traitait directement d'aucun des intimés, elle aurait gravement compromis la sélection d'un jury impartial étant donné l'énorme publicité entourant déjà l'affaire. Bien que ce critère diffère sur le plan formel de celui du «risque réel et important», j'ai peu de difficulté à conclure, à l'instar de la Cour d'appel de l'Ontario, que, sur le fond, ils s'équivalent.

Sur le fondement de mon examen du dossier, j'ajouterais les éléments suivants à l'appui de la position du juge Gotlib. La mini-série devait être présentée aux heures de grande écoute et la SRC avait consacré 97 000 \$ à la publicité radiophonique, à l'affichage et à la publicité imprimée. L'auditoire direct était donc potentiellement énorme. En outre, les risques étaient particulièrement élevés en raison de l'ampleur de l'attention médiatique accordée à l'affaire à l'époque. Michael Hughes, pour le compte de la SRC, a affirmé dans son affidavit que «LES GARÇONS DE SAINT-VINCENT reflète une question d'intérêt national qui jouit en ce moment d'une attention médiatique générale. . .». L'abus physique et sexuel qui était l'objet de la mini-série n'était donc pas simplement une question d'intérêt public général ou qui éveille la conscience publique en général. L'attention du public était plutôt dirigée directement sur les faits particuliers qui se trouvaient devant les tribunaux et sur la culpabilité ou l'innocence des inculpés.

Les renseignements contenus dans les documents joints à l'affidavit de Michelle d'Auray, directrice des Affaires générales de l'ONF, et déposés en Cour d'appel, étayent les conclusions du juge Gotlib. En particulier, les notes de production rédigées par l'ONF illustrent mes remarques antérieures que, dans certains cas, les docudrames manipulent la fiction de manière à la rendre pire

Being provocative and exaggerating reality is one way of making a strong impact on viewers and encouraging discussion. As noted above, the purpose of the production was stated by the NFB in the following terms:

THE BOYS OF ST. VINCENT reflects a national issue currently receiving widespread media attention, and is intended to help bring the public to better understand this very serious issue of sexual abuse. It is our conviction that the public exploration of important and sensitive issues is an integral part of a process of seeking solutions.

The Production Notes explain some of the techniques used to achieve the desired impact on the viewing public. The voice of Pierre Letarte, the Director of Photography for the mini-series, was used in the Production Notes to describe some of the subtleties of the production design:

We put a lot of thought into the visual impact of the mini-series. Paintings from these centuries [the 18th and 19th] were very useful as inspiration, because the imagery was so dark and heavy, almost 'medieval'. That's a quality which you see reflected in the interior design of the orphanage, the priests' robes, even in the heavy crucifixes they carry.

All of these elements taken together leave no doubt in my mind that there was a sufficient basis upon which Gotlib J. could legitimately be concerned by the potential influence of the mini-series on the fairness of the trial process.

In issuing the ban, there is no question that Gotlib J. temporarily denied the appellants their freedom of expression. In many ways, however, this impairment was of a very minor nature. As I noted above, the mini-series is a work of fiction and not a news event. It therefore could be presented at a later date with minimal inconvenience. At the motion hearing, one of the primary inconveniences pointed to by the CBC was the potential financial loss a ban would cause. Lost advertising revenues or any other sort of commercial loss, however, cannot justify risking an accused's right to a fair trial. The opinion of Kerans J.A. in *Keegstra*

que la réalité. La provocation, de même que l'exagération de la réalité, sont une façon de créer un impact puissant sur le public et de susciter la discussion. Comme je l'ai signalé précédemment, l'objectif de la production a été énoncé par l'ONF dans les termes suivants:

[TRADUCTION] LES GARÇONS DE SAINT-VINCENT reflète une question d'intérêt national qui jouit en ce moment d'une attention médiatique générale, et qui est destinée à amener le public à mieux comprendre le phénomène très grave de l'abus sexuel. Nous sommes convaincus que l'examen sur la place publique de questions importantes et délicates fait partie intégrale du processus de recherche de solutions.

Les notes de production expliquent certaines techniques utilisées pour produire l'impact souhaité sur le public. Les propos de Pierre Letarte, directeur de la photographie pour la mini-série, sont repris dans les notes de production pour décrire certaines subtilités de la conception de la production:

[TRADUCTION] Nous avons mis beaucoup d'efforts dans l'impact visuel de la mini-série. Des peintures de ces siècles [le XVIII^e et le XIX^e] ont été des sources d'inspiration, car les images étaient tellement sombres et lourdes, presque «médiévales». C'est là une qualité que vous pouvez constater dans la décoration intérieure de l'orphelinat, dans les soutanes des prêtres, et même dans les lourds crucifix qu'ils portent.

Tous ces éléments considérés ensemble ne laissent aucun doute dans mon esprit qu'il y avait des raisons suffisantes pour que le juge Gotlib soit légitimement préoccupée par l'effet potentiel de la mini-série sur l'équité du procès.

En ordonnant l'interdiction, le juge Gotlib a sans aucun doute temporairement nié aux appellants leur liberté d'expression. À maints égards, toutefois, cette atteinte était très mineure. Je le répète, la mini-série est une œuvre de fiction et non de l'information. Elle pouvait donc être présentée ultérieurement sans trop d'inconvénients. À l'audition de la requête, la SRC a principalement fait valoir, au nombre des inconvénients, qu'elle risquait de subir une perte financière du fait de l'interdiction. Les recettes de publicité perdues ou toute autre perte commerciale ne peuvent cependant justifier que l'on compromette le droit d'un

(No. 2), *supra*, at p. 236, could have been invoked to reject the damages alleged by the CBC:

We emphasize that no reason is offered why immediate production is essential to the fair exercise of the right of free speech in the circumstances of this case. We accept that a commercial loss looms. And we accept, for the purpose of argument, that deliberate exploitation was not intended. Nevertheless, it seems to us that a person who mounts a production about a case pending before the courts is playing a dangerous game. We would not decide this case on the basis of sympathy for that commercial loss.

Furthermore, one would expect that a portion of these revenues would have been recouped when the mini-series was eventually broadcast.

Anytime a ban is issued, the spectre of chilling future endeavours must be a concern. Such a threat was raised in the affidavit of Michelle d'Auray. Ms. d'Auray, as Director of Corporate Affairs for the NFB, explained the mandate of the NFB and the potential consequences of a broadcast ban in respect of the mini-series in the following terms:

The NFB produces a significant number of dramatic productions that focus on stories derived from current societal circumstances, issues and problems. It is part of the NFB mandate. The consequences for the NFB if it is unable to air such productions if there is an imminent trial on a related subject-matter anywhere in Canada are immense.

With great respect for the opinion to the contrary, I cannot accept the suggestion that the consequences for producers of docudramas are immense. The purpose of the mini-series identified by the NFB and cited above reflects the relative "timelessness" of the production. Furthermore, the ban in this case was only a temporary restriction on the appellants' freedom of expression. Citing *CBC v. Keegstra*, [1987] 1 W.W.R. 719, Gotlib J. correctly limited the temporal scope of the ban to the conclusion of the respondents' trials. In this case, that time frame was some eight months with the three pending tri-

accusé à un procès équitable. L'opinion du juge Kerans dans *Keegstra* (No. 2), précité, à la p. 236, aurait pu être invoquée pour rejeter l'argument relatif aux dommages avancé par la SRC:

[TRADUCTION] Nous soulignons que l'on ne fait valoir aucune raison pour laquelle la présentation immédiate est essentielle à l'exercice légitime du droit à la liberté de parole dans les circonstances de l'espèce. Nous convenons que le risque d'une perte commerciale existe. Et nous reconnaissons, aux fins de la discussion, qu'on ne visait pas l'exploitation délibérée. Néanmoins, il nous semble que quiconque monte une production relativement à une affaire en instance devant les tribunaux joue un jeu dangereux. Nous ne trancherions pas cette affaire sur le fondement de la sympathie inspirée par cette perte commerciale.

Par ailleurs, on peut penser qu'une partie de ces recettes aurait été récupérée lors de la diffusion subséquente de la mini-série.

Chaque fois qu'une interdiction est ordonnée, il faut tenir compte du risque de décourager toute entreprise future. Une telle menace a été soulevée dans l'affidavit de Michelle d'Auray. Madame d'Auray, à titre de directrice des Affaires générales de l'ONF, a expliqué dans les termes suivants le mandat de l'ONF et les conséquences possibles d'une interdiction de diffusion de la mini-série:

[TRADUCTION] L'ONF produit un grand nombre d'œuvres dramatiques, dont la trame découle de situations, de questions et de difficultés avec lesquelles la société est aux prises. Cela fait partie du mandat de l'ONF. Si ce dernier n'est pas en mesure de diffuser ces productions parce qu'un procès sur un sujet relié est sur le point de commencer quelque part au Canada, il en subira des conséquences considérables.

En toute déférence pour l'opinion contraire, je ne puis accepter la proposition suivant laquelle les conséquences pour les producteurs de docudramas sont considérables. L'objectif de la mini-série, énoncé par l'ONF et cité précédemment, reflète l'«intemporalité» relative de la production. En outre, l'interdiction en l'espèce n'était qu'une restriction temporaire de la liberté d'expression des appelants. Citant l'arrêt *CBC c. Keegstra*, [1987] 1 W.W.R. 719, le juge Gotlib a légitimement limité la durée de l'interdiction à la fin des procès des intimés. En l'espèce, ce délai était de quelque huit

als scheduled to start in February, April and sometime between May and July. There is little doubt that public exploration of the issues of child physical and sexual abuse through the misuse of authority would have remained topical at the end of the eight-month period. I see no basis for concluding that the NFB's stated purpose of provoking public exploration as an integral part of a process of seeking solutions was frustrated by the ban.

Though in general the ban did not represent an unreasonable restriction on freedom of expression, its geographic scope was clearly overbroad, as found by the Ontario Court of Appeal. Gotlib J.'s stated reason for extending the ban to all of Canada was her opinion that "the possibility of impartial jury selection virtually anywhere in Canada would be seriously compromised". Regardless of the soundness of this opinion, there was no legal possibility that the trials could be moved outside the province of Ontario and therefore Gotlib J. clearly went well beyond what was necessary to deal with the application of the respondents. For that reason, I would have limited the ban to any broadcast in the province of Ontario and to CBMT-TV in Montreal.

My review of the evidence, the reasons supporting the ban and the effect on the appellants' freedom of expression rights lead to the conclusion that, taken as a whole, the order of Gotlib J. reflected correct principle applied in a reasonable manner. Regardless of whether I would have issued a ban in this case, there was clearly a basis for Gotlib J.'s conclusions. Her decision to order a ban was a preventive measure which should be upheld as a legitimate exercise of the crucial discretion of the courts to protect the integrity of the trial process. In upholding Gotlib J.'s decision I think it is appropriate to repeat the words of Kerans J.A. in *Keegstra (No. 2)*. A person who mounts a production about a case pending before the courts is playing a dangerous game. In general, it is prudent to wait until an ongoing or imminent trial is completed before broadcasting or mounting a docudrama.

mois, les trois procès devant s'ouvrir en février, en avril et quelque part entre mai et juillet. Il n'y a pas de doute que l'analyse, sur la place publique, du phénomène de l'abus physique et sexuel d'enfants résultant d'un abus de pouvoir aurait toujours été d'actualité à la fin de la période de huit mois. Je ne vois aucune raison de conclure que l'objectif énoncé par l'ONF de provoquer la discussion publique dans le cadre d'un processus de recherche de solutions ait été frustré par l'interdiction.

Bien qu'en général, l'interdiction n'ait pas déraisonnablement restreint la liberté d'expression, sa portée géographique était nettement excessive, ainsi que l'a conclu la Cour d'appel de l'Ontario. Le juge Gotlib a étendu l'interdiction à tout le Canada pour le motif que «la possibilité de sélectionner un jury impartial serait, pour ainsi dire partout au Canada, gravement compromise». Peu importe la sagesse de son opinion, il était en droit impossible que les procès se déroulent à l'extérieur de l'Ontario et, par conséquent, le juge Gotlib est nettement allée au-delà de ce qui était nécessaire pour traiter la demande des intimés. Pour ce motif, j'aurais limité l'interdiction à toute diffusion en Ontario et par CBMT-TV à Montréal.

Mon examen de la preuve, les motifs justifiant l'interdiction et l'effet sur la liberté d'expression des appelants me font conclure que, dans l'ensemble, le juge Gotlib a appliqué de façon raisonnable les principes pertinents. Peu importe que j'eusse ou non prononcé l'interdiction en l'espèce, les conclusions du juge Gotlib étaient manifestement fondées. Sa décision d'ordonner l'interdiction était une mesure préventive qui devrait être confirmée comme étant l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire essentiel des tribunaux de préserver l'intégrité du déroulement du procès. En confirmant la décision du juge Gotlib, il convient, à mon avis, de reprendre les propos du juge Kerans dans l'arrêt *Keegstra (No. 2)*. Quiconque monte une production sur une affaire en instance devant les tribunaux joue un jeu dangereux. En général, il est prudent d'attendre qu'un procès en cours ou imminent soit terminé pour diffuser ou monter un docudrame.

For the foregoing reasons, I would allow the appeal in respect of the broadcast ban but only to the extent of limiting its scope to the province of Ontario and to CBMT-TV in Montreal. I am in agreement with the Chief Justice on the jurisdictional issue.

3. Disposition

In the exercise of this Court's jurisdiction under s. 40 of the *Supreme Court Act*, I would allow the appeal from the judgment of the Court of Appeal and set it aside for lack of jurisdiction. Likewise, in the cases of Dagenais and Monette, I would allow the appeal and set aside the orders of Gotlib J. for lack of jurisdiction. In the cases of Dugas and Radford, being in agreement with the conclusions of the Court of Appeal on the merits, I would dispose as it did of the appeal and uphold the order of Gotlib J. banning the broadcast of the mini-series, *The Boys of St. Vincent*, but limit its scope to the province of Ontario and to CBMT-TV in Montreal.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — The respondents Dagenais, Monette, Dugas and Radford, members or former members of a religious order known as the Christian Brothers, were charged with physical and sexual abuse against boys in their care at training schools in Ontario. The Canadian Broadcasting Corporation ("CBC") proposed to air a four-hour fictional drama called *The Boys of St. Vincent* during or prior to their trial. *The Boys of St. Vincent* depicted physical and sexual abuse of boys in a Catholic training school in Newfoundland. The respondents, alleging that the broadcast would prejudice the jurors and deny them fair trials, obtained a publication ban on the broadcast until the completion of their trials. The order was upheld with modifications in the Court of Appeal. The CBC asks this Court to set aside the ban on the ground that it violates the guarantee of freedom

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi relativement à l'interdiction de diffusion, mais seulement pour limiter sa portée à la province d'Ontario et à CBMT-TV à Montréal. Je suis d'accord avec le Juge en chef sur la question de compétence.

3. Dispositif

En vertu de la compétence conférée à notre Cour par l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi formé contre le jugement de la Cour d'appel et d'infirmer ce jugement pour absence de compétence. De même, dans les cas de Dagenais et de Monette, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmer les ordonnances du juge Gotlib pour absence de compétence. Puisque, dans les cas de Dugas et de Radford, je souscris aux conclusions de la Cour d'appel sur le fond, je suis d'avis de me rallier à son dispositif de l'appel et de confirmer l'ordonnance du juge Gotlib interdisant la diffusion de la mini-série *Les garçons de Saint-Vincent*, tout en restreignant sa portée à l'Ontario et à CBMT-TV à Montréal.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Les intimés Dagenais, Monette, Dugas et Radford, membres ou anciens membres de l'ordre religieux des Frères des écoles chrétiennes, ont été accusés d'avoir abusé physiquement et sexuellement de jeunes garçons confiés à leurs soins dans des centres d'éducation surveillée de l'Ontario. La Société Radio-Canada («SRC») se proposait de diffuser un drame fictif de quatre heures intitulé *The Boys of St. Vincent* (*Les garçons de Saint-Vincent*) pendant ou avant leur procès. *Les garçons de Saint-Vincent* décrivait les abus physiques et sexuels infligés à des garçons d'un centre catholique d'éducation surveillée de Terre-Neuve. Faisant valoir que la diffusion prèdisposerait les jurés et porterait atteinte à leur droit à un procès équitable, les intimés ont obtenu une interdiction de publication à l'égard de la diffusion jusqu'à la fin de leurs procès. La Cour d'appel a maintenu l'ordonnance en y apportant certaines modifications. La SRC demande à notre Cour d'annuler l'interdiction pour le motif qu'elle viole

of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The appeal presents three issues, all of importance. The first is whether the *Charter*, which applies to “governmental action”, applies to a court-ordered publication ban. The second concerns the procedures by which such bans may be challenged. The third issue is the substantive one of whether the publication ban violated the guarantee of free speech found in s. 2(b) of the *Charter*. I would answer the first and third questions affirmatively. On the second, I would endorse the procedures proposed by the Chief Justice.

The Chief Justice does not deal with the first issue directly. He concludes that it can be avoided by focusing on the *Charter*'s application to the common law. A judge exercising judicial discretion to grant a publication ban would commit a reviewable error of law if the ban were not in accordance with the *Charter*. But this constitutes an implicit acceptance of the fact that judges in applying the law are bound by the *Charter*. While the question of whether a judicial act is government action is avoided, the practical result is the same as if one had answered that question in the affirmative; in either case, judicial acts must conform to the *Charter*. Indeed, the practical effect of the Chief Justice's approach may be even broader; it may mean that all court orders would be subject to *Charter* scrutiny. Even purely private litigation would be subject to review on *Charter* grounds. In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, for example, the union would arguably have been able to raise a *Charter* challenge of the court's injunction, on the basis that if it infringed the *Charter*, it would not have been authorized by the common law rule which gave the judge the discretion to order it. The judge would have thereby committed a reviewable error of law, and the result in the case would have been different on the issue

la liberté d'expression que lui garantit l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le pourvoi soulève trois questions, toutes importantes. La première consiste à savoir si la *Charte*, qui s'applique à toute «action gouvernementale», est applicable à une interdiction de publication ordonnée par un tribunal. La deuxième concerne les procédures de contestation de l'interdiction. La troisième, de fond celle-là, est de savoir si l'interdiction de publication a porté atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. La première et la troisième questions doivent à mon avis recevoir une réponse affirmative. Quant à la deuxième, je fais miennes les procédures proposées par le Juge en chef.

d

Ce dernier ne répond pas directement à la première question. Il conclut que l'on peut la contourner en mettant l'accent sur l'application de la *Charte* à la common law. Le juge qui, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, rend une ordonnance de non-publication incompatible avec la *Charte*, commet une erreur donnant lieu à révision. Toutefois, on admet alors implicitement que, dans l'application du droit, les juges sont liés par la *Charte*. Bien que l'on contourne la question de savoir si un acte judiciaire est une action gouvernementale, en pratique le résultat est le même que si l'on avait répondu à cette question dans l'affirmative; dans l'un et l'autre cas, les actes judiciaires doivent être conformes à la *Charte*. En fait, la solution du Juge en chef peut avoir des incidences pratiques même plus vastes; elle peut signifier que toutes les ordonnances judiciaires seront assujetties à un examen dans le cadre de la *Charte*. Même un litige exclusivement privé serait assujéti à un contrôle dans le cadre de la *Charte*. Dans *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, par exemple, le syndicat aurait pu, en se fondant sur la *Charte*, contester l'injonction du tribunal pour le motif que, si elle portait atteinte à la *Charte*, elle ne pouvait être autorisée par la règle de common law qui conférait au juge le pouvoir discrétionnaire de l'ordonner. Le juge aurait ainsi commis une erreur de droit donnant lieu à révision, et la ques-

of jurisdiction. It seems to me better in these circumstances to confront the first issue directly.

1. Does the *Charter* Apply to a Court-Ordered Publication Ban?

Constitutional guarantees of rights may apply in two ways. They may apply “vertically” to relations between the individual and the state. They may also apply “horizontally”, governing relations between private individuals and corporations. The Canadian *Charter* falls into the former category. Section 32 of the *Constitution Act, 1982* states that the *Charter* applies “to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament” and “to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province”. The publication ban here in issue was not made by Parliament or a legislature. So the question is whether it can be considered an act of “government” in relation to a matter within the authority of Parliament or the legislatures.

The respondents argue that the ban is not subject to the *Charter* because it is an order of the court and the courts are not “government” within the meaning of s. 32 of the *Charter*. They rely on the statement of McIntyre J., writing for the majority of this Court in *Dolphin Delivery*, at p. 600, that “[w]hile in political science terms it is probably acceptable to treat the courts as one of the three fundamental branches of Government, that is, legislative, executive, and judicial”, for the purposes of *Charter* application he could not equate “the order of a court with an element of governmental action”.

While this statement seems broad, it must be read in the context of the case. At issue in *Dolphin Delivery* was a court order resolving a dispute between private parties. The argument was that because the court had made the order, the *Charter*

tion de compétence soulevée dans l’affaire aurait été tranchée différemment. Dans les circonstances de l’espèce, il me semble préférable d’attaquer la première question directement.

1. La *Charte* s’applique-t-elle à l’interdiction de publication ordonnée par un tribunal?

Les garanties constitutionnelles applicables aux droits peuvent prendre deux formes. Elles peuvent s’appliquer «verticalement» aux relations entre les particuliers et l’État, ou «horizontalement», dans les relations entre les particuliers et les personnes morales. La *Charte* canadienne relève de la première catégorie. Aux termes de l’art. 32 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la *Charte* s’applique «au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement» et «à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature». L’interdiction de publication contestée en l’espèce n’a pas été prononcée par le Parlement, ni par une législature. La question est donc de savoir si elle peut être considérée comme un acte du «gouvernement» relativement à un domaine qui relève du Parlement ou des législatures.

Les intimés soutiennent que l’interdiction n’est pas assujettie à la *Charte* pour le motif qu’elle a été ordonnée par un tribunal, et que les tribunaux ne sont pas un «gouvernement» au sens de l’art. 32 de la *Charte*. Ils invoquent les propos du juge McIntyre qui, à la p. 600 de l’arrêt *Dolphin Delivery*, précité, a écrit, au nom de notre Cour à la majorité, que «[m]ême si, en science politique, il est probablement acceptable de considérer les tribunaux judiciaires comme l’un des trois organes fondamentaux de gouvernement, savoir les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire», pour les fins de l’application de la *Charte*, on ne peut assimiler «l’ordonnance d’un tribunal à un élément d’action gouvernementale».

Ces propos semblent généraux, mais ils doivent être lus dans le contexte de l’affaire. Dans *Dolphin Delivery*, on contestait une ordonnance judiciaire résolvant un litige entre des particuliers. On y a fait valoir que, puisque le tribunal avait rendu l’ordon-

should apply. To accept this argument would have been to take the *Charter* into the realm of relations between individuals, which s. 32 clearly never contemplated. As Professor Hogg puts it, “the reason for the decision is that a contrary decision would have the effect of applying the Charter to the relationships of private parties that s. 32 intends to exclude from Charter coverage, and that ought in principle to be excluded”: *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 2, at p. 34-16. The *ratio decidendi* of *Dolphin Delivery*, as Professor Hogg asserts, must be that “a court order, when issued as a resolution of a dispute between private parties, and when based on the common law, is not governmental action to which the Charter applies” (p. 34-16).

In two subsequent cases, this Court has accepted that the *Charter* could apply to court orders in some circumstances. In *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, the Court concluded that a trial judge’s conduct in ordering 19 adjournments in alleged violation of the accused’s rights to a trial within a reasonable time must conform to the *Charter*. La Forest J. stated that it seemed obvious that “the courts, as custodians of the principles enshrined in the *Charter*, must themselves be subject to *Charter* scrutiny in the administration of their duties” (p. 633). In *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, this Court held that a court order directed to maintaining access to the courts attracted *Charter* scrutiny, reasoning that if *Charter* rights are to have practical effect, then there must be access to a fair court process which itself complies with the *Charter*. Dickson C.J., for the majority of the Court, distinguished *Dolphin Delivery* on the basis that the injunction in that case was issued to resolve “a purely private dispute” (p. 243). Observing that the motivation for the court’s action was “entirely ‘public’ in nature”, Dickson C.J. continued (at p. 244):

nance, la *Charte* devait s’appliquer. Souscrire à cet argument aurait eu pour effet d’entraîner la *Charte* dans le domaine des relations entre particuliers, ce que l’art. 32 n’a manifestement jamais envisagé. Comme le professeur Hogg le dit, [TRADUCTION] «il en a été décidé ainsi parce qu’une décision contraire aurait pour effet d’appliquer la Charte aux relations entre particuliers, alors que l’art. 32 vise à exclure de la portée de la Charte cet élément qui, en principe, devrait être exclu»: *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), vol. 2, à la p. 34-16. Dans *Dolphin Delivery*, comme le soutient le professeur Hogg, la *ratio decidendi* doit être que [TRADUCTION] «lorsqu’elle vise à résoudre un conflit entre particuliers et qu’elle est fondée sur la common law, l’ordonnance judiciaire n’est pas une action gouvernementale à laquelle la *Charte* s’applique» (p. 34-16).

Dans deux affaires ultérieures, notre Cour a admis que la *Charte* puisse s’appliquer aux ordonnances judiciaires dans certaines circonstances. Dans l’arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, la Cour a conclu que le comportement du juge du procès qui ordonne 19 ajournements, présumément en violation du droit de l’accusé à un procès dans un délai raisonnable, doit être conforme à la *Charte*. Selon le juge La Forest, il semblait évident que «les tribunaux, à titre de gardiens des principes enchâssés dans la *Charte*, doivent eux-mêmes être assujettis à l’examen que prévoit la *Charte* dans l’exécution de leurs fonctions» (p. 633). Dans l’arrêt *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, notre Cour a conclu que l’ordonnance d’un tribunal visant à faciliter l’accès aux tribunaux entraînait un examen fondé sur la *Charte* puisque, si les droits garantis par la *Charte* doivent avoir un effet pratique, on doit pouvoir avoir accès à un processus judiciaire équitable qui soit lui-même compatible avec la *Charte*. S’exprimant au nom de notre Cour à la majorité, le juge en chef Dickson a établi une distinction d’avec *Dolphin Delivery* car l’injonction dans cette affaire visait à résoudre «un différend purement privé» (p. 243). Remarquant que la cour avait agi pour des motifs de «caractère entièrement «public»», le juge en chef Dickson a ajouté, à la p. 244:

The criminal law is being applied to vindicate the rule of law and the fundamental freedoms protected by the *Charter*. At the same time, however, this branch of the criminal law, like any other, must comply with the fundamental standards established by the *Charter*.

These cases suggest that court orders in the criminal sphere which affect the accused's *Charter* rights or procedures by which those rights may be vindicated must themselves conform to the *Charter*. This is consistent with the fact that many *Charter* rights clearly contemplate review of judicial acts or omissions. As Professor Hogg points out (at p. 34-15), nearly all of the rights guaranteed to criminal defendants by s. 11 of the *Charter* entail some sort of action on the part of courts. Many of the other legal rights included in the *Charter*, such as ss. 12, 13 and 14, also contemplate judicial action.

L'Heureux-Dubé J. suggests that the *Charter* is applicable only to certain judicial activity, rather than court orders *per se*. With respect, I do not see this as a tenable distinction. The judge's order is the effective distillation of judicial activity; consequently it is upon the order that one must focus.

The question of what court orders attract the *Charter* is a large question, the answer to which is best determined on a case-to-case basis. For present purposes, it is sufficient to observe that *Rahey* and *B.C.G.E.U.* delineate one area in which orders of a court will be subject to *Charter* scrutiny. Court orders in the criminal sphere which affect *Charter* rights or the ability to enforce them are themselves subject to the *Charter*. This much, at a minimum, is required if *Charter* rights are to be meaningful.

Il s'agit de l'application du droit criminel pour défendre la primauté du droit et les libertés fondamentales garanties par la *Charte*. En même temps, toutefois, on doit dans cette branche du droit criminel, comme dans n'importe quelle autre, se conformer aux normes fondamentales établies par la *Charte*.

Ces affaires donnent à entendre que les ordonnances judiciaires rendues en matière criminelle qui portent atteinte aux droits garantis par la *Charte* à un accusé ou aux procédures par lesquelles ces droits peuvent être défendus, doivent elles-mêmes se conformer à la *Charte*. De nombreux droits garantis par la *Charte* prévoient d'ailleurs manifestement le contrôle d'actes ou omissions judiciaires. Comme le professeur Hogg le souligne (à la p. 34-15), pour ainsi dire tous les droits garantis par l'art. 11 de la *Charte* aux défendeurs dans les procès criminels entraînent quelque action des tribunaux. Plusieurs des autres garanties juridiques prévues dans la *Charte*, comme aux art. 12, 13 et 14, envisagent également l'action judiciaire.

Selon le juge L'Heureux-Dubé, la *Charte* s'applique seulement à une certaine activité judiciaire, plutôt qu'aux ordonnances judiciaires comme telles. En toute déférence, je ne vois pas là une distinction défendable. En rendant une ordonnance, le juge se trouve effectivement à exercer une activité judiciaire; c'est donc sur l'ordonnance que l'on doit porter notre attention.

La question de savoir quelles ordonnances judiciaires entraînent l'application de la *Charte* est générale, et est mieux résolue au cas par cas. Pour les fins de l'espèce, il suffit de dire que les arrêts *Rahey* et *B.C.G.E.U.*, précités, circonscrivent une sphère de l'intérieur de laquelle les ordonnances judiciaires seront assujetties à un examen fondé sur la *Charte*. Les ordonnances judiciaires en matière criminelle qui portent atteinte aux droits garantis à l'accusé par la *Charte* ou à la capacité de les faire exécuter sont elles-mêmes assujetties à l'application de la *Charte*. C'est là le minimum requis si l'on souhaite que les droits garantis par la *Charte* aient un sens.

The case at bar falls into this category. The publication ban was related to the protection of the accused's constitutional right to a fair trial, just as in *Rahey* the order related to the accused's right to a timely trial. In both cases the *Charter* must apply. From the perspective of *B.C.G.E.U.*, the ban may be viewed as a case of the "criminal law . . . being applied to vindicate the rule of law and the fundamental freedoms protected by the *Charter*" (p. 244). It follows that the *Charter* applies to the order under appeal.

2. Procedural Matters

If the *Charter* applies to publication bans, the question arises of the procedure to be followed by a person who wishes to challenge a ban on the ground that it violates the *Charter*. The parties to the litigation may use the existing procedures. The problem is that these procedures, premised on a simple contest between the Crown and the accused, or between litigating parties, do not contemplate motions and appeals brought by third parties, such as the media. Those parties now may assert *Charter* rights and guarantees. How are they to assert those rights?

The cardinal principle underlying these procedural issues is that the courts must be able to provide a full and effective remedy for any *Charter* infringement. I am of the view that a full and effective remedy requires more than the opportunity to address the trial court prior to the issuance of the ban. It must include recourse to an appellate tribunal. The scope of *Charter* rights is often unclear. A person who alleges that his or her *Charter* rights have been infringed must be permitted to challenge a narrow interpretation and seek resolution of their ambit on appeal. The appellate procedures which the Chief Justice has outlined satisfy this minimal requirement. While they involve some extension of the common law remedy of *certiorari*, I believe this extension is warranted in the case of appeals from press bans and hence justified under s. 24(1) of the *Charter*. The extension is warranted because there is no other way that over-

La présente affaire entre dans cette catégorie. L'interdiction de publication visait à protéger le droit constitutionnel des accusés à un procès équitable tout comme, dans l'affaire *Rahey*, l'ordonnance portait sur le droit de l'accusé à un procès dans un délai raisonnable. Dans les deux cas, la *Charte* doit s'appliquer. Dans l'optique de l'arrêt *B.C.G.E.U.*, précité, l'interdiction peut être considérée comme une affaire d'«application du droit criminel pour défendre la primauté du droit et les libertés fondamentales garanties par la *Charte*» (p. 244). Il s'ensuit que la *Charte* s'applique à l'ordonnance faisant l'objet de l'appel.

2. Questions procédurales

Si la *Charte* s'applique aux interdictions de publication, il s'agit de savoir comment doit s'y prendre la personne qui souhaite contester l'interdiction pour le motif qu'elle viole la *Charte*. Les parties au litige peuvent utiliser les procédures existantes. Toutefois, ces procédures, fondées sur un simple débat entre le ministère public et l'accusé, ou entre des parties opposées, ne prévoient pas les requêtes et les appels interjetés par des tiers, comme les médias. Ces derniers peuvent maintenant faire valoir des droits et des garanties prévus dans la *Charte*. Comment doivent-ils s'y prendre?

Ces questions de procédure reposent sur le principe capital selon lequel les tribunaux doivent pouvoir accorder une réparation pleine et efficace relativement à toute violation de la *Charte*. Je suis d'avis qu'une réparation pleine et efficace signifie davantage que la possibilité de se présenter devant le tribunal de première instance avant la délivrance de l'interdiction. Elle doit comprendre un recours à un tribunal d'appel. L'étendue des droits garantis par la *Charte* est souvent confuse. La personne qui allègue que les droits que lui garantit la *Charte* ont été violés doit avoir la possibilité de contester toute interprétation restrictive et de demander que la portée de ses droits soit délimitée en appel. Les procédures d'appel que le Juge en chef a exposées répondent à cette exigence minimale. Bien que ces procédures demandent un certain élargissement de la réparation de common law qu'est le *certiorari*, je suis d'avis que cet élargissement est justifié dans

broad publication bans can effectively be limited on appeal. Appeals from verdict prescribed by the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, do not cover orders for press bans. Absent an expanded common law appeal remedy such as that proposed by the Chief Justice, parties alleging an infringement of their freedom of expression by reason of the press ban would have no means of resolving the ambit of their rights on appeal. Given the approach to the first issue which I have proposed, a press ban might be challenged on the basis of error of law in that it constitutes a direct violation of the *Charter*.

Applied to press bans, the appeal routes proposed by the Chief Justice do not pose the problem of interrupting and delaying the criminal trial, a consequence against which this Court firmly set its face in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. The appeals from a press ban are collateral to the trial, and may proceed at any time without affecting the trial process. If the trial is concluded before the matter is resolved on appeal, that must be accepted as the price of protecting the accused's and the public's interest in prompt and expeditious resolution of criminal trials. The party contesting the ban may be denied an immediate right to report on the proceedings in question. But the appeal may still serve the overarching purpose required by the *Charter* of allowing the *Charter* rights at issue to be defined for a future day.

This leaves the problem of what would happen in a case of a third party appeal on an issue central to a trial. For example, a witness might decline to testify on certain matters on grounds of privilege. The trial judge might find no privilege and order the witness to testify. Could the witness then follow the same appeal procedures outlined by the

le cas d'appels d'interdictions de publication et, par conséquent, justifié sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*. Il est rendu légitime par l'absence de tout autre moyen de restreindre efficacement en appel les interdictions de publication excessivement larges. Les appels que le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, prévoit contre les verdicts ne visent pas les ordonnances de non-publication. À défaut d'un droit d'appel élargi en common law, comme celui que propose le Juge en chef, les parties qui allèguent que l'interdiction de publication porte atteinte à leur liberté d'expression n'auraient donc aucun moyen de faire préciser la portée de leurs droits en appel. Étant donné la manière dont j'ai proposé de traiter la première question, l'interdiction de publication pourrait être contestée sur le fondement de l'erreur de droit parce qu'elle va directement à l'encontre de la *Charte*.

Appliqués aux interdictions de publication, les moyens d'appel proposés par le Juge en chef n'engendrent aucune interruption ni retard du procès criminel, conséquence contre laquelle notre Cour s'est élevée catégoriquement dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. L'appel de l'interdiction de publication est accessoire au procès et peut se dérouler n'importe quand, sans entraver le procès. Il se peut que celui-ci prenne fin avant que l'affaire soit tranchée en appel, mais c'est là le prix qu'il faut être disposé à payer pour protéger le droit de l'accusé et du public à ce que les procès criminels soient résolus avec diligence et rapidité. La partie qui conteste l'interdiction peut se voir refuser le droit immédiat de faire état des procédures en question. Mais l'appel peut tout de même servir l'objectif général prescrit par la *Charte*, qui consiste à permettre que les droits en question, garantis par la *Charte*, soient délimités pour l'avenir.

Reste la question de savoir ce qu'il adviendrait de l'appel interjeté par un tiers sur une question essentielle au procès. Par exemple, un témoin pourrait refuser de témoigner sur certains points en invoquant un privilège. Le juge du procès pourrait conclure à l'encontre du privilège et ordonner au témoin de témoigner. Le témoin pourrait-il alors

Chief Justice? If so might the trial be interrupted? Such concerns lead L'Heureux-Dubé J. to reject any appeal rights in third parties.

I agree with L'Heureux-Dubé J. that the interruption of criminal trials by interlocutory and third party appeals must be eschewed. However, I am not convinced that the procedure proposed by the Chief Justice leads to this result. First, matters integral to the trial like whether a witness must divulge material claimed to be privileged, will often fall within the class of matters which may be appealed on an appeal from the verdict under the *Criminal Code*, arguably undercutting the need for expansion of common law appeal remedies. But more important, even if the third party were found to enjoy an immediate right of appeal, it does not follow that the trial would stop, pending the exercise of that right. Given the primacy of the principle that criminal trials are not to be interrupted by interlocutory appeals, the reviewing judge, whether proceeding by *certiorari* or on appeal, might properly defer decision until the termination of the criminal trial. Having said this, I must affirm that these are issues which are better left to a case where they squarely arise. My point is the modest one that adopting the procedures proposed by the Chief Justice should not be understood to derogate from the principle that criminal trials should not be interrupted and delayed for the purpose of pursuing interlocutory appeals.

I offer a final comment on this aspect of the case. While the procedures outlined by the Chief Justice meet the minimal requirements of the *Charter*, they are, as he acknowledges, far from perfect. I endorse his call for legislative action to provide clear and consistent *Charter* remedies, and strike the appropriate balance between the rights of those who allege their *Charter* rights are infringed, on the one hand, and the private and public interest

recourir aux procédures d'appel exposées par le Juge en chef? Dans l'affirmative, le procès serait-il interrompu? Ces questions ont amené le juge L'Heureux-Dubé à refuser tout droit d'appel aux tiers.

Je conviens avec elle qu'il faut éviter que les procès criminels soient interrompus par des appels interlocutoires et des appels interjetés par des tiers. Je ne suis toutefois pas convaincue que c'est l'effet que produirait la procédure proposée par le Juge en chef. D'une part, les questions qui font partie intégrante du procès, comme celle de savoir si un témoin doit divulguer des éléments qu'on allègue être privilégiés, entreront fréquemment dans la catégorie de questions dont il peut être interjeté appel dans le cadre d'un appel du verdict en vertu du *Code criminel*, ce qui atténue, pourrait-on soutenir, le besoin d'élargir les droits d'appel en common law. Qui plus est, même si on jugeait que le tiers jouit d'un droit d'appel immédiat, le procès ne serait pas interrompu en attendant que ce droit soit exercé. Compte tenu de la primauté du principe portant que les procès criminels ne doivent pas être interrompus par des appels interlocutoires, le juge siégeant en révision pourrait légitimement, à la suite d'un recours en *certiorari* ou d'un appel, repousser sa décision jusqu'à la fin du procès criminel. Cela étant dit, je dois affirmer que ce sont là des questions qu'il vaudrait mieux ne résoudre que lorsqu'elles se poseront directement. Je me contente modestement de dire que les procédures établies par le Juge en chef ne devraient pas être considérées comme une dérogation au principe suivant lequel les procès criminels ne doivent pas être interrompus ni retardés à l'avantage des appels interlocutoires.

J'aimerais apporter un dernier commentaire sur cet aspect de l'affaire. Si les procédures proposées par le Juge en chef satisfont aux exigences minimales de la *Charte*, elles sont toutefois, comme il le reconnaît lui-même, loin d'être parfaites. Comme lui, je fais appel au législateur pour qu'il prévoie des réparations claires et compatibles fondées sur la *Charte* et établisse un juste équilibre entre, d'une part, les droits de ceux qui allèguent

that criminal trials proceed expeditiously and without interruption, on the other.

3. Did the Publication Ban Violate the Charter?

Freedom of expression is a right fundamental to democratic society. Accordingly, this Court has taken the view that the ambit of the right must be generously interpreted, going so far as to hold that even hate propaganda falls within the guarantee. Limitations on the guarantee may not be assumed; as a general rule, they must be justified, under s. 1 of the *Charter*.

The expression at issue on this appeal — the right to broadcast a fictional cinematic work — falls squarely within the ambit of s. 2(b) as defined by previous cases. The ban interfered with the right of the actors, directors and producers of the film to express themselves. There can be no doubt that the ban limited the right of freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*.

The more difficult question is whether the ban can be justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on freedom of expression, judged by the standards of a free and democratic society. Accepting the ban is a “limit” on s. 2(b) rights “prescribed by law”, one must weigh the gravity of the infringement of s. 2(b) against the objective to which the ban was directed.

Applying the criteria developed by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, one looks first to the objective of the ban. It is clear. It was to preserve the respondents’ rights to a fair trial — in particular to avoid the risk that an impartial jury could not be sworn, or if sworn, could not render a true verdict because of the poisonous effects of the publication.

que les droits que leur garantit la *Charte* ont été violés et, d’autre part, le droit du particulier et du public à ce que les procès criminels se déroulent rapidement et sans interruption.

3. L’interdiction de publication a-t-elle violé la Charte?

Dans une société démocratique, la liberté d’expression est un droit fondamental. Par conséquent, notre Cour a déclaré que la portée du droit doit recevoir une interprétation généreuse, allant même jusqu’à conclure que la propagande haineuse est protégée par cette garantie. Les restrictions à la garantie ne peuvent être présumées; en règle générale, elles doivent être justifiées aux termes de l’article premier de la *Charte*.

L’expression en cause dans le présent pourvoi — le droit de diffuser un ouvrage cinématographique fictif — relève clairement de la portée de l’al. 2b), circonscrite dans des affaires précédentes. L’interdiction entravait le droit des acteurs, des réalisateurs et des producteurs du film de s’exprimer. Il ne saurait faire de doute que l’interdiction restreignait leur liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte*.

Plus complexe est la question de savoir si l’interdiction peut se justifier au regard de l’article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable à la liberté d’expression, en fonction des normes d’une société libre et démocratique. En tenant pour acquis que l’interdiction est une «limite» aux droits garantis par l’al. 2b), prescrite par «une règle de droit», il faut évaluer la gravité de la violation de l’al. 2b) par rapport à l’objectif visé par l’interdiction.

Suivant les critères que notre Cour a énoncés dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, on considère d’abord l’objectif de l’interdiction. Il est manifeste. Il visait à protéger le droit des intimés à un procès équitable — en particulier, à éviter le risque qu’un jury impartial ne puisse être assermenté, ou s’il l’était, qu’il ne puisse rendre un verdict honnête en raison des incidences néfastes de la publication.

The next step is whether the infringement is proportionate to, or justified by, this goal. Proportionality in this sort of case is not a question of deciding where the balance should be struck between a fair trial and freedom of expression. The right to a fair trial is fundamental and cannot be sacrificed. I agree with the Chief Justice that in general, the conflict model is largely inappropriate. Fair trials and open discussion tend to go hand in hand. Nevertheless, in some instances, such as that in the current case, unlimited free expression may interfere with the accused's right to a fair trial. As Dickson C.J. said for the Court in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 467-68:

On the other side, however, it is equally obvious that free speech or expression is not an absolute, unqualified value. Other values must be weighed with it. Sometimes these other values supplement, and build on, the value of speech. But in other situations there is a collision. When that happens the value of speech may be cut back if the competing value is a powerful one. . . . We also have laws imposing restrictions on the press in the interests of, for example, ensuring a fair trial or protecting the privacy of minors or victims of sexual assaults.

There thus may be cases where special circumstances are presented which indicate a serious risk (as opposed to a speculative possibility) that a fair jury could not be sworn or, where jurors have already been sworn, that publicity might somehow find its way to them and prejudice them. In these cases, a ban may be justified, provided that it goes no further than required to avoid the demonstrated risk of an unfair trial.

The common law test for whether a ban should be ordered is that there is a real and substantial risk that a fair trial would be impossible if publication were not restrained. Properly applied, that test meets the requirements of justification of an infringing measure under s. 1 — that the infringement be rationally connected to the goal, that it be minimally intrusive, and that it be proportionate to

L'étape suivante consiste à déterminer si la violation est proportionnelle à son objectif, ou justifiée par celui-ci. Dans une affaire comme celle en l'espèce, il ne s'agit pas de déterminer où se situe l'équilibre entre un procès équitable et la liberté d'expression. Le droit à un procès équitable est fondamental et ne peut être sacrifié. Je conviens avec le Juge en chef qu'en général, le principe du conflit est tout à fait inadéquat. Les procès équitables et la discussion ouverte tendent à aller de pair. Néanmoins, il se peut que, dans certains cas, comme celui en l'espèce, une liberté d'expression illimitée fasse entrave au droit de l'accusé à un procès équitable. Comme le juge en chef Dickson l'a affirmé pour notre Cour dans *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 467 et 468:

Toutefois, il est par ailleurs également évident que la liberté de parole ou d'expression n'est pas une valeur absolue et inconditionnelle. Il faut tenir compte de certaines autres valeurs. Quelquefois ces autres valeurs viennent compléter la liberté de parole et ajouter à celle-ci. Toutefois, dans d'autres situations elles sont en conflit. Lorsque cela se produit, la liberté de parole peut être réduite si la valeur qui est en conflit avec elle est puissante. [. . .] Nous avons également des lois qui imposent des restrictions à la presse afin, par exemple, d'assurer un procès équitable ou de protéger la vie privée des mineurs ou des victimes d'agressions sexuelles.

Il peut donc y avoir des cas où des circonstances particulières indiquent qu'il y a un risque élevé (par opposition à une possibilité conjecturale) qu'aucun jury impartial ne puisse être assermenté ou, si les jurés ont déjà été assermentés, que la publicité puisse de quelque façon se rendre à eux et les prédisposer. Dans ce cas, l'interdiction peut être justifiée, pour autant qu'elle se limite à ce qui est nécessaire pour éliminer le risque établi que le procès soit inéquitable.

En common law, le critère qui sert à déterminer si une interdiction doit être ordonnée est de se demander s'il existe un risque réel et important qu'il soit impossible d'avoir un procès équitable, si l'on n'ordonne pas la non-publication. Appliqué correctement, ce critère satisfait aux exigences de justification, aux termes de l'article premier, d'une mesure qui viole un droit — la violation a un lien

the benefit achieved. What is required is that the risk of an unfair trial be evaluated after taking full account of the general importance of the free dissemination of ideas and after considering measures which might offset or avoid the feared prejudice. ^a What must be guarded against is the facile assumption that if there is any risk of prejudice to a fair trial, however speculative, the ban should be ordered. The courts are the guardians not only of the right to a fair trial but of freedom of expression. ^b Both must be given the most serious consideration.

Rational connection between a broadcast ban and the requirements of a fair and impartial trial require demonstration of the following. First, it would seem necessary to show that many people eligible to sit as jurors would see the broadcast; conversely, if a substantial number would not see it, there should be no problem selecting a jury from among them. ^c Second, it must be shown that publication might confuse or predispose potential jurors. In the case of a fictional work, it should be shown that jurors will not be able to separate broadcast fiction from reality. ^d Third, it must be shown that any confusion may not be dispelled by proper direction or by other measures, such as judicial directions, change of the venue of the trial, or more exacting jury selection processes. ^e If after considering all such matters, the judge is still left with a real concern that there is a substantial risk the trial may be rendered unfair, a rational connection between the infringement of freedom of expression and the ban will have been established. ^f

Once the rational connection has been established, the judge must go on to ensure that the ban is minimally intrusive, i.e., that it impinges on freedom of expression no further than is actually required to avoid the risk of an unfair trial. ^g It must be confined to the minimum geographical area required. ^h It must not extend to more forms of

rationnel avec l'objectif, elle porte le moins possible atteinte au droit, et elle est proportionnelle au bénéfice atteint. Il est donc nécessaire d'évaluer le risque qu'un procès soit inéquitable après avoir bien tenu compte de l'importance générale de la libre transmission des idées et avoir considéré des mesures susceptibles d'éliminer ou d'éviter le préjudice redouté. ^a Il faut se garder de présumer systématiquement que, s'il y a risque de préjudice à un procès équitable, aussi conjectural soit-il, l'interdiction devrait être ordonnée. Les tribunaux sont les gardiens non seulement du droit à un procès équitable, mais aussi de la liberté d'expression. ^b Les deux garanties doivent être traitées avec la plus grande déférence. ^c

En ce qui concerne le lien rationnel entre l'interdiction de diffuser et les exigences relatives à un procès juste et équitable, il faut établir ce qui suit. ^d D'une part, il semblerait nécessaire de démontrer qu'un grand nombre de personnes ayant qualité pour agir comme juré verraient la diffusion; inversement, si un nombre important de personnes ne la voyait pas, la sélection du jury parmi elles ne devrait poser aucune difficulté. ^e D'autre part, on doit démontrer que la publication risque de semer la confusion chez les jurés éventuels ou de les prédisposer. Dans le cas d'une œuvre fictive, il faudrait démontrer l'incapacité pour les jurés de distinguer la fiction de la réalité. ^f Enfin, il faut établir que toute confusion ne peut être dissipée par des directives appropriées ou par d'autres mesures, comme les instructions d'un juge, le changement de lieu du procès, ou un processus de sélection du jury plus exigeant. ^g Si, après avoir considéré tous ces éléments, le juge croit toujours fermement qu'il y a un risque considérable que le procès soit rendu inéquitable, on aura établi un lien rationnel entre la violation de la liberté d'expression et l'interdiction. ^h

Une fois le lien rationnel démontré, le juge doit faire en sorte que l'interdiction porte le moins possible atteinte au droit en question, c'est-à-dire qu'elle ne porte atteinte à la liberté d'expression que dans la mesure où elle élimine le risque d'un procès inéquitable. ⁱ Elle ne doit pas outrepasser la région géographique nécessaire, ni s'étendre à plus

expression or media of dissemination than necessary. And it must cease at the earliest possible time consistent with removing the risk of an unfair trial.

In the case at bar, the judge ordering the ban failed to direct herself sufficiently to the sort of considerations which go to establishing rational connection and minimal impairment. It follows that the ban cannot be supported.

4. Disposition

I would allow the appeal and set aside the ban.

Appeal allowed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondents: Fedorsen, Shoniker, Toronto.

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

Solicitors for the intervener John Newton Smith: Grey Casgrain, Montreal.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Journalists: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

de formes d'expression ou de moyens de diffusion que nécessaire. Enfin, elle doit expirer le plus tôt possible, suivant ce qui est requis pour éliminer le risque que le procès soit inéquitable.

En l'espèce, le juge qui a ordonné l'interdiction ne s'est pas suffisamment penché sur les facteurs dont il faut tenir compte pour établir le lien rationnel et l'atteinte minimale. Il s'ensuit que l'interdiction ne peut être maintenue.

4. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'interdiction.

Pourvoi accueilli, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ et GONTHIER sont dissidents.

Procureurs des appelants: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs des intimés: Fedorsen, Shoniker, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intervenant John Newton Smith: Grey Casgrain, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des journalistes: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Canadian Broadcasting Corporation *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen, the Alleged Victims, Doug McConachie, Armadale Communications and Canadian Press *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. S. (T.)

File No.: 23596.

1994: January 24, 25; 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 SASKATCHEWAN

Criminal law — Publication bans — Young offender charged with sexual offences on two children — Youth court judge banning publication of evidence and proceedings at young offender's trial until trials of other accused involving same complainants completed — Whether media can challenge publication ban.

Appeal — Publication bans — Publication ban imposed in criminal proceedings — Ban issued under judge's common law or legislated discretionary authority — Avenues available for third parties to challenge ban.

A young offender was charged with a number of criminal offences, including sexual assaults on two children. Her trial was the first of a series of related trials involving the same complainants. The other accused were all adults. The Crown in the youth court trial applied for a non-publication order and the CBC and other news media were granted status to make representations on the application. The youth court judge banned

La Société Radio-Canada *Appelante*

a

Sa Majesté la Reine, les victimes présumées, Doug McConachie, Armadale Communications et la Presse canadienne *Intimés*

et

c **Le procureur général de l'Ontario** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. S. (T.)

d N° du greffe: 23596.

1994: 24, 25 janvier; 1994: 8 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Interdictions de publication — Jeune contrevenante accusée d'avoir commis des infractions sexuelles contre deux enfants — Interdiction par le juge du tribunal pour adolescents de publier la preuve et les procédures au procès de la jeune contrevenante jusqu'à ce que les procès des autres accusés mettant en cause les mêmes plaignants soient terminés — Les médias peuvent-ils contester l'interdiction de publication?

Appel — Interdictions de publication — Interdiction de publication ordonnée dans le cadre de procédures criminelles — Interdiction prononcée par le juge en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative — Moyens de contestation de l'interdiction ouverts aux tiers.

Une jeune contrevenante a été accusée de plusieurs infractions criminelles, dont des agressions sexuelles contre deux enfants. Son procès était le premier d'une série de procès reliés, mettant en cause les mêmes plaignants. Les autres accusés étaient tous des adultes. Au procès devant le tribunal pour adolescents, le ministère public a présenté une demande visant à obtenir une ordonnance de non-publication, et la SRC et d'autres

the publication of the evidence and proceedings at the young offender's trial until the trials of the other accused were completed. The CBC challenged the order on the ground that the youth court judge had gone too far in applying the common law rule governing publication bans, and in so doing had violated the CBC's freedom of expression. The Court of Appeal dismissed the appeal, holding that the CBC had no right of appeal to the Court of Appeal and that the court had no jurisdiction to hear the appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major J.J.: The general principles and practices enunciated in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, on the jurisdictional issue should be adopted. The Crown's application for a ban was correctly brought before the judge in charge of the youth court trial and the CBC should have made an application for *certiorari* to a superior court judge to challenge the publication ban order. The Court of Appeal did not have jurisdiction to hear the CBC's appeal. While this Court has jurisdiction to hear the appeal from the Court of Appeal's decision, it does not have jurisdiction to review the order itself. Had the CBC applied for *certiorari* to a superior court judge, an appeal would have been available to the Court of Appeal under s. 784(1) of the *Criminal Code* and then to this Court under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. It is not open to this Court to grant leave to appeal the order itself *proprio motu*, *nunc pro tunc*, *ex post facto* since there is no direct appeal avenue to this Court from an order banning publication made by a provincial court judge.

Per La Forest J.: Subject to the comments in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, Lamer C.J.'s reasons were agreed with.

Per L'Heureux-Dubé J.: The CBC had no right of appeal to the Saskatchewan Court of Appeal or to this Court since there is no third party right of appeal from an interlocutory criminal order. While a third party can challenge an interlocutory criminal order by way of *cer-*

médias ont obtenu l'autorisation de présenter des observations relativement à la demande. Le juge du tribunal pour adolescents a interdit la publication de la preuve et des procédures au procès de la jeune contrevenante jusqu'à ce que les procès des autres accusés soient terminés. La SRC a attaqué l'ordonnance en invoquant comme motif que, en appliquant la règle de common law qui régit les interdictions de publication, le juge du tribunal pour adolescents est allé trop loin et a ainsi violé son droit à la liberté d'expression. La Cour d'appel a rejeté l'appel, concluant qu'elle n'avait pas compétence pour entendre l'appel et qu'en outre la SRC n'avait aucun droit d'interjeter appel devant elle.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Les pratiques et les principes généraux relatifs à la question de compétence, exposés dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, sont adoptés. Le ministère public a à juste titre présenté la demande en interdiction devant le juge qui présidait le procès au tribunal pour adolescents, et la SRC aurait dû demander un bref de *certiorari* à un juge d'une cour supérieure pour contester l'ordonnance de non-publication. La Cour d'appel n'avait pas compétence pour entendre l'appel de la SRC. Bien qu'elle ait compétence pour entendre l'appel de la décision de la Cour d'appel, notre Cour n'a pas compétence pour réviser l'ordonnance elle-même. Si la SRC avait demandé un bref de *certiorari* à un juge d'une cour supérieure, elle aurait alors pu interjeter appel de cette décision devant la Cour d'appel, en vertu du par. 784(1) du *Code criminel*, après quoi un appel auprès de notre Cour aurait été possible en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Notre Cour ne peut accorder l'autorisation d'en appeler de l'ordonnance *proprio motu*, *nunc pro tunc*, *ex post facto* puisqu'il n'existe aucun moyen d'en appeler directement à notre Cour d'une ordonnance de non-publication rendue par un juge d'une cour provinciale.

Le juge La Forest: Sous réserve des commentaires formulés dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés.

Le juge L'Heureux-Dubé: La SRC n'avait aucun droit d'appel ni devant la Cour d'appel de la Saskatchewan ni devant notre Cour puisqu'il n'existe pas d'appel de la part de tiers d'une ordonnance interlocutoire en matière criminelle. Même si un tiers peut se pourvoir à l'encontre d'une ordonnance interlocutoire en matière criminelle par voie de *certiorari* là où l'ordonnance en

tiorari where such an order was issued by a provincial court judge, the CBC made no such challenge.

Where the order being reviewed is the product of a provincial court judge's legally authorized discretion, a challenge by way of *certiorari* should only rarely succeed. This extraordinary remedy cannot be used to substitute one judge's discretion for that of another. Furthermore, a discretionary order *per se* cannot be challenged on *Charter* grounds as the *Charter* does not apply to court orders *per se*. While the *Charter* applies to common law rules authorizing such court orders, the common law rule governing the issuance of publication bans in criminal proceedings is consistent with the *Charter* and, consequently, any challenge to this aspect of the common law must fail. The question of whether the remedial powers of *certiorari* ought to be enlarged should be left for an appropriate case.

Per McLachlin J.: For the reasons given on the jurisdictional issue in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, Lamer C.J.'s disposition is agreed with.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Followed: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; **referred to:** *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Re Church of Scientology of Toronto and The Queen (No. 6)* (1986), 27 C.C.C. (3d) 193.

By La Forest J.

Referred to: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

By McLachlin J.

Referred to: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

question a été rendue par un juge d'une cour provinciale, la SRC n'a pas adopté cette voie.

Lorsque l'ordonnance qui fait l'objet de la révision ressort de la discrétion judiciaire légalement autorisée d'un juge d'une cour provinciale, un pourvoi par voie de *certiorari* devrait rarement réussir. Le *certiorari* est une voie de recours exceptionnelle et ne saurait servir à substituer la discrétion d'un juge à celle d'un autre juge. En outre, une ordonnance de nature discrétionnaire ne saurait être attaquée en vertu de la *Charte* puisque celle-ci ne s'applique pas aux ordonnances judiciaires *per se*. Bien que la *Charte* s'applique aux règles de common law qui autorisent la délivrance de telles ordonnances, la règle de common law qui régit la délivrance d'ordonnances de non-publication lors de procédures criminelles est conforme à la *Charte*. Toute attaque de cet aspect de la common law ne saurait donc réussir. La question de savoir si les pouvoirs de réparation en vertu d'un *certiorari* doivent être élargis devrait être tranchée dans un cas approprié.

Le juge McLachlin: Pour les motifs donnés sur la question de la compétence dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, la façon dont le juge en chef Lamer tranche le pourvoi est acceptée.

Jurisprudence

f Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt suivi: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; **arrêts mentionnés:** *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Re Church of Scientology of Toronto and The Queen (No. 6)* (1986), 27 C.C.C. (3d) 193.

Citée par le juge La Forest

h **Arrêt mentionné:** *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

i **Arrêt mentionné:** *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Citée par le juge McLachlin

j **Arrêt mentionné:** *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 24(1).

Constitution Act, 1982, s. 52(1).

Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, c. C-42, s. 6.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 486 [am. c. 19 (3rd Supp.), s. 14; am. c. 23 (4th Supp.), s. 1], 674, 784(1).

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40 [am. c. 34 (3rd Supp.), s. 3; am. 1990, c. 8, s. 37].

Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 39 [am. c. 24 (2nd Supp.), s. 30].

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1993), 109 Sask. R. 96, 42 W.A.C. 96, 82 C.C.C. (3d) 352, 15 C.R.R. (2d) 263, dismissing the appellant's appeal from a non-publication order. Appeal dismissed.

Bryan E. Salte, G. D. Dufour and Daniel J. Henry for the appellant.

Graeme G. Mitchell, for the respondent Her Majesty the Queen.

Michal Fairburn, for the intervener.

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

LAMER C.J. —

I. Factual and Procedural Background

T.S., now 22 years of age, was charged with a number of offences under the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1. It was alleged that between May 1, 1988 and July 31, 1991 she had committed sexual assaults on two children, touched them for sexual purposes, confined them, threatened to use a weapon on one of them, and uttered a threat to cause death to one of them.

The respondent Crown made an application under s. 486 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 39 of the *Young Offenders Act* and the common law for either an order of non-publication

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486 [mod. ch. 19 (3^e suppl.), art. 14; mod. ch. 23 (4^e suppl.), art. 1], 674, 784(1).

Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, ch. C-42, art. 6.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40 [mod. ch. 34 (3^e suppl.), art. 3; mod. 1990, ch. 8, art. 37].

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 39 [mod. ch. 24 (2^e suppl.), art. 30].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1993), 109 Sask. R. 96, 42 W.A.C. 96, 82 C.C.C. (3d) 352, 15 C.R.R. (2d) 263, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelante contre une ordonnance de non-publication. Pourvoi rejeté.

Bryan E. Salte, G. D. Dufour et Daniel J. Henry pour l'appelante.

Graeme G. Mitchell, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

Michal Fairburn, pour l'intervenant.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Les faits et la procédure

T.S., maintenant âgée de 22 ans, a été accusée de plusieurs infractions en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1. On a allégué qu'entre le 1^{er} mai 1988 et le 31 juillet 1991, elle avait commis des agressions sexuelles contre deux enfants, les a touchés à des fins sexuelles, les a séquestrés, a menacé l'un d'eux d'utiliser une arme et a proféré une menace de mort à l'endroit de l'un d'eux.

En vertu de l'art. 486 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, de l'art. 39 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* et de la common law, le ministère public intimé a présenté une demande

of any of the evidence or an order of non-publication of evidence relating to the allegations of the children. The appellant, the respondent Armadale Communications and media representatives, sought leave to make representations in relation to the application. The trial of T.S. was the first of a series of related trials, involving the same complainants, but her trial was the only one where a request for a restriction on publication of evidence was made.

A *voir dire* was held and Lavoie Prov. Ct. J. of the provincial youth court ruled that media representatives could be present but could not cross-examine the witnesses. They were allowed to submit oral or written arguments but were not given leave to call *viva voce* evidence or to file affidavit evidence. However, they were allowed to re-apply to the court for such leave at any stage of the *voir dire*.

On March 3, 1993, Lavoie Prov. Ct. J. granted the application and ordered the prohibition of the publication of all of the evidence and proceedings in this trial (except the ruling on the *voir dire* and the verdict therein) until the trials involving the same complainants were completed. The appellant appealed the decision on the *voir dire* to the Court of Appeal for Saskatchewan. On March 11, 1993, the Court of Appeal ruled (with reasons to follow) that it did not have jurisdiction to hear the appeal. On May 25, 1993, the Court of Appeal released its reasons: (1993), 109 Sask. R. 96, 42 W.A.C. 96, 82 C.C.C. (3d) 352, 15 C.R.R. (2d) 263. On October 14, 1993, leave to appeal the Court of Appeal decision to the Supreme Court of Canada was granted, [1993] 3 S.C.R. v.

II. Decisions Below

Provincial Youth Court

Lavoie Prov. Ct. J. held that he had no statutory power to ban publication in this case. However, he held that there was power at common law to make an order banning publication. He then held that:

visant à obtenir soit une ordonnance de non-publication de toute la preuve, soit une ordonnance de non-publication de la preuve relative aux allégations des enfants. L'appelante, l'intimée Armadale Communications et des représentants des médias ont demandé l'autorisation de présenter des observations relativement à la demande. Le procès de T.S. était le premier d'une série de procès reliés, mettant en cause les mêmes plaignants, mais son procès était le seul où a été présentée une demande de restriction de publication de la preuve.

Un voir-dire a été tenu et le juge Lavoie du tribunal pour adolescents de la province a statué que les représentants des médias pouvaient être présents mais ne pouvaient pas contre-interroger les témoins. Ils ont été autorisés à présenter des arguments oraux ou écrits, mais non à produire des témoignages oraux ou par affidavit. Ils ont toutefois été autorisés à présenter une nouvelle demande d'autorisation à toute étape du voir-dire.

Le 3 mars 1993, le juge Lavoie a accueilli la demande et ordonné l'interdiction de publication de la totalité de la preuve et des procédures dans ce procès (sauf la décision sur le voir-dire et le verdict) jusqu'à ce que les procès mettant en cause les mêmes plaignants soient terminés. L'appelante a porté devant la Cour d'appel de la Saskatchewan la décision rendue sur le voir-dire. Le 11 mars 1993, celle-ci a décidé (motifs à suivre) qu'elle n'avait pas compétence pour entendre l'appel. Elle a déposé ses motifs le 25 mai 1993: (1993), 109 Sask. R. 96, 42 W.A.C. 96, 82 C.C.C. (3d) 352, 15 C.R.R. (2d) 263. Le 14 octobre 1993, l'autorisation d'en appeler de la décision de la Cour d'appel devant la Cour suprême du Canada a été accordée, [1993] 3 R.C.S. v.

II. Les décisions des instances inférieures

Le tribunal pour adolescents de la province

Le juge Lavoie a conclu que la loi ne lui donnait pas le pouvoir d'interdire la publication dans cette affaire. Il a cependant conclu à l'existence d'un pouvoir reconnu par la common law de rendre une ordonnance interdisant la publication. Il a alors conclu:

As to publication, there are two important but competing issues. First, the ever-important and at times almost overwhelming need to protect the child victim witness during a court process and prevent that which “would be seriously injurious or seriously prejudicial” to them as contemplated by s. 39 of the Young Offenders Act. Secondly, the freedom of expression including freedom of the press under s. 2(b) and the right to a “public hearing” under s. 11(d) of the Charter. The role of the court is to find a procedure which will best balance and protect these two, in this case, opposing issues. A solution which may be perfect in relation to one interest may not be so for the other. The court must be evermindful that the procedure be a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

He noted that the Crown was asking for non-publication not only for the protection of the child witnesses but also to protect the integrity and fairness of the trials of the adult accused which will take place in the Court of Queen’s Bench.

Lavoie Prov. Ct. J. found that the evidence in relation to the fears of the children did not establish that publication of the proceedings would destroy any further counselling although it could delay therapy or possibly make it more difficult. Nevertheless, he ruled that:

There will be an order of non-publication of the evidence and proceedings in this trial, except this ruling on the voir dire and the verdict herein, by any means and in any way including any document, book, newspaper or broadcast. Such order shall be in effect until a verdict is rendered in the trials of the charges, involving the same complainants, against the following adult accuseds . . . ; or the charges having been determined according to law by stay of proceeding, withdrawal, dismissal or other lawful disposition. For further clarity such order does not extend to any appeals that may occur after verdict is rendered in the trials.

Court of Appeal (1993), 109 Sask. R. 96

The Court of Appeal held that the Canadian Broadcasting Corporation (“CBC”) had no right of

[TRANSLATION] Quant à la publication, il y a deux points importants, mais opposés. Premièrement le besoin toujours important et parfois presque irrépressible de protéger le témoin victime en bas âge pendant une procédure judiciaire et de prévenir ce qui «aurait un effet néfaste ou très préjudiciable» pour lui comme l’envisage l’art. 39 de la Loi sur les jeunes contrevenants. Deuxièmement, la liberté d’expression, notamment la liberté de la presse reconnue à l’al. 2b) et le droit à un «procès public» reconnu à l’al. 11d) de la Charte. Le rôle de la cour est de trouver une procédure qui pondère et protège le mieux ces deux points opposés. Une solution qui peut être parfaite quant à un intérêt peut ne pas l’être quant à l’autre. La cour doit garder à l’esprit que la procédure doit constituer une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

Il a fait remarquer que le ministère public demandait la non-publication non seulement pour protéger les témoins enfants, mais aussi pour protéger l’intégrité et l’équité des procès des accusés adultes qui allaient avoir lieu devant la Cour du Banc de la Reine.

Le juge Lavoie a conclu que la preuve relative aux craintes des enfants n’établissait pas que la publication des procédures détruirait tout counselling ultérieur, quoiqu’elle pourrait retarder la thérapie ou éventuellement la rendre plus difficile. Il a néanmoins statué:

[TRANSLATION] Il y aura une ordonnance de non-publication de la preuve et des procédures dans ce procès, sauf de la présente décision sur le voir-dire et le verdict, par tous moyens et de toute manière, notamment tout document, livre, journal ou émission. Cette ordonnance demeurera en vigueur jusqu’à ce qu’un verdict soit rendu dans les procès sur les accusations, mettant en cause les mêmes plaignants, contre les accusés adultes suivants: [. . .]; ou jusqu’à ce que les accusations soient réglées conformément à la loi par arrêt des procédures, retrait, rejet, ou qu’il en soit autrement disposé d’une façon légitime. Pour plus de certitude, cette ordonnance ne s’applique à aucun appel qui pourrait être interjeté après que jugement sera rendu dans les procès.

La Cour d’appel (1993), 109 Sask. R. 96

La Cour d’appel a conclu que la Société Radio-Canada («SRC») n’avait aucun droit d’interjeter

appeal to the Court of Appeal and that the Court of Appeal had no jurisdiction to hear the appeal. Bayda C.J.S., writing for the court, began by noting that the trial judge had ordered the publication ban pursuant to a power vested in him by the common law. He further observed that the CBC had not claimed that the common law rule stated by Watt J. in *Re Church of Scientology of Toronto and The Queen (No. 6)* (1986), 27 C.C.C. (3d) 193 (Ont. H.C.), at p. 209, and applied by Lavoie Prov. Ct. J. was actually not the law. Nor had the CBC attacked the ruling on the ground that the common law rule was unconstitutional. Rather, Bayda C.J.S. noted, the CBC had attacked the order on the ground that Lavoie Prov. Ct. J., in applying the common law rule, had gone too far, and in so doing had violated the CBC's freedom of expression as embodied in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It was on this basis that the CBC sought to have the order set aside.

Bayda C.J.S. continued by observing that if the appeal before him were treated simply as an ordinary appeal in a criminal proceeding, then, following s. 674 of the *Criminal Code*, the CBC would have no right of appeal to the Saskatchewan Court of Appeal. Appeals are solely creatures of statute, Bayda C.J.S. remarked, and there is no inherent jurisdiction in any appeal court. Moreover, he declared, jurisdiction in this case could not be found in s. 6 of the Saskatchewan *Court of Appeal Act*, R.S.S. 1978, c. C-42: *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764. Similarly, jurisdiction could not be grounded in the inherent power vested in the Court of Appeal by s. 24(1) of the *Charter* and s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. In Bayda C.J.S.'s view, if the appeal in the case at bar were seen as an appeal from an interlocutory ruling by the trial court judge in the course of a criminal proceeding, then the fact that it involved an alleged *Charter* breach did not vest the Court of Appeal with any special power to hear an appeal. Rather, the right of appeal was governed by the same principles that applied to an appeal from an ordinary interlocutory

appel devant elle et qu'elle n'avait pas compétence pour entendre l'appel. Le juge en chef Bayda, s'exprimant au nom de la cour, a d'abord fait remarquer que le juge du procès avait rendu l'ordonnance de non-publication en vertu d'un pouvoir que lui reconnaît la common law. Il a en outre observé que la SRC n'avait pas prétendu que la règle de common law formulée par le juge Watt dans *Re Church of Scientology of Toronto and The Queen (No. 6)* (1986), 27 C.C.C. (3d) 193 (H.C. Ont.), à la p. 209, et appliquée par le juge Lavoie ne représentait pas l'état actuel du droit. La SRC n'avait pas non plus contesté la décision en invoquant l'inconstitutionnalité de la règle de common law. Le juge en chef Bayda a fait remarquer que la SRC avait plutôt attaqué l'ordonnance en invoquant comme motif que, en appliquant la règle de common law, le juge Lavoie était allé trop loin et avait ainsi violé son droit à la liberté d'expression reconnu à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. C'est pour ce motif que la SRC a demandé l'annulation de l'ordonnance.

Le juge en chef Bayda a poursuivi en disant que si l'appel dont il était saisi était traité simplement comme un appel ordinaire dans une procédure criminelle, alors, suivant l'art. 674 du *Code criminel*, la SRC n'aurait aucun droit d'appel devant la Cour d'appel de la Saskatchewan. Il a fait remarquer que les appels sont uniquement des créations de la loi et qu'aucune cour d'appel n'a de compétence inhérente. En outre, il a affirmé que l'art. 6 de la *Court of Appeal Act* de la Saskatchewan, R.S.S. 1978, ch. C-42, ne crée aucune compétence: *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764. De même, la compétence ne peut être fondée sur le pouvoir inhérent qu'accorde à la cour d'appel le par. 24(1) de la *Charte* et le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. De l'avis du juge en chef Bayda, si le présent pourvoi était considéré comme un appel d'une décision interlocutoire rendue par le juge du procès dans une procédure criminelle, le fait qu'il y aurait eu violation de la *Charte* n'a pas attribué à la Cour d'appel un pouvoir spécial d'entendre un appel. Le droit d'appel était plutôt régi par les mêmes principes que ceux qui s'appliquaient à un appel de

ruling (and there is no appeal from an interlocutory ruling made in a criminal proceeding).

Alternatively, if the appeal were characterized as an appeal from a final ruling (in so far as the CBC was concerned), Bayda C.J.S. noted that it was “important to keep in mind the nature of the *Charter* component upon which the C.B.C. relies as the basis for its appeal” (p. 104). He remarked (at p. 104):

C.B.C. has not appealed a ruling by a trial judge finding a violation by a governmental official of a person’s *Charter* right and awarding to the person a remedy under s. 24(1) of the *Charter* . . . Rather, C.B.C. contends that it was the trial judge himself who was the violator of C.B.C.’s s. 2(b) *Charter* right, and it was his ruling that created the violation. It now seeks a remedy under s. 24(1) to redress that violation. The remedy it seeks is a setting aside of the judge’s ruling.

Consequently, Bayda C.J.S. noted, the CBC was asking the Saskatchewan Court of Appeal to make an initial ruling respecting the alleged violation. This amounted to asking the Court of Appeal to act as the court of first instance under s. 24(1). Bayda C.J.S. stated (at p. 105):

In my respectful view, this court’s jurisdiction, whatever it may be, does not extend that far. The court by definition is not a court of first instance. Although the court does have original jurisdiction in situations involving a review by way of prerogative writs [citations omitted], the jurisdiction which C.B.C. seeks to engage in the present case is not that jurisdiction.

Furthermore, Bayda C.J.S. observed that in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, the Supreme Court of Canada had “held that a judge acting in his or her judicial capacity cannot be a *Charter* right violator and an order of a court cannot, for the purpose of a *Charter* application, constitute the necessary “governmental action” upon which to found a *Charter* violation and a consequential remedy to redress the violation. In short, although courts are bound by the *Charter* as

toute décision interlocutoire (et il n’existe aucun droit d’appel d’une décision interlocutoire rendue dans une procédure criminelle).

^a Subsidiairement, si l’appel était qualifié d’appel d’une décision définitive (en ce qui concerne la SRC), le juge en chef Bayda a signalé qu’il était [TRADUCTION] «important de ne pas oublier la nature de l’élément de la *Charte* sur lequel la SRC [a] fonde son appel» (p. 104). Il a ajouté (à la p. 104):

[TRADUCTION] La SRC n’a pas formé un appel contre une décision d’un juge du procès ayant conclu à une violation par un représentant de l’État d’un droit garanti par la *Charte* et accordant à la personne lésée une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* [. . .] La SRC fait plutôt valoir que c’est le juge du procès lui-même qui a violé le droit que lui garantit l’al. 2b) de la *Charte* et que c’est sa décision qui a constitué la violation. Elle cherche maintenant à obtenir une réparation fondée sur le par. 24(1) afin de remédier à la violation. La réparation qu’elle demande est l’annulation de la décision du juge.

^e Par conséquent, le juge en chef Bayda a fait remarquer que la SRC demandait à la Cour d’appel de la Saskatchewan de rendre une décision initiale concernant la violation alléguée. Cela revient à demander à la Cour d’appel d’agir comme la cour de première instance en vertu du par. 24(1). Il a conclu (à la p. 105):

[TRADUCTION] En toute déférence, j’estime que la compétence de notre cour, quelle qu’elle soit, ne va pas aussi loin. Par définition, notre cour n’est pas une cour de première instance. Bien qu’elle ait une compétence de première instance dans les cas de révision par voie de brefs de prérogative [références omises], ce n’est pas le genre de compétence que la SRC invoque en l’instance.

En outre, le juge en chef Bayda a fait remarquer que dans l’arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, le Cour suprême du Canada a [TRADUCTION] «conclu qu’un juge agissant en sa capacité judiciaire ne peut être un violeur de droits reconnus par la *Charte* et qu’une ordonnance judiciaire ne peut, pour les fins d’une demande fondée sur la *Charte*, constituer l’«action gouvernementale» nécessaire sur laquelle on peut fonder une violation de la *Charte* et une réparation

they are bound by all law, the *Charter* does not apply to court orders” (p. 105).

For these reasons, Bayda C.J.S. concluded that the Saskatchewan Court of Appeal had no jurisdiction to hear an appeal from Lavoie Prov. Ct. J.’s ruling. He remarked, however, at p. 107, that:

The nature of C.B.C.’s complaint and its legal inability to have the propriety of the ruling it received respecting that complaint immediately tested on appeal, leaves one with a sense of unease. Given the structure of our appellate law, it is Parliament, and Parliament alone, that is empowered to relieve that unease by providing some form of immediate appellate review — apart from s. 40 of the *Supreme Court Act*. . . .

He noted that in other contexts Parliament had been able to establish efficacious appeal procedures, and observed that the English Parliament had established appeal procedures in respect of publication ban orders.

III. Analysis

With respect to the general principles and practices for the jurisdictional question, I adopt my reasons in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. With respect to the application of the general principles and practices to the case at bar, I draw the following conclusions.

A. *The Facts*

The case of T.S. was being heard in the provincial youth court of Saskatchewan. The trials of the adult accused arising out of similar circumstances (Ronald Sterling, Linda Sterling, Travis Sterling, James Elstad, Darryl Ford, Edward Revesz, Darren Sabourin, John Popowich) were scheduled to commence in the Saskatoon Queen’s Bench Court (provincial superior court) in May 1993 and to be heard continuously and consecutively until sometime in 1994.

résultante qui corrigera la violation. En résumé, bien que les tribunaux soient liés par la *Charte*, comme ils le sont par toute autre règle de droit, la *Charte* ne s’applique pas à leurs ordonnances» (p. 105).

Pour ces motifs, le juge en chef Bayda a conclu que la Cour d’appel de la Saskatchewan n’avait pas compétence pour entendre un appel de la décision du juge Lavoie de la Cour provinciale. Toutefois, il a ajouté, à la p. 107:

[TRADUCTION] La nature de la plainte de la SRC et son incapacité en droit à faire examiner immédiatement dans un appel la justesse de la décision qu’elle a obtenue relativement à cette plainte laissent planer un certain malaise. Étant donné la structure de notre droit en matière d’appel au Canada, c’est le législateur, et lui seul, qui a le pouvoir de dissiper ce malaise en prévoyant une certaine forme de contrôle immédiate par voie appel — autre que l’art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême* . . .

Il a fait remarquer que dans d’autres contextes, le législateur a pu établir des procédures efficaces d’appel et a souligné qu’en Angleterre, le législateur avait institué des procédures d’appel concernant les ordonnances de non-publication.

III. Analyse

Pour ce qui est des pratiques et des principes généraux pour la question de compétence, j’adopte les motifs que j’ai exposés dans l’arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Quant à l’application des pratiques et des principes généraux à la présente affaire, je tire les conclusions suivantes.

h A. *Les faits*

L’affaire T.S. était entendue par le tribunal pour adolescents de la Saskatchewan. Les procès des accusés adultes liés aux mêmes circonstances (Ronald Sterling, Linda Sterling, Travis Sterling, James Elstad, Darryl Ford, Edward Revesz, Darren Sabourin, John Popowich) devaient commencer en Cour du Banc de la Reine à Saskatoon (une cour supérieure d’une province) en mai 1993 et se poursuivre sans arrêt et successivement jusqu’à une date indéterminée en 1994.

B. *The Application of the Law to the Facts*

The Crown brought the motion to the correct judge (the judge in charge of the trial of T.S.). The CBC tried to appeal the trial judge's decision to the Court of Appeal. The CBC should have made an application for *certiorari* to a superior court judge because the trial judge was a judge in the provincial youth court and that is not a provincial superior court. If the application had been denied, then the CBC could have appealed the superior court judge's decision to the Court of Appeal (under s. 784(1) of the *Criminal Code*).

C. *The Disposition on Jurisdiction*

The Court of Appeal did not have jurisdiction to hear from the CBC. While this Court had jurisdiction to hear the appeal from the Court of Appeal decision, this Court does not have jurisdiction to review the order itself. The CBC should have made an application for *certiorari* to the superior court. From there, an appeal was available to the Court of Appeal under s. 784(1) of the *Criminal Code*. From there, an appeal was available to this Court under s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. Unlike in the companion case of *Dagenais*, it is not open to this Court to grant leave to appeal the order itself *proprio motu, nunc pro tunc, ex post facto*. There is no direct appeal avenue to the Supreme Court from an order banning publication made by a provincial court judge.

IV. Disposition

I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. — Subject to my reasons in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, issued concurrently, I agree with the Chief Justice.

B. *L'application du droit aux faits*

Le ministère public a présenté la requête devant le bon juge (le juge qui présidait le procès de T.S.). La SRC a tenté d'interjeter appel de la décision du juge de première instance à la Cour d'appel. Elle aurait dû demander un bref de *certiorari* à un juge d'une cour supérieure parce que le juge de première instance était un juge du tribunal pour adolescents de la province, lequel n'est pas une cour supérieure. Si la demande avait été rejetée, la SRC aurait alors pu interjeter appel de la décision du juge d'une cour supérieure à la Cour d'appel (en vertu du par. 784(1) du *Code criminel*).

C. *La conclusion sur la compétence*

La Cour d'appel n'avait pas compétence pour entendre l'appel de la SRC. Bien qu'elle ait compétence pour entendre l'appel de la décision de la Cour d'appel, notre Cour n'a pas compétence pour réviser l'ordonnance elle-même. La SRC aurait dû demander un bref de *certiorari* à la cour supérieure. En vertu du par. 784(1) du *Code criminel*, elle aurait alors pu interjeter appel de cette décision devant la Cour d'appel, après quoi un appel auprès de notre Cour aurait été possible en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Contrairement au pourvoi connexe *Dagenais*, notre Cour ne peut accorder rétropectivement, de son propre chef, l'autorisation, à valoir pour alors, d'en appeler de l'ordonnance. Il n'existe aucun moyen d'en appeler directement à la Cour suprême d'une ordonnance de non-publication rendue par un juge d'une cour provinciale.

h
IV. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

i
Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — Sous réserve des motifs que j'ai rédigés dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, rendu simultanément, je partage l'avis du Juge en chef.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have read the reasons of Lamer C.J. and agree that this appeal should be dismissed. I reach this conclusion, however, for somewhat different reasons.

First, as I wrote in the companion case of *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, there is no third party right of appeal from an interlocutory criminal order. This is true whether the order is issued by a superior court judge or a provincial court judge. In this respect, I agree fully with the reasons of Bayda C.J.S. and find that the appellant had no right of appeal to the Saskatchewan Court of Appeal and no right of appeal to this Court.

Nonetheless, while a third party cannot challenge an interlocutory criminal order by way of appeal, I agree with Lamer C.J. that a third party can challenge an interlocutory criminal order by way of *certiorari* where the interlocutory order in question was issued by a provincial court judge. In the case at hand, however, the appellant made no such challenge. Accordingly, it is not strictly necessary to discuss the scope of review under *certiorari* or the remedial power available to the reviewing judge under this extraordinary remedy. Nonetheless, I wish to emphasize that where the order being reviewed is, as here, the product of a provincial court judge's legally authorized discretion, a challenge by way of *certiorari* should only rarely succeed. *Certiorari* is an extraordinary remedy and cannot be used to substitute one judge's discretion for that of another. Furthermore, a discretionary order *per se* cannot be challenged on *Charter* grounds as the *Charter* does not, as I noted in *Dagenais*, apply to court orders *per se*.

While the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not apply to court orders *per se*, it does

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai pris connaissance de l'opinion du juge en chef Lamer et je suis d'accord que cet appel doit être rejeté. J'en arrive à cette conclusion, toutefois, pour des motifs différents.

En premier lieu, comme je l'ai écrit dans la cause connexe, *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, il n'existe pas d'appel de la part de tiers d'une ordonnance interlocutoire en matière criminelle. Ceci est vrai qu'il s'agisse d'une ordonnance rendue par un juge soit d'une cour supérieure soit d'une cour provinciale. À cet égard, je suis entièrement d'accord avec le juge en chef Bayda et je suis d'avis que l'appelante n'a aucun droit d'appel ni devant la Cour d'appel de la Saskatchewan ni devant notre Cour.

Malgré ce qui précède, même si un tiers ne peut en appeler d'une ordonnance interlocutoire en matière criminelle, je partage l'opinion du juge en chef Lamer à l'effet qu'un tiers peut se pourvoir à l'encontre d'une ordonnance interlocutoire en matière criminelle par voie de *certiorari* là où l'ordonnance en question a été rendue par un juge d'une cour provinciale. Dans la présente instance, cependant, l'appelante n'a pas adopté cette voie. En conséquence, il n'est pas strictement nécessaire de discuter de l'étendue du pouvoir de révision en matière de *certiorari* ni du pouvoir du juge de révision d'accorder une réparation en vertu de ce recours exceptionnel. Ceci dit, je tiens à souligner que, lorsque l'ordonnance qui fait l'objet de la révision ressort, comme ici, de la discrétion judiciaire légalement autorisée d'un juge d'une cour provinciale, un pourvoi par voie de *certiorari* devrait rarement réussir. Le *certiorari* est une voie de recours exceptionnelle et ne saurait servir à substituer la discrétion d'un juge à celle d'un autre juge. En outre, une ordonnance de nature discrétionnaire ne saurait être attaquée en vertu de la *Charte* puisque la *Charte* ne s'applique pas, comme je le note dans *Dagenais*, aux ordonnances judiciaires *per se*.

Alors que la *Charte canadienne des droits et libertés* n'a pas d'application aux ordonnances

apply to common law rules authorizing such court orders. However, this said, I concluded in *Dagenais* that the common law rule governing the issuance of publication bans in criminal proceedings is consistent with the *Charter*. Consequently, any challenge to this aspect of the common law must fail.

Finally, with respect to the remedial powers of *certiorari*, I agree with Lamer C.J. that currently they are limited to the power to quash the order or decision under review. I leave open the question of whether or not the expansion of these remedial powers proposed by Lamer C.J. in *obiter* comments in *Dagenais* is appropriate in the case of the judicial review of publication bans.

For the reasons outlined above, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — For the reasons given on the jurisdictional issue in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, released concurrently, I agree with the disposition of the Chief Justice.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Robertson Stromberg, Saskatoon.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen: W. Brent Cotter, Regina.

Solicitors for the interveners: S. Casey Hill and Michal Fairburn, Toronto.

judiciaires *per se*, elle s'applique toutefois aux règles de common law qui autorisent la délivrance de telles ordonnances. Ceci dit, j'ai conclu dans *Dagenais* que les règles de common law qui permettent la délivrance d'ordonnances de non-publication lors de procédures criminelles sont conformes à la *Charte*. Toute attaque à cet aspect de la common law ne saurait donc réussir.

Finalemment, en ce qui concerne les pouvoirs de réparation en vertu d'un *certiorari*, je suis d'accord avec le juge en chef Lamer qu'ils sont limités à l'annulation de l'ordonnance ou de la décision. Je ne me prononce pas sur la question de savoir si l'expansion des pouvoirs réparateurs que propose le juge en chef Lamer en *obiter* dans *Dagenais* est appropriée dans le cas de révision judiciaire des ordonnances de non-publication.

Pour ces motifs, je rejeterais l'appel.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Pour les motifs donnés sur la question de la compétence dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, rendu simultanément, je suis d'accord avec la façon dont le Juge en chef tranche le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: Robertson Stromberg, Saskatoon.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine: W. Brent Cotter, Regina.

Procureurs de l'intervenant: S. Casey Hill et Michal Fairburn, Toronto.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 6, 1994 Vol. 3

and Tables

Cited as [1994] 3 S.C.R. { i-xlvi
965-1115

6^e cahier, 1994 Vol. 3

et Tables

Renvoi [1994] 3 R.C.S. { i-xlvi
965-1115

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel are hereby notified of the following amendments to the *Supreme Court Act* and the *Criminal Code* which came into force on February 15, 1995, S.C. 1994, c. 44.

1. Remand power: Sections 43 and 46.1

The amendment to s. 43 of the *Supreme Court Act* and a new provision, s. 46.1, permit the Supreme Court of Canada to remand the whole or part of a case to the court appealed from or the court of first instance and to direct such further proceedings as seems just in the circumstances.

2. Stay: Sections 65 and 65.1

Section 65 of the *Supreme Court Act* has been amended to give concurrent jurisdiction with the Supreme Court of Canada to the court appealed from, or a judge thereof, to modify, vary or vacate the stay imposed by s. 65. In addition, s. 65.1 has been amended to give the court appealed from concurrent jurisdiction with the Supreme Court of Canada to order a stay of proceedings at the request of a party who has served and filed a notice of application for leave to appeal, or who intends to apply for leave to appeal, where delay would occasion a miscarriage of justice.

3. Section 79 — Entry of cases

Section 79 of the *Supreme Court Act* has been amended to enable the Registrar, subject to the direction of the Chief Justice, to place appeals on a list in the order in which they were inscribed and to determine the order of hearing of those appeals.

4. Section 677 of the *Criminal Code*

Section 677 of the *Criminal Code* has been amended to require that, in all cases where a judge of a court of appeal dissents from the judgment of that court, the grounds of dissent be specified in the formal order of the court of appeal.

Any inquiries about these amendments should be addressed to Mr. Claude E. Alain, Director of Legal Affairs at (613) 996-7684.

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats sont avisés des modifications suivantes qui ont été apportées à la *Loi sur la Cour suprême* et au *Code criminel*, et sont entrées en vigueur le 15 février 1995, L.C. 1994, ch. 44.

1. Pouvoir de renvoi: Articles 43 et 46.1

La modification apportée à l'article 43 de la *Loi sur la Cour suprême* et une nouvelle disposition, l'article 46.1, permettent à la Cour suprême du Canada de renvoyer une affaire en tout ou en partie à la juridiction inférieure ou à celle de première instance et d'ordonner les mesures qui lui semblent appropriées.

2. Sursis: Articles 65 et 65.1

L'article 65 de la *Loi sur la Cour suprême* a été modifié pour donner à la juridiction inférieure ou à l'un de ses juges un pouvoir concurrent avec celui de la Cour suprême du Canada de modifier ou d'annuler le sursis qui y est visé. En outre, l'article 65.1 a été modifié pour donner à la juridiction inférieure un pouvoir concurrent avec celui de la Cour suprême du Canada d'ordonner un sursis d'exécution, à la demande de la partie qui a signifié et déposé l'avis de la demande d'autorisation d'appel ou qui a l'intention de demander l'autorisation d'appel, lorsqu'un délai entraînerait un déni de justice.

3. Article 79 — Ordre des appels

L'article 79 de la *Loi sur la Cour suprême* a été modifié pour permettre au registraire, sauf ordre contraire du Juge en chef, de porter au rôle les appels dans l'ordre de leur inscription et de déterminer l'ordre dans lequel ils seront entendus.

4. L'article 677 du *Code criminel*

L'article 677 du *Code criminel* a été modifié pour exiger que le jugement de la cour d'appel énonce, le cas échéant, les motifs de toute dissidence.

Toutes questions concernant ces modifications doivent être adressées à maître Claude E. Alain, directeur des Affaires juridiques, (613) 996-7684.

ANNE ROLAND

REGISTRAR REGISTRAIRE

February, 1995

Février 1995

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1995.

CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges.....	ii
Errata.....	iv
Motions.....	v
Table of Judgments.....	xiii
Table of Cases Cited.....	xxi
Statutes and Regulations Cited.....	xxxv
Authors Cited.....	xxxix
Index.....	1103

Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)..... 1100

Food and drugs — Notice of compliance — Mandamus —
Drug company obtaining mandamus to compel Minister of
National Health and Welfare to issue notice of compliance

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

Arrêtistes
ARCHIBALD McDONALD, M.A., LL.B.
CLAUDE MARQUIS, LL.L., D.D.N.
SALLY GRIFFIN, LL.B.

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1995.

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xvii
Table de la jurisprudence.....	xxi
Lois et règlements cités.....	xxxvii
Doctrine citée.....	xxxix
Index.....	1109

Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)..... 1100

Aliments et drogues — Avis de conformité — *Mandamus* —
Compagnie pharmaceutique obtenant un *mandamus* enjoignant
au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de déli-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

respecting generic version of drug — Federal Court of Appeal affirming order — Whether drug company having vested rights in issuance of notice of compliance — Whether mandamus properly granted — Whether Federal Court of Appeal exceeding jurisdiction by issuing mandamus.

Patterson v. Gallant 1080

Insurance — Automobile insurance — Renewal — Policy lapse — Insurer mailing offer to renew and “pink card” to insured — Insured failing to pay renewal premium due by time specified — Insurer not sending notice of termination — Insured involved in accident after insurance had expired — Whether insurer liable — Whether “pink card” constitutes insurance policy — Insurance Act, R.S.P.E.I. 1988, c. I-4, ss. 216(8), 218(6).

R. v. Bisson 1097

Criminal law — Interception of private communications — Validity of wiretap authorizations — Appellants charged with conspiracy to traffic in narcotics — Crown’s evidence consisting of intercepted communications — Trial judge finding errors in supporting affidavit material and setting aside authorizations — Appellants acquitted — Court of Appeal setting aside acquittals and ordering new trial — Errors in information presented to authorizing judge not leading to automatic vitiation of authorization — Sufficient reliable information to support authorization.

R. v. Dikah..... 1020

Criminal law — Fundamental justice — Abuse of process — Paid informants — Police informant to be paid in full only in event of successful investigation — Informant’s evidence not inadmissible.

R. v. Laba 965

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).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

vrer un avis de conformité concernant un médicament générique — Ordonnance confirmée par la Cour d’appel fédérale — La compagnie pharmaceutique avait-elle des droits acquis en matière d’avis de conformité? — Le *mandamus* a-t-il été régulièrement accordé? — La Cour d’appel fédérale a-t-elle excédé sa compétence en délivrant un *mandamus*?

Patterson c. Gallant 1080

Assurance — Assurance automobile — Renouvellement — Déchéance de la police — Offre de renouvellement et «carte rose» envoyées par l’assureur à l’assuré — Non-paiement de la prime de renouvellement avant la date précisée — L’assureur n’a pas donné d’avis de résiliation — Assuré impliqué dans un accident après l’expiration de la police — L’assureur est-il responsable? — La «carte rose» constitue-t-elle une police d’assurance? — Insurance Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. I-4, art. 216(8), 218(6).

R. c. Bisson 1097

Droit criminel — Interception de communications privées — Validité d’autorisations d’écoute électronique — Appelants accusés de complot de trafic de stupéfiants — Preuve à charge consistant en communications interceptées — Juge du procès constatant des erreurs dans les documents à l’appui de l’affidavit et annulant les autorisations — Acquittements des appelants — Acquittements annulés et nouveau procès ordonné par la Cour d’appel — Des erreurs dans les renseignements fournis au juge qui a accordé l’autorisation n’entraînent pas automatiquement la nullité de l’autorisation — Renseignements fiables suffisants pour justifier l’autorisation.

R. c. Dikah..... 1020

Droit criminel — Justice fondamentale — Abus de procédure — Informateurs payés — Paiement intégral de l’informateur de la police assujéti au succès de l’enquête — Preuve de l’informateur n’étant pas inadmissible.

R. c. Laba 965

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).

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Appels — Juge des requêtes déclarant inconstitutionnel l’article du Code criminel et ordonnant l’arrêt des procédures — Cour d’appel ne radiant que les mots fautifs et confirmant la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Pizzardi; R. v. Levis 1018

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Criminal law — Conspiracy to commit robbery — One accused convicted and sentenced and other acquitted — Appeals taken against conviction and sentence and against acquittal — Whether two accused part of same conspiracy from beginning — Whether manner of prosecution violated fundamental principles of justice underlying community's sense of decency and fair play.

Tolofson v. Jensen; Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon 1022

Conflict of laws — Torts — Traffic accident — Injured parties not resident in province where accident occurred — Actions instituted in home provinces of injured parties — Whether *lex fori* or *lex loci delicti* should apply — If substantive law that of jurisdiction where accident occurred, whether limitation period substantive law and therefore applicable in forum or procedural law and therefore not binding on court hearing case — Automobile Insurance Act, L.Q. 1977, c. 68, ss. 3, 4 — Code civil du Bas Canada, art. 6 — Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, c. L-15 — Vehicles Act, R.S.S. 1978, c. V-3, s. 180(1).

SOMMAIRE (Fin)

validité du reste de la disposition — 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).

R. c. Pizzardi; R. c. Levis 1018

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit criminel — Complot en vue de commettre un vol qualifié — Un accusé déclaré coupable et condamné à une peine et l'autre acquitté — Appels interjetés contre la déclaration de culpabilité et la peine imposée ainsi que contre l'acquiescement — Les deux accusés étaient-ils parties au même complot depuis le début? — La façon de poursuivre a-t-elle violé les principes de justice fondamentale qui sous-tendent le sens collectif de la décence et du franc-jeu?

Tolofson c. Jensen; Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon 1022

Droit international privé — Responsabilité délictuelle — Accident de la circulation routière — Blessés ne résidant pas dans la province où l'accident s'est produit — Actions intentées dans les provinces d'origine des blessés — Y a-t-il lieu d'appliquer la *lex fori* ou la *lex loci delicti*? — Si la loi substantielle applicable est celle du ressort où l'accident s'est produit, le délai de prescription constitue-t-il une règle de fond qui est donc applicable dans le ressort du tribunal saisi, ou s'agit-il d'une règle de procédure qui ne lie pas le tribunal qui entend l'affaire? — Loi sur l'assurance automobile, L.Q. 1977, ch. 68, art. 3, 4 — Code civil du Bas Canada, art. 6 — Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, ch. L-15 — Vehicles Act, R.S.S. 1978, ch. V-3, art. 180(1).



1994 Volume 3

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Deputy Registrar
LOUISE MBAGHER, LL.B.

Director of Publications
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Revisors
Richard Berberi
Liliane Baribeau

Manager, Editorial Services
Gisèle Boulay

Technical Revisors
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty
Christine Chartrand, LL.B.

Secretaries
Suzanne Giguère
Ingrid Loyola-Nazareth

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

ANNE ROLAND
Registraire de la Cour

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
Odile Calder

Arrêtistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseurs
Richard Berberi
Liliane Baribeau

Gestionnaire, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Réviseurs techniques
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty
Christine Chartrand, LL.B.

Secrétaires
Suzanne Giguère
Ingrid Loyola-Nazareth

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY McLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

**JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA**

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

ERRATA

- [1990] 1 S.C.R. p. 1442, line 2 of the English version.
Read “reputation alone can violate security of the person” instead of “reputation alone cannot violate security of the person”.
- [1993] 3 S.C.R. p. 293, line e-3 of the French version.
Read “mais je suis d’accord avec cet aspect” instead of “mais je ne suis pas d’accord avec cet aspect”.
- [1994] 2 S.C.R. p. vi. Read “*Cross v. Wood* (Crim.)(Man.)” instead of “*Cross v. Wood* (Man.)”.
- [1994] 2 S.C.R. p. vii. Read “*Johnstone v. The Queen* (Crim.)(Ont.)” instead of “*Johnstone v. The Queen* (Ont.)”.
- [1994] 2 S.C.R. p. vii. Read “*Kettle River Sawills Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.)” instead of “*Kettle River Sawills Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Crim.)(Ont.)”.
- [1994] 2 S.C.R. p. ix. Read “*Saint-Laurent c. Héту* (Crim.)(Qué.)” instead of “*Saint-Laurent c. Héту* (Qué.)”.
- [1994] 2 S.C.R. p. ix. Read “*St. Gelais c. United States of America* (Crim.)(Qué.)” instead of “*St. Gelais c. United States of America* (Qué.)”.
- [1994] 2 S.C.R. p. 345, line 2 of the French version.
Read “fût-elle temporaire” instead of “fusse-t-elle temporaire”.
- [1994] 2 S.C.R. p. 375, line c-1 of the French version.
Read “fût-elle temporaire” instead of “fusse-t-elle temporaire”.
- [1994] 3 S.C.R. p. 234, line j-1 of the English version.
Read “Appeal allowed” instead of “Appeal dismissed”.
- [1994] 3 S.C.R. p. 234, line j-1 of the French version.
Read “Pourvoi accueilli” instead of “Pourvoi rejeté”.
- [1994] 3 S.C.R. p. 455, line h-1 of the English version.
Read “Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting)” instead of “Sopinka and McLachlin JJ.”
- [1990] 1 R.C.S. p. 1442, ligne 2 de la version anglaise.
Lire «reputation alone can violate security of the person» au lieu de «reputation alone cannot violate security of the person».
- [1993] 3 R.C.S. p. 293, ligne e-3 de la version française.
Lire «mais je suis d’accord avec cet aspect» au lieu de «mais je ne suis pas d’accord avec cet aspect».
- [1994] 2 R.C.S. p. vi. Lire «*Cross v. Wood* (Crim.)(Man.)» au lieu de «*Cross v. Wood* (Man.)».
- [1994] 2 R.C.S. p. vii. Lire «*Johnstone v. The Queen* (Crim.)(Ont.)» au lieu de «*Johnstone v. The Queen* (Ont.)».
- [1994] 2 R.C.S. p. vii. Lire «*Kettle River Sawills Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.)» au lieu de «*Kettle River Sawills Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Crim.)(Ont.)».
- [1994] 2 R.C.S. p. ix. Lire «*Saint-Laurent c. Héту* (Crim.)(Qué.)» au lieu de «*Saint-Laurent c. Héту* (Qué.)».
- [1994] 2 R.C.S. p. ix. Lire «*St. Gelais c. United States of America* (Crim.)(Qué.)» au lieu de «*St. Gelais c. United States of America* (Qué.)».
- [1994] 2 R.C.S. p. 345, ligne 2 de la version française.
Lire «fût-elle temporaire» au lieu de «fusse-t-elle temporaire».
- [1994] 2 R.C.S. p. 375, ligne c-1 de la version française.
Lire «fût-elle temporaire» au lieu de «fusse-t-elle temporaire».
- [1994] 3 R.C.S. p. 234, ligne j-1 de la version anglaise.
Lire «Appeal allowed» au lieu de «Appeal dismissed».
- [1994] 3 R.C.S. p. 234, ligne j-1 de la version française.
Lire «Pourvoi accueilli» au lieu de «Pourvoi rejeté».
- [1994] 3 R.C.S. p. 455, ligne h-1 de la version anglaise.
Lire «Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting)» au lieu de «Sopinka and McLachlin JJ.»

MOTIONS — REQUÊTES

(September 1 to October 31, 1994 — 1^{er} septembre au 31 octobre 1994)

- Ahmed c. Ministre de l'emploi et de l'immigration* (C.A.F.)(Qué.), 24228, leave to appeal refused, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Ahrens v. Alberta Teachers' Association* (Alta.), 24298, leave to appeal refused with costs, 1.12.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Albright v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24031, notice of discontinuance filed, 6.9.94, avis de désistement produit.
- Amoco Canada Resources Ltd. v. Mesa Operating Partnership Ltd.* (Alta.), 24123, leave to appeal refused with costs, 6.10.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Amos v. Insurance Corporation of British Columbia* (B.C.), 24164, leave to appeal granted, 6.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Amusements Pinocchio Inc. c. Corporation municipale de Dollard-Des-Ormeaux* (Qué.), 24181, leave to appeal refused with costs, 22.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Apsassin v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.)(B.C.), 23516, leave to cross-appeal granted/demande d'appel-incident accordée 8.12.94
- Arbutus Bay Estates Ltd. v. Emmett* (B.C.), 24295, leave to appeal refused with costs, 8.12.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Arcuri c. Attorney General for Québec* (Qué.), 24293, leave to appeal refused, 8.12.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Arthur Andersen Inc. v. Toronto-Dominion Bank* (Ont.), 24111, leave to appeal refused, 15.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Atkinson v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24258, leave to appeal refused, 8.12.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Atta c. Malouf* (Qué.), 23481, notice of discontinuance filed, 7.11.94, avis de désistement produit.
- Attis v. Board of School Trustees, District No. 15* (N.B.), 24002, leave to appeal granted, 13.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Attorney General of Ontario v. Comeau* (Crim.)(Ont.), 24195, leave to appeal refused, 8.12.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Baker v. MacMillan Bloedel Ltd.* (Crim.)(B.C.), 24171, leave to appeal refused, 6.10.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Baldwin v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23737, leave to appeal refused, 6.10.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Barnes v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24256, leave to appeal refused, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Bartlett v. Attorney General of Canada* (Crim.)(N.S.), 24170, leave to appeal refused, 15.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Beals v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 24206, leave to appeal refused, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Bell v. Canadian Human Rights Commission* (F.C.A.)(B.C.), 24134, leave to appeal granted, 13.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Blackwell v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24073, leave to appeal refused, 6.10.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Boeyen v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23805, leave to appeal refused, 3.1.94, autorisation de pourvoi refusée.

- Bougie c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24192, leave to appeal refused, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Bovbel v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 24108, leave to appeal refused with costs, 8.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bricker v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24264, leave to appeal refused, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Bridges Brothers Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 24101, leave to appeal refused with costs, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Burke v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 24071, leave to appeal granted, 6.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Burnett c. Banque royale du Canada* (Qué.), 24284, leave to appeal refused with costs, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Burnett c. Compagnie de fiducie Household* (Qué.), 24250, leave to appeal refused with costs, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Calvi c. Assicurazioni Generali S.p.a.* (Qué.), 24314, leave to appeal refused with costs, 1.12.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Commercial Bank v. Crawford, Smith & Swallow* (Ont.), 24188, leave to appeal refused with costs, 15.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Forest Products Ltd. v. Bovar Inc.* (B.C.), 24235, leave to appeal refused with costs, 17.11.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Human Rights Commission v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Man.), 24197, leave to appeal refused with costs, 8.12.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Human Rights Commission v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 24236, leave to appeal refused with costs, 8.12.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Jewish Congress v. Board of School Trustees, District No. 15* (N.B.), 24002, leave to appeal granted, 13.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Caron c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24270, leave to appeal refused, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Century Holdings Ltd. v. Corporation of Delta* (B.C.), 24221, leave to appeal refused with costs, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chaisson v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 24129, leave to appeal granted, 5.12.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Rowen* (Ont.), 24328, leave to appeal refused with costs, 8.12.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cohnstaedt v. University of Regina* (Sask.), 24146, leave to appeal granted, 13.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Collier v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23706, leave to appeal refused, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Compagnie d'assurance Canadienne générale c. Auberge Roland St-Pierre Inc.* (Qué.), 24225, notice of discontinuance filed, 12.10.94, avis de désistement produit.
- Conrad v. Municipality of the County of Halifax province of Nova Scotia* (N.S.), 24191, leave to appeal refused with costs, 15.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cooper (David John) v. Canadian Human Rights Commission* (F.C.A.)(B.C.), 24135, leave to appeal granted, 13.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Cooper (Donald) v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24001, notice of discontinuance filed, 9.9.94, avis de désistement produit.
- Corbeil v. Paquette* (Ont.), 24255, leave to appeal refused with costs, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cuir Laurence Roy Inc. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (Qué.), 24381, leave to appeal refused with costs, 15.12.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- D.S c. V.W.* (Qué.), 23765, leave to appeal granted, 8.12.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Davis v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24268, leave to appeal refused, 27.10.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Di Rubbo c. Corporation municipale de Dollard-Des-Ormeaux* (Qué.), 24181, leave to appeal refused with costs, 22.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dominique c. Abramowitz* (Qué.), 24044, leave to appeal refused with costs, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dubé c. Salomon* (Qué.), 24136, leave to appeal refused with costs, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dubois c. Raymond, Chabot, Fafard, Gagnon Inc.* (Qué.), 23993, leave to appeal granted, 6.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- F.J.U. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24159, leave to appeal refused, 8.12.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Fire v. Longtin* (Ont.), 24148, leave to appeal granted, 6.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Flamand c. Corporation des religieuses de Jésus-Marie* (Qué.), 24196, leave to appeal refused with costs, 8.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Flibotte c. Ville de St-Basile-Le-Grand* (Qué.), 24165, leave to appeal refused with costs, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- G.L.B. c. M.P.* (Qué.), 23744, leave to appeal granted, 8.12.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Gestions Jean-Pierre Bertrand Inc. c. Compagnie Trust Royal Ltée* (Qué.), 24287, leave to appeal refused with costs, 24.11.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Glasz v. Glasz* (Ont.), 24224, leave to appeal refused with costs, 8.12.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Goguen v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 24198, leave to appeal refused, 24.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Goldstein c. London Life Insurance Co.* (Qué.), 24130, leave to appeal granted, 6.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Gordon Capital Corporation v. Guarantee Company of North America* (Ont.), 24199, leave to appeal refused with costs, 6.10.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gratton c. Druker et Associés Inc.* (Qué.), 24137, leave to appeal refused with costs, 13.10.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gratton c. Druker et Associés Inc.* (Qué.), 24138, leave to appeal refused with costs, 13.10.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Grimard v. Berry* (Sask.), 24079, leave to appeal refused with costs, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Guessous c. Legrand* (Qué.), 24271, leave to appeal refused with costs, 24.11.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hanna v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24174, leave to appeal refused, 22.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Hansen v. Westminier Canada Ltd.* (N.S.), 24043, leave to appeal refused, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Harris v. MacMillan Bloedel Ltd.* (Crim.)(B.C.), 24171, leave to appeal refused, 6.10.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Heritage Trust of Nova Scotia v. Nova Scotia Utility and Review Board* (N.S.), 24068, leave to appeal refused with costs, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hobbs v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24247, leave to appeal refused, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Hong Kong Bank of Canada v. Toyota Canada Inc.* (Alta.), 24273, leave to appeal refused with costs, 1.12.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Human Rights Commission v. Board of School Trustees, District No. 15* (N.B.), 24002, leave to appeal granted, 13.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Imprimerie Quebecor Inc. — Quebecor Printing Inc. v. Rittel* (B.C.), 24175, leave to appeal refused with costs, 22.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- J.L.D. c. Vallée* (Qué.), 24028, leave to appeal granted, 6.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- J.P. v. MacMillan Bloedel Ltd.* (Crim.)(B.C.), 24171, leave to appeal granted, 6.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Janzen v. Attorney General for British Columbia* (B.C.), 24213, leave to appeal refused, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Jazra c. Banque de Montréal* (Qué.), 24096, leave to appeal refused with costs, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Johnson v. The Queen* (N.S.), 23593, after reconsideration of the application for leave to appeal, the granting of leave is quashed/après avoir réexaminé la demande d'autorisation d'appel, l'autorisation est annulée 4.10.94
- Jones v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23667, leave to appeal granted, 22.12.94, autorisation de pourvoi accordée.
- K.S.V. v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 24249, leave to appeal refused, 8.12.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Kasvand v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 24103, leave to appeal refused with costs, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Krawczyk v. MacMillan Bloedel Ltd.* (Crim.)(B.C.), 24171, leave to appeal refused, 6.10.94, autorisation de pourvoi refusée.
- L.G.B. v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24204, leave to appeal refused, 8.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- LRSCO Investments Ltd. v. Royal Bank of Canada* (Alta.), 24166, leave to appeal refused with costs, 8.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lacoste c. Société nationale d'assurances* (Qué.), 24167, leave to appeal refused with costs, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Leo v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24318, leave to appeal refused, 8.12.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Li v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24132, leave to appeal refused, 8.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Livadaris v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24311, leave to appeal refused, 1.12.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Luke (Donald Arthur) v. Alexander* (B.C.), 24163, leave to appeal refused, 22.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Luke (Irvin Andrew) v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24229, leave to appeal refused, 10.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Manning v. Hill* (Ont.), 24216, leave to appeal granted, 27.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Martselos Services Ltd. v. Arctic College* (N.W.T.), 24048, leave to appeal refused with costs, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McAllister c. États-Unis d'Amérique* (Crim.)(Qué.), 24238, leave to appeal refused, 20.10.94, autorisation de pourvoi refusée.
- McAllister c. États-Unis d'Amérique* (Crim.)(Qué.), 24267, leave to appeal refused, 20.10.94, autorisation de pourvoi refusée.
- McCann v. Environmental Compensation Corporation* (Ont.), 22207, leave to appeal refused with costs, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McRae v. McRae* (B.C.), 24201, leave to appeal refused with costs, 8.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mercier c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24187, leave to appeal refused, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Metropolitan Properties Corporation v. Alberta Home Mortgage Corporation* (Alta.), 24280, leave to appeal refused with costs, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Michaud c. Procureur général du Québec* (Crim.)(Qué.), 23764, leave to appeal granted, 8.12.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Mills v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23728, leave to appeal granted, 13.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Monslave v. United States of America* (Crim.)(Ont.), 24220, leave to appeal refused, 29.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Montemurro v. Deloitte & Touche Inc.* (Ont.), 24178, leave to appeal refused with costs, 29.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- National Parole Board v. Mooring* (Crim.)(B.C.), 24436, leave to appeal granted, 15.12.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Novak v. Novak* (Alta.), 24083, leave to appeal refused with costs, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- O'Connor v. Mostyn* (Ont.), 24208, leave to appeal refused with costs, 29.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Olson v. Gullo* (Ont.), 24176, leave to appeal refused with costs, 13.10.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ontario Homebuilders' Association v. York Region Board of Education* (Ont.), 24085, leave to appeal granted, 6.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Opetchesaht, an Indian Band v. The Queen in right of Canada* (B.C.), 24161, leave to appeal granted, 13.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- P.E.M. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24303, leave to appeal refused, 8.12.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Pabani v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24222, leave to appeal refused, 6.10.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Pan Ocean Oil Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 24290, leave to appeal refused with costs, 17.11.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Peper v. Peper* (Ont.), 24269, leave to appeal refused with costs, 24.11.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Perry v. City of Vancouver* (B.C.), 24126, leave to appeal refused, 13.10.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Phillips v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 24139, leave to appeal refused, 13.10.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Pinecliff Homes Inc. v. Disera* (Ont.), 24209, leave to appeal refused with costs, 1.12.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Placements Tanguay (1979) Ltée c. L. G. Ross Ltd.* (Qué.), 24145, leave to appeal refused with costs, 22.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Powrmatic du Canada Ltée c. Boivin* (Qué.), 24230, leave to appeal refused with costs, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Priestley v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24232, leave to appeal refused, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Public Trustee for British Columbia v. Russ* (B.C.), 24152, leave to appeal refused with costs, 10.11.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pugh v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24257, leave to appeal refused, 27.10.94, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. A. B.* (Crim.)(Nfld.), 24182, leave to appeal granted, 6.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Brown* (Crim.)(N.S.), 24304, leave to appeal refused, 15.12.94, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Campbell* (F.C.A.)(Ont.), 24288, leave to appeal refused with costs, 1.12.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Galbraith* (Crim.)(Ont.), 24205, leave to appeal refused, 24.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Gazquez* (Qué.), 24211, notice of discontinuance filed, 27.9.94, avis de désistement produit.

- R. v. Hogben* (Crim.)(B.C.), 24092, leave to appeal refused, 6.10.94, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Houlahan* (Crim.)(Man.), 23786, notice of discontinuance filed, 19.9.94, avis de désistement produit.
- R. v. I.T.G.* (Crim.)(N.S.), 24149, leave to appeal refused, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Mathieu* (Crim.)(Qué.), 24173, leave to appeal granted, 8.12.94, autorisation de pourvoi accordée.
- R. c. Polo* (Crim.)(Qué.), 24210, leave to appeal granted, 8.12.94, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Prince* (Crim.)(Man.), 24207, leave to appeal refused, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Province of Alberta Treasury Branches* (Alta.), 24056, leave to appeal granted, 6.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Shropshire* (Crim.)(B.C.), 24227, leave to appeal granted, 6.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Sloan* (Crim.)(Ont.), 24142, leave to appeal refused, 22.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Stewart* (Crim.)(Ont.), 24218, leave to appeal refused, 8.12.94, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Voisine* (N.-B.), 24038, notice of discontinuance filed, 24.10.94, avis de désistement produit.
- R. in right of Ontario v. Kansa General Insurance Co.* (Ont.), 24055, leave to appeal refused with costs, 8.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R.V.B. v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24217, leave to appeal refused, 13.10.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (Ont.), 24084, leave to appeal refused with costs, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Red River Valley Mutual Insurance Co. v. McMurachy* (Man.), 24194, leave to appeal refused with costs, 15.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Redpath Industries Ltd. c. The Ship ("Cisco")* (C.A.F.)(Qué.), 24006, leave to appeal refused with costs, 13.10.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Regan v. Anderson* (B.C.), 23553, notice of discontinuance filed, 20.9.94, avis de désistement produit.
- Rempel Bros. Concrete Ltd. v. Corporation of the District of Chilliwack* (B.C.), 24118, leave to appeal refused with costs, 8.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Reynolds v. Canadian Human Rights Commission* (F.C.A.)(Ont.), 24226, leave to appeal refused, 1.12.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Rose v. Mitton* (N.S.), 24058, leave to appeal refused with costs, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rowe v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24127, leave to appeal refused, 22.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Rowe v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24128, leave to appeal refused, 22.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Royal Oak Mines Inc. v. Canadian Association of Smelter and Allied Workers (CASAW), Local No. 4* (F.C.A.)(B.C.), 24169, leave to appeal granted, 13.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Rubbo c. Corporation municipale de Dollard-Des-Ormeaux* (Qué.), 24181, leave to appeal refused with costs, 22.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ruffo c. Conseil de la magistrature* (Qué.), 23222, notice of discontinuance filed, 29.12.94, avis de désistement produit.
- Rubin v. Clerk of the Privy Council* (F.C.A.)(Ont.), 24147, leave to appeal granted, 13.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Ryan v. The Queen* (C.M.A.C.)(Crim.)(Ont.), 24162, leave to appeal refused, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- SSQ Mutuelle d'Assurance-Groupe (SSQ VIE) c. Desautels* (Qué.), 24301, leave to appeal refused with costs, 24.11.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Santerre c. La Reine* (Qué.), 24168, notice of discontinuance filed, 23.11.94, avis de désistement produit.
- Sarson v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24233, leave to appeal granted, 8.12.94, autorisation de pourvoi accordée.

- Savics v. Amsen* (Ont.), 24324, leave to appeal refused with costs, 15.12.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sayer v. The Queen* (Crim.)(Man.), 24245, leave to appeal refused, 8.12.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Scanlon v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 24183, leave to appeal refused, 10.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Schafer v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 24244, leave to appeal refused, 1.12.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Schaff v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 24278, leave to appeal refused with costs, 8.12.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Schwartz v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 24093, leave to appeal granted, 13.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Service spécial de vidanges Inc. c. Régie intermunicipale de gestion des déchets de la Mauricie* (Qué.), 24081, leave to appeal refused with costs, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sidhu v. Ministre de l'emploi et de l'immigration* (F.C.A.)(Ont.), 24266, leave to appeal refused, 13.10.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Silva v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 24203, leave to appeal refused, 15.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Sinclair v. Sinclair* (Ont.), 24089, leave to appeal refused with costs, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Siraz v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24222, leave to appeal refused, 6.10.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Sohrabian v. The Queen* (Ont.), 24321, notice of discontinuance filed, 7.11.94, avis de désistement produit.
- St. Clair v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24237, leave to appeal refused, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Stephens c. Services de santé du Québec* (Qué.), 24242, leave to appeal refused, 17.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Stolp Homes (Barrie) Inc. v. Toronto-Dominion Bank* (Ont.), 24111, leave to appeal refused, 15.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Tardi c. Banque nationale du Canada* (Qué.), 23872, leave to appeal refused, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Therrien-Beaupré c. Procureur général du Canada* (C.A.F.)(Qué.), 24292, leave to appeal refused with costs, 1.12.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- University of Alberta Non-Academic Staff Association v. Board of Governors of the University of Alberta* (Alta.), 24190, leave to appeal refused, 8.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Van Boeyen v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23805, leave to appeal refused, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Wade v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24153, leave to appeal granted, 13.10.94, autorisation de pourvoi accordée.
- Webber v. Unruh* (B.C.), 24110, leave to appeal refused with costs, 8.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wessell v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 24119, leave to appeal refused, 8.9.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Westminer Canada Ltd. v. Hansen* (N.S.), 24043, leave to appeal refused, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Wheatle v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23970, leave to appeal refused, 24.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Whitney v. Nathanson, Schachter & Thomson* (B.C.), 24179, leave to appeal refused with costs, 29.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wilder v. Davis & Co.* (B.C.), 24186, leave to appeal refused with costs, 8.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wilson v. Grassick* (Sask.), 24109, leave to appeal refused, 13.10.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Witter v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24160, leave to appeal refused, 3.11.94, autorisation de pourvoi refusée.
- Wong v. Williams* (Alta.), 24189, leave to appeal refused with costs, 1.9.94, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Workers' Compensation Board v. Melanson (N.B.), 24193, leave to appeal refused, 13.10.94, autorisation de pourvoi refusée.

Zito v. The Queen (Crim.)(Ont.), 24172, leave to appeal refused, 6.10.94, autorisation de pourvoi refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A			
Apotex Inc. v. Canada (Attorney General).....	1100	Communauté urbaine de Québec v. Partagec Inc.	57
Apotex Inc., Merck & Co. v.	1100	Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain v. Mont- real (City).....	29
Attorney General see also "Canada" or the name of province		Co-operators General Insurance Company v. Judgment Recovery (P.E.I.) Ltd.....	1080
		Corp. Notre-Dame de Bon-Secours, Québec (Communauté urbaine) v.....	3
B			
Bartle, R. v.	173	D	
Beauport (City), Caisse populaire de Charles- bourg v.	833	Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.....	835
Bisson, R. v.	1097	Daviault, R. v.	63
Borden, R. v.	145	Dikah, R. v.	1020
British Columbia Hydro and Power Authority, Webster v.....	549	Dubasz, R. v.	759
Brown, R. v.	749	F	
Buanderie centrale de Montréal Inc. v. Montreal (City).....	29	Feldman, R. v.	832
		Ferris, R. v.	756
C			
Caisse populaire de Charlesbourg v. Beauport (City).....	833	G	
Canada (Attorney General), Apotex Inc. v.....	1100	Gagnon, Lucas (Litigation Guardian of) v.....	1022
Canada, Canadian Broadcasting Corp. v.....	952	Gallant, Patterson v.	1080
Canada, Native Women's Assn. of Canada v.....	627	Gaudet v. Marchand.....	514
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada.....	952	H	
Canadian Broadcasting Corp., Dagenais v.....	835	H. (L.M.), R. v.	758
Canadian Broadcasting Corp. v. Saskatchewan...	952	Harper, R. v.	343
Cobham, R. v.	360	Haughton, R. v.	516
Commission see also "Canada" or the name of province		Heywood, R. v.	761
Communauté urbaine de Québec v. Corp. Notre- Dame de Bon-Secours	3	Hodgkinson v. Simms.....	377
		Huot, R. v.	827

	PAGE		PAGE
J		P	
Jensen, Tolofson v.....	1022	Partagec Inc. v. Québec (Communauté urbaine)	57
Johnson, R. v.....	965	Patterson v. Gallant.....	1080
Judgment Recovery (P.E.I.) Ltd., Co-operators General Insurance Company v.....	1080	Pizzardi, R. v.....	1018
		Pozniak, R. v.....	310
		Prosper, R. v.....	236
K		Q	
K. (A.), R. v.....	520	Québec (Communauté urbaine), Partagec Inc. v.	57
Kent, R. v.....	133	Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre- Dame de Bon-Secours.....	3
		Queen see also "R."	
L		R	
Laba, R. v.....	965	R. v. Bartle.....	173
Levasseur, R. v.....	518	R. v. Bisson.....	1097
Levis, R. v.....	1018	R. v. Borden.....	145
Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon.....	1022	R. v. Brown.....	749
		R. v. Cobham.....	360
M		R. v. Daviault.....	63
Matheson, R. v.....	328	R. v. Dikah.....	1020
Marchand v. Gaudet.....	514	R. v. Dubasz.....	759
Merck & Co. v. Apotex Inc.....	1100	R. v. Feldman.....	832
Mid-Plains Contractors Ltd., TransGas Ltd. v.....	753	R. v. Ferris.....	756
Minister see also "Canada" or the name of prov- ince		R. v. H (L.M.).....	758
Montreal (City), Buanderie centrale de Montréal Inc. v.....	29	R. v. Harper.....	343
Montreal (City), Conseil de la santé et des ser- vices sociaux de la région de Montréal métropolitain v.....	29	R. v. Haughton.....	516
Mowers, R. v.....	830	R. v. Heywood.....	761
		R. v. Huot.....	827
N		R. v. Johnson.....	965
Naoufal, R. v.....	1020	R. v. K. (A.).....	520
Native Women's Assn. of Canada v. Canada.....	627	R. v. Kent.....	133
		R. v. Laba.....	965
O		R. v. Levasseur.....	518
Office see also "Canada" or the name of province		R. v. Levis.....	1018
		R. v. Matheson.....	328
		R. v. Mowers.....	830
		R. v. Naoufal.....	1020
		R. v. Pizzardi.....	1018
		R. v. Pozniak.....	310
		R. v. Prosper.....	236
		R. v. S. (T.).....	952
		R. v. S. (W.D.).....	521
		R. v. Swietlinski.....	481
		R. v. T. S.....	952

	PAGE		PAGE
R. v. Whitley	830	Thomson v. Thomson	551
		Tolofson v. Jensen	1022
		TransGas Ltd. v. Mid-Plains Contractors Ltd.....	753
S			
S. (T.), R. v.	952	U	
S. (W.D.), R. v.	521	Union see also under abbreviated name	
Saskatchewan, Canadian Broadcasting Corp. v.	952	W	
Simms, Hodgkinson v.	377		
Swietlinski, R. v.	481		
T			
The Queen see also "R."		Webster v. British Columbia Hydro and Power	
T. S., R. v.	952	Authority	549
		Whitley, R. v.	830
		Willick v. Willick	670

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique
«Répertorié» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A			
Apotex Inc. c. Canada (Procureur général).....	1100	Conseil de la santé et des services sociaux de la région de Montréal métropolitain c. Mont- réal (Ville).....	29
Apotex Inc., Merck & Co. c.....	1100	Co-operators General Insurance Company c. Judgment Recovery (P.E.I.) Ltd.....	1080
Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada.....	627	Corp. Notre-Dame de Bon-Secours, Québec (Communauté urbaine) c.....	3
B		D	
Bartle, R. c.....	173	Dagenais c. Société Radio-Canada.....	835
Beauport (Ville), Caisse populaire de Charles- bourg c.....	833	Daviault, R. c.....	63
Bisson, R. c.....	1097	Dikah, R. c.....	1020
Borden, R. c.....	145	Dubasz, R. c.....	759
British Columbia Hydro and Power Authority, Webster c.....	549	F	
Brown, R. c.....	749	Feldman, R. c.....	832
Buanderie centrale de Montréal Inc. c. Montréal (Ville).....	29	Ferris, R. c.....	756
C		G	
Caisse populaire de Charlesbourg c. Beauport (Ville).....	833	Gagnon, Lucas (Tutrice à l'instance de) c.....	1022
Canada, Assoc. des femmes autochtones du Cana- da c.....	627	Gallant, Patterson c.....	1080
Canada (Procureur général), Apotex Inc. c.....	1100	Gaudet c. Marchand.....	514
Canada, Société Radio-Canada c.....	952	H	
Cobham, R. c.....	360	H. (L.M.), R. c.....	758
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province		Harper, R. c.....	343
Communauté urbaine de Québec c. Corp. Notre- Dame de Bon-Secours.....	3	Houghton, R. c.....	516
Communauté urbaine de Québec Inc. c. Partagec Inc.....	57	Heywood, R. c.....	761
		Hodgkinson c. Simms.....	377
		Huot, R. c.....	827

	PAGE		PAGE
J		P	
Jensen, Tolofson c.	1022	Partagec Inc. c. Québec (Communauté urbaine)	57
Johnson, R. c.	965	Patterson c. Gallant	1080
Judgment Recovery (P.E.I.) Ltd., Co-operators General Insurance Company c.	1080	Pizzardi, R. c.	1018
		Pozniak, R. c.	310
K		Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province	
K. (A.), R. c.	520	Prosper, R. c.	236
Kent, R. c.	133	Q	
L		Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre- Dame de Bon-Secours	3
La Reine voir aussi «R.»		Québec (Communauté urbaine), Partagec Inc. c.	57
Laba, R. c.	965	R	
Levasseur, R. c.	518	Reine voir aussi «R.»	
Levis, R. c.	1018	R. c. Bartle	173
Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon.....	1022	R. c. Bisson	1097
M		R. c. Borden	145
Marchand, Gaudet c.	514	R. c. Brown	749
Matheson, R. c.	328	R. c. Cobham.....	360
Merck & Co. c. Apotex Inc.....	1100	R. c. Daviault	63
Mid-Plains Contractors Ltd., TransGas Ltd. c.....	753	R. c. Dikah	1020
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la pro- vince		R. c. Dubasz	759
Montréal (Ville), Buanderie centrale de Montréal Inc. c.....	29	R. c. Feldman	832
Montréal (Ville), Conseil de la santé et des ser- vices sociaux de la région de Montréal métropolitain c.	29	R. c. Ferris	756
Mowers, R. c.	830	R. c. H. (L.M.)	758
N		R. c. Harper	343
Naoufal, R. c.	1020	R. c. Haughton	516
O		R. c. Heywood.....	761
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Huot	827
		R. c. Johnson	965
		R. c. K. (A.)	520
		R. c. Kent	133
		R. c. Laba	965
		R. c. Levasseur	518
		R. c. Levis	1018
		R. c. Matheson	328
		R. c. Mowers	830
		R. c. Naoufal	1020
		R. c. Pizzardi	1018
		R. c. Pozniak	310
		R. c. Prosper	236
		R. c. S. (T.).....	952
		R. c. S. (W.D.)	521

	PAGE		PAGE
R. c. Swietlinski	481		
R. c. T. S.	952		
R. c. Whitley	830		
		T	
		T. S., R. c.	952
		Thomson c. Thomson.....	551
		Tolofson c. Jenson.....	1022
		TransGas Ltd. c. Mid-Plains Contractors Ltd.....	753
S			
S. (T.), R. c.....	952		
S. (W.D.), R. c.	521		
Saskatchewan, Société Radio-Canada c.	952		
Simms, Hodgkinson c.	377		
Société Radio-Canada c. Canada.....	952		
Société Radio-Canada, Dagenais c.	835		
Société Radio-Canada c. Saskatchewan	952		
Swietlinski, R. c.	481		
Syndicat voir aussi sous nom abrégé			
		W	
		Webster c. British Columbia Hydro and Power Authority	549
		Whitley, R. c.	830
		Willick c. Willick	670

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
A		
A. (A Minor) (Abduction), Re	[1988] 1 F.L.R. 365	596
A. and another (Minors) (Abduction: Acquiescence), Re	[1992] 1 All E.R. 929	596
Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Sainte-Foy	[1983] 1 S.C.R. 403	53
Affaire Sunday Times	Coureur. D. H., arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30	926
AFPC c. Canada	[1987] 1 R.C.S. 424	788
Allan v. McLennan	(1916), 31 D.L.R. 617	448
Allman and Commissioner of the Northwest Territories, Re	(1983), 144 D.L.R. (3d) 467	652
Aluminum Company of Canada Ltd.v. City of Toronto	[1944] S.C.R. 267	47
Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)	[1993] 1 S.C.R. 897	1031
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	705
Ang v. Trach	(1986), 57 O.R. (2d) 300	1045
Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.	[1979] 1 S.C.R. 633	452, 459
Attorney General v. Times Newspapers Ltd.	[1974] A.C. 273	921
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario	[1937] A.C. 326	611
Attorney-General for Northern Ireland v. Gallagher	[1963] A.C. 349	110
Attorney General for Ontario v. Regional Municipality of Peel	[1979] 2 S.C.R. 1134	815
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 S.C.R. 735	641
Attorney General of Canada v. The Reader's Digest Association (Canada) Ltd.	[1961] S.C.R. 775	787
Attorney-General of Hong Kong v. Sham Chuen	[1986] 1 A.C. 887	815
Attorney General of Quebec v. Blaikie	[1979] 2 S.C.R. 1016	287
B		
B. v. B. (Abduction: Custody Rights)	[1993] 2 All E.R. 144	587
B.C. Motor Vehicle Act, Re	[1985] 2 S.C.R. 486	267, 788
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 214	909, 943
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 214	909, 943
B.-M. (Wardship: Jurisdiction), Re	[1993] 1 F.L.R. 979	593

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Babcock v. Jackson	(1963), 12 N.Y.2d 473	1051
Bar of the Province of Quebec v. Ste-Marie.....	[1977] 2 S.C.R. 414.....	903, 988
Barraclough (W.M. & G.R.), In the Marriage of	(1987), 11 Fam. L.R. 773.....	594
Barreau du Québec c. Ste-Marie	[1977] 2 R.C.S. 414.....	988
Baskerville v. Thurgood.....	(1992), 100 Sask. R. 214.....	418
Bastian v. Petren Resources Corp.	681 F.Supp. 530 (1988).....	451
Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail).....	[1988] 1 S.C.R. 749.....	788
BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority	[1993] 1 S.C.R. 12.....	446
Block Bros. Realty Ltd. v. Mollard	(1981), 122 D.L.R. (3d) 323	1068
Bohay v. Co-operative Fire and Casualty Co.	(1980), 27 A.R. 290.....	1095
Bordeniuk v. Co-operative Fire & Casualty Co.	(1979), 101 D.L.R. (3d) 274	1091
Boucher v. The King	[1951] S.C.R. 265	899
Boucher v. The Queen	[1955] S.C.R. 16	495
Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland	[1963] A.C. 386.....	110
Breavington v. Godleman	(1988), 80 A.L.R. 362	1052
Brockie v. Brockie	(1987), 46 Man. R. (2d) 33.....	720
Bronfman Trust v. The Queen.....	[1987] 1 S.C.R. 32.....	16, 44
Brooks v. Canada Safeway Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 1219.....	702
Buanderie centrale de Montréal Inc. v. Montreal (City).....	[1994] 3 S.C.R. 29.....	59
Bucher v. Bucher.....	(1990), 67 Man. R. (2d) 233.....	690
Burke v. Cory.....	(1959), 19 D.L.R. (2d) 252	418
Burns v. Kelly Peters & Associates Ltd.	(1987), 16 B.C.L.R. (2d) 1.....	401

C

C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad).....	[1989] 2 All E.R. 465.....	585, 624
C. v. S. (Minor: Abduction: Illegitimate Child).....	[1990] 2 All E.R. 449.....	593
Canada (Attorney General) v. Mossop.....	[1993] 1 S.C.R. 554.....	703
Canada (Attorney General) v. Ward.....	[1993] 2 S.C.R. 689.....	578
Canada (Procureur général) c. Mossop	[1993] 1 R.C.S. 554.....	703
Canada (Procureur général) c. Ward	[1993] 2 R.C.S. 689.....	578
Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley	[1974] S.C.R. 592.....	406
Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 122.....	876
Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 122.....	876
Canadian Pacific Railway Co. v. Parent.....	[1917] A.C. 195.....	1042
Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan.....	[1980] 1 R.C.S. 433.....	410
Canadian Pioneer Management Ltd. v. Labour Relations Board of Saskatchewan	[1980] 1 S.C.R. 433.....	410
Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.	[1991] 3 S.C.R. 534.....	405, 475
Caron v. Caron	[1987] 1 S.C.R. 892.....	726
Casella v. Webb.....	883 F.2d 805 (1989).....	452
CBC v. Keegstra	[1987] 1 W.W.R. 719	938
Chaplin v. Boys.....	[1969] 2 All E.R. 1085.....	1042

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Chartered Mercantile Bank of India v. Netherlands India Steam Navigation Co.	(1883), 10 Q.B.D. 521.....	1041
Chasins v. Smith Barney & Co.....	438 F.2d 1167 (1970).....	450
Chelmick v. Chelmick (Cochlan).....	(1992), 41 R.F.L. (3d) 117.....	731
Cheng v. Cheng.....	(1988), 13 R.F.L. (3d) 140.....	742
Church of Scientology of Toronto and The Queen (No. 6), Re.....	(1986), 27 C.C.C. (3d) 193.....	958
City of Halifax v. Halifax Harbour Commissioners.....	[1935] S.C.R. 215.....	39
Clark v. Naqvi.....	(1990), 99 N.B.R. (2d) 271.....	1072
Clarkson v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 383.....	191, 275
Clarkson Co. v. Zhelka.....	(1967), 64 D.L.R. (2d) 457.....	46
Colven Distributors Ltd. v. Allstate Insurance Co.	(1992), 10 C.C.L.I. (2d) 157.....	1096
Comité pour la République du Canada c. Canada.....	[1991] 1 R.C.S. 139.....	899
Commerce Capital Trust Co. v. Berk.....	(1989), 57 D.L.R. (4th) 759.....	441
Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 R.C.S. 536.....	706
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada.....	[1991] 1 S.C.R. 139.....	899
Conroy v. Conroy.....	(1977), 1 R.F.L. (2d) 193.....	710
Cooper v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 1149.....	128
Corporation municipale de Shannon v. Maple Leaf Services.....	[1971] C.A. 433.....	45
Crowfoot v. Crowfoot.....	(1992), 38 R.F.L. (3d) 354.....	742
Cunningham v. Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 143.....	793

D

Dagenais c. Société Radio-Canada.....	[1994] 3 R.C.S. 835.....	960, 961, 962, 963, 981, 992, 1006
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.....	[1994] 3 S.C.R. 835.....	960, 961, 962, 963, 992, 1006
Dawson, Re; Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.	[1966] 2 N.S.W.R. 211.....	453
Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) ...	[1993] 1 R.C.S. 1053.....	225
Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1993] 1 S.C.R. 1053.....	225
Dickson v. Dickson.....	(1987), 11 R.F.L. (3d) 337.....	687, 732
Director-General of Family and Community Services v. Davis.....	(1990), 14 Fam. L.R. 381.....	596
Director of Public Prosecutions v. Beard.....	[1920] A.C. 479.....	94, 109
Director of Public Prosecutions v. Majewski.....	[1977] A.C. 443.....	78, 111
Dolton v. Capitol Federal Sav. & Loan Ass'n.....	642 P.2d 21 (1982).....	410
Dym v. Gordon.....	209 N.E.2d 792 (1965).....	1057

E

E. (Mrs.) v. Eve.....	[1986] 2 S.C.R. 388.....	588
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	651, 703, 877, 899, 1000
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	651, 703, 877, 899, 1000
Elderkin v. Merrill Lynch, Royal Securities Ltd.	(1977), 80 D.L.R. (3d) 313.....	418

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
F		
Fine's Flowers Ltd. v. General Accident Assurance Co. of Canada	(1977), 17 O.R. (2d) 529.....	417
Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba.....	[1990] 3 R.C.S. 191.....	418
Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.....	[1990] 3 S.C.R. 191.....	418
Ford c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 712.....	876
Ford v. Quebec (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 712.....	876
Frame v. Smith.....	[1987] 2 S.C.R. 99.....	408, 462
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique.....	[1985] 2 R.C.S. 455.....	855, 949
Fraser v. Public Service Staff Relations Board.....	[1985] 2 S.C.R. 455.....	855, 949
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Trans- ports).....	[1992] 1 R.C.S. 3.....	745
Friesen v. Friesen.....	(1985), 48 R.F.L. (2d) 137.....	690
G		
G. v. G. (Minors) (Abduction).....	[1991] Fam. Law 519.....	603
Gaudet v. Gaudet.....	(1988), 15 R.F.L. (3d) 65.....	733
Gillis v. Gillis.....	(1994), 3 R.F.L. (4th) 128.....	738
Girardet v. Crease & Co.....	(1987), 11 B.C.L.R. (2d) 361.....	464
Glennie v. McD. & C. Holdings Ltd.....	[1935] S.C.R. 257.....	418
Global Communications Ltd. and Attorney-General for Canada, Re	(1984), 10 C.C.C. (3d) 97.....	921
Going v. Reid Brothers Motor Sales Ltd.....	(1982), 35 O.R. (2d) 201.....	1044
Goncalves v. Goncalves.....	(1986), 49 R.F.L. (2d) 376.....	691, 731
Gosselin v. The King.....	(1903), 33 S.C.R. 255.....	787
Granville Savings and Mortgage Corp. v. Slevin.....	(1990), 68 Man. R. (2d) 241.....	423
Grimes v. Cloutier.....	(1989), 61 D.L.R. (4th) 505.....	1036
Gsponer v. Johnstone.....	(1988), 12 Fam. L.R. 755.....	596
Guemili v. Guemili.....	(1989), 19 R.F.L. (3d) 347.....	731
Guerin v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 335.....	408, 462
H		
H. Parsons (Livestock) Ltd. v. Uttley Ingham & Co.....	[1978] Q.B. 791.....	455
Hadley v. Baxendale.....	(1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145.....	474
Haig v. Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 995.....	650, 666, 668
Harrington v. Harrington.....	(1981), 33 O.R. (2d) 150.....	692, 744
Harrison-Broadley v. Smith.....	[1964] 1 All E.R. 867.....	648
Harry v. Kreutziger.....	(1978), 95 D.L.R. (3d) 231.....	412
Hatrock v. Edward D. Jones & Co.....	750 F.2d 767 (1984).....	451, 476
Heinemann v. Heinemann.....	(1988), 86 N.S.R. (2d) 278.....	743
Henderson v. Thompson.....	[1909] S.C.R. 445.....	417
Highway Victims Indemnity Fund v. Gagné.....	[1977] 1 S.C.R. 785.....	787
Hill v. The Queen.....	[1977] 1 S.C.R. 827.....	859, 903, 992
Hills c. Canada (Procureur général).....	[1988] 1 R.C.S. 513.....	705

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Hills v. Canada (Attorney General)	[1988] 1 S.C.R. 513.....	705
Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.....	(1984), 55 A.L.R. 417	399, 462
House v. Tunney (House).....	(1991), 35 R.F.L. (3d) 68.....	740
Huber v. Steiner	(1835), 2 Bing. N.C. 202	1069
Huddleston v. Herman & MacLean	640 F.2d 534 (1981).....	447
Huff v. Price.....	(1990), 51 B.C.L.R. (2d) 282.....	426
Hunt v. T & N plc	[1993] 4 S.C.R. 289.....	1031

I

Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village).....	[1991] 1 S.C.R. 326.....	54
Imrich v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 622.....	510
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927.....	649, 667, 876, 1009
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927.....	649, 667, 876, 1009
Island Realty Investments Ltd. v. Douglas.....	(1985), 19 E.T.R. 56.....	453

J

Jacks v. Davis.....	[1983] 1 W.W.R. 327.....	401
James v. James	(1992), 41 R.F.L. (3d) 70.....	740
Janzen v. Platy Enterprises Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 1252.....	702
Jirna Ltd. v. Mister Donut of Canada Ltd.	(1971), 22 D.L.R. (3d) 639	414
Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 46.....	16
Johnson v. Birkett	(1910), 21 O.L.R. 319	407
Judgment Recovery (N.S.) Ltd. v. Co-operative Fire and Casualty Co.	[1979] I.L.R. ¶ 1-1139.....	1095
Judgment Recovery (N.S.) Ltd. v. Home Insurance Co.	[1978] I.L.R. ¶ 1-976.....	1095

K

K.H. (A Minor) (Abduction), Re	[1990] F.C.R. 990.....	593
K.R.M. Construction Ltd. v. British Columbia Railway Co.....	(1982), 40 B.C.L.R. 1.....	446
Keech v. Sandford.....	(1726), Sel. Cas. T. King 61, 25 E.R. 223	407, 461
Kienapple v. The Queen	[1975] 1 S.C.R. 729.....	774
King v. King.....	(1990), 25 R.F.L. (3d) 338.....	709
Kitson v. Kitson	(1986), 1 R.F.L. (3d) 103.....	731
Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)	(1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356.....	1015
Korponay c. Procureur général du Canada	[1982] 1 R.C.S. 41.....	203
Korponay v. Attorney General of Canada.....	[1982] 1 S.C.R. 41.....	203
Koufos v. C. Czarnikow Ltd.	[1969] 1 A.C. 350.....	459
Kourtessis c. M.R.N.	[1993] 2 R.C.S. 53.....	863, 892, 900, 990
Kourtessis v. M.N.R.	[1993] 2 S.C.R. 53.....	863, 892, 900, 990

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
L		
L. (Child Abduction) (Psychological Harm), Re.....	[1993] 2 F.L.R. 401.....	596
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 574.....	394, 460, 480
Lampard v. The Queen.....	[1969] S.C.R. 373.....	143
Langelier (Anwender) v. Anwender.....	(1991), 32 R.F.L. (3d) 135.....	682
Lanteigne v. Lanteigne.....	(1988), 91 N.B.R. (2d) 275.....	687
Lapointe v. Hôpital Le Gardeur.....	[1992] 1 S.C.R. 351.....	426
Laskin v. Bache & Co.	[1972] 1 O.R. 465.....	418
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville).....	[1989] 1 R.C.S. 705.....	425
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City).....	[1989] 1 S.C.R. 705.....	425
LaVan v. Danyluk.....	(1970), 75 W.W.R. 500.....	1057
Lavitch v. Lavitch.....	(1985), 37 Man. R. (2d) 261.....	569
Leary v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 29.....	71, 77, 104
Ledwith v. Roberts.....	[1937] 1 K.B. 232.....	781
Lennard's Carrying Co. v. Asiatic Petroleum Co.	[1915] A.C. 705.....	46
Lensen v. Lensen.....	[1987] 2 S.C.R. 672.....	425, 745
Leroux v. Brown.....	(1852), 12 C.B. 801, 138 E.R. 1119.....	1069
Levesque v. Levesque.....	(1994), 4 R.F.L. (4th) 375.....	700
Lewis v. The Queen.....	[1979] 2 S.C.R. 821.....	510
Linney v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 646.....	533
Lloyds Bank Ltd. v. Bundy.....	[1975] Q.B. 326.....	404
London Loan & Savings Co. v. Brickenden.....	[1934] 2 W.W.R. 545.....	441
Loudon v. Ryder (No. 2).....	[1953] Ch. 423.....	647
Lyons v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 633.....	787
M		
M. (K.) v. M. (H.).....	[1992] 3 S.C.R. 3.....	703
M. (K.) v. M. (H.).....	[1992] 3 S.C.R. 6.....	408
MacDonald Estate v. Martin.....	[1990] 3 S.C.R. 1235.....	425
Machado v. Fontes.....	[1897] 2 Q.B. 231.....	1041
Maghun v. Richardson Securities of Canada Ltd.....	(1986), 34 D.L.R. (4th) 524.....	418
Mallen v. Mallen.....	(1988), 13 R.F.L. (3d) 54.....	742
Maple Leaf Services v. Townships of Essa and Petawawa.....	(1963), 37 D.L.R. (2d) 657.....	45
Marbury Management, Inc. v. Kohn.....	629 F.2d 705 (1980).....	451
Marshall v. Marshall.....	(1992), 43 R.F.L. (3d) 303.....	740
Martin v. Perrie.....	[1986] 1 S.C.R. 41.....	1070
Marzetti v. Marzetti.....	[1994] 2 S.C.R. 765.....	705
Masters v. Masters.....	[1994] 1 S.C.R. 883.....	727
McDonnell v. Wawanesa Mutual Insurance Co.	[1980] I.L.R. ¶ 1-1206.....	1095
McGonigle v. Combs.....	968 F.2d 810 (1992).....	447, 475
McInerney v. MacDonald.....	[1992] 2 S.C.R. 138.....	412
McKinney v. Polston.....	[1992] B.C.J. No. 1422 (QL).....	690
McLean v. Pettigrew.....	[1945] S.C.R. 62.....	1034
McLeod v. Sweezey.....	[1944] S.C.R. 111.....	407

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Meisner v. Mason.....	[1931] 2 D.L.R. 156.....	648
Menage v. Hedges.....	(1987), 8 R.F.L. (3d) 225.....	711
Meredith v. Meredith.....	759 F.Supp. 1432 (1991).....	594
Michel v. Michel.....	(1988), 18 R.F.L. (3d) 182.....	733
Midcon Oil & Gas Ltd. v. New British Dominion Oil Co.	[1958] S.C.R. 314.....	414
Mills v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 863.....	857, 892, 900, 918, 946, 988
Minnesota State Board for Community Colleges v. Knight.....	465 U.S. 271 (1984).....	652, 668
Mitchell v. Mitchell.....	(1988), 18 R.F.L. (3d) 206.....	709
Moge v. Moge.....	[1992] 3 S.C.R. 813.....	699
Monaghan v. Monaghan.....	(1988), 14 R.F.L. (3d) 308.....	742
Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.....	[1947] 1 D.L.R. 161.....	45
Moosa v. Moosa.....	(1990), 26 R.F.L. (3d) 107.....	688
Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.....	[1975] 1 S.C.R. 393.....	1049
Morguard Investments Ltd. v. De Savoye.....	[1990] 3 S.C.R. 1077.....	1031
Murray v. Murray.....	(1991), 35 R.F.L. (3d) 449.....	709

N

N. (Child Abduction: Habitual Residence), Re.....	[1993] 2 F.L.R. 124.....	593
N. (Minors) (Abduction), Re.....	[1991] 1 F.L.R. 413.....	596
Nash v. Tupper.....	1 Caines 402 (1803).....	1069
National Westminster Bank plc v. Morgan.....	[1985] 1 All E.R. 821.....	414
Nebraska Press Assn. v. Stuart.....	427 U.S. 539 (1976).....	921
Nelles v. Ontario.....	[1989] 2 S.C.R. 170.....	867, 907
Neumeier v. Kuehner.....	286 N.E.2d 454 (1972).....	1057
New Brunswick Broadcasting Co. c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.....	[1984] 2 C.F. 410.....	652
New Brunswick Broadcasting Co. v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.....	[1984] 2 F.C. 410.....	652
Nocton v. Lord Ashburton.....	[1914] A.C. 932.....	405
Norberg v. Wynrib.....	[1992] 2 S.C.R. 226.....	406
Northcut v. Ruppel.....	(1989), 21 R.F.L. (3d) 195.....	709

O

Oakley v. Oakley.....	(1990), 260 A.P.R. 266.....	709
Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.....	[1985] 2 S.C.R. 536.....	706

P

P. v. P. (Minors) (Child Abduction).....	[1992] 1 F.L.R. 155.....	599, 624
Papachristou v. City of Jacksonville.....	405 U.S. 156 (1972).....	786, 817
Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.....	[1934] S.C.R. 186.....	980
Pappajohn v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 120.....	126

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Paras v. Paras	[1971] 1 O.R. 130.....	690, 708
Paul v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 621.....	789
Pelech v. Pelech	[1987] 1 S.C.R. 801.....	686, 726
People v. Hood.....	462 P.2d 370 (1969).....	125
Phillips v. Eyre.....	(1870), L.R. 6 Q.B. 1.....	1037
Poyser v. Minors	(1881), 7 Q.B.D. 329.....	1067
Prefontaine Estate v. Frizzle.....	(1990), 71 O.R. (2d) 385.....	1045
Procureur général de l'Ontario c. Municipalité régionale de Peel	[1979] 2 R.C.S. 1134.....	815
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada.....	[1980] 2 R.C.S. 735.....	641
Procureur général du Québec c. Blaikie	[1979] 2 R.C.S. 1016.....	287
PSAC v. Canada.....	[1987] 1 S.C.R. 424.....	788

Q

Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon- Secours	[1994] 3 S.C.R. 343.....	43
Queen (The) v. Golden.....	[1986] 1 S.C.R. 209.....	16
Queen (The) v. Imperial General Properties Ltd.....	[1985] 2 S.C.R. 288.....	16

R

R. v. Anderson	(1984), 10 C.C.C. (3d) 417.....	189
R. v. Andsten and Petrie.....	(1960), 33 C.R. 213.....	785, 814
R. v. Askov.....	[1990] 2 S.C.R. 1199.....	300
R. v. Baig	[1987] 2 S.C.R. 537.....	193, 222
R. v. Bales, Ex parte Meaford General Hospital.....	[1971] 2 O.R. 305.....	648
R. v. Barnes.....	[1991] 1 S.C.R. 449.....	859, 903, 979, 992
R. v. Bartle	[1994] 3 S.C.R. 173.....	247, 285, 315, 321, 322, 326, 337, 348, 355, 357, 359, 364, 374
R. v. Beare.....	[1988] 2 S.C.R. 387.....	221, 225, 792
R. v. Begley.....	(1982), 38 O.R. (2d) 549.....	855
R. v. Bernard	[1988] 2 S.C.R. 833.....	71, 77, 106
R. v. Black.....	[1989] 2 S.C.R. 138.....	166, 192, 222, 289
R. v. Brydges.....	[1990] 1 S.C.R. 190.....	186, 221, 222, 250, 285, 289, 304, 317, 334, 349, 366
R. v. Bulmer	[1987] 1 S.C.R. 782.....	126
R. v. Burnison	(1979), 70 C.C.C. (2d) 38.....	276
R. v. Burns	[1994] 1 S.C.R. 656.....	746
R. v. C. (T.L.)	[1994] 2 S.C.R. 1012.....	900
R. v. Charest.....	(1990), 57 C.C.C. (3d) 312.....	107
R. v. Chartrand.....	[1994] 2 S.C.R. 864.....	703
R. v. Chase	[1987] 2 S.C.R. 293.....	77, 111
R. v. Chauk	[1990] 3 S.C.R. 1303.....	100, 1009
R. v. Ciciola	J.E. 90-629	107
R. v. Cloutier (M.).....	(1991), 51 Q.A.C. 143.....	785, 813
R. v. Colarusso.....	[1994] 1 S.C.R. 20.....	163, 229

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265 165, 209, 227, 294, 301, 323, 341, 353, 356	
R. v. Corbett	[1988] 1 S.C.R. 670.....	506, 884
R. v. Cranston.....	(1983), 60 N.S.R. (2d) 269	905, 989
R. v. Creighton	[1993] 3 S.C.R. 3.....	92, 115, 225, 392,
R. v. Debot	[1989] 2 S.C.R. 1140.....	153, 162, 221, 293
R. v. Deruelle	[1992] 2 S.C.R. 663.....	276
R. v. DeSousa.....	[1992] 2 S.C.R. 944.....	92
R. v. Desveaux	(1986), 26 C.C.C. (3d) 88	543
R. v. Doherty	(1887), 16 Cox C.C. 306.....	121
R. v. Downey	[1992] 2 S.C.R. 10.....	702, 1008
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30.....	209
R. v. Dubois	(1990), 54 C.C.C. (3d) 166.....	303
R. v. Dubois	[1990] R.J.Q. 681	192
R. v. Duguay	[1989] 1 S.C.R. 93.....	167
R. v. Dymont	[1988] 2 S.C.R. 417.....	160
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	702, 807, 788
R. v. Elshaw	[1991] 3 S.C.R. 24.....	169, 212, 293, 342
R. v. Evans	[1991] 1 S.C.R. 869... 166, 192, 222, 269, 289	
R. v. Finlay.....	[1993] 3 S.C.R. 103.....	225
R. v. Finta.....	[1994] 1 S.C.R. 701.....	225, 497, 703
R. v. François	[1994] 2 S.C.R. 827.....	542
R. v. Gardiner.....	(1971), 2 C.C.C. (2d) 463	139
R. v. Gardiner.....	[1982] 2 S.C.R. 368.....	503, 859, 903, 992
R. v. Garofoli	[1990] 2 S.C.R. 1421.....	1098
R. v. Gauvin	(1984), 11 C.C.C. (3d) 229	785, 813
R. v. Généreux	[1992] 1 S.C.R. 259.....	879
R. v. George	[1960] S.C.R. 871	77, 107
R. v. Goltz	[1991] 3 S.C.R. 485.....	750, 799, 825
R. v. Graf.....	(1988), 42 C.R.R. 146	794
R. v. Grant.....	[1991] 3 S.C.R. 139.....	222, 293
R. v. Greenberg	(1942), 78 C.C.C. 145	139
R. v. Greffe.....	[1990] 1 S.C.R. 755.....	210
R. v. Harke	(1990), 110 A.R. 53.....	372
R. v. Harper.....	[1994] 3 S.C.R. 343.....	184, 221, 247, 285, 315, 322, 326, 338, 364, 374
R. v. Hartridge.....	[1967] 1 C.C.C. 346	127
R. v. Hasselwander.....	[1993] 2 S.C.R. 398.....	783
R. v. Haughton	[1994] 3 S.C.R. 516.....	828
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151.....	191, 271
R. v. Hess	[1990] 2 S.C.R. 906.....	888
R. v. Hilton.....	(1977), 34 C.C.C. (2d) 206.....	128
R. v. Holmes.....	[1988] 1 S.C.R. 914.....	1014
R. v. Hufsky	[1988] 1 S.C.R. 621.....	231, 293, 325
R. v. I. (L.R.) and T. (E.).....	[1993] 4 S.C.R. 504.....	209, 222
R. v. Jackson	(1993), 15 O.R. (3d) 709.....	214

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Jacoy	[1988] 2 S.C.R. 548.....	293
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128.....	996
R. v. Jones	[1986] 2 S.C.R. 284.....	792
R. v. Jones	[1994] 2 S.C.R. 229.....	271
R. v. Kamipeli	[1975] 2 N.Z.L.R. 610.....	81
R. v. Karavasilis	(1980), 54 C.C.C. (2d) 530.....	138
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697....., 702, 876, 1000	
R. v. Keegstra (No. 2)	(1992), 127 A.R. 232.....	921
R. v. Kelly	[1992] 2 S.C.R. 170.....	422
R. v. Kerim.....	[1963] S.C.R. 124.....	138
R. v. L. (D.O.).....	[1993] 4 S.C.R. 419..... 225, 501, 506	
R. v. Laba	[1994] 3 S.C.R. 965.....	903
R. v. Ladouceur	[1990] 1 S.C.R. 1257..... 231, 295, 325, 702	
R. v. Landry	(1981), 61 C.C.C. (2d) 317.....	503
R. v. Laniel Canada Inc.....	(1991), 63 C.C.C. (3d) 574.....	137
R. v. Lavallee	[1990] 1 S.C.R. 852.....	703
R. v. Levogiannis	[1993] 4 S.C.R. 475..... 225, 1001	
R. v. Lippé.....	[1991] 2 S.C.R. 114..... 225, 879	
R. v. Litchfield	[1993] 4 S.C.R. 333.....	871
R. v. Lomage.....	(1991), 2 O.R. (3d) 621.....	510
R. v. Lozowchuk	(1984), 32 Sask. R. 51..... 785, 814	
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309..... 225, 789	
R. v. M. (S.H.)	[1989] 2 S.C.R. 446.....	494
R. v. MacKenzie.....	[1993] 1 S.C.R. 212..... 979, 992	
R. v. Mailloux	(1985), 25 C.C.C. (3d) 171.....	128
R. v. Malcolm.....	(1989), 50 C.C.C. (3d) 172.....	128
R. v. Manninen.....	[1987] 1 S.C.R. 1233..... 191, 222, 269, 303	
R. v. Martineau.....	[1990] 2 S.C.R. 633.....	119
R. v. Matheson	[1994] 3 S.C.R. 328... 184, 221, 247, 322, 355	
R. v. Meddoui.....	[1991] 3 S.C.R. ix.....	979
R. v. Mellenthin	[1992] 3 S.C.R. 615... 161, 220, 231, 295, 325	
R. v. Meltzer.....	[1989] 1 S.C.R. 1764..... 857, 900, 958, 988	
R. v. Mohl	[1989] 1 S.C.R. 1389.....	213
R. v. Moreau.....	(1986), 26 C.C.C. (3d) 359.....	126
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30.....	497
R. v. Morgentaler, Smoling and Scott	(1984), 41 C.R. (3d) 262..... 905, 989	
R. v. Morin	[1988] 2 S.C.R. 345.....	545
R. v. Munroe	(1983), 5 C.C.C. (3d) 217..... 781, 813	
R. v. Murray	(1986), 31 C.C.C. (3d) 323.....	127
R. v. Naglik.....	[1993] 3 S.C.R. 122..... 529, 543	
R. v. Nichols.....	(1992), 71 C.C.C. (3d) 385.....	504
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606..... 790, 821	
R. v. O'Connor.....	(1980), 4 A. Crim. R. 348.....	78
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103..... 887, 948, 1006	
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595.....	126
R. v. P. (M.B.).....	[1994] 1 S.C.R. 555.....	271

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Parks	(1988), 33 C.R.R. 1	74, 120, 189, 928
R. v. Penno	[1990] 2 S.C.R. 865	85, 107, 702
R. v. Pétel	[1994] 1 S.C.R. 3	529, 543
R. v. Popovic and Askov	[1976] 2 S.C.R. 308	787
R. v. Potvin	[1989] 1 S.C.R. 525	501, 506
R. v. Pozniak	[1994] 3 S.C.R. 310	184, 222, 247, 338, 348, 355, 357, 364, 374, 375
R. v. Prosper	(1992), 113 N.S.R. (2d) 156	227
R. v. Prosper	[1994] 3 S.C.R. 236	184, 221, 233, 322, 326, 332, 355, 357, 372
R. v. Quin	[1988] 2 S.C.R. 825	71, 77
R. v. Rahey	[1987] 1 S.C.R. 588	892, 909, 943
R. v. Reville	(1979), 48 C.C.C. (2d) 267	127
R. v. Robertson	[1987] 1 S.C.R. 918	126
R. v. Robinson	(1989), 73 C.R. (3d) 81	286
R. v. Ross	[1989] 1 S.C.R. 3	153, 212, 222, 269, 289
R. v. Rowbotham	[1994] 2 S.C.R. 463	703
R. v. S. (T.)	[1994] 3 S.C.R. 952	894
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654	875, 911
R. v. Schmautz	[1990] 1 S.C.R. 398	213, 222, 293, 355
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	702, 1001
R. v. Seo	(1986), 25 C.C.C. (3d) 385	230
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495	209, 293
R. v. Sioui	[1990] 1 S.C.R. 1025	703
R. v. Smith	(1985), 26 C.C.C. (3d) 53	138
R. v. Smith	[1987] 1 S.C.R. 1045	799, 824
R. v. Smith	[1991] 1 S.C.R. 714	166
R. v. Smith (Joey Leonard)	[1989] 2 S.C.R. 368	222, 289
R. v. Smith (Norman MacPherson)	[1991] 1 S.C.R. 714	193, 222
R. v. Strachan	[1988] 2 S.C.R. 980	189, 222, 275, 289, 353
R. v. Swain	[1991] 1 S.C.R. 933	93, 793
R. v. Swietlinski	(1978), 44 C.C.C. (2d) 267	489
R. v. Swietlinski	[1994] 3 S.C.R. 481	860, 903, 992
R. v. Tapaquon	[1993] 4 S.C.R. 535	689
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613	208, 222, 273, 293
R. v. Thérout	[1993] 2 S.C.R. 5	74, 120
R. v. Thomsen	[1988] 1 S.C.R. 640	230, 293, 325
R. v. Tolson	(1889), 23 Q.B.D. 168	121
R. v. Tremblay	[1987] 2 S.C.R. 435	192, 222, 289
R. v. Vaillancourt	[1987] 2 S.C.R. 636	90
R. v. Vaillancourt	(1988), 43 C.C.C. (3d) 238	505
R. v. Vaillancourt	(1989), 49 C.C.C. (3d) 544	491
R. v. Vaillancourt	(1990), 76 C.C.C. (3d) 384	860, 903, 992
R. v. Vasil	[1981] 1 S.C.R. 469	789
R. v. Vermette	[1988] 1 S.C.R. 985	885
R. v. Volante	(1993), 14 O.R. (3d) 682	138

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. W. (D.)	[1991] 1 S.C.R. 742.....	529, 543
R. v. W. (R.).....	[1992] 2 S.C.R. 122.....	703
R. v. Waite.....	(1986), 28 C.C.C. (3d) 326	529, 543
R. v. Warner	[1961] S.C.R. 144	143
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154.....	225, 1000
R. v. Whyte	[1988] 2 S.C.R. 3.....	89, 788
R. v. Wiley	[1993] 3 S.C.R. 263.....	165
R. v. Wilkes.....	(1930), 55 C.C.C. 1	140
R. v. Willis	(1987), 37 C.C.C. (3d) 184	786
R. v. Wills.....	(1992), 12 C.R. (4th) 58.....	162
R. v. Wilson.....	[1990] 1 S.C.R. 1291.....	231, 295, 325
R. v. Zundel.....	(1987), 58 O.R. (2d) 129.....	792
R. v. Zundel.....	[1992] 2 S.C.R. 731.....	651, 876
Rabey v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 513.....	74, 127
Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.	[1991] 3 S.C.R. 3.....	441
Red Sea Insurance Co. v. Bouygues	[1994] J.C.J. No. 29	1043
Reference re Alberta Statutes	[1938] S.C.R. 100	899
Reference re Anti-Inflation Act.....	[1976] 2 S.C.R. 373.....	788
Reference re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	267, 788
Reference re Canada Assistance Plan (B.C.).....	[1991] 2 S.C.R. 525.....	643
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	888
Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act	[1984] 1 S.C.R. 297.....	788
Regina Industries Ltd. v. City of Regina.....	[1947] S.C.R. 345	45
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	888
Renvoi relatif à la Loi anti-inflation	[1976] 2 R.C.S. 373.....	788
Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle	[1981] 1 R.C.S. 714.....	287, 788
Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act...	[1984] 1 R.C.S. 297.....	788
Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)	[1991] 2 R.C.S. 525.....	643
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486.....	267, 788
Residential Tenancies Act, 1979, Re.....	[1981] 1 S.C.R. 714.....	287, 788
Revelle v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 576.....	91
Reza v. Canada.....	[1994] 2 S.C.R. 394.....	745
Richards v. United States.....	369 U.S. 1 (1962).....	1056
Richardson v. Richardson	[1987] 1 S.C.R. 857.....	686, 726
Roberts v. The King.....	[1931] S.C.R. 417	140
Robertson v. Robertson.....	(1989), 23 R.F.L. (3d) 188.....	732
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario.....	[1990] 2 R.C.S. 232.....	876
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario	[1990] 2 S.C.R. 232.....	876
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 519.....	792
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 519.....	792
Rothko v. Reis	372 N.E.2d 291 (1977).....	453
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 573... 876, 892, 908, 941, 959	
Ryan v. Ryan	(1992), 114 N.S.R. (2d) 255	738

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
S		
S. v. Chretien.....	[1981] S.A. 1097	81
Sansregret v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 570.....	126
Schachter v. Canada.....	[1992] 2 S.C.R. 679.....	803, 912, 1012
Schneider v. The Queen.....	[1982] 2 S.C.R. 112.....	788
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573... 876, 892, 908, 941, 959	
Services de santé et services sociaux — 7	[1987] C.A.S. 579.....	24
Seymour v. Wagstaff.....	(1984), 52 N.B.R. (2d) 86.1095.....	1095
Skinner v. Goldapple.....	[1992] I.L.R. ¶ 1-2809.....	1095
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	705, 875, 910
Smith v. Smith.....	(1986), 4 R.F.L. (3d) 210.....	723
Smith, Stone & Knight, Ltd. v. Birmingham Corp.....	[1939] 4 All E.R. 116.....	46
Snelgrove-Fowler v. Fowler	[1993] A.J. No. 232 (QL)	690
Standard Investments Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce	(1985), 52 O.R. (2d) 473.....	407
Steiner v. Toronto Star Ltd.....	[1956] O.R. 14.....	855
Stuart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536.....	15
Stunt v. Stunt.....	(1990), 30 R.F.L. (3d) 353.....	709
Succession MacDonald c. Martin.....	[1990] 3 R.C.S. 1235.....	425
Sunday Times case.....	Eur. Court H. R., judgment of 26 April 1979, Series A No. 30	926
Swietlinski v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 956.....	77, 111
Switzman v. Elbling.....	[1957] S.C.R. 285.....	899
Symes v. Canada.....	[1993] 4 S.C.R. 695.....	20, 680, 703
Syvitski v. Syvitski	(1988), 86 N.S.R. (2d) 248	711
Szeto c. Fédération (La), Cie d'assurances du Canada.....	[1986] R.J.Q. 218	1076
T		
Taplin v. Laurie.....	(1992), 41 R.F.L. (3d) 197.....	740
Telegraph Plc., Ex parte.....	[1993] 2 All E.R. 971.....	884, 930
Tetterington v. Clarke	[1980] I.L.R. ¶ 1-1216.....	1095
Thermo King Corp. v. Provincial Bank of Canada	(1981), 34 O.R. (2d) 369.....	410
Thibaudeau v. M.N.R.....	[1994] 2 F.C. 189	712
Thomson v. Thomson	(1988), 69 Sask. R. 62.....	682
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce).....	[1990] 1 R.C.S. 425.....	225, 792
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425.....	225, 792
Toronto Railway Co. v. The Queen.....	(1894), 4 Ex. C.R. 262.....	787
V		
Valente v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 673.....	225
Vallières v. The Queen.....	(1969), 9 C.R.N.S. 24.....	500

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Varcoe v. Sterling.....	(1992), 7 O.R. (3d) 204.....	419, 467
Varga v. F. H. Deacon & Co.....	[1975] 1 S.C.R. 39.....	431
Vervoorst v. Vervoorst	(1991), 37 R.F.L. (3d) 178.....	735
Victoria Laundry (Windsor), Ltd. v. Newman Industries, Ltd.	[1949] 2 K.B. 528.....	459
Ville de Montréal v. Association des chirurgiens dentistes du Québec.....	[1990] R.J.Q. 2155	40
Ville de Montréal v. ILGWU Center Inc.....	[1974] S.C.R. 59.....	14
Ville de Québec v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours	Unreported/Inédit, Prov. Ct. Québec, No. 200-02-008522-793, November 27, 1980.....	23
W		
Waddell v. Blockey.....	(1879), 4 Q.B.D. 678.....	447, 474
Wakeford v. Yada Tompkins Huntingford & Humphries	Unreported/Inédit, B.C.S.C. August 1, 1985), (Van. Reg. No. C826216).....	418
Walpole v. Canadian Northern Railway Co.....	[1923] A.C. 113	1044
Waters v. Donnelly.....	(1884), 9 O.R. 391.....	406
Watkins v. Olafson.....	[1989] 2 S.C.R. 750.....	913
Weaver v. Tate.....	(1989), 24 R.F.L. (3d) 266.....	742
White v. The King	[1947] S.C.R. 268	425
Wilbur and Wilbur, Re.....	(1983), 147 D.L.R. (3d) 69.....	745
Wilson v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 594.....	870
Y		
Yew Bon Tew v. Kenderaan Bas Mara.....	[1983] 1 A.C. 553.....	1071
Young v. Young.....	[1993] 4 S.C.R. 3.....	597, 909

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
Act respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5		Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19	
s. 1(k).....	3	s. 486.....	833
s. 10.....	3, 29	Constitution Act, 1867	
s. 11.....	29	s. 92(13).....	753
s. 12.....	3	Constitution Act, 1982	
s. 18.1.....	3	s. 35.....	627
Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1		Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, preamble	
s. 172.....	29	art. 1.....	551
s. 204(14).....	3, 29, 57	art. 3.....	551
s. 236.....	29	art. 5.....	551
s. 236(1.1).....	29, 57	art. 12.....	551
		art. 13.....	551
C		art. 15.....	551
Canadian Charter of Rights and Freedoms		art. 16.....	551
s. 1.....	63, 835, 965	art. 21.....	551
s. 2(b).....	627, 835	Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46	
s. 7.....	63	s. 85.....	749
s. 8.....	145	s. 202(1)(b).....	133
s. 10(a).....	145	s. 253(a).....	328
s. 10(b).....	145, 310, 328, 343, 360	s. 253(b).....	310
s. 11(d).....	63, 965	s. 254(3).....	236
s. 12.....	749	s. 254(5).....	328
s. 15(1).....	627	s. 258(1)(c)(ii).....	236
s. 24(2).....	145, 310, 328, 343, 360	s. 258(1)(d).....	236
s. 28.....	627	s. 394(1)(b).....	965
Charter of the City of Beauport		s. 674.....	835, 965
s. 13.....	833	s. 676(1)(a).....	133
Child Custody Enforcement Act, R.S.M. 1987, c. C360		s. 686(1)(b)(iii).....	516, 827
s. 5.....	551	s. 693(1)(b).....	965
s. 6.....	551	D	
		Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.)	
		s. 17.....	670

	PAGE		PAGE
F		s. 224(1.3).....	753
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7		Insurance Act, R.S.P.E.I. 1988, c. I-4	
art. 18.....	627	s. 216(8).....	1080
art. 18.1.....	627	s. 218(6).....	1080
art. 52.....	627		
Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663		S	
r. 1723.....	627	Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26	
I		s. 40(1).....	835, 965
Income Tax Act, S.C. 1987, c. 46		s. 40(3).....	835, 965
s. 224(1.2).....	753		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
Charte canadienne des droits et libertés		art. 15.....	551
art. 1.....	63, 835, 965	art. 16.....	551
art. 2b).....	627, 835	art. 21.....	551
art. 7.....	63	I	
art. 8.....	145	Insurance Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. I-4	
art. 10a).....	145	art. 216(8).....	1080
art. 10b).....	145, 310, 328, 343, 360	art. 218(6).....	1080
art. 11d).....	63, 965	L	
art. 12.....	749	Loi constitutionnelle de 1867	
art. 15(1).....	627	art. 92(13).....	753
art. 24(2).....	145, 310, 328, 343, 360	Loi constitutionnelle de 1982	
art. 28.....	627	art. 35.....	627
Charte de la ville de Beauport		Loi de l'impôt sur le revenu, L.C. 1987, ch. 46	
art. 13.....	833	art. 224(1.2).....	753
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		art. 224(1.3).....	753
art. 85.....	749	Loi sur l'exécution des ordonnances de garde, L.R.M. 1987, ch. C360	
art. 202(1)b).....	133	art. 5.....	551
art. 253a).....	328	art. 6.....	551
art. 253b).....	310	Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7	
art. 254(3).....	236	art. 18.....	627
art. 254(5).....	328	art. 18.1.....	627
art. 258(1)c)(ii).....	236	art. 52.....	627
art. 258(1)d).....	236	Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26	
art. 394(1)b).....	965	art. 40(1).....	835, 965
art. 674.....	835, 965	art. 40(3).....	835, 965
art. 676(1)a).....	133	Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1	
art. 686(1)b)(iii).....	516, 827	art. 172.....	29
art. 693(1)b).....	965	art. 204(14).....	3, 29, 57
Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can 1983 n° 35, préambule		art. 236.....	29
art. 1.....	551	art. 236(1.1).....	29, 57
art. 3.....	551		
art. 5.....	551		
art. 12.....	551		
art. 13.....	551		

	PAGE		PAGE
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2 ^e suppl.)		art. 11.....	29
art. 17.....	670	art. 12.....	3
Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19		art. 18.1.....	3
art. 486.....	833		
Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5			
art. 1k).....	3		
art. 10.....	3, 29		
		R	
		Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, ch. 663	
		r. 1723.....	627

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Abella, Rosalie S. "Economic Adjustment on Marriage Breakdown: Support" (1981), 4 <i>Fam. L. Rev.</i> 1...	716
Ailes, Edgar H. "Limitation of Actions and the Conflict of Laws" (1933), 31 <i>Mich. L. Rev.</i> 474.....	1069
<i>American Jurisprudence</i> , vol. 21, 2nd ed., "Criminal Law". Rochester: Lawyers Co-operative, 1981	111
Anton, A. E. "The Hague Convention on International Child Abduction" (1981), 30 <i>Int'l & Comp. L.Q.</i> 537	576, 619
Association du Barreau canadien. <i>Code de déontologie professionnelle</i> . Ottawa: Association du Barreau canadien, 1987.....	424
Bailey, S. H. "The Contempt of Court Act 1981" (1982), 45 <i>Mod. L. Rev.</i> 301	926
Beaumont, S. J. "Drunkenness and Criminal Responsibility — Recent English Experience" (1976), 54 <i>Can. Bar Rev.</i> 777	97
Berner, S. H. <i>Intoxication and Criminal Responsibility</i> . Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1975	87
Black, Vaughan. "Statutory Confusion in International Child Custody Disputes" (1993), 9 <i>C.F.L.Q.</i> 279	600, 613
Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "loiter"	784
Canada. <i>Bâtir ensemble l'avenir du Canada — Propositions</i> . Ottawa: Gouvernement du Canada, 1991...	634
Canada. Chambre des communes. Comité permanent des Affaires indiennes et du développement du Nord canadien. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , fascicule n° 58, 20 septembre 1982, p. 58:14.....	660
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le Projet de loi C-15: Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada</i> . Fascicule n° 1. Les 27 novembre, 11 et 18 décembre 1986, 5 et 17 février et 17 mars 1987, aux pp. 1:46, 3:24-3:25, 6:18-6:19, 8:29-8:30, 9:70 à 9:75 et 10:27 à 10:31.....	789
Canada. Comité spécial sur la pornographie et la prostitution. <i>Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution</i> (Rapport Fraser). Ottawa: Le Comité, 1985	807
Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. <i>Infractions sexuelles à l'égard des enfants: Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes</i> (Rapport Badgley). Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984.....	807
Canada. Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales, <i>Rapport provisoire</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1970	87
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 56. <i>L'accès du public et des médias au processus pénal</i> . Ottawa: La Commission, 1987	881

Canada. Commission de réforme du droit. <i>Pour une nouvelle codification du droit pénal</i> , vol. 1. Rapport 30. Ottawa: La Commission, 1986.....	132
Canada. Commission nationale des libérations conditionnelles. <i>Commission nationale des libérations conditionnelles, Politiques décisionnelles sur la réhabilitation, Annexe: La Prérogative royale de clémence: Document d'orientation</i> (juin 1993).....	798
Canada. Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs. <i>Interim Report</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1970.....	87
Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. <i>Sexual Offences Against Children: Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths</i> (Badgley Report). Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.....	807
Canada. Department of Justice. Bureau of Review. <i>Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation</i> . Ottawa: Department of Justice, 1990.....	715
Canada. Department of Justice. <i>Divorce Law in Canada: Proposals for Change</i> . Ottawa: Department of Justice, 1984.....	708
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15: An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act</i> . Issue No. 1. November 27; December 11, 18, 1986; February 5, 17; March 17, 1987, at pp. 1:46, 3:25-3:25, 6:18-6:19, 8:29-8:30, 9:70-9:75, 10:27-10:31.....	789
Canada. House of Commons. Standing Committee on Indian Affairs and Northern Development. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , Issue No. 58, September 20, 1982, p. 58:14.....	660
Canada. Law Reform Commission. <i>Recodifying Criminal Law</i> , vol. 1. Report 30. Ottawa: The Commission, 1986.....	131
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 56. <i>Public and Media Access to the Criminal Process</i> . Ottawa: The Commission, 1987.....	881
Canada. Ministère de la Justice. Bureau de l'examen. <i>Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation</i> . Ottawa: Ministère de la Justice, 1990.....	715
Canada. Ministère de la Justice. <i>Propositions de réforme du droit du divorce au Canada</i> . Ottawa: Ministère de la Justice, 1984.....	708
Canada. National Parole Board. <i>National Parole Board, Pardon Decision Policies, Annex: The Royal Prerogative of Mercy: Direction</i> (June 1993).....	798
Canada. Parlement. Chambre des communes. <i>Projet de loi C-41, Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence</i> , 1 ^{re} sess., 35 ^e lég., 1994 (1 ^{re} lecture le 13 juin 1994), art. 745.6(2)d), (3).....	512
Canada. Parlement. Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada</i> , Fascicule n ^o 46 (27 janvier 1981). Première session de la trente-deuxième législature, 1980-1981. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1981.....	266, 286
Canada. Parlement. Comité mixte spécial sur le renouvellement du Canada. <i>Rapport du comité mixte spécial sur le renouvellement du Canada</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1992.....	662
Canada. Parliament. House of Commons. <i>Bill C-41, An Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof</i> , 1st Sess., 35th Parl., 1994 (1st reading June 13, 1994), s. 745.6(2)(d), (3).....	512
Canada. Parliament. Special Joint Committee of the Senate and House of Commons on the Constitution of Canada. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada</i> , Issue No. 46 (January 27, 1981). First Session of the Thirty-second Parliament, 1980-81. Ottawa: Queen's Printer, 1981.....	266, 286

Canada. Parliament. Special Joint Committee on a Renewed Canada. <i>Report of the Special Joint Committee on a Renewed Canada</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1992.....	662
Canada. <i>Shaping Canada's Future Together — Proposals</i> . Ottawa: Government of Canada, 1991.....	634
Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. <i>Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution</i> (Fraser Committee Report). Ottawa: The Committee, 1985.....	807
Canadian Bar Association. <i>Code of Professional Conduct</i> . Ottawa: Canadian Bar Association, 1987	424
Cavender, S. J. "The Lords Against <i>Majewski</i> and the Law" (1989), 21 <i>Bracton L.J.</i> 9.....	97
Cheshire, Geoffrey Chevalier and Peter Machin North. <i>Cheshire and North's Private International Law</i> , 12th ed. By Peter Machin North and J. J. Fawcett. London: Butterworths, 1992	1067
Colvin, Eric. "A Theory of the Intoxication Defence" (1981), 59 <i>Can. Bar Rev.</i> 750.....	96, 124
Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille. <i>Les incidences économiques des règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants</i> . Ottawa: Le Comité, 1992	716
Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille. <i>Pensions alimentaires pour enfants, Document de travail public</i> . Ottawa: Le Comité, 1991	716
Conférence de La Haye de droit international privé. <i>Actes et Documents de la Onzième session</i> , 7 au 26 octobre 1968. t. III, <i>Accidents de la circulation routière</i> . Travaux Préliminaires. Mémoire relatif aux actes illicites en droit international privé, établi par Bernard M. Dutoit, Secrétaire au Bureau Permanent. Document Préliminaire n° 1 de janvier 1967. The Hague: Imprimerie Nationale, 1970	1051
Conférence de La Haye de droit international privé, <i>Actes et documents de la Quatorzième session</i> , t. III, <i>Enlèvement d'enfants</i> . La Haye: Imprimerie nationale, 1982	575
Cook, Walter Wheeler. <i>The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1942	1067
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 ^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990	19, 618, 689, 787, 815
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991	19, 618, 689, 787, 815
Covington, Stephanie S. «Alcohol and Family Violence». Dans <i>L'alcool, les drogues et le tabac: perspectives internationales — le passé, le présent et l'avenir</i> . Compte-rendu du 34 ^e Congrès international sur l'alcoolisme et les toxicomanies, vol. 1, 15. Calgary: Commission albertaine contre l'alcool et les toxicomanies, 1985.....	88
Covington, Stephanie S. "Alcohol and Family Violence". In <i>Alcohol, Drugs and Tobacco: An International Perspective — Past, Present and Future</i> . Proceedings of the 34th International Congress on Alcoholism and Drug Dependence, vol. 1, 15. Calgary: Alberta Alcohol and Drug Abuse Commission, 1985	88
Dashwood, Alan. "Logic and the Lords in <i>Majewski</i> ", [1977] <i>Crim. L.R.</i> 532, 591.....	96
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , 2 ^e sess., 11 ^e lég., le 19 janvier 1910, p. 2286	1014
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 5, 4 ^e sess., 21 ^e lég. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1952.....	788
Dicey, Albert Venn and J. H. C. Morris. <i>Dicey and Morris on the Conflict of Laws</i> , vol. 2, 11th ed. London: Stevens & Sons, 1987	1043
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983	17, 784
Durnford, John W., and Stephen J. Toope. "Spousal Support in Family Law and Alimony in the Law of Taxation" (1994), 42:1 <i>Can. Tax J.</i> 1.....	726
Edmond, James G. "Fiduciary Duties Owed by Insurance, Real Estate and Other Agents". In <i>The 1993 Isaac Pitblado Lectures, Fiduciary Duties/Conflicts of Interest</i> . Winnipeg: The Law Society of Manitoba, The Manitoba Bar Association and The University of Manitoba Faculty of Law, 1993.....	418
Eekelaar, John M. "International Child Abduction by Parents" (1982), 32 <i>U.T.L.J.</i> 281	594

Ellis, Mark V. "Financial Advisers" (Chapters 7 and 8). In <i>Fiduciary Duties in Canada</i> . Don Mills, Ont.: R. DeBoo, 1988 (loose-leaf).....	418
Ergec, Rusen. "La liberté d'expression, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire", [1993] <i>Rev. trim. dr. h.</i> 171.....	926
Farquhar, Keith B. "The Hague Convention on International Child Abduction Comes to Canada" (1983), 4 <i>Can. J. Fam. L.</i> 5.....	601
Farrier, David. "Intoxication: Legal Logic or Common Sense?" (1976), 39 <i>Modern L. Rev.</i> 578.....	98
Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee. <i>Child Support: Public Discussion Paper</i> . Ottawa: The Committee, 1991.....	716
Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee. <i>The Financial Implications of Child Support Guidelines: Research Report</i> . Ottawa: The Committee, 1992.....	716
Finn, P. D. "Conflicts of Interest and Professionals". In Legal Research Foundation Inc. Seminar, <i>Professional Responsibility</i> . Paper presented at Professional Responsibility Seminar, University of Auckland, May 29, 1987. Auckland: Legal Research Foundation Inc., 1987.....	420, 470
Finn, P. D. "Contract and the Fiduciary Principle" (1989), 12 <i>U.N.S.W.L.J.</i> 76.....	407
Finn, P. D. <i>Fiduciary Obligations</i> . Sydney: The Law Book Co., 1977.....	407
Finn, P. D. "The Fiduciary Principle". In T. G. Youdan, ed., <i>Equity, Fiduciaries and Trusts</i> . Toronto: Carswell, 1989.....	407
Frankel, Tamar. "Fiduciary Law" (1983), 71 <i>Calif. L. Rev.</i> 795.....	408
Frankel, Tamar. "Fiduciary Law: The Judicial Process and the Duty of Care". In <i>The 1993 Isaac Pitblado Lectures, Fiduciary Duties/Conflicts of Interest</i> . Winnipeg: The Law Society of Manitoba, The Manitoba Bar Association and The University of Manitoba Faculty of Law, 1993.....	420, 469
Fridman, G. H. L. <i>The Law of Contract in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1986.....	406
Gardner, Simon. "The Importance of <i>Majewski</i> " (1994), 14 <i>Oxford J. Legal Stud.</i> 279.....	97
Gibson, J. L. "Misquote Changes Meaning" (1994), 24 <i>C.R. (4th)</i> 395.....	544
Gibson, J. L. "The Liars' Defence" (1993), 20 <i>C.R. (4th)</i> 96.....	544
Gold, Alan D. "The 'Average, Nervous, Inadequate, Inarticulate, in Short, Typical' Accused's Defence" (1993), 22 <i>C.R. (4th)</i> 253.....	544
Gold, Alan D. "Typo Does Not Change Anything" (1994), 24 <i>C.R. (4th)</i> 397.....	544
Goode, Matthew. "Some Thoughts on the present state of the "Defence" of Intoxication" (1984), 8 <i>Crim. L.J.</i> 104.....	97
<i>Grand Larousse de la langue française</i> . Paris: Librairie Larousse, 1972-1975, "errer", "flâner", "malveillant".....	784, 787, 807
Grassby, Miriam. "Women in their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support" (1991), 30 <i>R.F.L. (3d)</i> 369.....	716
Great Britain. Law Commission. <i>Intoxication and Criminal Liability</i> . Consultation Paper No. 127. London: HMSO, 1993.....	87
Gummow, Hon. Mr. Justice. "Compensation for Breach of Fiduciary Duty". In T. G. Youdan, ed., <i>Equity, Fiduciaries and Trusts</i> . Toronto: Carswell, 1989.....	448
Hague Conference on Private International Law. <i>Actes et documents de la Quatorzième session</i> , t. III, <i>Child Abduction</i> . La Haye: Imprimerie nationale, 1982.....	575
Hancock, Moffatt. Case and Comment on <i>McLean v. Pettigrew</i> (1945), 23 <i>Can. Bar Rev.</i> 348.....	1042
Harris, D. J. "Decisions on the European Convention on Human Rights During 1979" (1979), 50 <i>Brit. Y.B. Int. L.</i> 257.....	926

Healy, Patrick. Case Comment on <i>R. v. Penno</i> (1992), 71 <i>Can. Bar Rev.</i> 143.....	98
Hawkins, R. E. "LAC and the Emerging Obligation to Bargain in Good Faith" (1990), 15 <i>Queen's L.J.</i> 65	415
Healy, Patrick. " <i>R. v. Bernard</i> : Difficulties with Voluntary Intoxication" (1990), 35 <i>McGill L.J.</i> 610.....	98
Helzick, Cathy S. "Returning United States Children Abducted to Foreign Countries: The Need to Implement the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction" (1987), 5 <i>Boston U. Int'l L.J.</i> 119.....	576
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Toronto: Carswell, 1992 (loose-leaf).....	393, 611, 943
<i>House of Commons Debates</i> , 2nd Sess., 11th Parl., January 19, 1910, p. 2166.....	1014
<i>House of Commons Debates</i> , vol. 5, 4th sess., 21st Parl. Ottawa: King's Printer, 1952.....	788
Huband, Charles R. "Remedies and Restitution for Breach of Fiduciary Duties". In <i>The 1993 Isaac Pitblado Lectures, Fiduciary Duties/Conflicts of Interest</i> . Winnipeg: The Law Society of Manitoba, The Manitoba Bar Association and The University of Manitoba Faculty of Law, 1993.....	443
Jamal, Mahmud, and H. Patrick Glenn. "Selective Legality: The Common Law Jurisdictional Appeal" (1994), 73 <i>Can. Bar Rev.</i> 142.....	901
Kaufman, Michael J. "Loss Causation: Exposing a Fraud on Securities Law Jurisprudence" (1991), 24 <i>Ind. L. Rev.</i> 357.....	451
Kirewskie, Cassandra. "Update: <i>R. v. Colarusso</i> " (1994), 4 <i>N.J.C.L.</i> 223.....	229
Krever, Horace and Marion Randall Lewis. "Fiduciary Obligations and the Professions". In <i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1990, Fiduciary Duties</i> . Scarborough: The Law Society of Upper Canada, 1991.....	406
La Novara, Pina. <i>A Portrait of Families in Canada</i> . Ottawa: Statistics Canada, 1993.....	713
La Novara, Pina. <i>Un portrait des familles au Canada</i> . Ottawa: Statistique Canada, 1993.....	713
Lafontaine, Y. "Pourquoi au juste?" (1992), 32 <i>Actif</i> 32.....	264
Lagarde, Irénée. <i>Droit pénal canadien</i> . Montréal: Wilson et Lafleur, 1962.....	818
Lepofsky, M. David. <i>Open Justice: The Constitutional Right to Attend and Speak About Criminal Proceedings</i> . Toronto: Butterworths, 1985.....	881
Linden, Allen M. "Limitations on Media Coverage of Legal Proceedings: A Critique and Some Proposals for Reform". In Philip Anisman and Allen M. Linden, eds., <i>The Media, the Courts and the Charter</i> . Toronto: Carswell, 1986, 301.....	881
Lorenzen, Ernest G. "Huber's De Conflictu Legum" (1919), 13 <i>Ill. L. Rev.</i> 375, reprinted in Ernest G. Lorenzen, <i>Selected Articles on the Conflict of Laws</i> . New Haven: Yale University Press, 1947, p. 136.....	1069
Lorenzen, Ernest G. "Story's Commentaries on the Conflict of Laws — One Hundred Years After" (1934), 48 <i>Harv. L. Rev.</i> 15, reprinted in Ernest G. Lorenzen, <i>Selected Articles on the Conflict of Laws</i> . New Haven: Yale University Press, 1947, p. 181.....	1069
Lowe, Nigel, and Michael Nicholls. "Child Abduction: The Wardship Jurisdiction and the Hague Convention", [1994] <i>Fam. Law</i> 191.....	588
Maddaugh, Peter D. "Definition of Fiduciary Duty". In <i>Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1990, Fiduciary Duties</i> . Scarborough: The Law Society of Upper Canada, 1991.....	407
Manitoba. Legislative Assembly. Standing Committee on Law Amendments, vol. XXX No. 6, June 28, 1982, p. 101.....	620
Mann, F. A. "Contempt of Court in the House of Lords and the European Court of Human Rights" (1979), 95 <i>L.Q.R.</i> 348.....	926

McCord, David. "The English and American History of Voluntary Intoxication to Negate <i>Mens Rea</i> " (1990), 11 <i>J. Legal Hist.</i> 372	76, 110
McKie, D. C., B. Prentice and P. Reed. <i>Divorce: Law and the Family in Canada</i> . Ottawa: Statistics Canada, 1983	716
McLeod, James G. Annotation on <i>Silverman v. Silverman</i> (1987), 7 R.F.L. (3d) 292	686
Mémoire d'une entente entre la Régie de l'assurance automobile du Québec et le Minister of Consumer and Commercial Relations for Ontario (27 décembre 1978)	1075
Memorandum of Agreement between the Régie de l'assurance automobile du Québec and the Minister of Consumer and Commercial Relations for Ontario (December 27, 1978)	1075
Merritt, Andrew L. "A Consistent Model of Loss Causation in Securities Fraud Litigation: Suiting the Remedy to the Wrong" (1988), 66 <i>Tex. L. Rev.</i> 469	451
Mewett, Alan W., and Morris Manning. <i>Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985	79
Michel, M. Jean. <i>La Prescription Libératoire en Droit International Privé</i> , Thesis, University of Paris, 1911, cited in Edgar H. Ailes, "Limitation of Actions and the Conflict of Laws" (1933), 31 <i>Mich. L. Rev.</i> 474, p. 494	1070
Mitchell, Chester N. "The Intoxicated Offender — Refuting the Legal and Medical Myths" (1988), 11 <i>Int. J. L. & Psychiatry</i> 77	88
Monahan, John, and Laurens Walker. "Judicial Use of Social Science Research" (1991), 15 <i>Law & Hum. Behav.</i> 571	701
Monahan, John, and Laurens Walker. "Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law" (1986), 134 <i>U. Pa. L. Rev.</i> 477	700
Moore, Kathryn. "Police Implementation of Supreme Court of Canada Charter Decisions: An Empirical Study" (1992), 30 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 547	199, 264
Morgan, Vivien. "Stubart: What the Courts Did Next" (1987), 35 <i>Can. Tax J.</i> 155	17
Neave, Marcia. "Resolving the Dilemma of Difference: A Critique of 'The Role of Private Ordering in Family Law'" (1994), 44 <i>U.T.L.J.</i> 97	727
Ong, D. S. K. "Fiduciaries: Identification and Remedies" (1984), 8 <i>U. Tasm. L. Rev.</i> 311	467
Orchard, Gerald F. "Criminal Responsibility and Intoxication — The Australian Rejection of Majewski", [1980] <i>N.Z.L.J.</i> 532	97
Orchard, Gerald F. "Surviving without Majewski — A View from Down Under", [1993] <i>Crim. L.R.</i> 426	97
<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "loiter", "malevolent", "wander"	784, 787, 808
Pask, Diane E. "Gender Bias and Child Support: Sharing the Poverty" (1993), 10 <i>C.F.L.Q.</i> 33	713
Payne, Julien D. <i>Payne on Divorce</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993	708
Perry, Gail S., and Gary B. Melton. "Precedential Value of Judicial Notice of Social Facts: <i>Parham</i> as an Example" (1983-84), 22 <i>J. Fam. L.</i> 633	701
Prairie Research Associates. <i>Duty Counsel Systems: Summary Report</i> (April 1993)	198, 258, 351
Prairie Research Associates. <i>Duty Counsel Systems: Technical Report</i> (1993)	198, 258, 351
Quigley, Tim. "A Shorn Beard" (1987), 10:3 <i>Dalhousie L.J.</i> 167	76
Quigley, Tim. "Reform of the Intoxication Defence" (1987), 33 <i>McGill L.J.</i> 1	97
Quigley, Tim. "Specific and General Nonsense?" (1987), 11 <i>Dalhousie L.J.</i> 75	97
Quigley, Tim, and Allan Manson. " <i>Bernard</i> on Intoxication: Principle, Policy and Points In Between — Two Comments" (1989), 67 C.R. (3d) 168, 173	98

Rogerson, Carol J. "Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provisions of the <i>Divorce Act, 1985</i> (Part II)" (1991), 7 <i>C.F.L.Q.</i> 271.....	709
Rogerson, Carol J. "Winning the Battle, Losing the War: The Plight of the Custodial Mother After Judgment". In M. E. Hughes and E. D. Pask, eds., <i>National Themes in Family Law</i> . Carswell: Toronto, 1988	719
Ruby, Clayton C. <i>Sentencing</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1987.....	797
Saskatchewan. Alcohol and Drug Abuse Commission. <i>Legal Offences in Saskatchewan: The Alcohol and Drug Connection</i> . Research Report, February 1989	88
Schabas, Paul B. "Intoxication and Culpability: Towards an Offence of Criminal Intoxication" (1984), 42 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 147	97
"Self-induced Intoxication and Criminal Responsibility" (1985), 58 <i>Aust. L.J.</i> 70	98
Sgayias, David, et al. <i>Federal Court Practice 1994</i> . Toronto: Carswell, 1994.....	648
Shepherd, J. C. <i>The Law of Fiduciaries</i> . Agincourt, Ont.: Carswell, 1981.....	407, 464
Singh, R. U. "History of the Defence of Drunkenness in English Criminal Law" (1933), 49 <i>L.Q. Rev.</i> 528	110
Smith, George. "Footnote to O'Connor's Case" (1981), 5 <i>Crim. L.J.</i> 270.....	97
Smith, J. C., and Brian Hogan. <i>Criminal Law</i> , 7th ed. London: Butterworths, 1992.....	74
Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. <i>The Conduct of an Appeal</i> . Toronto: Butterworths, 1993.....	900, 988
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1992	210, 506
Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. Courts Program. <i>Legal Aid in Canada: Description of Legal Aid Operations</i> . Ottawa: Statistics Canada, 1993	264
Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique, Programme des tribunaux. <i>L'aide juridique au Canada: Description des opérations</i> . Ottawa: Statistique Canada, 1993	264
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 2nd ed. Carswell: Toronto, 1987.....	97
Swan, John. "The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws" (1985), 63 <i>Can. Bar Rev.</i> 271	1065
Thompson, Robert B. "The Measure of Recovery Under Rule 10B-5: A Restitution Alternative to Tort Damages" (1984), 37 <i>Vand. L. Rev.</i> 349.....	451
Thornton, Mark T. "Making Sense of Majewski" (1981), 23 <i>Crim. L.Q.</i> 464.....	96
<i>Toronto Star</i> , November 29, 1992, p. H1, "Film gives voice to abuse victims".....	934
United Kingdom. Home Office. Department of Health and Social Security. <i>Report of the Committee on Mentally Abnormal Offenders</i> . Cmnd. 6244. London: HMSO 1975.....	131
Virgo, Graham. "The Law Commission Consultation Paper on Intoxication and Criminal Liability — (1) Reconciling Principle and Policy", [1993] <i>Crim. L.R.</i> 415	97
Waddams, S. M. <i>The Law of Contracts</i> , 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993	452
Waddams, S. M. <i>The Law of Damages</i> , 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1991 (loose-leaf)	455
Walker, Laurens, and John Monahan. "Social Frameworks: A New Use of Social Science in Law" (1987), 73 <i>Va. L. Rev.</i> 559.....	701
Walsh, Catherine. "'A Stranger in the Promised Land?': The Non-Resident Accident Victim and the Québec No-Fault Plan" (1988), 37 <i>U.N.B.L.J.</i> 173	1059
Waters, D. W. M. <i>Law of Trusts in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984	461
Weinrib, Ernest J. "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 <i>U.T.L.J.</i> 1.....	406, 466
Wolff, Lee, and Bryan Reingold. "Drug Use and Crime" (1994), 14:6 <i>Juristat</i> 1	88

Wolff, Lee, et Bryan Reingold. «Consommation de drogues et criminalité» (1994), 14:6 <i>Juristat</i> 1.	88
Zweibel, E. B. "Child Support Guidelines: An Ineffective and Potentially Gender-Biased Response to Child Support Issues". In <i>Feminist Analysis II: Family Law: Voodoo Economics for Women</i> . 1993 Institute of Continuing Legal Education. Canadian Bar Association — Ontario, 1993	714

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.

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

^b

et

^c **Le procureur général du Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. LABA

N^o 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).

^h *Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Appels — Juge des requêtes déclarant inconstitutionnel 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 — 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*.

Held: The appeal should be allowed in part.

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

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. 11(c) 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. 11(d) de la *Charte*, qu’il n’était pas sauvegardé 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. 11(d), 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. 11(d) 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. 11(d).

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en partie.

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’appellant 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.

Pendant, 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 rétroactivement, 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 not ulti-

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.

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

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.

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. 11(d) 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. 11(d). 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

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 influencer 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.

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-*

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'empiètement 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 R.C.S. 449; *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212; *R. c. Meddoui*, [1991] 3 R.C.S. ix; *Paper Machinery Ltd. c. J. O. Ross Engineering Corp.*, [1934] R.C.S. 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 R.C.S. 154; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *Knodel c. 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; *Kourteissis 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 Suppl.)], ss. 256, 394(1)(b), (c), 465(1)(c), 674, 676(1)(c), 693(1)(a), (b) [rep. & sub. c. 34 (3rd Suppl.), 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

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; *Kourteissis 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

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, 11(c), (d).

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. & rempl. 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. & rempl. 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. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37], (3), 53.

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.

h Doctrine citée

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

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.

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

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

d 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 consacra ses motifs aux deuxième et troisième questions.

I. Les dispositions législatives pertinentes

e Les dispositions législatives pertinentes sont les suivantes:

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

f **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.

g **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:

h *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.

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

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

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

2. (1) In this Act,

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

“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;

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

“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;

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.

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.

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.

(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.

e f g h (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

II. Historique des procédures

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 Boissonneault 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, Boissonneault 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, Boissonneault 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.

minerais 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 Boissonneault, contestant la constitutionnalité de l'al. 394(1)(b) du *Code criminel* sur le fondement de l'art. 7 et des al. 11(c) 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 Boissonneault 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. 11(d) de la *Charte*, qu'il n'était pas sauvegardé 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 Boissonneault 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. 11(d) de la *Charte*.

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. 11(d) 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

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’établit qu’». [En italique dans l’original.]

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

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

III. Analyse

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*.

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 prémisse 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, intervenor 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

(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

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. Ces deux types de procédures sont habituellement, quoique pas nécessairement toujours, régis par les mêmes règles et pratiques. Même si je confinerai 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) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada. [Je souligne.]

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. Cet appel n'a toutefois pas été rejeté.

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 prêtent 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.

^a La deuxième prémisses 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:

^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'acquiescement 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.]

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

^e 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.

^g 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 prémisses 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:

^j [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 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.

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 pour modifier un jugement: [TRADUCTION] «(1) lorsqu'il y a eu lapsus en le rédigeant, ou (2) lorsqu'il y a eu une erreur dans l'expression de l'intention manifeste de la cour» (p. 188). En Ontario, où 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 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 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).

a 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.

e 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 pourvoi contre une décision sur la constitutionnalité d'une règle de droit qui ne peut relever des procédures énoncées dans le *Code criminel*.

i 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 constitutional, 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 l'arrêt 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 l'arrêt 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.

À mon sens, une telle conséquence est absurde. D'abord, on fait dépendre la constitutionnalité d'une règle de droit de la résolution d'une question complètement étrangère à la constitutionnalité, c'est-à-dire la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, et de sa décision d'en appeler d'une déclaration de culpabilité. Ensuite, une règle de droit peut être annulée par un juge d'une cour provinciale ou supérieure et se retrouver inopérante jusqu'à ce qu'un autre juge soit saisi d'une autre affaire pertinente dont le verdict fournit un moyen d'appel par l'entremise du *Code criminel*. La législature a tout autant que l'accusé le droit de se faire entendre par les tribunaux. Elle n'a pas vraiment cette possibilité de se faire entendre par les tribunaux si sa capacité d'aller en cour sur la question de la constitutionnalité d'une règle de droit dépend de l'éventualité qu'une conclusion de culpabilité ou d'innocence coïncide avec un moyen d'appel prévu au *Code criminel*.

Pour éviter de telles absurdités et pour indiquer l'orientation que devrait prendre, selon moi, l'analyse des procédures applicables aux contestations fondées sur l'art. 52, j'adopte ma 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.

C. Application du droit aux faits de la présente affaire

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 criminel*. 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*. Notre Cour est donc compétente pour entendre le présent pourvoi.

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 rétropectivement, de son propre chef, l'autorisation, à 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'adopterais 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 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.

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:

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*.

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. 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 appe-

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

ler 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 *Kourtesis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53. *Kourtesis* 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 *Kourtesis*, *supra*, this Court allowed the challenge of the legislation to proceed by way of a declaration, noting (at pp. 86-87) that:

It 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. It 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 *Kourtesis 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 *Kourtesis*, 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 discrétionnaire 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.

c

Selon la méthode des «doubles procédures et de l'art. 40» que préconise le Juge en chef, le ministre 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.

d

e

f

g

h

i

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.

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.

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.

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*.

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 étayaient 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.

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 précèdent, 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».

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*.

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. 11(d) 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.

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'appellant aurait souhaité;

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*:

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'acquiescement 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*:

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.

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.]

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 privilégie «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 privilégie «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 privilégie «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.

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

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

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 minerai ou une autre substance volés renfermant des métaux précieux, contrairement à l'al. 394(1)(b) du *Code criminel*.

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.

Le juge Boissonneault, qui a annulé l'al. 394(1)(b) au complet, a conclu qu'il violait l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne pouvait être sauvegardé 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. 11(d) 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.

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

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'établit qu'».

c 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 passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque, selon le cas:

i (b) vend ou achète de la roche, du minerai 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. 11(d) 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 touriste 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 fût en mesure de l'assigner comme témoin. L'alinéa 394(1)(b) porte directement atteinte à la protection accordée par l'al. 11(d), 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 placers 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 intervener 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 intervener

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 minerai, 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 minerai 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 intervener 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 débourbé, 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.

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).

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

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.

^a 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).

^b 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.

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 influencer 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 minerai 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.

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

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.

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 décharger 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. 11(d). 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. 11(d). 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 prétendu 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. 11(d) 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'empiètement 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.

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.

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.

miner 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.

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.

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'entière 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:

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

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:

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» incombait 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.

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:

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 valablement 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.

Je ne considère pas non plus que conjuguer la radiation à l'interprétation large est un empiètement 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.

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.

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:

En conséquence, que le tribunal donne une «interprétation large» à une loi contestée ou décide d’en «retrancher» 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.

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.

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. 11(d) 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. 11(d) 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:

b) vend ou achète de la roche, du minerai 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.]

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.

Richard Pizzardi *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Steven Levis *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PIZZARDI; R. v. LEVIS

File Nos.: 23706, 23809.

1994: December 9.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Criminal law — Conspiracy to commit robbery — One accused convicted and sentenced and other acquitted — Appeals taken against conviction and sentence and against acquittal — Whether two accused part of same conspiracy from beginning — Whether manner of prosecution violated fundamental principles of justice underlying community's sense of decency and fair play.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 21 W.C.B. (2d) 123, firstly dismissing an appeal against conviction by *h* *Cusson J.* but allowing appeal against sentence, and secondly allowing an appeal against acquittal by *Cusson J.* Appeals dismissed.

Alan D. Gold, for the appellant Richard Pizzardi.

Gregory Lafontaine, for the appellant Steven Levis.

Richard Pizzardi *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et entre

^b **Steven Levis** *Appellant*

c.

^c **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. PIZZARDI; R. c. LEVIS

Nos du greffe: 23706, 23809.

^d 1994: 9 décembre.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit criminel — Complot en vue de commettre un vol qualifié — Un accusé déclaré coupable et condamné à une peine et l'autre acquitté — Appels interjetés contre la déclaration de culpabilité et la peine imposée ainsi que contre l'acquittement — Les deux accusés étaient-ils parties au même complot depuis le début? — La façon de poursuivre a-t-elle violé les principes de justice fondamentale qui sous-tendent le sens collectif de la décence et du franc-jeu?

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 21 W.C.B. (2d) 123, qui a, premièrement, rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge *Cusson*, mais accueilli un appel contre la peine imposée, et qui a, deuxièmement, accueilli un appel contre l'acquittement prononcé par le juge *Cusson*. Pourvois rejetés.

Alan D. Gold, pour l'appellant Richard Pizzardi.

^j *Gregory Lafontaine*, pour l'appellant Steven Levis.

Renee M. Pomerance, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J. — These are appeals as of right. We are all of the view that the appeals should be dismissed for the reasons given by the Court of Appeal of Ontario. The appeals are accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Renee M. Pomerance, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^a LE JUGE LA FOREST — Il s'agit de pourvois de plein droit. Nous sommes tous d'avis de rejeter les pourvois pour les motifs formulés par la Cour d'appel de l'Ontario. Les pourvois sont donc ^b rejetés.

Jugement en conséquence.

^c *Procureurs des appelants: Gold & Fuerst, Toronto.*

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Naoufal Naoufal *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DIKAH

File No.: 24158.

1994: December 9.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Fundamental justice — Abuse of process — Paid informants — Police informant to be paid in full only in event of successful investigation — Informant's evidence not inadmissible.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 18 O.R. (3d) 302, 89 C.C.C. (3d) 321, 31 C.R. (4th) 105, 20 C.R.R. (2d) 193, 70 O.A.C. 214, allowing the Crown's appeal from a stay of proceedings granted by Ratushny Prov. Div. J. (1993), 16 C.R.R. (2d) 161, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Alan D. Gold and *Gregory Lafontaine*, for the appellant.

Michael R. Dambrot, Q.C., and *Scott K. Fenton*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J. — This is an appeal as of right. We are all of the view that the appeal should be dismissed for the reasons given by Labrosse and Doherty J.J.A. in the Court of Appeal of Ontario. The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Gregory Lafontaine, Toronto.

Naoufal Naoufal *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. DIKAH

N° du greffe: 24158.

^b

1994: 9 décembre.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

^c

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

^d

Droit criminel — Justice fondamentale — Abus de procédure — Informateurs payés — Paiement intégral de l'informateur de la police assujéti au succès de l'enquête — Preuve de l'informateur n'étant pas inadmissible.

^e

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 18 O.R. (3d) 302, 89 C.C.C. (3d) 321, 31 C.R. (4th) 105, 20 C.R.R. (2d) 193, 70 O.A.C. 214, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'arrêt des procédures accordé par le juge Ratushny de la Division provinciale (1993), 16 C.R.R. (2d) 161, et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

^f

^g

Alan D. Gold et *Gregory Lafontaine*, pour l'appelant.

^g

Michael R. Dambrot, c.r., et *Scott K. Fenton*, pour l'intimée.

^h

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

ⁱ

LE JUGE LA FOREST — Il s'agit d'un pourvoi de plein droit. Nous sommes tous d'avis de rejeter le pourvoi pour les motifs formulés par les juges Labrosse et Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario. Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

^j

Procureur de l'appelant: Gregory Lafontaine, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Canada, Toronto.

**Leroy Jensen and Roger
Tolofson** *Appellants*

v.

Kim Tolofson *Respondent*

and

Réjean Gagnon *Appellant*

v.

**Tina Lucas and Justin Gagnon by their
litigation guardian Heather Gagnon,
Heather Gagnon personally, and Cyrille
Lavoie** *Respondents*

and

**Sybil Marshall, Victor Marshall, Dianne
Margaret Marshall, Rosemarie Anne
Marshall, Carmen Selina Frey, Aditha Le
Blanc, Clarence S. Marshall, La Société
d'experts-conseils Pellemon Inc., Le Groupe
Pellemon Inc., Simcoe and Erie General
Insurance Co., Les Services de béton
universels Ltée and Allstate Insurance Co.
of Canada** *Interveners*

INDEXED AS: TOLOFSON v. JENSEN; LUCAS (LITIGATION
GUARDIAN OF) v. GAGNON

File Nos.: 22980, 23445.

1994: February 21; 1994: December 15.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,
McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Conflict of laws — Torts — Traffic accident — Injured
parties not resident in province where accident occurred* j
— *Actions instituted in home provinces of injured par-
ties — Whether lex fori or lex loci delicti should apply*

**Leroy Jensen et Roger
Tolofson** *Appelants*

a c.

Kim Tolofson *Intimé*

et

b

Réjean Gagnon *Appelant*

c.

c

**Tina Lucas et Justin Gagnon par leur
tutrice à l'instance Heather Gagnon,
Heather Gagnon personnellement, et Cyrille
Lavoie** *Intimés*

d

et

**Sybil Marshall, Victor Marshall, Dianne
Margaret Marshall, Rosemarie Anne
Marshall, Carmen Selina Frey, Aditha Le
Blanc, Clarence S. Marshall, La Société
d'experts-conseils Pellemon Inc., Le Groupe
Pellemon Inc., Simcoe and Erie General
Insurance Co., Les Services de béton
universels Ltée et Allstate Insurance Co. of
Canada** *Intervenants*

g RÉPERTORIÉ: TOLOFSON c. JENSEN; LUCAS (TUTRICE À
L'INSTANCE DE) c. GAGNON

N^{os} du greffe: 22980, 23445.

1994: 21 février; 1994: 15 décembre.

h

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,
McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE

i

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

Droit international privé — Responsabilité délictuelle
— *Accident de la circulation routière — Blessés ne rési-
dant pas dans la province où l'accident s'est produit —*
Actions intentées dans les provinces d'origine des bles-

— *If substantive law that of jurisdiction where accident occurred, whether limitation period substantive law and therefore applicable in forum or procedural law and therefore not binding on court hearing case — Automobile Insurance Act, L.Q. 1977, c. 68, ss. 3, 4 — Code civil du Bas Canada, art. 6 — Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, c. L-15 — Vehicles Act, R.S.S. 1978, c. V-3, s. 180(1).*

These appeals deal with the “choice of law rule”: which law should govern in cases involving the interests of more than one jurisdiction specifically as it concerns automobile accidents involving residents of different provinces. The first case also raises the subsidiary issue of whether, assuming the applicable substantive law is that of the place where the tort arises, the limitation period established under that law is inapplicable as being procedural law and so not binding on the court hearing the case, or substantive law. The second case raises the issue whether the Quebec no-fault insurance scheme applies to situations where some or all the parties are non-residents.

Tolofson v. Jensen

The plaintiff, Kim Tolofson, a 12-year-old passenger in a car driven by his father Roger, was seriously injured in a car accident with Leroy Jensen. The accident occurred in Saskatchewan. The Tolofsons were residents of and their car was registered in British Columbia; Mr. Jensen was a resident of and his car was registered in Saskatchewan. Plaintiff brought an action eight years later in British Columbia on the assumption that the action was statute-barred under Saskatchewan law. Further, Saskatchewan law, unlike British Columbia law, did not permit a gratuitous passenger to recover, absent wilful or wanton misconduct of the driver of the car in which he or she was travelling. Neither defendant admitted liability. The defendants brought an application by consent to seek a determination as to whether the court was *forum non conveniens* or alternatively as to whether Saskatchewan law applied. The motions judge dismissed the application and ruled that choice of law was inextricably entwined with issues of jurisdiction and *forum conveniens*, and that choice of law fol-

sés — Y a-t-il lieu d'appliquer la lex fori ou la lex loci delicti? — Si la loi substantielle applicable est celle du ressort où l'accident s'est produit, le délai de prescription constitue-t-il une règle de fond qui est donc applicable dans le ressort du tribunal saisi, ou s'agit-il d'une règle de procédure qui ne lie pas le tribunal qui entend l'affaire? — Loi sur l'assurance automobile, L.Q. 1977, ch. 68, art. 3, 4 — Code civil du Bas Canada, art. 6 — Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, ch. L-15 — Vehicles Act, R.S.S. 1978, ch. V-3, art. 180(1).

Les présents pourvois portent sur la «règle du choix de la loi applicable», c'est-à-dire de la loi qui devrait régir les affaires où sont en jeu les intérêts de plus d'un ressort, en particulier en ce qui concerne les accidents d'automobile impliquant des résidents de différentes provinces. Le premier cas soulève également la question subsidiaire suivante: à supposer que la loi substantielle applicable soit celle du lieu où le délit a été commis, le délai de prescription établi en vertu de cette loi est-il inapplicable pour le motif qu'il s'agit d'une règle de procédure qui ne lie donc pas le tribunal qui entend l'affaire, ou constitue-t-il une règle de fond? Le second cas soulève la question de savoir si le régime québécois d'assurance sans égard à la faute s'applique aux situations où toutes les parties ou certaines d'entre elles sont non résidentes.

Tolofson c. Jensen

Le demandeur, Kim Tolofson, était âgé de 12 ans au moment où il a été grièvement blessé lors d'un accident survenu entre le véhicule de Leroy Jensen et la voiture conduite par son père Roger, dans laquelle il prenait place. L'accident s'est produit en Saskatchewan. Les Tolofson étaient résidents de la Colombie-Britannique et leur voiture était immatriculée dans cette province. Jensen était résident de la Saskatchewan où sa voiture était immatriculée. Huit ans plus tard, le demandeur a intenté une action en Colombie-Britannique en tenant pour acquis que son action était prescrite suivant la loi de la Saskatchewan. En outre, la loi de la Saskatchewan, à la différence de celle de la Colombie-Britannique, ne permettait pas qu'un passager à titre gratuit soit indemnisé en l'absence d'inconduite délibérée ou téméraire de la part du conducteur de la voiture dans laquelle il prenait place. Aucun des défendeurs n'a reconnu sa responsabilité. Les défendeurs ont présenté, avec le consentement des parties, une requête visant à faire déterminer si le tribunal était *forum non conveniens* ou, subsidiairement, si la loi de la Saskatchewan s'appliquait. Le juge saisi de la requête l'a rejetée en décidant que le choix de la loi applicable était inextricablement lié aux questions de compétence et de *forum conveniens*, et qu'il était donc

lowed these determinations. The Court of Appeal found that the law of the forum should apply.

Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon

Mrs. Gagnon brought action on her own behalf and as litigation guardian of two children against her husband, Mr. Gagnon, for personal injuries suffered in a Quebec traffic accident involving her husband and Mr. Lavoie. The Gagnons were residents of Ontario; Mr. Lavoie was a resident of Quebec. Mrs. Gagnon discontinued her action against Mr. Lavoie following an Ontario Court of Appeal judgment that a Quebec resident's liability was governed by Quebec law. Mr. Gagnon, however, had cross-claimed against Mr. Lavoie and that cross-claim was not discontinued. Mrs. Gagnon obtained all of the no-fault benefits allowable under the Quebec scheme from Mr. Gagnon's Ontario insurer which was in turn reimbursed by the Régie de l'assurance automobile du Québec. The only legal avenue open to Mrs. Gagnon in seeking damages was to sue in Ontario because she was barred from bringing an action for damages in Quebec by operation of Quebec's *Automobile Insurance Act*.

The Ontario Court (General Division), on a motion brought by Mr. and Mrs. Gagnon (without notice to Mr. Lavoie) to determine specific points of law, decided that the Ontario court had jurisdiction, that the Ontario court should accept that jurisdiction, that Ontario law applied, and that Mr. Gagnon was entitled to maintain his action against Mr. Lavoie. Mr. Gagnon and Mr. Lavoie appealed on the questions of whether Ontario law applied and whether Mr. Gagnon could maintain his cross-claim against Mr. Lavoie. The Ontario Court of Appeal held that Ontario law applied in the action against Mr. Gagnon but that the law of Quebec applied with respect to any claim made against Mr. Lavoie since he was not a resident of Ontario and the accident occurred in Quebec.

Held (Tolofson v. Jensen, File No. 22980): The appeal should be allowed.

Held (Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon, File No. 23445): The appeal should be allowed.

Per La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The rule of private international law that should generally be applied in torts is the law of the place where the activity occurred — the *lex loci delicti*.

fonction des décisions rendues à cet égard. La Cour d'appel a conclu que la loi du for devrait s'appliquer.

Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon

^a Madame Gagnon, a intenté, contre son mari, M. Gagnon, une action en sa qualité personnelle et en sa qualité de tutrice à l'instance de deux enfants, pour les blessures subies lors d'un accident de la circulation survenu au Québec et impliquant son mari et M. Lavoie. ^b Les Gagnon étaient résidents de l'Ontario; M. Lavoie était résident du Québec. Madame Gagnon s'est désistée de son action contre M. Lavoie à la suite d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, selon lequel la responsabilité d'un résident du Québec était régie par la loi du Québec. ^c Toutefois, M. Gagnon avait fait une demande entre défendeurs contre M. Lavoie et il n'y a pas eu désistement à l'égard de cette demande. Madame Gagnon a obtenu de l'assureur ontarien de M. Gagnon la totalité des prestations auxquelles elle avait droit en vertu du régime québécois d'assurance sans égard à la faute, et l'assureur ontarien a été remboursé par la Régie de l'assurance automobile du Québec. L'unique possibilité pour M^{me} Gagnon d'obtenir des dommages-intérêts était d'exercer son recours en Ontario, car elle ne pouvait pas ^d intenter une action en dommages-intérêts au Québec en vertu de la *Loi sur l'assurance automobile* du Québec. ^e

À la suite d'une requête présentée par M. et M^{me} Gagnon (dont M. Lavoie n'a pas été avisé) en vue de faire trancher certains points de droit, la Cour de l'Ontario (Division générale) a décidé que le tribunal de l'Ontario avait compétence, qu'il devait accepter d'exercer cette compétence, que la loi de l'Ontario s'appliquait et que l'action de M. Gagnon contre M. Lavoie était recevable. Messieurs Gagnon et Lavoie ont interjeté appel quant aux questions de savoir si la loi de l'Ontario s'appliquait et si la demande entre défendeurs que M. Gagnon avait faite contre M. Lavoie était recevable. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la loi de l'Ontario s'appliquait à l'action intentée contre M. Gagnon, mais que la loi du Québec s'appliquait à toute demande contre M. Lavoie, étant donné qu'il n'était pas résident ontarien et que l'accident était survenu au Québec.

Arrêt (Tolofson c. Jensen, n° du greffe 22980): Le pourvoi est accueilli.

Arrêt (Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon, n° du greffe 23445): Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: La règle de droit international privé qui devrait généralement s'appliquer en matière de responsabilité délictuelle est la loi du lieu où l'activité s'est

This approach responds to the territorial principle under the international legal order and the federal regime. It also responds to a number of sound practical considerations. It is certain, easy to apply and predictable and meets normal expectations in that ordinarily people expect their activities to be governed by the law of the place where they happen to be and expect that concomitant legal benefits and responsibilities will be defined accordingly. The government of that place is the only one with power to deal with these activities. The same expectation is ordinarily shared by other states and by people outside the place where an activity occurs.

The former British rule, adopted in *McLean v. Pettigrew*, that a court should apply its law (*lex fori*) when adjudicating on wrongs committed in another country, subject to the wrong's being "unjustifiable" in that country, cannot be accepted. This would involve a court's defining the nature and consequences of an act done in another country, which, barring some principled justification, flies against the territoriality principle. In practice, the courts of different countries would follow different rules in respect of the same wrong and invite forum shopping by litigants in search of the most beneficial place to litigate an issue. Applying the same approach to the units of a federal state like Canada would make forum shopping even easier.

No compelling reason exists for following the *lex fori*. The problem of proof of foreign law has been considerably attenuated given advances in transportation and communication. *McLean v. Pettigrew*, which applied the *lex fori* even though the action complained of was not actionable under the law of the place of the wrong, should be overruled. Its application in the federal context raises serious constitutional difficulties.

The nature of Canada's constitutional arrangements — a single country with different provinces exercising territorial legislative jurisdiction — supports a rule that is certain and that ensures that an act committed in one part of this country will be given the same legal effect throughout the country. This militates strongly in favour of the *lex loci delicti* rule. In this respect, given the mobility of Canadians and the many common features in the law of the various provinces and the essentially unitary nature of Canada's court system, an invariable rule that the matter also be actionable in the province of the forum is not necessary. This factor should be consid-

déroulée, c'est-à-dire la *lex loci delicti*. Ce point de vue est conforme au principe de la territorialité des lois selon l'ordre juridique international et le régime fédéral. Il répond aussi à un certain nombre de considérations pratiques valables. La règle est certaine, facile à appliquer et prévisible. De plus, elle répond à des attentes normales en ce sens que les gens s'attendent habituellement à ce que leurs activités soient régies par la loi du lieu où ils se trouvent et à ce que les avantages et les responsabilités juridiques s'y rattachant soient définis en conséquence. Le gouvernement de ce lieu est le seul habilité à régir ces activités. Les autres États et les étrangers partagent normalement les mêmes attentes.

L'ancienne règle britannique, retenue dans l'arrêt *McLean c. Pettigrew*, suivant laquelle les tribunaux devraient appliquer leur propre loi (*lex fori*) aux fautes commises dans un autre pays, à la condition que la faute en question soit «injustifiable» dans cet autre pays, est inacceptable. Cela impliquerait la définition par un tribunal de la nature et des conséquences d'un acte accompli dans un autre pays, ce qui, en l'absence de quelque justification de principe, va à l'encontre du principe de la territorialité. En pratique, les tribunaux de différents pays suivraient des règles différentes à l'égard de la même faute et les justiciables, en quête du lieu le plus avantageux pour faire trancher un litige, seraient incités à rechercher un tribunal favorable. Si l'on appliquait la même solution aux composantes d'un État fédéral comme le Canada, la recherche d'un tribunal favorable en serait d'autant facilitée.

Il n'y a aucune raison sérieuse de suivre la loi du for. Le problème que constitue la preuve de la loi étrangère a été considérablement atténué par le progrès des transports et des communications. Il y a lieu de renverser l'arrêt *McLean c. Pettigrew* qui a appliqué la loi du for même lorsque que l'action reprochée n'ouvrirait pas droit à une action en justice suivant la loi du lieu du délit. Son application dans le contexte fédéral soulève de graves difficultés sur le plan constitutionnel.

La nature des arrangements constitutionnels au Canada — un pays unique formé de provinces dotées d'une compétence législative territoriale — justifie l'adoption d'une règle certaine qui garantit qu'un acte commis dans une partie du pays aura le même effet juridique partout au pays. C'est là un puissant argument en faveur de la règle de la *lex loci delicti*. À cet égard, étant donné la mobilité des Canadiens et les nombreux traits communs de la loi de diverses provinces ainsi que la nature essentiellement unitaire du système judiciaire canadien, il n'est pas nécessaire d'adopter une règle invariable voulant que l'affaire ouvre également droit à

ered in determining whether there is a real and substantial connection to the forum to warrant its exercise of jurisdiction. Any problems that might arise could be resolved by a sensitive application of the doctrine of *forum non conveniens*.

Strict application of *lex loci delicti* also has the advantage of unquestionable conformity with the Constitution. This advantage is not to be ignored given the largely unexplored nature of the area and the consequent danger that a rule developed in a constitutional vacuum may, when explored, not conform to constitutional imperatives.

One of the main goals of any conflicts rule is to create certainty in the law. Any exception adds an element of uncertainty. However, since a rigid rule on the international level could give rise to injustice, the courts should retain a discretion to apply their own law to deal with such circumstances, although such cases would be rare. Indeed, if not strictly narrowed to situations that involve some timely and close relationship between the parties, an exception could lead to injustice.

The underlying principles of private international law are order and fairness, but order comes first for it is a precondition to justice. Considerations of public policy in actions that take place wholly within Canada should play a limited role, if at all. Arguments for an exception based on public policy are simply rooted in the fact that the court does not approve of the law that the legislature chose to adopt. The law of the land, however, is not usually ignored in favour of those who visit. The perception that the parties intend the law of their residence to apply is not valid.

On the international level, the rule that the wrong must be actionable under Canadian law is not really necessary, since the jurisdiction of Canadian courts is confined to matters where a real and substantial connection with the forum jurisdiction exists. The fact that a wrong would not be actionable within the territorial jurisdiction of the forum if committed there might be a factor better weighed in considering the issue of *forum non conveniens* or whether entertaining the action would violate the public policy of the forum jurisdiction.

une action dans la province du tribunal saisi. Ce facteur devrait être pris en considération pour déterminer s'il existe, avec le tribunal saisi, un lien réel et substantiel qui justifie l'exercice de sa compétence. Tout problème qui risquerait de surgir pourrait être résolu par une application sensée de la règle du *forum non conveniens*.

L'application stricte de la *lex loci delicti* a également l'avantage d'être nettement conforme à la Constitution, ce qu'il ne faut pas passer sous silence étant donné la nature largement inexplorée du domaine et le danger consécutif qu'une règle établie en l'absence de tout cadre constitutionnel puisse, après examen, se révéler contraire à des impératifs de cet ordre.

L'un des principaux objectifs de toute règle de droit international privé est de créer la certitude dans la loi. Toute exception ajoute un élément d'incertitude. Cependant, étant donné qu'une règle stricte sur le plan international pourrait entraîner une injustice, les tribunaux devraient conserver le pouvoir discrétionnaire d'appliquer leur propre loi en pareil cas, encore que ces cas seraient rares. En fait, si elle n'est pas strictement limitée aux situations où il est question de rapports étroits et opportuns entre les parties, une exception pourrait entraîner une injustice.

L'ordre et l'équité sont les principes fondamentaux du droit international privé, mais l'ordre vient en premier étant donné qu'il est une condition préalable de la justice. Les considérations d'ordre public ne devraient jouer qu'un rôle limité, s'il en est, dans les actions qui se déroulent entièrement au Canada. Les arguments en faveur d'une exception fondée sur l'ordre public reposent simplement sur le fait que le tribunal n'approuve pas la loi que la législature a choisi d'adopter. Toutefois, on n'ignore pas ordinairement la loi interne en faveur des visiteurs. La perception selon laquelle les parties veulent que ce soit la loi de leur lieu de résidence qui s'applique n'est pas valable.

Sur le plan international, la règle voulant que la faute doive ouvrir droit à une action en vertu de la loi canadienne n'est pas vraiment nécessaire, étant donné que la compétence des tribunaux canadiens se limite aux questions à l'égard desquelles il existe un lien réel et substantiel avec le ressort du tribunal saisi. Le fait qu'une faute n'ouvrirait pas droit à une action dans le ressort du tribunal saisi, si elle y était commise, pourrait constituer un facteur susceptible d'être mieux soupesé en examinant la question du *forum non conveniens* ou celle de savoir si l'instruction de l'action serait contraire à l'ordre public dans le ressort du tribunal saisi.

Saskatchewan's substantive law applies in *Tolofson v. Jensen*. This includes its limitation rule. In any action involving the application of a foreign law the characterization of rules of law as substantive or procedural is crucial because the substantive rights of the parties to an action may be governed by a foreign law, but all matters of procedure are governed exclusively by the law of the forum. The forum court cannot be expected to apply the procedural rules of the foreign state whose law it wishes to apply. The forum's procedural rules exist for the convenience of the court, and forum judges understand them.

The bases of the old common law rule, which held that statutes of limitation are always procedural, are out of place in the modern context. The limitation period in this case was substantive because it created an accrued right in the defendant to plead a time bar. The limitation defence was properly pleaded here and all parties proceeded on the assumption that, if Saskatchewan law applied, it was a valid defence. It should not be rejected by a British Columbia court as contrary to public policy. The extent to which limitation statutes should go in protecting individuals against stale claims involves policy considerations unrelated to the manner in which a court must carry out its functions and the particular balance may vary from place to place.

In *Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon*, Quebec law applies, both by virtue of Quebec's no-fault insurance scheme and through the operation of *lex loci delicti*. Barring other considerations, the legislature clearly intended that these provisions should apply to all persons who have an accident in Quebec regardless of their province of residence. This policy is clearly within the province's constitutional competence. The new *Civil Code*, which was not in effect at the time of the accident, did not change the situation of the parties. Even had it been operative, the language of the *Automobile Insurance Act* clearly overrode the general law. Section 4 removes not only rights of action but also "all rights . . . of any one".

Per Sopinka J. Concurrence with the reasons of La Forest J. was subject to the observations expressed by Major J.

La loi substantielle de la Saskatchewan s'applique à l'affaire *Tolofson c. Jensen*, ce qui inclut sa règle en matière de prescription. Dans toute action où il est question d'appliquer une loi étrangère, la qualification d'une règle de droit comme étant une règle de fond ou une règle de procédure revêt une importance cruciale car, bien qu'il se puisse que les droits substantiels des parties à une action soient régis par une loi étrangère, toutes les questions relevant de la procédure sont régies exclusivement par la loi du tribunal saisi. On ne saurait s'attendre à ce que le tribunal saisi applique les règles de procédure de l'État étranger dont il veut appliquer la loi. Les règles de procédure du tribunal saisi existent pour sa commodité et les juges de ce tribunal les comprennent.

Les raisons qui sous-tendent la vieille règle de common law, selon laquelle la prescription est toujours une règle de procédure, n'ont pas leur place dans le contexte moderne. Le délai de prescription en l'espèce était une règle de fond parce qu'il conférait au défendeur un droit acquis d'invoquer la prescription. La prescription comme moyen de défense a été dûment plaidée en l'espèce et toutes les parties ont tenu pour acquis qu'il s'agissait d'un moyen de défense valide si la loi de la Saskatchewan s'appliquait. Un tribunal de la Colombie-Britannique ne devrait pas le rejeter comme étant contraire à l'ordre public. La mesure dans laquelle les lois en matière de prescription devraient protéger les particuliers contre les demandes caduques fait intervenir des considérations de principe non liées à la manière dont un tribunal doit s'acquitter de sa tâche, et l'évaluation qui doit être faite à cet égard peut varier d'un endroit à l'autre.

Dans l'affaire *Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*, la loi du Québec s'applique tant en vertu du régime d'assurance sans égard à la faute en vigueur dans cette province qu'en vertu de la *lex loci delicti*. Abstraction faite d'autres considérations, il est clair que le législateur a voulu que ces dispositions s'appliquent à toutes les personnes ayant un accident au Québec, quelle que soit leur province de résidence, ce qui relève manifestement de la compétence constitutionnelle de la province. Le nouveau *Code civil*, qui n'était pas en vigueur au moment de l'accident, n'a pas modifié la situation des parties. Même s'il avait été applicable au moment de l'accident, le texte de la *Loi sur l'assurance automobile* l'emportait clairement sur le droit commun. L'article 4 supprime non seulement les droits d'action mais «tous les droits [...] de quiconque».

Le juge Sopinka: Les motifs du juge La Forest sont acceptés sous réserve des observations du juge Major.

Per Major J.: The question of which province's law should govern the litigation should be determined by reference to the *lex loci delicti* rule. An absolute rule admitting of no exceptions needed not be established. Parties have the ability to choose, by agreement, to be governed by the *lex fori* and a discretion exists to depart from the absolute rule in international litigation where the *lex loci delicti* rule would work an injustice. Recognition of a similar exception should not be foreclosed in interprovincial litigation.

Le juge Major: Il y a lieu de résoudre en fonction de la règle de la *lex loci delicti* la question de savoir quelle loi provinciale devrait régir le litige. Il n'était pas nécessaire d'établir une règle absolue n'admettant aucune exception. Les parties peuvent s'entendre pour choisir d'être régies par la *lex fori* et il existe un pouvoir discrétionnaire de déroger à la règle absolue dans le cas d'un litige international où l'application de la loi locale aurait pour effet de causer une injustice. Il n'y a pas lieu d'écartier la possibilité de reconnaître une exception similaire dans le cas d'un litige interprovincial.

Cases Cited

By La Forest J.

Overruled: *McLean v. Pettigrew*, [1945] S.C.R. 62; **not followed:** *Chaplin v. Boys*, [1969] 2 All E.R. 1085 (H.L.), aff'd [1968] 1 All E.R. 283 (C.A.); **considered:** *Phillips v. Eyre* (1870), L.R. 6 Q.B. 1; *Machado v. Fontes*, [1897] 2 Q.B. 231; *Going v. Reid Brothers Motor Sales Ltd.* (1982), 35 O.R. (2d) 201; *Ang v. Trach* (1986), 57 O.R. (2d) 300; *Breavington v. Godleman* (1988), 80 A.L.R. 362; *Block Bros. Realty Ltd. v. Mollard* (1981), 122 D.L.R. (3d) 323; *Yew Bon Tew v. Kenderaan Bas Mara*, [1983] 1 A.C. 553; *Clark v. Naqvi* (1990), 99 N.B.R. (2d) 271; **referred to:** *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Hunt v. T & N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; *Grimes v. Cloutier* (1989), 61 D.L.R. (4th) 505; *Chartered Mercantile Bank of India v. Netherlands India Steam Navigation Co.* (1883), 10 Q.B.D. 521; *Canadian Pacific Railway Co. v. Parent*, [1917] A.C. 195; *Red Sea Insurance Co. v. Bouygues*, [1994] J.C.J. No. 29; *Walpole v. Canadian Northern Railway Co.*, [1923] A.C. 113; *Prefontaine Estate v. Frizzle* (1990), 71 O.R. (2d) 385; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Babcock v. Jackson* (1963), 12 N.Y.2d 473; *Richards v. United States*, 369 U.S. 1 (1962); *Dym v. Gordon*, 209 N.E.2d 792 (1965); *Neumeier v. Kuehner*, 286 N.E.2d 454 (1972); *LaVan v. Danyluk* (1970), 75 W.W.R. 500; *Poyser v. Minors* (1881), 7 Q.B.D. 329; *Huber v. Steiner* (1835), 2 Bing. N.C. 202, 132 E.R. 80; *Leroux v. Brown* (1852), 12 C.B. 801, 138 E.R. 1119; *Nash v. Tupper*, 1 Caines 402 (1803); *Martin v. Perrie*, [1986] 1 S.C.R. 41; *Szeto c. Fédération (La), Cie d'assurances du Canada*, [1986] R.J.Q. 218.

Statutes and Regulations Cited

Automobile Insurance Act, L.Q. 1977, c. 68, ss. 3, 4.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêt renversé: *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62; **arrêt non suivi:** *Chaplin c. Boys*, [1969] 2 All E.R. 1085 (H.L.), conf. [1968] 1 All E.R. 283 (C.A.); **arrêts examinés:** *Phillips c. Eyre* (1870), L.R. 6 Q.B. 1; *Machado c. Fontes*, [1897] 2 Q.B. 231; *Going c. Reid Brothers Motor Sales Ltd.* (1982), 35 O.R. (2d) 201; *Ang c. Trach* (1986), 57 O.R. (2d) 300; *Breavington c. Godleman* (1988), 80 A.L.R. 362; *Block Bros. Realty Ltd. c. Mollard* (1981), 122 D.L.R. (3d) 323; *Yew Bon Tew c. Kenderaan Bas Mara*, [1983] 1 A.C. 553; *Clark c. Naqvi* (1990), 99 R.N.-B. (2^e) 271; **arrêts mentionnés:** *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Hunt c. T & N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *Grimes c. Cloutier* (1989), 61 D.L.R. (4th) 505; *Chartered Mercantile Bank of India c. Netherlands India Steam Navigation Co.* (1883), 10 Q.B.D. 521; *Canadian Pacific Railway Co. c. Parent*, [1917] A.C. 195; *Red Sea Insurance Co. c. Bouygues*, [1994] J.C.J. No. 29; *Walpole c. Canadian Northern Railway Co.*, [1923] A.C. 113; *Prefontaine Estate c. Frizzle* (1990), 71 O.R. (2d) 385; *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Babcock c. Jackson* (1963), 12 N.Y.2d 473; *Richards c. United States*, 369 U.S. 1 (1962); *Dym c. Gordon*, 209 N.E.2d 792 (1965); *Neumeier c. Kuehner*, 286 N.E.2d 454 (1972); *LaVan c. Danyluk* (1970), 75 W.W.R. 500; *Poyser c. Minors* (1881), 7 Q.B.D. 329; *Huber c. Steiner* (1835), 2 Bing. N.C. 202, 132 E.R. 80; *Leroux c. Brown* (1852), 12 C.B. 801, 138 E.R. 1119; *Nash c. Tupper*, 1 Caines 402 (1803); *Martin c. Perrie*, [1986] 1 R.C.S. 41; *Szeto c. Fédération (La), Cie d'assurances du Canada*, [1986] R.J.Q. 218.

j Lois et règlements cités

British Columbia Supreme Court Rules, règle 34.

British Columbia Supreme Court Rules, Rule 34.
Civil Code of Lower Canada, art. 6.
Civil Code of Quebec, art. 3126.
Constitution Act, 1867, s. 92(13).
Foreign Limitation Periods Act, 1984, (U.K.) 1984,
 c. 16.
Highway Traffic Act, R.S.O. 1937, c. 288, s. 47.
Highway Traffic Code, R.S.Q. 1977, c. C-24.
Insurance Act, R.S.O. 1970, c. 224, Schedule E.
Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, c. L-15.
Negligence Act, R.S.O. 1990, c. N.1, s. 2.
Real Estate Act, R.S.B.C. 1979, c. 356, s. 37.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule
 22.
Vehicles Act, R.S.S. 1978, c. V-3, s. 180(1).

Authors Cited

Ailes, Edgar H. "Limitation of Actions and the Conflict
 of Laws" (1933), 31 *Mich. L. Rev.* 474.
 Cheshire, Geoffrey Chevalier and Peter Machin North.
Cheshire and North's Private International Law, 12th
 ed. By Peter Machin North and J. J. Fawcett. London:
 Butterworths, 1992.
 Conférence de La Haye de droit international privé.
Actes et documents de la Onzième session, 7 au 26
 octobre 1968. t. III, *Accidents de la circulation rou-
 tière*. Travaux préliminaires. Mémoire relatif aux
 actes illicites en droit international privé, établi par
 Bernard M. Dutoit, Secrétaire au Bureau Permanent.
 Document préliminaire n° 1 de janvier 1967. La
 Haye: Imprimerie Nationale, 1970.
 Cook, Walter Wheeler. *The Logical and Legal Bases of
 the Conflict of Laws*. Cambridge, Mass.: Harvard
 University Press, 1942.
 Dicey, Albert Venn and J. H. C. Morris. *Dicey and Mor-
 ris on the Conflict of Laws*, vol. 2, 11th ed. London:
 Stevens & Sons, 1987.
 Hancock, Moffatt. Case and Comment on *McLean v.*
Pettigrew (1945), 23 *Can. Bar Rev.* 348.
 Lorenzen, Ernest G. "Huber's De Conflictu Legum"
 (1919), 13 *Ill. L. Rev.* 375, reprinted in Ernest G. Lor-
 enzen, *Selected Articles on the Conflict of Laws*. New
 Haven: Yale University Press, 1947, p. 136.
 Lorenzen, Ernest G. "Story's Commentaries on the
 Conflict of Laws — One Hundred Years After"
 (1934), 48 *Harv. L. Rev.* 15, reprinted in Ernest G.
 Lorenzen, *Selected Articles on the Conflict of Laws*.
 New Haven: Yale University Press, 1947, p. 181.
 Memorandum of Agreement between the Régie de l'as-
 surance automobile du Québec and the Minister of

Code civil du Québec, art. 3126.
Code civil du Bas Canada, art. 6.
Code de la route, L.R.Q. 1977, ch. C-24.
Foreign Limitation Periods Act, 1984, (R.-U.) 1984,
 ch. 16.
Highway Traffic Act, R.S.O. 1937, ch. 288, art. 47.
Insurance Act, R.S.O. 1970, ch. 224, annexe E.
Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, ch. L-15.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13).
Loi sur l'assurance automobile, L.Q. 1977, ch. 68, art.
 3, 4.
Loi sur le partage de la responsabilité, L.R.O. 1990,
 ch. N.1, art. 2.
Real Estate Act, R.S.B.C. 1979, ch. 356, art. 37.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, règl. 194, règle
 22.
Vehicles Act, R.S.S. 1978, ch. V-3, art. 180(1).

Doctrine citée

Ailes, Edgar H., «Limitation of Actions and the Conflict
 of Laws» (1933), 31 *Mich. L. Rev.* 474.
 Cheshire, Geoffrey Chevalier and Peter Machin North,
Cheshire and North's Private International Law, 12th
 ed. By Peter Machin North and J. J. Fawcett. London:
 Butterworths, 1992.
 Conférence de La Haye de droit international privé,
Actes et documents de la Onzième session, 7 au 26
 octobre 1968, t. III, *Accidents de la circulation rou-
 tière*. Travaux préliminaires. Mémoire relatif aux
 actes illicites en droit international privé, établi par
 Bernard M. Dutoit, Secrétaire au Bureau Permanent,
 Document préliminaire n° 1 de janvier 1967. La
 Haye, Imprimerie nationale, 1970.
 Cook, Walter Wheeler. *The Logical and Legal Bases of
 the Conflict of Laws*. Cambridge, Mass.: Harvard
 University Press, 1942.
 Dicey, Albert Venn and J. H. C. Morris. *Dicey and Mor-
 ris on the Conflict of Laws*, vol. 2, 11th ed. London:
 Stevens & Sons, 1987.
 Hancock, Moffatt. Case and Comment on *McLean v.*
Pettigrew (1945), 23 *R. du B. can.* 348.
 Lorenzen, Ernest G. «Huber's De Conflictu Legum»
 (1919), 13 *Ill. L. Rev.* 375, reprinted in Ernest G.
 Lorenzen, *Selected Articles on the Conflict of Laws*.
 New Haven: Yale University Press, 1947, p. 136.
 Lorenzen, Ernest G. «Story's Commentaries on the
 Conflict of Laws — One Hundred Years After»
 (1934), 48 *Harv. L. Rev.* 15, reprinted in Ernest G.
 Lorenzen, *Selected Articles on the Conflict of Laws*.
 New Haven: Yale University Press, 1947, p. 181.
 Mémoire d'une entente entre la Régie de l'assurance
 automobile du Québec et le Minister of Consumer

- Consumer and Commercial Relations for Ontario (December 27, 1978).
- Michel, M. Jean. *La Prescription Libératoire en Droit International Privé*, Thesis, University of Paris, 1911, cited in Edgar H. Ailes, "Limitation of Actions and the Conflict of Laws" (1933), 31 *Mich. L. Rev.* 474, p. 494.
- Swan, John. "The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 271.
- Walsh, Catherine. "«A Stranger in the Promised Land?»: The Non-Resident Accident Victim and the Quebec No-Fault Plan" (1988), 37 *U.N.B.L.J.* 173.
- APPEAL (*Tolofson v. Jensen*, File No. 22980) from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 114, 89 D.L.R. (4th) 129, 11 B.C.A.C. 94, 22 W.A.C. 94, [1992] 3 W.W.R. 743, 9 C.C.L.T. (2d) 289, 4 C.P.C. (3d) 113, dismissing an appeal from a judgment of Macdonald J. (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 90, Appeal allowed.
- APPEAL (*Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon*, File No. 23445) from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 11 O.R. (3d) 422, 99 D.L.R. (4th) 125, 59 O.A.C. 174, 15 C.C.L.T. (2d) 41, 15 C.C.L.I. (2d) 100, 42 M.V.R. (2d) 67, allowing an appeal, to the extent it held that a cross-claim for contribution and indemnity could not be maintained, from a judgment of Hurley J. (1991), 3 O.R. (3d) 38, 4 C.C.L.I. (2d) 194, 28 M.V.R. (2d) 155, determining that Ontario law applied to the cause of action and that a cross-claim could be maintained against appellant Lavoie. Appeal allowed.
- Avon M. Mersey, Elizabeth B. Lyall and Brian F. Schreiber*, for the appellants Leroy Jensen and Roger Tolofson.
- Noreen M. Collins*, for the respondent Kim Tolofson.
- Allan Lutfy, Q.C.*, and *Odette Jobin-Laberge*, for the appellant Réjean Gagnon.
- Robert J. Reynolds*, for the respondents Tina Lucas, Justin Gagnon and Heather Gagnon.
- and Commercial Relations for Ontario (27 décembre 1978).
- Michel, M. Jean. *La Prescription Libératoire en Droit International Privé*, thèse, Université de Paris, 1911, cité dans Edgar H. Ailes, «Limitation of Actions and the Conflict of Laws» (1933), 31 *Mich. L. Rev.* 474, p. 494.
- Swan, John. «The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws» (1985), 63 *R. du B. can.* 271.
- Walsh, Catherine. ««A Stranger in the Promised Land?»: The Non-Resident Accident Victim and the Quebec No-Fault Plan» (1988), 37 *U.N.B.L.J.* 173.
- POURVOI (*Tolofson c. Jensen*, n° du greffe 22980) contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 114, 89 D.L.R. (4th) 129, 11 B.C.A.C. 94, 22 W.A.C. 94, [1992] 3 W.W.R. 743, 9 C.C.L.T. (2d) 289, 4 C.P.C. (3d) 113, qui a rejeté un appel interjeté contre un jugement du juge Macdonald (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 90. Pourvoi accueilli.
- POURVOI (*Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon*, n° du greffe 23445) contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 11 O.R. (3d) 422, 99 D.L.R. (4th) 125, 59 O.A.C. 174, 15 C.C.L.T. (2d) 41, 15 C.C.L.I. (2d) 100, 42 M.V.R. (2d) 67, qui, dans la mesure où on a décidé qu'une demande, entre défendeurs, de contribution et d'indemnisation n'était pas recevable, a accueilli un appel interjeté contre un jugement du juge Hurley (1991), 3 O.R. (3d) 38, 4 C.C.L.I. (2d) 194, 28 M.V.R. (2d) 155, dans lequel on avait décidé que la loi de l'Ontario s'appliquait à la cause d'action et qu'une demande entre défendeurs était recevable contre l'appelant Lavoie. Pourvoi accueilli.
- Avon M. Mersey, Elizabeth B. Lyall et Brian F. Schreiber*, pour les appelants Leroy Jensen et Roger Tolofson.
- Noreen M. Collins*, pour l'intimé Kim Tolofson.
- Allan Lutfy, c.r.*, et *Odette Jobin-Laberge* pour l'appelant Réjean Gagnon.
- Robert J. Reynolds*, pour les intimés Tina Lucas, Justin Gagnon et Heather Gagnon.

Graeme Mew and Adelina Wong, for the respondent Cyrille Lavoie.

Written submission only by *Brian J. E. Brock* and *Lesli Bisgould*, for the intervener Clarence S. Marshall. ^a

Written submission only by *Peter A. Daley*, for the interveners Sybil Marshall, Victor Marshall, Dianne Margaret Marshall, Rosemarie Anne Marshall, Carmen Selina Frey and Aditha Le Blanc. ^b

Written submission only by *W. T. McGrenere*, for the interveners La Société d'experts-conseils Pellemon Inc., Le Groupe Pellemon Inc., Simcoe and Erie General Insurance Co., Les Services de béton universels Ltée, and Allstate Insurance Co. of Canada. ^c

The judgment of La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

LA FOREST J. — This Court has in recent years been called upon to review a number of the structural rules of conflict of laws or private international law. In *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, and *Hunt v. T & N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, the Court had occasion to revisit the law governing the jurisdiction of courts to deal with multi-jurisdictional problems and the recognition to be accorded by the courts of one jurisdiction to a judgment made in another jurisdiction. In *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897, the Court also examined the rules governing when a court may refuse jurisdiction on the basis of *forum non conveniens*. ^d

In the two appeals before us we are called upon to reconsider the "choice of law rule", i.e., which law should govern in cases involving the interests of more than one jurisdiction, specifically as it concerns automobile accidents involving residents of different provinces. ^e

Graeme Mew et Adelina Wong, pour l'intimé Cyrille Lavoie.

Argumentation écrite seulement par *Brian J. E. Brock* et *Lesli Bisgould*, pour l'intervenant Clarence S. Marshall. ^a

Argumentation écrite seulement par *Peter A. Daley*, pour les intervenants Sybil Marshall, Victor Marshall, Dianne Margaret Marshall, Rosemarie Anne Marshall, Carmen Selina Frey et Aditha Le Blanc. ^b

Argumentation écrite seulement par *W. T. McGrenere*, pour les intervenantes La Société d'experts-conseils Pellemon Inc., Le Groupe Pellemon Inc., Simcoe and Erie General Insurance Co., Les Services de béton universels Ltée et Allstate Insurance Co. of Canada. ^c

Version française du jugement des juges La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci rendu par

LE JUGE LA FOREST — Au cours des dernières années, notre Cour a été appelée à examiner un certain nombre de règles structurelles du droit international privé. Dans les arrêts *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, et *Hunt c. T & N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, la Cour a eu l'occasion de revoir le droit qui régit la compétence des tribunaux pour régler des problèmes qui touchent plusieurs ressorts, ainsi que la reconnaissance que les tribunaux d'un ressort doivent accorder au jugement rendu dans un autre ressort. Dans l'arrêt *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897, la Cour a également examiné les règles qui régissent les cas où un tribunal peut décliner compétence pour cause de *forum non conveniens*. ^d

Dans les deux pourvois dont nous sommes saisis, nous sommes appelés à réexaminer la «règle du choix de la loi applicable», c'est-à-dire de la loi qui devrait régir les affaires où sont en jeu les intérêts de plus d'un ressort, en particulier en ce qui concerne les accidents d'automobile impliquant des résidents de différentes provinces. ^e

The precise issue may be distilled from the facts of the two cases under appeal. The plaintiffs, residents of Province A, were passengers in an automobile registered and insured in that province. The driver of the automobile in which they were travelling was a resident of Province A. The passengers were injured in a collision with another automobile in Province B. The driver of that automobile was a resident of Province B, and his automobile was registered in that province. In one of the cases, liability from the operation of the automobile was covered by an insurance contract made in Province B; in the other, it was covered under the terms of Province B's "no-fault" insurance scheme. The plaintiffs instituted an action for the resulting personal injuries in Province A against both drivers. The issue that arises is what law should be applied in determining the liability of the defendant drivers.

The first of these cases also raises the following subsidiary issue. Assuming the applicable substantive law is that of the place where the tort arises, is the limitation period established under that law inapplicable as being procedural law and so not binding on the court hearing the case, or is it substantive law? For its part, the second case raises the issue whether the Quebec no-fault insurance scheme applies to situations where some or all the parties are non-residents.

Background

Tolofson v. Jensen

Facts

On July 28, 1979, the plaintiff (respondent) Kim Tolofson was a passenger in a car owned and driven by his father, the defendant (appellant) Roger Tolofson. He was seriously injured when the car was involved in an accident with a vehicle driven by the other defendant (appellant) Leroy

La question qui est précisément en litige peut se dégager des faits des deux affaires dont nous sommes saisis. Les demandeurs, résidents de la province A, étaient les passagers d'une automobile immatriculée et assurée dans cette province. Le conducteur de l'automobile dans laquelle ils voyageaient était également résident de la province A. Les passagers ont été blessés lors d'une collision avec une autre automobile, survenue dans la province B. Le conducteur de cette dernière automobile était résident de la province B et sa voiture était immatriculée dans cette province. Dans l'un des cas, la responsabilité découlant de la conduite de l'automobile était visée par une assurance contractée dans la province B; dans l'autre cas, elle était visée par le régime d'assurance «sans égard à la faute» de la province B. Les demandeurs ont intenté, dans la province A, contre les deux conducteurs, une action pour les blessures qu'ils avaient subies en raison de cette collision. La question en litige est de savoir quelle loi devrait s'appliquer pour déterminer la responsabilité des conducteurs défendeurs.

Le premier de ces cas soulève également la question subsidiaire suivante. À supposer que la loi substantielle applicable soit celle du lieu où le délit a été commis, le délai de prescription établi en vertu de cette loi est-il inapplicable pour le motif qu'il s'agit d'une règle de procédure qui ne lie donc pas le tribunal qui entend l'affaire, ou constitue-t-il une règle de fond? Quant au second cas, il soulève la question de savoir si le régime québécois d'assurance sans égard à la faute s'applique aux situations où toutes les parties ou certaines d'entre elles sont non résidentes.

Contexte

Tolofson c. Jensen

Les faits

Le 28 juillet 1979, le demandeur (intimé) Kim Tolofson prenait place, à titre de passager, dans une voiture appartenant à son père, le défendeur (appellant) Roger Tolofson, et conduite par ce dernier. Il a été grièvement blessé lors d'un accident survenu entre cette voiture et un véhicule conduit

Jensen. The accident occurred in Saskatchewan. The Tolofsons were and remain residents of British Columbia and the car in which they drove was registered and insured in that province. Jensen was and remains a resident of Saskatchewan, and his car was registered and insured in that province.

par l'autre défendeur (appelant) Leroy Jensen. L'accident s'est produit en Saskatchewan. Les Tolofson étaient et sont toujours résidents de la Colombie-Britannique et la voiture dans laquelle ils circulaient était immatriculée et assurée dans cette province. Jensen était et est toujours résident de la Saskatchewan et sa voiture était immatriculée et assurée dans cette province.

b

The plaintiff Tolofson alleges that he suffered head injuries in the collision which affected his learning capacity and his physical capabilities. He began an action in British Columbia against both defendants seeking damages for these injuries on December 17, 1987, more than eight years after the collision occurred. He was only 12 years old at the time of the accident. The parties both operated on the assumption that the plaintiff's action is barred under Saskatchewan law because it must be brought within 12 months of the accident. Such a suit is not barred in British Columbia. As well, under Saskatchewan law a gratuitous passenger cannot recover unless "wilful or wanton misconduct" can be established against the driver of the car in which he or she was a passenger. This is not the case in British Columbia. Neither defendant admits liability.

Le demandeur Tolofson allègue avoir subi, lors de cette collision, des blessures à la tête qui ont diminué sa capacité d'apprentissage de même que ses capacités physiques. Le 17 décembre 1987, soit plus de huit ans après la collision, il a intenté, en Colombie-Britannique, contre les deux défendeurs, une action en dommages-intérêts pour ces préjudices. Il n'avait que 12 ans au moment de l'accident. Les parties ont toutes deux tenu pour acquis que l'action du demandeur était prescrite suivant la loi de la Saskatchewan parce qu'elle devait être intentée dans les 12 mois de l'accident. Cette action n'est pas prescrite en Colombie-Britannique. De même, suivant la loi de la Saskatchewan, un passager à titre gratuit ne peut être indemnisé que s'il est établi que le conducteur de la voiture dans laquelle il prenait place a fait preuve d'[TRADUCTION] «inconduite délibérée ou téméraire». Tel n'est pas le cas en Colombie-Britannique. Aucun des défendeurs ne reconnaît sa responsabilité.

h

The defendants then brought an application by consent pursuant to Rule 34 of the Supreme Court Rules of British Columbia before Macdonald J. seeking determination of a point of law, namely, that the court was *forum non conveniens* or, in the alternative, that the law of Saskatchewan applied with respect to the limitation period and the standard of care for gratuitous passengers. That is the proceeding from which the first of these appeals arises.

Les défendeurs ont ensuite présenté, avec le consentement des parties, devant le juge Macdonald, une requête fondée sur la règle 34 des British Columbia Supreme Court Rules, en vue de faire trancher un point de droit, savoir que le tribunal était *forum non conveniens* ou, subsidiairement, que la loi de la Saskatchewan régissait le délai de prescription ainsi que la norme de diligence applicable dans le cas de passagers à titre gratuit. C'est de cette procédure que découle le premier des présents pourvois.

Judicial History

British Columbia Supreme Court (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 90

On October 17, 1989, Macdonald J. dismissed the application. He concluded that while he was impressed with the logic of applying the “proper law of the tort”, he was bound by *McLean v. Pettigrew*, [1945] S.C.R. 62, where this Court upheld an action in respect of a single car accident in Ontario which was successfully brought in Quebec under Quebec law by a passenger, a resident of Quebec, against the owner and operator of the car, also a resident of Quebec. Having considered the authorities, he concluded that choice of law was inextricably entwined with issues of jurisdiction and *forum conveniens*, and that choice of law followed these determinations.

British Columbia Court of Appeal (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 114

On the appeal to the British Columbia Court of Appeal, the defendants no longer contended that the British Columbia courts are without jurisdiction or should decline jurisdiction as being *forum non conveniens*. They argued, however, that Macdonald J. had erred in failing to separate issues of jurisdiction and *forum non conveniens* from choice of law. In addition, they submitted that the applicable law was that of Saskatchewan. Cumming J.A., who gave reasons for the Court of Appeal, agreed, at p. 120, that “even when the court finds jurisdiction and refuses to stay an action based on *forum non conveniens* because a juridical advantage is found in the forum, it is still necessary to examine choice of law independently”.

After an extensive review of the history of choice of law rules and their application in recent Canadian cases, Cumming J.A. reviewed the facts

Historique des procédures judiciaires

La Cour suprême de la Colombie-Britannique (1989), 40 B.C.L.R. (2d) 90

^a Le juge Macdonald a rejeté la requête le 17 octobre 1989. Il a conclu que, même s’il lui apparaissait tout à fait logique d’appliquer la [TRADUCTION] «loi appropriée au délit ou loi de la relation sous-jacente», il était lié par l’arrêt *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62, dans lequel notre Cour a confirmé la recevabilité d’une action relative à un accident impliquant une seule voiture survenu en Ontario, qu’un passager, résident du Québec, avait intenté avec succès au Québec, en vertu de la loi de cette province, contre le propriétaire et conducteur de la voiture, également résident du Québec. ^b Après avoir examiné la jurisprudence, le juge a ^c conclu que le choix de la loi applicable était inextricablement lié aux questions de compétence et de *forum conveniens*, et qu’il était donc fonction des décisions rendues à cet égard.

^e *La Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (1992), 65 B.C.L.R. (2d) 114

En appel devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, les défendeurs ne prétendaient plus que les tribunaux de la Colombie-Britannique n’avaient pas compétence ou qu’ils devaient décliner compétence en tant que *forum non conveniens*. Ils ont fait valoir, cependant, que le juge Macdonald avait commis une erreur en ne séparant pas du choix de la loi applicable les questions de compétence et de *forum non conveniens*. De plus, ils ont soutenu que la loi applicable était celle de la Saskatchewan. Le juge Cumming, qui a exposé les motifs de la Cour d’appel, convient, à la p. 120, que [TRADUCTION] «même lorsque le tribunal conclut qu’il a compétence et qu’il refuse de surseoir à une action pour cause de *forum non conveniens* parce que le tribunal saisi présente, à son avis, un avantage juridique, il demeure nécessaire d’examiner indépendamment la question du choix de la loi applicable».

^j Après avoir examiné en profondeur l’historique des règles du choix de la loi applicable et leur application dans la jurisprudence canadienne

of *Lucas v. Gagnon* (then at the Ontario Divisional Court level). He concluded that it made no difference that in that case Lucas was a defendant on a cross-claim whereas in the present case Jensen was a co-defendant. He adopted the reasoning of Hurley J. in *Gagnon* that, not only was he bound by *McLean v. Pettigrew* even on the facts of the case at bar, but even if he were not so bound, he would hold that the law of the forum should apply since it had the most significant relationship with the parties. In *obiter*, Cumming J.A. stated that this decision was justified in that it met with the reasonable expectations of all the parties in that the Saskatchewan defendant would have reasonably expected to be subject to a lawsuit initially, and that both the limitation period and the gratuitous passenger laws of Saskatchewan had since been repealed.

récente, le juge Cumming a passé en revue les faits de l'affaire *Lucas c. Gagnon* (alors devant la Cour divisionnaire de l'Ontario). Il a conclu qu'il ne faisait aucune différence que Lucas soit défendeur dans une demande entre défendeurs alors que Jensen était codéfendeur en l'espèce. Il a fait sien le raisonnement du juge Hurley, dans *Gagnon*, selon lequel non seulement il était lié par l'arrêt *McLean c. Pettigrew* même d'après les faits de l'affaire dont il était saisi, mais encore, même s'il n'était pas ainsi lié, il conclurait que la loi du for devrait s'appliquer parce que c'est elle qui a le lien le plus important avec les parties. Dans une remarque incidente, le juge Cumming a dit que cette décision était justifiée en ce qu'elle répondait aux attentes raisonnables de toutes les parties du fait que le défendeur de la Saskatchewan se serait attendu raisonnablement, au départ, à faire l'objet de poursuites, et que les règles de droit concernant le délai de prescription et le passager à titre gratuit avaient depuis été abrogées en Saskatchewan.

Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon

Facts

The *Gagnon* case is similar to the *Tolofson* case, except that in the *Gagnon* case the appellant does not seek to avoid a limitation period and a higher standard of care in the jurisdiction where the accident occurred; he seeks rather to avoid the limits on liability provided in the no-fault regime in effect in Quebec where the accident occurred. While the amount that can be recovered under that regime is greater than can be recovered under the unsatisfied judgment funds in other provinces, it is much less than can be recovered in a tort action against the party at fault. I note that Ontario has entered into an agreement regarding the application of the Quebec no-fault regime to Ontario residents who have an accident in Quebec which, it was argued, has an impact on the result of this case. This was not directly discussed in the courts below, and I shall only make reference to it later.

Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon

Les faits

L'affaire *Gagnon* est semblable à l'affaire *Tolofson*, sauf qu'ici l'appelant ne cherche pas à éviter un délai de prescription et une norme de diligence plus stricte dans le ressort où l'accident est survenu; il cherche plutôt à éviter les limites qu'impose à la responsabilité le régime d'assurance sans égard à la faute en vigueur dans la province de Québec où l'accident s'est produit. Bien que l'indemnité qui peut être touchée en vertu de ce régime soit plus élevée que celle qui peut l'être en vertu des caisses des jugements inexécutés dans d'autres provinces, elle est de beaucoup inférieure au montant qui peut être obtenu dans une action en responsabilité délictuelle contre la partie fautive. Je souligne que l'Ontario a conclu une entente concernant l'application du régime québécois d'assurance sans égard à la faute aux résidents ontariens qui ont un accident au Québec, ce qui, a-t-on fait valoir, a une incidence sur l'issue de la présente affaire. Cette question n'ayant pas été débattue directement devant les tribunaux d'instance inférieure, je ne la mentionnerai que plus loin.

The essential facts, for present purposes, are these. The plaintiff, Mrs. Gagnon, brought action on her own behalf and as litigation guardian of two children against her husband, Mr. Gagnon, for personal injuries suffered in an accident that occurred in the Province of Quebec when there was a collision between an automobile driven by her husband, in which she was a passenger, and an automobile owned and operated by Mr. Lavoie. The Gagnons are all residents of Ontario; Mr. Lavoie is a resident of Quebec.

Mrs. Gagnon originally included Mr. Lavoie as a defendant, but after the Ontario Court of Appeal released its decision in *Grimes v. Cloutier* (1989), 61 D.L.R. (4th) 505, which distinguished *McLean v. Pettigrew*, *supra*, and held that a Quebec resident's liability in circumstances like the present case was governed by Quebec law, Mrs. Gagnon discontinued her action against Mr. Lavoie. However, the defendant, Mr. Gagnon, had cross-claimed against Mr. Lavoie and that cross-claim was not discontinued.

Mrs. Gagnon obtained 100% of the no-fault benefits (on the Quebec scale) to which she was entitled under the Quebec scheme from Mr. Gagnon's Ontario insurer. The Ontario insurer was reimbursed by the Régie de l'assurance automobile du Québec ("La Régie"), pursuant to a 1978 agreement between the Régie and Ontario's Minister of Consumer and Commercial Relations. Mrs. Gagnon could not bring an action for damages in Quebec because of the prohibition in s. 4 of the Quebec *Automobile Insurance Act*, L.Q. 1977, c. 68. Her only option in seeking an award of damages was to sue in Ontario.

Mr. and Mrs. Gagnon then brought a motion on an agreed statement of facts for an order under Rule 22 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, to determine the following questions: whether the Ontario court had jurisdiction; whether it should accept that jurisdiction;

Pour les présentes fins, les faits sont essentiellement les suivants. La demanderesse, M^{me} Gagnon, a intenté, contre son mari, M. Gagnon, une action en sa qualité personnelle et en sa qualité de tutrice à l'instance de deux enfants, pour les blessures subies lors d'un accident survenu dans la province de Québec quand l'automobile que conduisait son mari, et dans laquelle elle prenait place, est entrée en collision avec une automobile appartenant à M. Lavoie et conduite par celui-ci. Les Gagnon sont tous résidents de l'Ontario; M. Lavoie est résident du Québec.

À l'origine, M^{me} Gagnon avait inclus M. Lavoie comme partie défenderesse, mais elle s'est désistée de son action contre M. Lavoie à la suite de l'arrêt *Grimes c. Cloutier* (1989), 61 D.L.R. (4th) 505, dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a fait une distinction d'avec l'arrêt *McLean c. Pettigrew*, précité, et conclu que la responsabilité d'un résident du Québec, dans des circonstances analogues à la présente affaire, était régie par la loi du Québec. Toutefois le défendeur, M. Gagnon, avait fait une demande entre défendeurs contre M. Lavoie et il n'y a pas eu désistement à l'égard de cette demande.

Madame Gagnon a obtenu de l'assureur ontarien de M. Gagnon la totalité des prestations (selon le barème du Québec) auxquelles elle avait droit en vertu du régime québécois d'assurance sans égard à la faute. L'assureur ontarien a été remboursé par la Régie de l'assurance automobile du Québec («la Régie»), conformément à une entente conclue en 1978 entre cette dernière et le ministre de la Consommation et du Commerce de l'Ontario. Madame Gagnon ne pouvait pas intenter une action en dommages-intérêts au Québec en raison de la prohibition de l'art. 4 de la *Loi sur l'assurance automobile* du Québec, L.Q. 1977, ch. 68. L'unique possibilité pour elle d'obtenir des dommages-intérêts était d'exercer son recours en Ontario.

Monsieur et Madame Gagnon ont alors présenté une requête, fondée sur un exposé conjoint des faits, en vue de faire trancher les questions suivantes par voie d'ordonnance rendue en vertu de la règle 22 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, règl. 194: celles de savoir si le

whether Ontario law applied; and whether Mr. Gagnon was entitled to maintain his action against Mr. Lavoie. It is from this proceeding that the appeal to this Court emanates. Mr. Lavoie was not notified of the motion at first instance, did not con-
 a cur with the questions stated and did not attend.

Judicial History

Ontario Court (General Division) (1991), 3 O.R. (3d) 38

The motion was heard by Hurley J. He replied in the affirmative to all the questions set forth in the motion. He began his analysis with *Phillips v. Eyre* (1870), L.R. 6 Q.B. 1 (Ex. Ch.), which is the start-
 d ing point for the law in this area. He cited the general rule stated therein to the effect that to found a suit in England for a wrong committed abroad, two conditions had to be met: (1) the wrong would
 e have been actionable if committed in England and (2) was not justifiable by the law of the place where the act was committed. That case, he noted, had been followed by this Court in *McLean v. Pettigrew*,
 f *supra*, where the second condition was held to be satisfied by the fact that the wrong was subject to a penal prohibition in the place where the act was committed even though it was not actionable there. *McLean* involved an action where the plaintiff and defendant were residents of the same
 g province and the action was brought there. The situation was similar here as it related to the Gagnons. Assuming evidence of the second condition in *Phillips v. Eyre* was established by evidence
 h at trial, he concluded that an action would lie.

Though he had made reference to *Grimes v. Cloutier*,
 i *supra*, and other Ontario jurisprudence as it affected Quebec residents in relation to accidents that take place in Quebec, Hurley J. still thought the defendant's claim against Mr. Lavoie could be
 j pursued. In his view, the fact that the defendant in the cross-claim was originally a defendant in the

tribunal de l'Ontario avait compétence, s'il devait accepter d'exercer cette compétence, si la loi de l'Ontario s'appliquait et si l'action de M. Gagnon contre M. Lavoie était recevable. C'est de cette
 a procédure qu'émane le pourvoi devant notre Cour. Monsieur Lavoie n'a pas été avisé de la requête en première instance, il n'a pas souscrit aux questions posées et n'a pas comparu.

Historique des procédures judiciaires

La Cour de l'Ontario (Division générale) (1991), 3 O.R. (3d) 38

La requête a été entendue par le juge Hurley. Celui-ci a répondu par l'affirmative à toutes les questions formulées. Il a commencé par examiner
 d l'arrêt *Phillips c. Eyre* (1870), L.R. 6 Q.B. 1 (C. de l'É.), qui est le point de départ du droit en la matière. Il a cité la règle générale qui y est énoncée, savoir que pour que des poursuites pour une
 e faute commise à l'étranger soient justifiées en Angleterre, deux conditions devaient être remplies: (1) la faute aurait ouvert droit à une action en justice si elle avait été commise en Angleterre et (2) elle n'était pas justifiable suivant la loi du lieu où
 f elle a été commise. Cet arrêt, a-t-il souligné, avait été suivi par notre Cour dans l'arrêt *McLean c. Pettigrew*, précité, où l'on a jugé que la seconde condition était remplie du fait que la faute faisait
 g l'objet d'une prohibition pénale à l'endroit où elle avait été commise, même si elle n'y ouvrait pas droit à une action. Dans l'affaire *McLean*, la demanderesse et le défendeur résidaient dans la même province où l'action avait été intentée, une
 h situation similaire à celle des Gagnon en l'espèce. Présument que la preuve de la seconde condition de l'arrêt *Phillips c. Eyre* avait été établie au procès, il a conclu à la recevabilité de l'action.

Bien qu'il ait mentionné l'arrêt *Grimes c. Cloutier*,
 i précité, et d'autres décisions ontariennes touchant des résidents québécois relativement à des accidents survenus au Québec, le juge Hurley a néanmoins estimé que le défendeur pouvait pour-
 j suivre sa demande contre M. Lavoie. À son avis, le fait que le défendeur, dans la demande entre défen-

action was irrelevant, since he was no longer so. Hurley J. stated, at p. 43:

If I am not bound to apply *McLean* then, in my opinion, the reasonable expectations of the plaintiffs and the defendant are that this sort of litigation would take place in Ontario according to the law of Ontario, and I conclude that the defendant's assertion in the action of a claim over against a Quebec driver/owner does not alter those expectations. Rather, in my opinion it would be unfair to allow the addition of that claim over to alter the law applicable from that of Ontario, which has the most significant relationship with the parties, to that of Quebec.

Ontario Court of Appeal (1992), 11 O.R. (3d) 422

Mr. Lavoie and Mr. Gagnon then appealed to the Ontario Court of Appeal, but only on the questions of whether Ontario law applied and whether Gagnon was entitled to maintain his cross-claim against Lavoie. The late Tarnopolsky J.A. stated the main question as whether Ontario or Quebec law governed both the main action and the cross-claim. He examined whether the decision of *McLean v. Pettigrew*, *supra*, should be distinguished on the basis that the defendant to the cross-claim, who was not a party to the main action, was a resident of Quebec and that the accident occurred in Quebec. He also considered, if *McLean v. Pettigrew* applied to the main action, whether the choice of law with respect to the cross-claim was different having regard to the Court of Appeal's decision in *Grimes v. Cloutier*, *supra*.

After reviewing the case law, Tarnopolsky J.A. emphasized that *McLean v. Pettigrew* ought not to be applied rigidly to factual circumstances not closely similar to those in that case. He held that *McLean* applied to the main action. As for the cross-claim, he found the following, at p. 438:

deurs, était à l'origine défendeur dans l'action n'était pas pertinent puisqu'il ne l'était plus. Le juge Hurley affirme, à la p. 43:

[TRADUCTION] Si je ne suis pas tenu d'appliquer l'arrêt *McLean*, j'estime alors que les demandeurs et le défendeur s'attendaient raisonnablement à ce que ce type de litige soit tranché en Ontario conformément à la loi de l'Ontario, et je conclus que l'affirmation du défendeur, dans l'action récursoire contre un conducteur/propriétaire québécois, ne change en rien ces attentes. Il serait au contraire injuste, à mon avis, de permettre que l'ajout de cette action récursoire ait pour effet de substituer, à titre de loi applicable, la loi du Québec à celle de l'Ontario qui a le lien le plus important avec les parties.

La Cour d'appel de l'Ontario (1992), 11 O.R. (3d) 422

Messieurs Lavoie et Gagnon ont alors interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, mais seulement quant aux questions de savoir si la loi de l'Ontario s'appliquait et si la demande entre défendeurs que M. Gagnon avait faite contre M. Lavoie était recevable. Selon feu le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel, il s'agissait principalement de déterminer laquelle, de la loi de l'Ontario ou de celle du Québec, régissait tant l'action principale que la demande entre défendeurs. Il s'est demandé si une distinction devait être faite d'avec l'arrêt *McLean c. Pettigrew*, précité, pour le motif que le défendeur, dans la demande entre défendeurs, qui n'était pas partie à l'action principale, était résident du Québec et que l'accident était survenu au Québec. Il s'est également demandé si, dans l'hypothèse où l'arrêt *McLean c. Pettigrew* s'appliquerait à l'action principale, le choix de la loi applicable à la demande entre défendeurs serait différent compte tenu de l'arrêt de la Cour d'appel *Grimes c. Cloutier*, précité.

Après avoir examiné la jurisprudence, le juge Tarnopolsky a souligné que l'arrêt *McLean c. Pettigrew* ne devait pas être appliqué de façon rigide aux circonstances factuelles qui ne sont pas très semblables à celles de cette affaire. Il a conclu que l'arrêt *McLean* s'appliquait à l'action principale. Quant à la demande entre défendeurs, il conclut ceci, à la p. 438:

In my opinion, given the facts of the case at bar it [would] be unjust if the action against Lavoie were not bound by *Grimes v. Cloutier*. After all, Lavoie was a Quebec resident driving his car in his own province. Therefore, when an Ontario resident is involved in an accident in Quebec with a Quebec resident, although both the passenger and his or her driver are residents of Ontario, a claim against the Quebec driver must be barred by the Quebec non-actionability law.

As a result, Ontario law, including conflict rules developed according to *Phillips v. Eyre, supra*, was held to apply in the action of the respondents against the appellant Gagnon. Since Lavoie was not a resident of Ontario and the accident occurred in Quebec, the facts and law of *Grimes v. Cloutier* applied to any claim against him. The action was remitted for trial on that basis.

Carthy J.A. agreed with Tarnopolsky J.A. but arrived at the conclusion that the cross-claim should not proceed by a different route. He reviewed s. 2 of the *Negligence Act*, R.S.O. 1990, c. N.1, and concluded, at p. 440, that, because Lavoie could not, on the authority of *Grimes v. Cloutier*, have been sued alone, he was not a person who was or "would if sued have been, liable" in respect of the damage suffered by the respondent.

Blair J.A., who found the views of his colleagues complementary rather than inconsistent, agreed with both of them.

Historical Highlights of Choice of Law Rule in Tort

The genesis of the existing Canadian rule for the determination of choice of law for torts arising outside a court's territorial jurisdiction is the seminal case of *Phillips v. Eyre, supra*. There the plaintiff brought an action in England for assault and false imprisonment against the defendant who at the time of the torts was governor of Jamaica. The acts of which the plaintiff complained were part of

[TRADUCTION] À mon avis, étant donné les faits de la présente affaire, il [serait] injuste que l'action intentée contre Lavoie ne soit pas régie par l'arrêt *Grimes c. Cloutier*. Après tout, Lavoie était un résident du Québec qui conduisait sa voiture dans sa propre province. Par conséquent, lorsqu'un résident ontarien a un accident au Québec avec un résident québécois, bien que le passager et son conducteur soient résidents ontariens, la demande contre le conducteur du Québec doit être déclarée irrecevable en raison de la loi du Québec qui exclut tout recours.

En conséquence, on a conclu que la loi de l'Ontario, y compris les règles de droit international privé établies conformément à l'arrêt *Phillips c. Eyre*, précité, s'appliquait à l'action des intimés contre l'appelant Gagnon. Quant à Lavoie, étant donné qu'il n'était pas résident ontarien et que l'accident était survenu au Québec, les faits et le principe de l'arrêt *Grimes c. Cloutier* s'appliquaient à toute demande contre lui. L'action a donc été renvoyée à procès pour ce motif.

Le juge Carthy a souscrit à l'opinion du juge Tarnopolsky, mais il est arrivé à la conclusion que la demande entre défendeurs ne devrait pas suivre un cours différent. Après avoir examiné l'art. 2 de la *Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1990, ch. N.1, il a conclu, à la p. 440, qu'étant donné que Lavoie n'aurait pu, suivant l'arrêt *Grimes c. Cloutier*, être poursuivi seul, il n'était pas responsable des dommages subis par l'intimée [TRADUCTION] «ou [ne] l'aurait [pas] été en cas de poursuite».

Le juge Blair, qui a conclu que les points de vue de ses collègues étaient complémentaires et non incompatibles, s'est dit d'accord avec les deux.

Survol historique de la règle du choix de la loi applicable en matière de responsabilité délictuelle

La règle canadienne actuelle du choix de la loi applicable aux délits survenus en dehors de la compétence territoriale d'un tribunal a son origine dans l'arrêt de principe *Phillips c. Eyre*, précité. Dans cette affaire, le demandeur avait intenté, en Angleterre, une action pour voies de fait et séquestration contre le défendeur qui, à l'époque de ces délits, était gouverneur de la Jamaïque. Les actes

a course of action taken by Jamaican authorities to suppress a rebellion. Later the governor caused an act of indemnity to be passed absolving all persons of liability for any unlawful act committed in putting down the rebellion. Much of the judgment given by Willes J. is devoted to questions concerning whether a colony like Jamaica could constitutionally enact such a statute; these the court answered in the affirmative. But the major import of the case relates to the final objection of the plaintiff that, assuming the colonial statute was valid in Jamaica, it could not have the effect of taking away a right of action in an English court. Willes J. replied that the objection rested on a misconception of a civil obligation and the corresponding right of action, which later he stated is only an accessory to the obligation and subordinate to it. As in the case of contract, the general rule was that “the civil liability arising out of a wrong derives its birth from the law of the place, and its character is determined by that law” (emphasis added) (p. 28). The substantive law, he affirmed, is governed by the law of the place where the wrong has been committed. That, of course, would be Jamaica because the torts were wholly committed there.

Willes J. then went on to say that English courts are said to be more open to admit actions founded on foreign transactions than those of other European countries, but he added, at p. 28, that there are restrictions (e.g., trespass to land) that exclude certain actions altogether, and “even with respect to those not falling within that description our courts do not undertake universal jurisdiction” (emphasis added). He then immediately continued with the following frequently cited passage, at pp. 28-29:

As a general rule, in order to found a suit in England for a wrong alleged to have been committed abroad, two conditions must be fulfilled. First, the wrong must be of such a character that it would have been actionable if

reprochés par le demandeur s’inscrivaient dans la foulée des mesures qu’avaient prises les autorités jamaïcaines pour réprimer une rébellion. Le gouverneur avait par la suite fait adopter une loi d’indemnisation qui exonérait de toute responsabilité les personnes ayant commis des actes illégaux dans la répression de cette rébellion. Une bonne partie du jugement rendu par le juge Willes est consacrée aux questions de savoir si une colonie comme la Jamaïque était constitutionnellement habilitée à adopter une telle loi, auxquelles le tribunal a répondu par l’affirmative. Mais l’importance majeure de cet arrêt découle de la dernière objection du demandeur, selon laquelle, à supposer que la loi coloniale était valide en Jamaïque, elle ne pouvait avoir pour effet de supprimer un droit d’action devant un tribunal anglais. Le juge Willes a répondu que l’objection reposait sur une conception erronée d’une obligation civile et du droit d’action correspondant qui, a-t-il affirmé plus tard, n’est qu’accessoire et subordonné à cette obligation. Comme en matière contractuelle, la règle générale voulait que [TRADUCTION] «la responsabilité civile résultant d’une faute [ait] son origine dans la loi locale, qui en détermin[ait] la nature» (je souligne) (p. 28). Les règles de fond, a-t-il affirmé, sont régies par la loi du lieu où la faute a été commise. Il s’agissait naturellement de la loi de la Jamaïque puisque les délits y avaient été entièrement commis.

Le juge Willes a poursuivi en disant que les tribunaux anglais avaient la réputation d’être plus disposés que les tribunaux d’autres pays européens à admettre des actions fondées sur des événements survenus à l’étranger. Il a toutefois ajouté, à la p. 28, qu’il y a des restrictions (p. ex., l’atteinte à la possession de biens-fonds) qui ont pour effet d’exclure certaines actions, et que [TRADUCTION] «même à l’égard des recours qui n’entrent pas dans cette catégorie, nos tribunaux n’exercent pas une compétence universelle» (je souligne). Il a alors immédiatement enchaîné en citant, aux pp. 28 et 29, le passage fréquemment cité que voici:

[TRADUCTION] En règle générale, afin d’avoir un recours en justice en Angleterre pour une faute qui aurait été commise à l’étranger, il faut remplir deux conditions. D’abord, la faute doit être de telle nature que si elle

committed in England. . . . Secondly, the act must not have been justifiable by the law of the place where it was done.

In this passage, Willes J. appears to commingle the law dealing with what we would today call jurisdiction and choice of law. The first rule is strictly related to jurisdiction as is evident from its context, which I have just related. The second rule we would normally think of as dealing with choice of law, which it is apparent from his earlier remarks was the place of the wrong, the *lex loci delicti*. It was not, however, necessary for Willes J. to engage in this type of modern analysis. All he was doing was expressing a rule of double actionability to permit suit in England; see *Chartered Mercantile Bank of India v. Netherlands India Steam Navigation Co.* (1883), 10 Q.B.D. 521, at pp. 536-37.

The law was not to remain in this form. In *Machado v. Fontes*, [1897] 2 Q.B. 231, (an interlocutory appeal heard in a summary way by two judges), Willes J.'s judgment was read in a rather wooden manner to mean something quite different from what he, in my view, had intended. In that case the plaintiff brought action in England for libel alleged to have been published in Portuguese in Brazil. Though the report leaves us to surmise, the names of the parties would indicate that they were Brazilian and, the language being Portuguese, the libel would seem to have taken place there. The court interpreted Willes J.'s language as meaning that an act committed abroad could be brought in England in the same way as if it had taken place in England, so long as it was not justified or excused under the law of the place where it was committed. It was, in other words, actionable under English law even if not actionable where it was committed if it was "unjustifiable" there, for example, if it constituted a criminal act there.

avait été commise en Angleterre, elle aurait ouvert droit à une action en justice [. . .] En second lieu, il ne faut pas que l'acte puisse être justifiable suivant la loi du lieu où il a été accompli.

Dans ce passage, le juge Willes paraît confondre le droit relatif à ce que nous appellerions aujourd'hui la compétence, et le choix de la loi applicable. La première règle est strictement liée à la compétence, comme le démontre son contexte que je viens tout juste d'exposer. La seconde règle, que nous considérerions normalement comme se rapportant au choix de la loi applicable et qui ressort de ses remarques précédentes, était celle du lieu de la faute, la *lex loci delicti*. Le juge Willes n'avait pas, toutefois, à entreprendre ce type d'analyse moderne. Il n'a fait que formuler une règle du double droit d'action afin de permettre des poursuites en Angleterre; voir *Chartered Mercantile Bank of India c. Netherlands India Steam Navigation Co.* (1883), 10 Q.B.D. 521, aux pp. 536 et 537.

L'état du droit n'allait pas rester inchangé. Dans l'arrêt *Machado c. Fontes*, [1897] 2 Q.B. 231 (appel interlocutoire entendu sommairement par deux juges), le jugement du juge Willes a été interprété de façon plutôt stricte en lui donnant, à mon avis, un sens fort différent de celui qu'il avait voulu qu'il ait. Il s'agissait en l'occurrence d'une action en diffamation intentée en Angleterre pour un écrit qui aurait été publié en portugais au Brésil. Bien que l'arrêt ne nous renseigne pas à cet égard, les parties étaient, d'après leur nom, des Brésiliens et il semblerait, du fait que la langue utilisée était le portugais, que la diffamation avait eu lieu au Brésil. Le tribunal a interprété les propos du juge Willes comme signifiant qu'un acte accompli à l'étranger ouvrait droit à une action en Angleterre tout comme s'il avait été accompli en Angleterre, dans la mesure où il n'était pas justifié ni excusé suivant la loi du lieu où il avait été accompli. En d'autres termes, l'acte pouvait donner lieu à des poursuites civiles sous le régime de la loi anglaise même si ce n'était pas le cas là où il avait été accompli, pourvu qu'il soit «injustifiable» à cet endroit comme, par exemple, s'il y constituait un acte criminel.

The approach taken in *Machado v. Fontes* was subjected to considerable judicial and academic criticism; see Professor Moffatt Hancock's biting Case and Comment on *McLean v. Pettigrew*, *supra*, (1945), 23 *Can. Bar Rev.* 348. In particular so far as Canadian cases are concerned, Viscount Haldane in *Canadian Pacific Railway Co. v. Parent*, [1917] A.C. 195, at p. 205, early expressed some reservations about it. For my part, I would have thought the question whether a wrong committed in Brazil by a Brazilian against another Brazilian gave rise to an action for damages should be within the purview of Brazil, and that its being made actionable under English law by an *ex post facto* decision of an English court would constitute an intrusion in Brazilian affairs which an English court, under basic principles of comity, should not engage in. I could understand the approach if the parties were both English nationals or domiciled in England and there is some support in English cases for that measure of intervention; see *Chaplin v. Boys*, [1969] 2 All E.R. 1085 (H.L.), *per* Lord Hodson, at p. 1094, and Lord Wilberforce, at p. 1104; see also Lord Denning in the same case in the Court of Appeal, [1968] 1 All E.R. 283, at pp. 289-90. I add parenthetically that it could well be argued (though the facts were not conducive to that possibility) that, unlike a motor vehicle accident, the tort of libel should be held to take place where its effects are felt, but the court simply assumed that the place of the tort was Brazil.

In England, *Machado v. Fontes* was ultimately overruled by the House of Lords in *Chaplin v. Boys*, *supra*. There the plaintiff, a passenger on a motorcycle, was injured through the negligence of the defendant whose car had hit the motorcycle. The plaintiff and defendant were British soldiers stationed in Malta. In upholding the action, their Lordships adopted a test of double actionability. Substantive British law would be applied if the conduct was actionable both in England and in the place where the conduct occurred, with a residual

Le point de vue adopté dans l'arrêt *Machado c. Fontes* a été critiqué abondamment dans la jurisprudence et la doctrine; voir le commentaire cinquantant que le professeur Moffatt Hancock fait sur l'arrêt *McLean c. Pettigrew*, précité, à (1945), 23 *R. du B. can.* 348. En ce qui concerne notamment la jurisprudence canadienne, le vicomte Haldane a tôt fait d'exprimer certaines réserves à ce propos dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Parent*, [1917] A.C. 195, à la p. 205. Pour ma part, j'aurais cru que la question de savoir si une faute commise au Brésil par un Brésilien envers un autre Brésilien ouvrait droit à une action en dommages-intérêts devrait relever de la compétence du Brésil, et que le fait qu'un tribunal anglais décide après coup que cette faute ouvrait droit à une action, suivant la loi anglaise, constituerait une intrusion dans les affaires brésiliennes dont un tribunal anglais ne devrait pas se mêler selon les règles fondamentales de la courtoisie. Je pourrais comprendre ce point de vue si les parties étaient toutes deux des ressortissants anglais ou si elles étaient toutes deux domiciliées en Angleterre, la jurisprudence anglaise appuyant jusqu'à un certain point cette intervention dans ce cas; voir *Chaplin c. Boys*, [1969] 2 All E.R. 1085 (H.L.), lord Hodson, à la p. 1094, et lord Wilberforce, à la p. 1104; voir également lord Denning dans la même affaire en Cour d'appel, [1968] 1 All E.R. 283, aux pp. 289 et 290. J'ajoute, entre parenthèses, qu'on pourrait bien faire valoir (bien que cette possibilité ne ressorte pas des faits) qu'à la différence d'un accident de véhicule automobile, le délit de diffamation devrait être réputé avoir été commis à l'endroit où ses effets se font sentir. Cependant, le tribunal a simplement présumé que le Brésil était le lieu du délit.

En Angleterre, l'arrêt *Machado c. Fontes* a été finalement renversé par la Chambre des lords dans l'arrêt *Chaplin c. Boys*, précité. Dans cette affaire, le demandeur, passager d'une motocyclette, avait été blessé à cause de la négligence du défendeur dont la voiture avait heurté la motocyclette. Le demandeur et le défendeur étaient des soldats britanniques stationnés à Malte. En confirmant la recevabilité de l'action, leurs Seigneuries ont adopté le critère du double droit d'action, savoir que la loi substantielle anglaise s'appliquerait si la

discretion to depart from the rule where justice warranted. Here the conduct was actionable both in England and in Malta, and there was no ground for a discretion to be exercised. The majority thus determined that the rule in *Phillips v. Eyre* was a double actionability test. While the ratio of the case is difficult to define with precision (see *Red Sea Insurance Co. v. Bouygues*, [1994] J.C.J. No. 29 (P.C.)), the summary of the result set forth in the well known text of Dicey and Morris, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, vol. 2 (11th ed. 1987), at pp. 1365-66, has been generally accepted:

Rule 205. — (1) As a general rule, an act done in a foreign country is a tort and actionable as such in England, only if it is both

- (a) actionable as a tort according to English law, or in other words is an act which, if done in England, would be a tort; and
- (b) actionable according to the law of the foreign country where it was done.

(2) But a particular issue between the parties may be governed by the law of the country which, with respect to that issue, has the most significant relationship with the occurrence and the parties.

Nonetheless it was on the insecure foundation of *Phillips v. Eyre* as interpreted in *Machado v. Fontes* that the existing Canadian law was erected by this Court's 1945 decision in *McLean v. Pettigrew*. There, it will be remembered, a driver and his gratuitous passenger, both domiciled in Quebec, had a car accident in Ontario, and the passenger sued the driver in Quebec. Under Ontario law, the claim would not have been actionable. It would, however, have been actionable in Quebec had it occurred there. Applying the prevalent English law, the Court found that since the tort was actionable in Quebec, and the driver's conduct, though not actionable in Ontario, was prohibited under the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1937, c. 288, s. 47, of that province, it was not "justifiable"

conduite ouvrait droit à une action à la fois en Angleterre et au lieu où elle est survenue, sous réserve d'un pouvoir discrétionnaire résiduel de déroger à cette règle dans l'intérêt de la justice. En l'occurrence, la conduite ouvrait droit à une action tant en Angleterre qu'à Malte, et rien ne justifiait l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Les juges majoritaires ont donc décidé que la règle de l'arrêt *Phillips c. Eyre* était un critère de double droit d'action. Bien qu'il soit difficile d'établir avec précision le motif déterminant de cet arrêt (voir *Red Sea Insurance Co. c. Bouygues*, [1994] J.C.J. No. 29 (C.P.)), la synthèse qu'en font Dicey et Morris dans leur ouvrage bien connu *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, vol. 2 (11^e éd. 1987), aux pp. 1365 et 1366, est généralement acceptée:

[TRADUCTION] **Règle 205.** — (1) En règle générale, l'acte accompli dans un pays étranger constitue un délit et ouvre droit, à ce titre, à une action en Angleterre, seulement s'il peut à la fois:

- a) ouvrir droit à une action en responsabilité délictuelle conformément à la loi anglaise ou, en d'autres termes, s'il s'agit d'un acte qui, s'il était accompli en Angleterre, constituerait un délit; et
- b) ouvrir droit à une action conformément à la loi du pays étranger où il a été accompli.

(2) Toutefois, une question particulière entre les parties peut être régie par la loi du pays qui, à l'égard de cette question, a le lien le plus important avec l'événement et les parties.

C'est néanmoins sur le fondement incertain de l'arrêt *Phillips c. Eyre*, tel qu'interprété dans l'arrêt *Machado c. Fontes*, que notre Cour a, dans l'arrêt *McLean c. Pettigrew* de 1945, établi la règle canadienne existante. On se souviendra que, dans cette affaire, le conducteur et sa passagère à titre gratuit, tous deux domiciliés au Québec, avaient eu un accident de voiture en Ontario et que la passagère avait poursuivi le conducteur au Québec. Suivant la loi de l'Ontario, il n'y aurait pas eu droit à une action en justice. Toutefois, il y aurait eu droit à une action en justice au Québec si l'accident était survenu dans cette province. Appliquant la loi anglaise existante, la Cour a conclu que la conduite du conducteur n'était pas «justifiable» en Ontario étant donné que le délit ouvrait droit à une action

in Ontario. It, therefore, upheld the plaintiff's action under Quebec law.

The law as enunciated in *McLean v. Pettigrew* has remained the basic rule in Canada ever since. However, its fundamental weaknesses began to be revealed in a series of Ontario cases beginning in the 1980s. The first requiring discussion is *Going v. Reid Brothers Motor Sales Ltd.* (1982), 35 O.R. (2d) 201 (H.C.). There the plaintiffs were seriously injured in a collision with the defendant's vehicle in Quebec owing to the negligence of the defendant. All the parties resided in Ontario. In an action in Ontario, Henry J. held that the plaintiffs were entitled to recover damages in accordance with Ontario law despite the fact that the no-fault scheme in Quebec, where the accident took place, extinguished any action in respect of bodily injuries arising out of the accident. Had there been no breach of Quebec law of any kind the action would not have been maintainable in Ontario; see *Walpole v. Canadian Northern Railway Co.*, [1923] A.C. 113 (P.C.). However, in *Going*, the defendant had been in breach of the Quebec *Highway Traffic Code*, R.S.Q. 1977, c. C-24. Thus the action was not "justifiable" in Quebec so, following the rule in *McLean v. Pettigrew*, the plaintiffs could recover under Ontario law. Henry J. noted that the effect was that the defendants, who had no relationship with the plaintiffs apart from the accident, were deprived of the protection of the law accorded them in Quebec where the action occurred; moreover, he added, the rule encouraged forum shopping. Had either the British rule in *Chaplin v. Boys*, *supra*, or the American rule (which applied the proper law of the tort), been in effect, that would not have been the case. I note in passing that in this and the cases that followed, reference is made to rules in other countries, but in

au Québec et que cette conduite, bien que n'ouvrant pas droit à une action en Ontario, était interdite par la *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1937, ch. 288, art. 47, de cette province. La Cour a donc confirmé la recevabilité de l'action du demandeur sous le régime de la loi du Québec.

Le règle énoncée dans l'arrêt *McLean c. Pettigrew* est demeurée depuis lors le principe de base au Canada. Toutefois, ses faiblesses fondamentales ont commencé à ressortir dans une série de décisions ontariennes rendues à compter des années 1980. La première qu'il est nécessaire d'analyser est la décision *Going c. Reid Brothers Motor Sales Ltd.* (1982), 35 O.R. (2d) 201 (H.C.). Dans cette affaire, les demandeurs avaient été grièvement blessés lors d'une collision survenue au Québec avec le véhicule du défendeur, à cause de la négligence de ce dernier. Toutes les parties résidaient en Ontario. Dans une action intentée en Ontario, le juge Henry a conclu que les demandeurs avaient droit à des dommages-intérêts conformément à la loi de l'Ontario même si le régime d'assurance sans égard à la faute, en vigueur au Québec où s'était produit l'accident, avait éteint tout droit d'action à l'égard des lésions corporelles en résultant. S'il n'y avait eu aucune violation que ce soit de la loi du Québec, l'action aurait été irrecevable en Ontario; voir *Walpole c. Canadian Northern Railway Co.*, [1923] A.C. 113 (C.P.). Toutefois, dans l'affaire *Going*, le défendeur avait contrevenu au *Code de la route*, L.R.Q. 1977, ch. C-24, du Québec. L'acte n'était donc pas «justifiable» au Québec, de sorte que les demandeurs pouvaient donc, suivant la règle de l'arrêt *McLean c. Pettigrew*, se faire indemniser en vertu de la loi de l'Ontario. Le juge Henry a fait observer que cela faisait en sorte que les défendeurs, qui n'étaient liés aux demandeurs que par l'accident, étaient privés de la protection que leur accordait la loi du Québec où l'accident était survenu; de plus, a-t-il ajouté, la règle encourageait la recherche d'un tribunal favorable. Si la règle britannique de l'arrêt *Chaplin c. Boys*, précité, ou la règle américaine (consistant à appliquer la loi appropriée au délit) avait été en vigueur, tel n'aurait pas été le cas. Je souligne, en passant, que, dans cet arrêt comme dans ceux qui ont suivi, on s'est reporté aux règles

none of these cases was the rule approached on the basis of Canadian constitutional imperatives.

Ang v. Trach (1986), 57 O.R. (2d) 300 (H.C.), even more strongly underlines the deficiencies of the rule in *McLean v. Pettigrew*. There Ontario residents who were involved in a motor vehicle accident in Quebec with a Quebec resident were held entitled to sue the latter despite the fact that a Quebec resident must surely expect to be governed by Quebec law in such circumstances. As Henry J. observed, the rule, by applying the law of the forum as to liability and assessment, in essence constitutes an extraterritorial extension of the law of the forum. The situation in *Going* was at least supportable since the parties were all Ontario residents. In Henry J.'s view, the law of the place of the tort, or the proper law (i.e., the place having the most substantial connection with the tort) a concept which has been developed in the United States, would be more appropriate. He voiced the hope, since repeated in many cases including those before us, that the matter would be addressed by the appellate courts or by legislation.

Henry J.'s prayer was answered by the Ontario Court of Appeal, at least to the extent to which it could do so, in *Grimes v. Cloutier, supra*, and *Prefontaine Estate v. Frizzle* (1990), 71 O.R. (2d) 385. In effect what the court did in the latter two cases was to confine *McLean v. Pettigrew* to its particular facts. In other situations, it held, the rule of double actionability set forth in *Dacey and Morris* following *Chaplin v. Boys, supra*, should be followed. Accordingly, in *Grimes v. Cloutier*, it dismissed the action of an Ontario resident against a Quebec resident for personal injuries suffered in an automobile accident in Quebec. Since under the Quebec no-fault scheme no action existed in respect of the accident, no action could be brought in Ontario. The same rule was applied in *Prefontaine Estate v. Frizzle* where a Quebec resi-

d'autres pays, mais que, dans aucun de ces cas, on n'a abordé la règle en fonction des impératifs constitutionnels canadiens.

La décision *Ang c. Trach* (1986), 57 O.R. (2d) 300 (H.C.), fait ressortir encore davantage les lacunes de la règle de l'arrêt *McLean c. Pettigrew*. On y a jugé que des résidents ontariens, qui avaient eu un accident d'automobile au Québec avec un résident québécois, avaient le droit de poursuivre ce dernier même si un résident du Québec devait sûrement s'attendre à être régi par la loi du Québec en pareilles circonstances. Comme l'a fait observer le juge Henry, la règle consistant à appliquer à la loi du for en matière de responsabilité et d'évaluation des dommages-intérêts constitue essentiellement une extension extraterritoriale de cette loi. La situation était, tout au moins tolérable dans l'affaire *Going*, puisque toutes les parties résidaient en Ontario. De l'avis du juge Henry, il convenait davantage d'appliquer la loi du lieu du délit ou la loi appropriée (c.-à-d. celle du lieu qui avait le lien le plus important avec le délit) qui était un concept américain. Il a formulé l'espoir, réitéré depuis dans maintes affaires, y compris celles dont nous sommes saisis, que la question soit abordée par les tribunaux d'appel ou par le législateur.

La Cour d'appel de l'Ontario a exaucé la prière du juge Henry, tout au moins dans la mesure où elle pouvait le faire, dans les arrêts *Grimes c. Cloutier*, précité, et *Prefontaine Estate c. Frizzle* (1990), 71 O.R. (2d) 385. En fait, la cour a, dans ces deux affaires, confiné l'application de l'arrêt *McLean c. Pettigrew* à ses faits particuliers. Dans d'autres cas, a-t-elle statué, il convient de suivre la règle du double droit d'action énoncée par *Dacey et Morris* à la suite de l'arrêt *Chaplin c. Boys*, précité. En conséquence, la cour a, dans l'arrêt *Grimes c. Cloutier*, rejeté l'action qu'un résident ontarien avait intentée contre un résident québécois pour les blessures subies lors d'un accident d'automobile survenu au Québec. Étant donné que le régime québécois d'assurance sans égard à la faute excluait tout recours relatif à l'accident, aucune action ne pouvait être intentée en Ontario. La même règle a été appliquée dans l'arrêt *Prefontaine Estate c. Frizzle*, où un résident québécois

dent sued an Ontario resident in respect of an accident in Quebec.

It was against this background that the present cases arose. In *Tolofson*, we saw, the British Columbia Court of Appeal followed the rule in *McLean v. Pettigrew* strictly, holding that the British Columbia plaintiff could sue both the British Columbia defendant and the Saskatchewan defendant in British Columbia under the laws of that province for damages resulting from an automobile accident that occurred in Saskatchewan. Following the principles enunciated in its earlier decisions, the Ontario Court of Appeal in *Gagnon* held that the Ontario resident could sue the defendant who was also resident in Ontario, but further held that the latter could not cross-claim for contributory negligence against the Quebec defendant because that claim could not have been pursued in Quebec so the double actionability rule was not satisfied.

Under these circumstances it is incumbent on this Court to respond to the prayer originally appearing in the reasons of Henry J. in *Ang v. Trach* and repeatedly reiterated in subsequent cases.

Critique and Reformulation

What strikes me about the Anglo-Canadian choice of law rules as developed over the past century is that they appear to have been applied with insufficient reference to the underlying reality in which they operate and to general principles that should apply in responding to that reality. Often the rules are mechanistically applied. At other times, they seem to be based on the expectations of the parties, a somewhat fictional concept, or a sense of "fairness" about the specific case, a reaction that is not subjected to analysis, but which seems to be born of a disapproval of the rule adopted by a particular jurisdiction. The truth is that a system of law built on what a particular court considers to be the expectations of the parties or what it thinks is fair, without engaging in further probing about what it means by this, does not

avait poursuivi un résident ontarien relativement à un accident survenu au Québec.

C'est dans ce contexte que s'inscrivent les présentes affaires. Dans l'affaire *Tolofson*, nous l'avons vu, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué strictement la règle de l'arrêt *McLean c. Pettigrew* en concluant que le demandeur de la Colombie-Britannique pouvait poursuivre tant le défendeur de la Colombie-Britannique que celui de la Saskatchewan, en Colombie-Britannique sous le régime des lois de cette province pour le préjudice résultant d'un accident d'automobile survenu en Saskatchewan. Dans l'affaire *Gagnon*, la Cour d'appel de l'Ontario a suivi les principes énoncés dans ses décisions antérieures et conclu que le résident ontarien pouvait poursuivre le défendeur qui était lui aussi résident ontarien, mais que ce dernier ne pouvait faire une demande entre défendeurs pour négligence contributive contre le défendeur du Québec, puisque cette demande n'aurait pas pu être faite au Québec, de sorte que la règle du double droit d'action n'était pas respectée.

Dans ces circonstances, il incombe à notre Cour d'exaucer la prière qui figure pour la première fois dans les motifs rédigés par le juge Henry, dans l'arrêt *Ang c. Trach*, et qui a été répétée à maintes reprises dans la jurisprudence subséquente.

Critique et reformulation

Ce qui me frappe au sujet des règles anglo-canadiennes du choix de la loi applicable qui ont été établies au siècle dernier, c'est qu'elles semblent avoir été appliquées sans tenir compte suffisamment de la réalité sous-jacente qui les entourait et des principes généraux qui devraient s'appliquer en fonction de cette réalité. Souvent, les règles sont appliquées de façon mécaniste. Parfois, elles semblent fondées sur les attentes des parties, une notion quelque peu fictive, ou sur un sentiment d'«équité» au sujet du cas précis, une réaction qui ne fait pas l'objet d'une analyse mais qui semble émaner d'une désapprobation de la règle adoptée par un ressort particulier. En vérité, un système de droit fondé sur la conception qu'un tribunal particulier a des attentes des parties ou de l'équité, sans chercher davantage à découvrir ce qu'il entend par

bear the hallmarks of a rational system of law. Indeed in the present context it wholly obscures the nature of the problem. In dealing with legal issues having an impact in more than one legal jurisdiction, we are not really engaged in that kind of interest balancing. We are engaged in a structural problem. While that structural problem arises here in a federal setting, it is instructive to consider the matter first from an international perspective since it is, of course, on the international level that private international law emerged.

On the international plane, the relevant underlying reality is the territorial limits of law under the international legal order. The underlying postulate of public international law is that generally each state has jurisdiction to make and apply law within its territorial limit. Absent a breach of some overriding norm, other states as a matter of "comity" will ordinarily respect such actions and are hesitant to interfere with what another state chooses to do within those limits. Moreover, to accommodate the movement of people, wealth and skills across state lines, a byproduct of modern civilization, they will in great measure recognize the determination of legal issues in other states. And to promote the same values, they will open their national forums for the resolution of specific legal disputes arising in other jurisdictions consistent with the interests and internal values of the forum state. These are the realities that must be reflected and accommodated in private international law.

The earlier 19th century English cases, such as *Phillips v. Eyre*, were alive to the fact that these are the realities and forces to which courts should respond in the development of principles in this area. By the turn of the century, however, the English courts adopted a positivistic rule-oriented approach that has since seriously inhibited the development of rational principles in this area; see *Morguard, supra*, for an illustration of this in a different context. It is to the underlying reality of the

là, n'a pas les caractéristiques distinctives d'un système juridique rationnel. En fait, il masque complètement la nature du problème dans le présent contexte. Lorsque nous examinons des questions juridiques ayant une incidence dans plus d'un ressort, nous ne procédons pas vraiment à ce genre de pondération d'intérêts. Nous avons affaire à un problème structurel. Bien que ce problème structurel se pose ici dans un contexte fédéral, il est intéressant d'examiner en premier lieu, la question sous un angle international puisque c'est naturellement au niveau international qu'est apparu le droit international privé.

Sur le plan international, la réalité sous-jacente pertinente est la territorialité des lois selon l'ordre juridique international. Le droit international public repose sur le principe voulant qu'en général chaque État ait compétence pour adopter des lois et les appliquer à l'intérieur de son propre territoire. Hormis la violation d'une norme dominante, les autres États auront ordinairement la «courtoisie» de respecter ces actes et hésiteront à s'immiscer dans ce qu'un État choisit de faire à l'intérieur de son territoire. De plus, afin de faciliter la circulation des personnes, des richesses et des compétences d'un pays à l'autre, fruit de la civilisation moderne, ils reconnaîtront dans une large mesure la façon dont les autres États auront tranché des questions juridiques. Et dans le but de promouvoir les mêmes valeurs, ils ouvriront leurs tribunaux nationaux à la résolution de litiges juridiques particuliers ayant pris naissance dans d'autres ressorts, en conformité avec les intérêts et les valeurs internes de l'État où se trouve le tribunal saisi. Voilà les réalités qu'il faut refléter et dont il faut tenir compte en droit international privé.

Les arrêts anglais du début du XIX^e siècle, tel *Phillips c. Eyre*, étaient sensibles au fait que ce sont là les réalités et les forces auxquelles les tribunaux devraient réagir dans l'établissement de principes en la matière. Au tournant du siècle, toutefois, les tribunaux anglais ont adopté une attitude axée sur une règle positiviste qui a, depuis lors, gravement inhibé l'établissement de principes rationnels dans ce domaine; voir *Morguard*, précité, pour un exemple de cela dans un contexte dif-

international legal order, then, that we must turn if we are to structure a rational and workable system of private international law. Much the same approach applies within a federal system with the caveat that these internal rules have their own constitutional imperatives and other structural elements. For example, in Canada this Court has a superintending role over the interpretation of all laws, federal and provincial, and can thus ensure the harmony that can only be achieved on the international level in the exercise of comity.

All of this is simply an application to “choice of law” of the principles enunciated in relation to recognition and enforcement of judgments in *Morguard, supra*. There this Court had this to say, at p. 1095:

The common law regarding the recognition and enforcement of foreign judgments is firmly anchored in the principle of territoriality as interpreted and applied by the English courts in the 19th century; see *Rajah v. Faridkote, supra*. This principle reflects the fact, one of the basic tenets of international law, that sovereign states have exclusive jurisdiction in their own territory. As a concomitant to this, states are hesitant to exercise jurisdiction over matters that may take place in the territory of other states. Jurisdiction being territorial, it follows that a state’s law has no binding effect outside its jurisdiction.

Modern states, however, cannot live in splendid isolation and do give effect to judgments given in other countries in certain circumstances. . . . This, it was thought, was in conformity with the requirements of comity, the informing principle of private international law, which has been stated to be the deference and respect due by other states to the actions of a state legitimately taken within its territory.

As *Morguard* and *Hunt* also indicate, the courts in the various states will, in certain circumstances, exercise jurisdiction over matters that may have originated in other states. And that will be so as well where a particular transaction may not be limited to a single jurisdiction. Consequently, individuals need not in enforcing a legal right be tied to

fèrent. C’est donc vers la réalité sous-jacente de l’ordre juridique international qu’il nous faut nous tourner si nous voulons établir un régime rationnel et pratique de droit international privé. L’approche est sensiblement la même dans un régime fédéral, sauf que ces règles internes comportent leurs propres impératifs constitutionnels et d’autres éléments structurels. Au Canada, par exemple, notre Cour joue un rôle de surveillance en matière d’interprétation de l’ensemble des lois fédérales et provinciales, et est donc ainsi en mesure de garantir l’harmonie que seule la courtoisie permet d’atteindre au niveau international.

Tout ceci n’est qu’une application au «choix de la loi applicable» des principes énoncés relativement à la reconnaissance et à l’exécution des jugements dans l’arrêt *Morguard*, précité, où notre Cour affirme ceci, à la p. 1095:

La common law sur la reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers est profondément ancrée dans le principe de la territorialité tel que les tribunaux anglais l’interprétaient et l’appliquaient au XIX^e siècle; voir l’arrêt *Rajah of Faridkote*, précité. Ce principe traduit le fait, qui constitue l’un des préceptes fondamentaux du droit international, que les États souverains ont compétence exclusive sur leur propre territoire. Par conséquent, les États hésitent à exercer leur compétence sur des événements qui se sont produits sur le territoire d’un autre État. Puisque la compétence est territoriale, il s’ensuit que le droit d’un État n’a pas force exécutoire hors du territoire de celui-ci.

Les États modernes ne peuvent cependant pas vivre dans l’isolement le plus complet et ils appliquent effectivement les jugements rendus dans d’autres pays dans certaines circonstances. [. . .] Cela a été jugé conforme aux exigences de la courtoisie, qui constitue le principe de fond du droit international privé et qu’on a définie comme la déférence et le respect que des États doivent avoir pour les actes qu’un autre État a légitimement accomplis sur son territoire.

Comme l’indiquent également les arrêts *Morguard* et *Hunt*, précités, les tribunaux des divers États exerceront leur compétence, dans certaines circonstances, sur des affaires qui ont pu prendre naissance dans d’autres États. Et il en sera ainsi également lorsqu’une opération particulière ne pourra être limitée à un seul ressort. Par consé-

the courts of the jurisdiction where the right arose, but may choose one to meet their convenience. This fosters mobility and a world economy.

To prevent overreaching, however, courts have developed rules governing and restricting the exercise of jurisdiction over extraterritorial and transnational transactions. In Canada, a court may exercise jurisdiction only if it has a “real and substantial connection” (a term not yet fully defined) with the subject matter of the litigation; see *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Morguard*, *supra*; and *Hunt*, *supra*. This test has the effect of preventing a court from unduly entering into matters in which the jurisdiction in which it is located has little interest. In addition, through the doctrine of *forum non conveniens* a court may refuse to exercise jurisdiction where, under the rule elaborated in *Amchem*, *supra* (see esp. at pp. 921, 922, 923), there is a more convenient or appropriate forum elsewhere.

The major issue that arises in this case is this: once a court has properly taken jurisdiction (and this was conceded in both the cases in these appeals), what law should it apply? Obviously the court must follow its own rules of procedure; it could not function otherwise; see *Chaplin v. Boys*, *supra*. What is procedural is usually clear enough though at times this can raise difficult issues. In the *Tolofson* case, for example, the parties have raised the much debated question of whether a statute of limitation is of a procedural or substantive character. I shall deal with that issue later. I will here turn to the more common “choice of law” problem, and the principal issue in these appeals, namely, what is the substantive law that should be applied in considering the present cases?

From the general principle that a state has exclusive jurisdiction within its own territories and that

quent, il n'est pas nécessaire que les particuliers qui se prévalent d'une garantie juridique soient liés aux tribunaux du ressort où cette garantie a pris naissance, mais ils peuvent en choisir un à leur convenance. Cela favorise la mobilité et l'économie mondiale.

Pour éviter que l'on aille trop loin, les tribunaux ont cependant établi des règles régissant et restreignant l'exercice de compétence sur les opérations extraterritoriales et transnationales. Au Canada, un tribunal ne peut exercer sa compétence que s'il existe un «lien réel et substantiel» (expression non encore entièrement définie) entre lui et l'objet du litige; voir *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393, ainsi que *Morguard* et *Hunt*, précités. Ce critère a pour effet d'empêcher un tribunal de s'immiscer indûment dans des affaires dans lesquelles le ressort où il est situé a peu d'intérêt. De plus, grâce au principe du *forum non conveniens*, un tribunal peut refuser d'exercer sa compétence lorsque, selon la règle de l'arrêt *Amchem*, précité (voir, en particulier, aux pp. 921, 922 et 923), il existe ailleurs un tribunal plus convenable ou approprié.

La principale question qui se pose en l'espèce est la suivante: une fois que le tribunal s'est régulièrement attribué compétence (ce qui a été reconnu dans les deux affaires dont il est question en l'espèce), quelle loi devrait-il appliquer? Il est évident que le tribunal doit suivre ses propres règles de procédure, sans quoi il ne pourrait fonctionner; voir *Chaplin c. Boys*, précité. Ce qui est procédural est habituellement assez clair, quoique cela puisse parfois soulever des questions difficiles. Dans l'affaire *Tolofson*, par exemple, les parties ont soulevé la question fort controversée de savoir si une règle relative à la prescription est de nature procédurale ou substantielle. Je reviendrai plus loin sur ce point. Pour le moment, je vais examiner le problème plus commun du «choix de la loi applicable» et la principale question en litige, dans ces pourvois, qui est de savoir quelle loi substantielle devrait être appliquée dans l'examen des présentes affaires.

Si on part du principe général selon lequel un État a compétence exclusive à l'intérieur de son

other states must under principles of comity respect the exercise of its jurisdiction within its own territory, it seems axiomatic to me that, at least as a general rule, the law to be applied in torts is the law of the place where the activity occurred, i.e., the *lex loci delicti*. There are situations, of course, notably where an act occurs in one place but the consequences are directly felt elsewhere, when the issue of where the tort takes place itself raises thorny issues. In such a case, it may well be that the consequences would be held to constitute the wrong. Difficulties may also arise where the wrong directly arises out of some transnational or interprovincial activity. There territorial considerations may become muted; they may conflict and other considerations may play a determining role. But that is not this case. Though the parties may, before and after the wrong was suffered, have travelled from one province to another, the defining activity that constitutes the wrong took place wholly within the territorial limits of one province, in one case, Quebec, in the other Saskatchewan, and the resulting injury occurred there as well. That being so it seems to me, barring some recognized exception, to which possibility I will turn later, that as Willes J. pointed out in *Phillips v. Eyre, supra*, at p. 28, "civil liability arising out of a wrong derives its birth from the law of the place [where it occurred], and its character is determined by that law". In short, the wrong is governed by that law. It is in that law that we must seek its defining character; it is that law, too, that defines its legal consequences.

I have thus far framed the arguments favouring the *lex loci delicti* in theoretical terms. But the approach responds to a number of sound practical considerations. The rule has the advantage of certainty, ease of application and predictability. Moreover, it would seem to meet normal expectations. Ordinarily people expect their activities to be governed by the law of the place where they happen to be and expect that concomitant legal bene-

propre territoire et les autres États doivent, suivant les principes de la courtoisie, respecter l'exercice de sa compétence à l'intérieur de son territoire, il me semble évident qu'en général, à tout le moins, la loi qu'il faut appliquer en matière de responsabilité délictuelle est la loi du lieu où l'activité s'est déroulée, c'est-à-dire la *lex loci delicti*. Certes il existe des situations, notamment lorsqu'un acte est accompli à un endroit, mais que ses conséquences se font sentir directement ailleurs, où la question de savoir où le délit lui-même a été commis pose des problèmes épineux. En pareil cas, il se peut bien que l'on juge que les conséquences constituent la faute. Des difficultés peuvent également se présenter lorsque la faute découle directement d'une activité transnationale ou interprovinciale. Les considérations territoriales peuvent alors devenir atténuées; il se peut qu'elles entrent en conflit et que d'autres considérations jouent un rôle déterminant. Mais tel n'est pas le cas en l'espèce. Bien que les parties puissent, avant et après avoir subi le préjudice, s'être déplacées d'une province à une autre, l'activité déterminante qui constitue la faute a eu lieu entièrement dans les limites territoriales d'une province, dans un cas au Québec et dans l'autre en Saskatchewan, et c'est également là que le préjudice en résultant a été causé. Cela dit, il me semble, abstraction faite d'une certaine exception reconnue dont j'examinerai l'applicabilité plus loin, que, comme l'a souligné le juge Willes dans l'arrêt *Phillips c. Eyre*, précité, à la p. 28, [TRADUCTION] «la responsabilité civile résultant d'une faute a son origine dans la loi locale [celle du lieu où elle a été commise], qui en détermine la nature». Bref, c'est cette loi qui régit la faute. C'est dans cette loi qu'il nous faut en chercher la nature déterminante et c'est cette loi qui en définit les conséquences juridiques.

Jusqu'à maintenant, j'ai formulé de façon théorique les arguments en faveur de la *lex loci delicti*. Or cette façon de procéder répond à un certain nombre de considérations pratiques valables. La règle a l'avantage d'être certaine, facile à appliquer et prévisible. De plus, elle semblerait répondre à des attentes normales. Les gens s'attendent habituellement à ce que leurs activités soient régies par la loi du lieu où ils se trouvent et à ce que les avan-

fits and responsibilities will be defined accordingly. The government of that place is the only one with power to deal with these activities. The same expectation is ordinarily shared by other states and by people outside the place where an activity occurs. If other states routinely applied their laws to activities taking place elsewhere, confusion would be the result. In our modern world of easy travel and with the emergence of a global economic order, chaotic situations would often result if the principle of territorial jurisdiction were not, at least generally, respected. Stability of transactions and well grounded legal expectations must be respected. Many activities within one state necessarily have impact in another, but a multiplicity of competing exercises of state power in respect of such activities must be avoided.

Leaving aside the British practice, which itself is giving increasing deference to the *lex loci delicti*, the practice of most states until recently favoured exclusive reference to the *lex loci*. Thus the "mémorandum Dutoit" in *Actes et documents de la Onzième session* (at p. 20) of the Hague Convention on Traffic Accidents has this to say:

[TRANSLATION] And in fact, courts in nearly all the member States have ruled in favour of recourse in principle to the *lex loci actus* in cases of automobile collisions occurring abroad. . . .

This statement is supported by an extensive footnote quoting the sources of this law in all the member states. Quebec law, following European tradition, did the same; see art. 6, *Civil Code of Lower Canada*. This was the case, as well, in the United States. This is attested to in *Babcock v. Jackson* (1963), 12 N.Y.2d 473, where Fuld J. stated, at p. 477: "The traditional choice of law rule, embodied in the original Restatement of Conflict of Laws (§ 384), and until recently unquestioningly followed in this court . . . has been that the substantive rights and liabilities arising out of a tortious occurrence are determinable by the law of the place of the tort." Similarly Australia has bypassed British precedents by adopting the *lex*

tages et les responsabilités juridiques s'y rattachant soient définis en conséquence. Le gouvernement de ce lieu est le seul habilité à régir ces activités. Les autres États et les étrangers partagent normalement les mêmes attentes. Si d'autres États appliquaient systématiquement leurs lois à des activités qui se déroulent ailleurs, il y aurait confusion. Étant donné la facilité de voyager dans le monde moderne et l'émergence d'un ordre économique mondial, la situation deviendrait souvent chaotique si le principe de la compétence territoriale n'était pas respecté, du moins de façon générale. Il faut assurer la stabilité des opérations et respecter les attentes juridiques bien fondées. Bien des activités qui se déroulent à l'intérieur d'un État ont nécessairement une incidence dans un autre État, mais il faut éviter une multiplicité d'exercices concurrents du pouvoir étatique à leur égard.

Hormis la pratique britannique, qui manifeste elle-même une déférence de plus en plus grande envers la *lex loci delicti*, la pratique de la plupart des États favorisait jusqu'à récemment l'application exclusive de la *lex loci*. Ainsi, le mémorandum Dutoit, que l'on trouve dans les *Actes et documents de la Onzième session* (à la p. 20) de la Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, précise ceci:

Et de fait, la jurisprudence de la presque totalité des États membres s'est prononcée en faveur du recours de principe à la *lex loci actus* en cas de collision de voitures ayant eu lieu à l'étranger . . .

Cet énoncé est appuyé d'un long renvoi aux sources de cette règle dans tous les États membres. La loi québécoise, suivant la tradition européenne, a adopté la même règle; voir *Code civil du Bas Canada*, art. 6. La situation était la même aux États-Unis, comme l'atteste l'arrêt *Babcock c. Jackson* (1963), 12 N.Y.2d 473, où le juge Fuld affirme, à la p. 477: [TRADUCTION] «La règle traditionnelle du choix de la loi applicable, consacrée dans le premier Restatement of Conflict of Laws (§ 384) et jusqu'à récemment suivie inconditionnellement par notre cour [. . .] veut que les droits et les obligations de fond qui résultent d'un acte délictuel soient déterminables par la loi du lieu du délit.» De même, l'Australie a contourné les précé-

loci delicti as the rule governing the choice of law in litigation within Australia; see *Breavington v. Godleman* (1988), 80 A.L.R. 362 (H.C.).

There may be room for exceptions but they would need to be very carefully defined. It seems to me self evident, for example, that State A has no business in defining the legal rights and liabilities of citizens of State B in respect of acts in their own country, or for that matter the actions in State B of citizens of State C, and it would lead to unfair and unjust results if it did. The same considerations apply as between the Canadian provinces. What is really debatable is whether State A, or for that matter Province A, should be able to do so in respect of transactions in other states or provinces between its own citizens or residents.

It will be obvious from what I have just said that I do not accept the former British rule, adopted in *McLean v. Pettigrew*, that in adjudicating on wrongs committed in another country our courts should apply our own law, subject to the wrong being "unjustifiable" in the other country. As I see it, this involves a court's defining the nature and consequences of an act done in another country. This, barring some principled justification, seems to me to fly against the territoriality principle. As well, if this approach were generally adopted, it would, in practice, mean that the courts of different countries would follow different rules in respect of the same wrong, and invite forum shopping by litigants in search of the most beneficial place to litigate an issue. Applying the same approach to the units of a federal state like Canada would be even worse. Given the constant mobility between the provinces as well as similar legal regimes and other factors, forum shopping would be much easier.

dents britanniques en adoptant la *lex loci delicti* comme règle régissant le choix de la loi applicable dans les litiges à l'intérieur de ses limites territoriales; voir *Breavington c. Godleman* (1988), 80 A.L.R. 362 (H.C.).

Il peut y avoir place pour des exceptions, mais celles-ci devraient être définies très soigneusement. Il me semble aller de soi, par exemple, qu'il n'appartient pas à l'État A de définir les droits et obligations des citoyens de l'État B à l'égard d'actes accomplis dans leur propre pays, ni, quant à cela, les actions accomplies dans l'État B par des citoyens de l'État C, car il s'ensuivrait des résultats inéquitables et injustes si c'était le cas. Les mêmes considérations s'appliquent en ce qui concerne les provinces canadiennes. Ce qui est vraiment discutable c'est la question de savoir si l'État A, ou, quant à cela, la province A, devrait pouvoir le faire à l'égard des opérations intervenues entre ses propres citoyens ou résidents dans d'autres États ou provinces.

Il ressort à l'évidence de ce que je viens de dire que je n'accepte pas l'ancienne règle britannique, retenue dans l'arrêt *McLean c. Pettigrew*, suivant laquelle nos tribunaux devraient appliquer notre propre loi aux fautes commises dans un autre pays, à la condition que la faute en question soit «injustifiable» dans cet autre pays. Si je comprends bien, cela implique la définition par un tribunal de la nature et des conséquences d'un acte accompli dans un autre pays. En l'absence de quelque justification de principe, cela me semble aller à l'encontre du principe de la territorialité. De même, si cette solution était généralement adoptée, cela signifierait, en pratique, que les tribunaux de différents pays suivraient des règles différentes à l'égard de la même faute, et que les justiciables, en quête du lieu le plus avantageux pour faire trancher un litige, seraient incités à rechercher un tribunal favorable. La situation serait encore pire si l'on appliquait la même solution aux composantes d'un État fédéral comme le Canada. Étant donné la constante mobilité entre les provinces, la similarité des régimes juridiques ainsi que d'autres facteurs, la recherche d'un tribunal favorable en serait d'autant facilitée.

There were in the 19th century context in which the British approach was established a number of forces that militated in favour of the English rule. To begin with Great Britain was the metropolitan state for many colonies and dependencies spread throughout the globe over which it had sovereign legislative power and superintending judicial authority through the Privy Council. Because of its dominant position in the world, it must have seemed natural to extend the same approach to foreign countries, especially when this dominance probably led to the temptation, not always resisted, that British laws were superior to those of other lands (see *Chaplin v. Boys*, *supra*, at p. 1100). There was, as well, the very practical consideration that proof of laws of far-off countries would not have been easy in those days, and the convenience of using the law with which the judges were familiar must have proved irresistible. All the social considerations enumerated above are gone now, and the problem of proof of foreign law has now been considerably attenuated in light of advances in transportation and communication, as Lord Wilberforce acknowledged in *Chaplin v. Boys*. And as he further indicated (at p. 1100), one of the ways in which this latter problem can be minimized in practice is by application of the rule that, in the absence of proof of foreign law, the *lex fori* will apply. Thus the parties may either tacitly or by agreement choose to be governed by the *lex fori* if they find it advisable to do so.

In sum, I can find no compelling reason for following the law of the forum either as enunciated in *Chaplin v. Boys* or in *McLean v. Pettigrew*, *supra*. The latter case has, of course, the further disadvantage of applying the law of the forum when the action complained of was not even actionable under the law of the place of the wrong. As well, as will be seen, the application of that case in other contexts raises serious constitutional difficulties. I would overrule it.

Lorsque la solution britannique a été adoptée au XIX^e siècle, un certain nombre de facteurs militaient en faveur de la règle anglaise. Pour commencer, la Grande-Bretagne était la métropole de nombreuses colonies et dépendances disséminées un peu partout dans le monde, sur lesquelles elle exerçait un pouvoir législatif souverain et un pouvoir de surveillance judiciaire par l'entremise du Conseil privé. En raison de la position dominante qu'elle occupait dans le monde, il doit lui avoir semblé naturel d'étendre sa façon de voir à des pays étrangers, compte tenu surtout du fait que cette position dominante a probablement entraîné la tentation, à laquelle on n'a pas toujours résisté, de croire à la supériorité des lois britanniques (voir *Chaplin c. Boys*, précité, à la p. 1100). De plus, sur un plan très pratique, il n'aurait pas été facile, à l'époque, d'établir la preuve des lois de pays éloignés, de sorte que l'avantage de recourir à la loi avec laquelle les juges étaient familiers doit s'être révélé irrésistible. Toutes les considérations sociales énumérées ci-dessus sont maintenant disparues et le problème que constitue la preuve de la loi étrangère a été considérablement atténué par le progrès des transports et des communications, comme l'a reconnu lord Wilberforce dans l'arrêt *Chaplin c. Boys*. Il a de plus indiqué (à la p. 1100) que l'une des façons possibles d'atténuer ce dernier problème en pratique consiste à appliquer la règle voulant qu'en l'absence de preuve de la loi étrangère, la *lex fori* s'applique. Ainsi, les parties peuvent tacitement ou de concert choisir d'être régies par la *lex fori* si elles jugent souhaitable de le faire.

Somme toute, je ne puis voir aucune raison sérieuse de suivre la loi du for, telle qu'énoncée dans l'arrêt *Chaplin c. Boys* ou *McLean c. Pettigrew*, précités. Il va sans dire que ce dernier arrêt présentait au surplus le désavantage d'appliquer la loi du for même lorsque l'action reprochée n'aurait pas droit à une action en justice suivant la loi du lieu du délit. En outre, comme on le verra, l'application de cet arrêt dans d'autres contextes soulève de graves difficultés sur le plan constitutionnel. Je suis d'avis de le renverser.

What then can be said of the double actionability rule along the lines adopted in England in *Chaplin v. Boys*? I have already indicated, of course, that I view the *lex loci delicti* rule as the governing law. However, because a rigid rule on the international level could give rise to injustice, in certain circumstances, I am not averse to retaining a discretion in the court to apply our own law to deal with such circumstances. I can, however, imagine few cases where this would be necessary.

If one applies the *lex loci delicti* rule as the rule for defining the obligation and its consequences, the requirement under the English rule that the wrong must also be a tort when committed under English law seems to me to be related more to jurisdiction than choice of law. There appears to be some merit to the requirement, especially when coupled with a discretion not to enforce the requirement, but it may be wondered whether it is not excessive, particularly if this calls for a meticulous examination of the law. Some breathing room was allowed in *Chaplin v. Boys*, where the court there retained a discretion to deal with a case without complying with the double actionability rule and it is of interest that in the recent case of *Red Sea Insurance Co. v. Bouygues, supra*, the Privy Council used the discretion to deal with a contract under the law of the place where the contract was made rather than the law of the forum. However, given the fact that the jurisdiction of Canadian courts is confined to matters in respect of which there is a real and substantial connection with the forum jurisdiction, I seriously wonder whether the requirement that the wrong be actionable in that jurisdiction is really necessary. It may force or persuade litigants who are within the territorial jurisdiction of the court to sue elsewhere even though it may be more convenient for all or most of the parties to sue here. The fact that a wrong would not be actionable within the territorial jurisdiction of the forum if committed there might be a factor better weighed in considering the issue of *forum non conveniens* or, on the international plane, whether entertaining the action would violate the public policy of the forum jurisdiction. Certainly where the place of the wrong and the forum are both in

Qu'en est-il alors de la règle du double droit d'action selon la formule adoptée en Angleterre dans l'arrêt *Chaplin c. Boys*? J'ai déjà indiqué naturellement qu'à mon sens la loi applicable est la *lex loci delicti*. Cependant, étant donné qu'une règle stricte sur le plan international pourrait entraîner une injustice dans certaines circonstances, je ne suis pas opposé à ce que les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire d'appliquer nos propres lois en pareil cas. Je ne puis toutefois imaginer que peu de cas où cela serait nécessaire.

Si on applique la règle de la *lex loci delicti* pour définir l'obligation et ses conséquences, l'exigence de la règle anglaise que la faute constitue également un délit suivant la loi anglaise me semble liée davantage à la compétence qu'au choix de la loi applicable. Cette exigence semble avoir du mérite, particulièrement lorsqu'elle est conjuguée au pouvoir discrétionnaire de ne pas la faire respecter, mais on peut se demander si elle n'est pas excessive, surtout si cela exige un examen minutieux du droit. Une certaine marge de manœuvre a été laissée dans l'arrêt *Chaplin c. Boys*, où le tribunal a conservé le pouvoir discrétionnaire de connaître d'une affaire sans se conformer à la règle du double droit d'action, et il est intéressant de noter que, dans le récent arrêt *Red Sea Insurance Co. c. Bouygues*, précité, le Conseil privé a utilisé son pouvoir discrétionnaire de connaître d'un contrat en vertu de la loi du lieu où il avait été conclu plutôt qu'en vertu de celle du tribunal saisi. Cependant, étant donné que la compétence des tribunaux canadiens se limite aux questions à l'égard desquelles il existe un lien réel et substantiel avec le ressort du tribunal saisi, je me demande sérieusement s'il est vraiment nécessaire d'exiger que la faute ouvre droit à une action dans ce ressort. Cela peut contraindre ou persuader les justiciables qui se trouvent dans le ressort du tribunal d'intenter des poursuites ailleurs, même s'il peut être plus commode pour toutes les parties ou la plupart d'entre elles de les intenter ici. Le fait qu'une faute n'ouvrirait pas droit à une action dans le ressort du tribunal saisi, si elle y était commise, pourrait constituer un facteur susceptible d'être mieux soupesé en examinant la question du *forum non conveniens* ou, sur le plan international, celle de savoir si

Canada, I am convinced that the application of the *forum non conveniens* rule should be sufficient. I add that I see a limited role, if any, for considerations of public policy in actions that take place wholly within Canada. What I have to say about federal issues later strengthens my conviction that the appropriate rule is the *lex loci delicti*.

Should There Be an Exception Within Canada?

I turn then to consider whether there should be an exception to the *lex loci delicti* rule. As I mentioned earlier, the mere fact that another state (or province) has an interest in a wrong committed in a foreign state (or province) is not enough to warrant its exercising jurisdiction over that activity in the foreign state, for a wrong in one state will often have an impact in another. If we are to permit a court in a territorial jurisdiction to deal with a wrong committed in another jurisdiction solely in accordance with the law of that court's jurisdiction, then some rule must be devised to displace the *lex loci delicti*, and that rule must be capable of escaping the spectre that a multiplicity of jurisdictions may become capable of exercising jurisdiction over the same activity in accordance with their own laws. This would not only encourage forum shopping but have the underlying effect of inhibiting mobility.

A means of achieving this has been attempted in the United States through an approach often referred to as the proper law of the tort. This involves qualitatively weighing the relevant contacts with the competing jurisdictions to determine which has the most significant connections with the wrong. The approach was adopted by the majority in a strongly divided Court of Appeals of New York in *Babcock v. Jackson*, *supra*, a case whose facts were very similar to *McLean v. Pettigrew*, *supra*. The plaintiff, while a gratuitous passenger in the defendant's automobile, suffered

l'instruction de l'action serait contraire à l'ordre public dans le ressort du tribunal saisi. Chose certaine, lorsque le lieu de la faute et le tribunal saisi sont tous deux au Canada, je suis convaincu qu'il suffirait d'appliquer la règle du *forum non conveniens*. J'ajoute qu'à mon avis les considérations d'ordre public ne devraient jouer qu'un rôle limité, s'il en est, dans les actions qui se déroulent entièrement au Canada. Les propos que je tiens, plus loin, sur des questions fédérales renforcent ma conviction que la règle appropriée est celle de la *lex loci delicti*.

Devrait-il y avoir une exception au Canada?

Je vais maintenant examiner s'il devrait y avoir exception à la règle de la *lex loci delicti*. Comme je l'ai dit précédemment, le simple fait qu'un autre État (ou une autre province) ait un intérêt dans la faute commise dans un État étranger (ou une province étrangère) n'est pas suffisant pour le justifier à exercer sa compétence sur cette activité dans cet État étranger, car il arrive souvent qu'une faute commise dans un État ait une incidence dans un autre État. Si nous devons permettre à un tribunal d'un ressort donné de connaître d'une faute commise dans un autre ressort uniquement suivant la loi du ressort où se trouve ce tribunal, il faut alors concevoir une règle quelconque qui remplacerait celle de la *lex loci delicti* et qui pourrait éliminer le spectre de la multiplicité des ressorts pouvant devenir habiles à exercer leur compétence sur une même activité conformément à leurs propres lois. Cela aurait pour effet non seulement d'encourager la recherche d'un tribunal favorable, mais encore, de façon sous-jacente, d'entraver la mobilité.

On a tenté d'y parvenir aux États-Unis en recourant à la méthode souvent décrite comme celle de la loi appropriée au délit. Il s'agit d'apprécier qualitativement les points de contact pertinents entre les ressorts concurrents afin de déterminer celui dont les facteurs de rattachement à la faute sont les plus importants. Cette méthode a été adoptée par les juges majoritaires dans l'arrêt fortement partagé de la Court of Appeals de New York, *Babcock c. Jackson*, précité, dont les faits étaient très similaires à ceux de l'affaire *McLean c. Pettigrew*, précitée. La demanderesse, passagère à titre gratuit

injuries when the automobile was in an accident. Both plaintiff and defendant were residents of New York, but the accident occurred in Ontario where a statute absolved the owner and driver from liability for gratuitous passengers. In an action in New York, the defendant moved for dismissal on the ground that the law of Ontario applied. A majority denied the motion to dismiss. The court stated that while the jurisdiction where the wrongful conduct occurred will usually govern, justice, fairness and best practical results may better be achieved in tort cases with multi-state contacts by according controlling effect to the law of the jurisdiction which, because of its relationship and contact with the occurrence and the parties, has the greatest concern with the issue raised in the litigation. There has been a tendency to adopt that approach in a number of the American states, although it would appear the vast majority still apply the law of the place of the injury; see *Richards v. United States*, 369 U.S. 1 (1962), at pp. 11-14.

I leave aside for the moment the assumptions that a flexible rule better meets the demands of justice, fairness and practical results and underline what seems to be the most obvious defect of this approach — its extreme uncertainty. Lord Wilberforce in *Chaplin v. Boys*, *supra*, at p. 1103, after setting forth the complexities and uncertainties of the rule thus summarized his view:

The criticism is easy to make that, more even than the doctrine of the proper law of the contract . . . where the search is often one of great perplexity, the task of tracing the relevant contacts, and of weighing them, qualitatively, against each other, complicates the task of the courts and leads to uncertainty and dissent (see particularly the powerful dissents in *Griffith's* case of Bell, Ch.J., and in *Miller's* case of Breitell, J.).

I agree with Lord Pearson too, at p. 1116, that the proposed rule is "lacking in certainty and likely to

dans l'automobile du défendeur, avait subi des blessures lors d'un accident. La demanderesse et le défendeur étaient tous deux des résidents de l'État de New York, mais l'accident était survenu en Ontario où une loi exonérait le propriétaire et le conducteur de toute responsabilité envers les passagers à titre gratuit. Dans une action intentée dans l'État de New York, le défendeur a demandé le rejet pour le motif que la loi applicable était celle de l'Ontario. La cour à la majorité a rejeté cette requête. Elle a affirmé que, même si la loi qui s'applique est habituellement celle du ressort où la conduite dommageable a été adoptée, il était peut-être plus facile, dans les affaires de responsabilité délictuelle mettant en contact plusieurs États, d'assurer la justice et l'équité et de parvenir à de meilleurs résultats sur le plan pratique en accordant préséance à la loi du ressort qui, du fait de son lien et de ses rattachements avec l'événement et les parties, est le plus intéressé dans la question soulevée par le litige. On a eu tendance à adopter ce point de vue dans un certain nombre d'États américains, même s'il semblerait que la grande majorité continue d'appliquer la loi du lieu du préjudice; voir *Richards c. United States*, 369 U.S. 1 (1962), aux pp. 11 à 14.

Laissant de côté pour le moment les hypothèses voulant qu'une règle souple réponde mieux aux exigences de la justice et de l'équité tout en étant plus susceptible de conduire à des résultats pratiques, je souligne ce qui me semble la faiblesse la plus évidente de cette solution — son incertitude extrême. Après avoir fait état de la complexité et de l'incertitude de cette règle dans l'arrêt *Chaplin c. Boys*, précité, lord Wilberforce résume ainsi son opinion, à la p. 1103:

[TRADUCTION] Il est facile de critiquer en disant que, plus encore que le principe de la loi appropriée au contrat . . . où la recherche débouche souvent sur la plus grande perplexité, la tâche de retracer les points de contact pertinents et de les apprécier qualitativement les uns par rapport aux autres complique le travail des tribunaux et conduit à l'incertitude et à la dissidence (voir notamment les fortes dissidences du juge en chef Bell dans l'arrêt *Griffith* et du juge Breitell dans l'arrêt *Miller*).

Je partage également l'avis de lord Pearson selon lequel la règle proposée [TRADUCTION] «manque de

create or prolong litigation". As illustrating the uncertainty, he referred to *Dym v. Gordon*, 209 N.E.2d 792 (N.Y.C.A. 1965), in which four members of the court held that the law of Colorado applied while the three dissenters would have applied the law of New York. Even more difficult problems would arise where more than two states had interests in the litigation. I therefore agree with the views expressed by the majority in *Chaplin v. Boys*.

There might, I suppose, be room for an exception where the parties are nationals or residents of the forum. Objections to an absolute rule of *lex loci delicti* generally arise in such situations; see *Babcock, supra*; *McLean v. Pettigrew, supra*. There are several reasons why it is considered appropriate that the home state of the parties apply its own law to them. It is perceived by some commentators to be "within the reasonable expectations of the parties" to apply their home law to them (an assumption with which I disagree). It is considered to be more convenient for both litigants and judges and to accord with forum notions of "public policy" or justice. In *Neumeier v. Kuehner*, 286 N.E.2d 454 (N.Y.C.A. 1972), the underlying rationale of the "justice" theory was succinctly put by Fuld C.J., at p. 456: "It is clear that . . . New York has a deep interest in protecting its own residents, injured in a foreign state, against unfair or anachronistic statutes of that state." I shall consider the issue of "public policy" first.

The imputed injustice of applying the *lex loci delicti* in the seminal choice of law cases to which I have just referred arose from some aspect of the law of the *locus delicti* that the court considered contrary to the public policy of the forum, i.e., unfair. In *McLean, supra*, and *Babcock, supra*, it was Ontario's notorious gratuitous passenger law. In *Chaplin, supra*, it was the unavailability of general damages under Maltese law. In *LaVan v.*

certitude et est susceptible d'engendrer ou de prolonger des litiges» (p. 1116). Pour illustrer le caractère incertain de la règle, il mentionne l'arrêt *Dym c. Gordon*, 209 N.E.2d 792 (C.A.N.Y. 1965), dans lequel quatre juges de la cour ont conclu à l'application de la loi du Colorado alors que les trois juges dissidents auraient appliqué la loi de l'État de New York. Des problèmes encore plus difficiles se présenteraient si plus de deux États avaient des intérêts dans le litige. Je souscris donc aux opinions exprimées par les juges formant la majorité dans l'arrêt *Chaplin c. Boys*.

Il pourrait, je suppose, y avoir une exception lorsque les parties sont des ressortissants ou des résidents du lieu du tribunal saisi. C'est généralement dans ces cas que l'on s'oppose à une règle absolue de la *lex loci delicti*; voir *Babcock* et *McLean c. Pettigrew*, précités. Il y a plusieurs raisons de considérer qu'il convient que l'État d'origine des parties leur applique sa propre loi. Selon certains commentateurs, il est [TRADUCTION] «conforme aux attentes raisonnables des parties» de leur appliquer la loi de leur ressort d'origine (ce avec quoi je suis en désaccord). Cette solution est considérée comme étant plus commode à la fois pour les justiciables et les juges, et comme étant conforme aux notions d'«ordre public» ou de justice du ressort du tribunal saisi. Dans l'arrêt *Neumeier c. Kuehner*, 286 N.E.2d 454 (C.A.N.Y. 1972), le juge en chef Fuld expose succinctement, à la p. 456, la raison d'être du principe de la «justice»: [TRADUCTION] «Il est clair que [. . .] New York a grandement intérêt à protéger ses propres résidents, qui ont subi un préjudice dans un État étranger, contre les lois inéquitables ou anachroniques de cet État.» Je vais commencer par examiner la question de l'«ordre public».

Dans les arrêts de principe en matière de choix de la loi applicable que je viens de mentionner, l'injustice à laquelle donnerait lieu implicitement l'application de la *lex loci delicti* tient à un certain aspect de cette loi que la cour a jugé contraire à l'ordre public du lieu du tribunal saisi, c'est-à-dire inéquitable. Dans les arrêts *McLean* et *Babcock*, précités, c'était la célèbre loi sur les passagers à titre gratuit. Dans l'arrêt *Chaplin*, précité, c'était

Danyluk (1970), 75 W.W.R. 500 (B.C.S.C.), it was the absence of a contributory negligence statute under Washington law. In *Tolofson*, as between father and son (residents of British Columbia), it is Saskatchewan's guest passenger law and the short limitation period for infants under Saskatchewan law.

I remain unconvinced by these arguments. These "public policy" arguments simply mean that the court does not approve of the law that the legislature having power to enact it within its territory has chosen to adopt. These laws are usually enacted on the basis of what are often perceived by those who make them as reasonable, though they may turn out to be unwise. The residents of the jurisdiction must put up with them until they are modified, and one does not ordinarily ignore the law of the land in favour of those who visit. True, it may be unfortunate for a plaintiff that he or she was the victim of a tort in one jurisdiction rather than another and so be unable to claim as much compensation as if it had occurred in another jurisdiction. But such differences are a concomitant of the territoriality principle. While, no doubt, as was observed in *Morguard*, the underlying principles of private international law are order and fairness, order comes first. Order is a precondition to justice. At all events, similar anomalies occur if we create an exception for domiciliaries. Thus why should we allow an exception for the *lex fori* to a driver and passenger who lose control of their car and go off the road into a ditch, but not for a similar driver and passenger who crash into a negligently planted telephone pole or a negligently erected road sign? Why should we allow an exception at all where two residents of the forum fortuitously happen to meet each other head-on on the road? Should luck be on your side because you happen to crash into another Ontario resident while driving in Quebec, instead of crashing into a Quebecer?

l'impossibilité de recouvrer des dommages-intérêts généraux en vertu de la loi maltaise. Dans l'arrêt *LaVan c. Danyluk* (1970), 75 W.W.R. 500 (C.S.C.-B.), c'était l'absence de dispositions sur la négligence contributive dans les lois de l'État de Washington. Dans l'affaire *Tolofson*, en ce qui concerne le père et son fils (résidents de la Colombie-Britannique), ce sont la loi de la Saskatchewan sur les passagers à titre gratuit et le court délai de prescription que cette loi prévoit pour les mineurs.

Ces arguments d'«ordre public» n'ont pas réussi à me convaincre. Ils signifient seulement que le tribunal n'approuve pas la loi que la législature, habilitée à l'adopter sur son territoire, a choisi d'adopter. De façon générale, ces lois sont habituellement adoptées en fonction de ce que ceux qui les adoptent considèrent raisonnable, même si elles peuvent se révéler peu judicieuses. Les résidents du ressort doivent s'en accommoder jusqu'à ce qu'elles soient modifiées et l'on n'ignore pas ordinairement la loi interne en faveur des visiteurs. Certes, il peut se révéler malheureux qu'un demandeur, qui a été victime d'un délit dans un ressort plutôt que dans un autre, soit de ce fait incapable de réclamer une indemnité aussi élevée que si le délit avait été commis ailleurs. Mais ces différences découlent du principe de la territorialité. S'il ne fait aucun doute, ainsi qu'il a été souligné dans l'arrêt *Morguard*, que l'ordre et l'équité sont les principes fondamentaux du droit international privé, l'ordre vient en premier. L'ordre est une condition préalable de la justice. En tout état de cause, des anomalies semblables se produiraient si on créait une exception en faveur des résidents. Aussi, pourquoi devrait-on permettre une exception en faveur de la *lex fori* dans le cas d'un conducteur et de son passager qui ont perdu le contrôle de leur voiture et se sont retrouvés dans un fossé, et non dans le cas similaire d'un conducteur et de son passager qui ont heurté un poteau de téléphone ou une affiche routière installés de façon négligente? Pourquoi devrait-on permettre une exception dans le cas où deux résidents du for ont une collision frontale fortuite sur une route? La chance devrait-elle favoriser celui qui entre en collision, au Québec, avec un autre résident ontarien plutôt qu'avec un Québécois?

I should add that the “public policy” problems, particularly between the provinces, tend to disappear over time. Even since the launching of the *Tolofson* case, Saskatchewan has repealed its guest passenger statute and has changed the rule regarding the limitation period of minors. The biggest difference between provinces now is in insurance schemes, and this only creates problems of quantum, not of liability.

There are as well more general arguments of convenience for allowing an exception to the *lex loci delicti* rule. These are summarized in Professor Catherine Walsh’s article ““A Stranger in the Promised Land?”: The Non-Resident Accident Victim and the Quebec No-Fault Plan” (1988), 37 *U.N.B.L.J.* 173, at p. 182. She states:

In this situation [where the defendant is resident in another jurisdiction whose domestic law allows full tort recovery], it is argued, application of forum law neither prejudices the defendant nor impinges on the interests of the jurisdiction where the accident occurred. The litigation, after all, will take place outside Québec and the plaintiff’s losses will be paid by the defendant’s liability insurer, not the defendant personally. Indeed, from *la Régie*’s perspective, it is likely preferable that non-residents should settle their rights and obligations *inter se* in their home courts.

These considerations are not without weight, but others are advanced that are more doubtful. When all parties are from the forum, so the argument goes, there are many factors, not the least of which are the involvement of the health care system of their home province and the defendant’s forum insurer, which are considered justifications for allowing the plaintiffs and defendants to settle their affairs according to the *lex fori*. I observe, however, that such considerations would “come out in the wash”. A province would probably gain in as many cases as it would lose in others; in any event, the national health plan tends to even this out.

J’ajouterais que les problèmes d’«ordre public», particulièrement entre les provinces, tendent à disparaître avec le temps. Depuis l’engagement des poursuites dans l’affaire *Tolofson*, la Saskatchewan a abrogé sa loi sur les passagers à titre gratuit et modifié la règle sur le délai de prescription applicable aux mineurs. À l’heure actuelle, la plus grande différence entre les provinces réside dans les régimes d’assurance, ce qui soulève uniquement des problèmes de montant de dommages-intérêts à accorder et non des problèmes de responsabilité.

Des arguments plus généraux de commodité sont également invoqués pour permettre une exception à la règle de la *lex loci delicti*. On en trouve un résumé dans l’article du professeur Catherine Walsh, intitulé ««A Stranger in the Promised Land?»: The Non-Resident Accident Victim and the Quebec No-Fault Plan» (1988), 37 *U.N.B.L.J.* 173, où elle écrit, à la p. 182:

[TRADUCTION] Dans ce cas [où le défendeur réside dans un autre ressort où la loi interne permet la pleine indemnisation en matière délictuelle], fait-on valoir, l’application de la loi du for ne porte ni préjudice au défendeur ni atteinte aux intérêts du ressort où l’accident est survenu. Somme toute, le litige se déroulera à l’extérieur du Québec et les pertes du demandeur seront assumées par l’assureur du défendeur, et non par le défendeur personnellement. En fait, du point de vue de la Régie, il est probablement préférable que les non-résidents règlent leurs droits et leurs obligations entre eux, devant les tribunaux de leur ressort d’origine.

Ces considérations ont certes leur importance, mais d’autres sont plus douteuses. Lorsque toutes les parties proviennent du ressort du tribunal saisi, soutient-on, de nombreux facteurs, dont le système de soins de santé de leur province d’origine et l’assureur du défendeur dans son ressort ne sont pas les moindres, sont considérés comme justifiant de permettre aux demandeurs et aux défendeurs de régler leurs affaires selon la *lex fori*. Je ferai remarquer, toutefois, que ces considérations ne tiendraient pas. Une province serait probablement gagnante aussi souvent qu’elle serait perdante; en tout état de cause, le régime national de santé tend à égaliser la situation.

Those who favour an exception refer to the fact that in the international context, the Hague Convention on Traffic Accidents allows for an exception where all parties involved in the accident are from the forum. Consequently, though Canada is not a signatory to that Convention, it becomes useful to examine the underlying reasons for the adoption of the exception.

On an examination of the *travaux préparatoires*, the reasons for the adoption of the rule seem similar to those expressed in Professor Walsh's article (see the memorandum Dutoit, *supra*). There were other reasons as well. One relates to guarding sovereignty: it is considered appropriate that in an accident involving only residents of a single country, that country should apply its law to the resolution of disputes without regard to the place where the tort took place. Whatever relevance that may have in the international sphere, I fail to see its application within a single country.

Another reason, more germane here, had to do with judicial convenience. There appears to have been a desire that the Convention should, if possible, limit the number of occasions when judges of the forum would have to apply foreign law; difficulties of proof, the expense and inconvenience involved, and the possibility that the judge might misinterpret the foreign law were all concerns. With the general rule of *lex loci delicti*, in cases involving parties from two or more jurisdictions, chances are that the lawsuit will take place in the country in which the tort took place. But when all parties are from another state, the likelihood is that the lawsuit will take place in their home jurisdiction. There is some merit to allowing judges in this situation to apply their own law. This factor is, however, of less concern in matters arising within Canada. The laws of our common law provinces, at least, are not that different from each other that their application would give our judges and lawyers significant difficulty. Lord Wilberforce in *Chaplin v. Boys* (at p. 1100) conceded the same on the international plane and set forth means, already referred to, of accommodating the problems that

Ceux qui préconisent une exception invoquent le fait que, sur le plan international, la Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière permet une exception lorsque toutes les parties en cause dans un accident sont du ressort du tribunal saisi. En conséquence, bien que le Canada ne soit pas signataire de cette Convention, il devient utile d'examiner les motifs sous-jacents à l'adoption de cette exception.

À l'examen des travaux préparatoires, les motifs de l'adoption de la règle semblent analogues à ceux qu'a exposés le professeur Walsh dans son article (voir le mémorandum Dutoit, *loc. cit.*). On retrouve également d'autres motifs. L'un d'eux se rattache à la protection de la souveraineté: on estime que, dans un accident impliquant des résidents d'un seul pays, il convient que ce pays applique sa loi à la résolution des différends, sans égard au lieu de survenance du délit. Quelle que soit la pertinence de ce point de vue sur le plan international, je ne vois pas en quoi il s'applique dans un seul pays.

Un autre motif, plus pertinent en l'espèce, avait trait à la commodité judiciaire. On semble avoir souhaité que la Convention limite, si possible, les occasions que les juges du for auraient d'appliquer une loi étrangère; parmi les sujets de préoccupation, il y avait les problèmes de preuve, les frais, les inconvénients, ainsi que la possibilité d'une mauvaise interprétation de la loi étrangère par le juge. Suivant la règle générale de la *lex loci delicti*, tout indique que, dans les cas mettant en cause des parties de deux ressorts ou plus, les poursuites seront intentées dans le pays où le délit a été commis. Mais lorsque toutes les parties sont d'un autre État, il est probable que les poursuites seront intentées dans leur ressort d'origine. Il est justifié jusqu'à un certain point de permettre aux juges d'appliquer leur propre loi en pareil cas. Ce facteur présente toutefois un intérêt moindre dans les affaires qui prennent naissance au Canada. Les lois de nos provinces de common law, du moins, ne sont pas à ce point différentes les unes des autres que leur application causeraient des difficultés importantes aux juges et aux avocats. Lord Wilberforce en a convenu de même sur le plan internatio-

might be posed, means that could be equally useful here. What is more, in Canada, case law from other provinces is readily available (and now available online), and lawyers called to the bar in several provinces are to be found in every major city in this country.

Another point in favour of a strict rule is that it may be difficult to determine the ambit of claims at the outset. The problems this raises could be exacerbated by the fact that having an exception could encourage frivolous cross-claims and joinders of third parties. If it is known that the *lex fori* will apply, when residents of the forum are the only parties involved in an accident, but that the *lex loci delicti* will apply the moment any non-forum natural or legal person is joined to the action, are we not encouraging those who wish to be governed by the latter rule to dig up third parties from the *locus delicti*? Will there be attempts to join, say, the company that erected the road sign they crashed into, or again, a pedestrian who may have momentarily distracted them from their driving? More difficult still, will the defendant join another driver who was "involved" in the accident (like Mr. Lavoie), even though there is a high likelihood that the original defendant (as it is argued is the case with Mr. Gagnon) will be found 100% liable.

One of the main goals of any conflicts rule is to create certainty in the law. Any exception adds an element of uncertainty, and leaves the door open to a resourceful lawyer to attempt to change the application of the law. It is idealistic to say that, if there were no truth to the allegations of negligence against a defendant or a third party, such party would be able to have the case against it dismissed by way of summary judgment. The claim may be framed in such a way that there is some doubt as to liability, and that may indeed be the case. Motions judges are reluctant to grant summary judgments in any but the clearest cases. Most matters would have to proceed to trial on the basis that the *lex*

nal, dans l'arrêt *Chaplin c. Boys* (à la p. 1100), et il a énoncé des moyens, déjà mentionnés, de résoudre les problèmes susceptibles de se poser, lesquels moyens pourraient être également utiles en l'es-
 a pèce. Qui plus est, au Canada, on peut avoir facilement accès (et maintenant par ordinateur) à la jurisprudence des autres provinces et toutes les grandes villes du pays comptent des avocats inscrits au barreau de plusieurs provinces.
 b

Il existe un autre point en faveur de l'adoption d'une règle stricte, savoir qu'il peut être difficile, au départ, de déterminer l'étendue d'une réclamation. Ce problème pourrait être exacerbé du fait qu'une exception pourrait encourager les demandes entre défendeurs et la jonction frivoles de tierces parties. Si on sait que la *lex fori* s'appliquera lorsque les seules parties en cause dans un accident résident dans le ressort du tribunal saisi, mais que ce sera la *lex loci delicti* qui s'appliquera dès qu'une personne physique ou morale étrangère sera jointe à l'action, n'encourage-t-on pas ceux qui souhaitent être régis par cette dernière règle à dénicher des tierces parties dans le *locus delicti*? N'y aura-t-il pas tentative de joindre, par exemple, la compagnie qui a érigé l'enseigne routière avec laquelle il y a eu collision ou encore le piéton qui a pu momentanément causer une distraction? Plus difficile encore, le défendeur joindra-t-il un autre conducteur «impliqué» dans l'accident (comme M. Lavoie), même si tout indique que le défendeur initial (comme c'est, prétend-on, le cas de M. Gagnon) sera reconnu responsable à part entière?
 c
 d
 e
 f
 g

L'un des principaux objectifs de toute règle de droit international privé est de créer la certitude dans la loi. Toute exception ajoute un élément d'incertitude et donne à l'avocat ingénieux la possibilité de tenter de changer l'application de la loi. Il est idéaliste de dire que, si les allégations de négligence contre un défendeur ou une tierce partie s'avèrent fausses, cette partie sera en mesure de faire rejeter sommairement la preuve qui pèse contre elle. La demande peut être formulée de manière à soulever certains doutes quant à la responsabilité, ce qui peut être effectivement le cas. Les juges des requêtes hésitent à accorder des jugements sommaires sauf dans les cas les plus évidents. Dans la

loci delicti applied. If, at the end of the day, only parties from the forum were found liable, would the applicable law “jump” to that of the forum?

Problems of this kind extend well beyond the courtroom. Clear application of law promotes settlement. If one has to wait for litigation to see if complications of the kind I have just described arise, then settlement will be inhibited. There is need for the law to be clear. Indeed, if not strictly narrowed to situations that involve some timely and close relationship between the parties, an exception could lead to injustice. It is one thing for a passenger to sue his or her driver on a trip from one jurisdiction to another. It may be another thing to permit suit in a case where the parties have been away from their own jurisdiction for several years because the likelihood is that the owner of a vehicle would then insure it on the basis of the local situation. A discretion along the lines proposed by Lord Wilberforce in *Chaplin v. Boys*, *supra*, could, I suppose, be used, but this scarcely contributes to certainty in the law.

On the whole, I think there is little to gain and much to lose in creating an exception to the *lex loci delicti* in relation to domestic litigation. This is not to say that an exception to the *lex loci delicti* such as contained in the Hague Convention is indefensible on the international plane, particularly since it is enshrined in a convention that ensures reciprocity. A similar reciprocal scheme might well be arranged between the provinces. As I have noted, however, a rule along the lines of the Hague Convention is not without its problems and does not appear to afford this country most of the advantages that Europeans may gain from it. I note that Quebec has adopted a rule along the same lines in its new *Civil Code*, but the appropriateness of a judicially created rule seems questionable, especially given the additional matters that require

plupart des cas, l'affaire devrait être instruite en tenant pour acquis que c'est la *lex loci delicti* qui s'applique. Si, tout compte fait, seules les parties qui résident dans le ressort du tribunal saisi étaient tenues responsables, la loi applicable deviendrait-elle alors celle du for?

Les problèmes de cette nature dépassent largement le cadre de la salle d'audience. L'application claire de la loi favorise les règlements. S'il faut attendre le procès pour voir si des complications du genre que je viens d'évoquer surviendront, les chances d'un règlement s'amenuiseront. Il faut que la loi soit claire. En fait, si elle n'est pas strictement limitée aux situations où il est question de rapports étroits et opportuns entre les parties, une exception pourrait entraîner une injustice. C'est une chose pour un passager que de poursuivre la personne qui l'a conduit d'un ressort à un autre. Ce peut en être une autre que de permettre des poursuites dans un cas où les parties sont à l'extérieur de leur propre ressort depuis plusieurs années, car il est probable que le propriétaire d'un véhicule l'aurait alors assuré en fonction des conditions locales. Je suppose qu'on pourrait recourir à un pouvoir discrétionnaire comme celui proposé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Chaplin c. Boys*, précité, mais cela ne contribue guère à créer la certitude dans la loi.

Dans l'ensemble, j'estime qu'il y a peu à gagner et beaucoup à perdre dans la création d'une exception à la *lex loci delicti* en ce qui concerne les litiges internes. Cela ne veut pas dire qu'une exception à la *lex loci delicti*, comme celle que prévoit la Convention de La Haye, soit indéfendable sur le plan international, en particulier si elle fait partie d'une convention de réciprocité. Un régime de réciprocité semblable pourrait bien être établi entre les provinces. Toutefois, comme je l'ai fait observer, une règle du genre de celle de la Convention de La Haye n'est pas sans soulever des problèmes et elle ne paraît pas offrir à notre pays les avantages que peuvent en tirer les Européens. Je souligne que le Québec a adopté une règle analogue dans son nouveau *Code civil*, mais l'opportunité d'une règle prétorienne semble douteuse,

consideration in a federation. To these federal issues I now turn.

Federal Problems

I begin by observing that in *Breavington v. Godleman*, *supra*, the High Court of Australia favoured the view that, while different approaches might be taken in the international arena, within Australia the choice of law rule should be the *lex loci delicti*. The judges of that court were, it is true, far from unanimous about the technical basis in support of this approach, many of which, centred as they are on the Australian Constitution, cannot be directly transported to our situation. Nonetheless, so much of the history and the social, practical and constitutional environment is of a nature akin to those with which we are faced in dealing with conflict of laws within this country that their observations must be accorded considerable weight. The niceties of the technical mechanisms by which judges arrive at decisions are far less important than the underlying policy considerations that give them life. Thus I think what Mason C.J. had to say, at p. 372, has clear application to Canada:

When an Australian resident travels from one State or Territory to another State or Territory he does not enter a foreign jurisdiction. He is conscious that he is moving from one legal regime to another in the same country and that there may be differences between the two which will impinge in some way on his rights, duties and liabilities so that his rights, duties and liabilities will vary from place to place within Australia. It may come as no surprise to him to find that the local law governed his rights and liabilities in respect of any wrong he did or any wrong he suffered in a State or Territory. He might be surprised if it were otherwise. In these circumstances there may be a stronger case for looking to the law of the place of the tort as the governing law for the purpose of determining the substantive rights and liabilities of the parties in respect of a tort committed within Australia.

Also relevant is the following remark in the reasons of Wilson and Gaudron JJ., at p. 379:

compte tenu en particulier des questions additionnelles qu'il faut considérer dans une fédération et que je vais maintenant aborder.

a Problèmes propres au régime fédéral

Je tiens d'abord à souligner que, dans l'arrêt *Breavington c. Godleman*, précité, la Haute Cour de l'Australie préconisait le point de vue selon lequel la règle du choix de la loi applicable en Australie devait être celle de la *lex loci delicti*, même si des solutions différentes pouvaient être retenues au niveau international. Certes, il était loin d'y avoir unanimité parmi les juges de cette cour quant au fondement technique de cette solution, dont une bonne partie des éléments, axés comme ils le sont sur la Constitution australienne, ne peuvent être transposés directement à notre situation. Néanmoins, il existe une telle ressemblance entre l'histoire et le cadre constitutionnel, pratique et social de ce pays, et les facteurs auxquels nous devons faire face pour trancher les conflits de lois dans notre pays, qu'il faut accorder beaucoup de poids à leurs observations. Les subtilités des mécanismes procéduraux par lesquels les juges parviennent à une décision sont beaucoup moins importantes que les considérations de principe qui les sous-tendent. J'estime donc que les propos du juge en chef Mason, à la p. 372, s'appliquent nettement au Canada:

[TRADUCTION] Lorsqu'un résident australien se déplace d'un État ou d'un territoire à l'autre, il n'entre pas dans un pays étranger. Il est conscient qu'il passe d'un régime juridique à un autre dans le même pays et qu'il peut exister entre les deux des différences qui, d'une certaine façon, affecteront ses droits, ses obligations et sa responsabilité, de sorte que ceux-ci varieront d'un endroit à l'autre en Australie. Il ne s'étonnera peut-être pas de constater que la loi locale régit ses droits et obligations à l'égard d'un délit qu'il a commis ou dont il a été victime dans un État ou territoire. Le contraire pourrait le surprendre. Dans les circonstances, c'est peut-être là une raison de plus de considérer que c'est la loi du lieu du délit qui s'applique pour déterminer les droits et les obligations de fond des parties à l'égard d'un délit commis en Australie.

^j La remarque suivante des juges Wilson et Gaudron, à la p. 379, est également pertinente:

It is not only undesirable, but manifestly absurd that the one set of facts occurring in the one country may give rise to different legal consequences depending upon the location or venue of the court in which action is brought.

A similar sentiment is expressed by Deane J., at p. 404:

What is essential is that the substantive rule or rules applicable to determine the lawfulness and the legal consequences or attributes of conduct, property or status at a particular time in a particular part of the national territory will be the same regardless of whereabouts in that territory questions concerning those matters or their legal consequences may arise.

As I mentioned, these statements are made in the light not only of different views about the common law but also of different theories concerning the constitutional arrangements in Australia. Nonetheless, the policies inhering therein are surely relevant in the development of common law rules for choice of law within our federation.

The nature of our constitutional arrangements — a single country with different provinces exercising territorial legislative jurisdiction — would seem to me to support a rule that is certain and that ensures that an act committed in one part of this country will be given the same legal effect throughout the country. This militates strongly in favour of the *lex loci delicti* rule. In this respect, given the mobility of Canadians and the many common features in the law of the various provinces as well as the essentially unitary nature of Canada's court system, I do not see the necessity of an invariable rule that the matter also be actionable in the province of the forum. That seems to me to be a factor to be considered in determining whether there is a real and substantial connection to the forum to warrant its exercise of jurisdiction. Any problems that might arise could, I should think, be resolved by a sensitive application of the doctrine of *forum non conveniens*. The doctrine of *forum non conveniens* would, of course, have far more occasions to be brought into play where a

[TRADUCTION] Il est non seulement peu souhaitable, mais manifestement absurde, qu'une série de faits survenant dans un pays puissent avoir des conséquences juridiques différentes selon le lieu ou le ressort du tribunal devant lequel l'action est intentée.

Le juge Deane exprime un sentiment semblable à la p. 404:

[TRADUCTION] L'essentiel, c'est que la ou les règles de fond applicables à la détermination de la légitimité et des conséquences ou attributs juridiques d'une conduite, d'un bien ou d'une situation à un moment donné et dans un endroit particulier du territoire national soient les mêmes, indépendamment du lieu dans ce territoire où des questions relatives à ces sujets ou à leurs conséquences juridiques peuvent être soulevées.

Comme je l'ai mentionné, ces énoncés sont fondés non seulement sur des conceptions différentes de la common law, mais encore sur des théories différentes concernant les arrangements constitutionnels en Australie. Néanmoins, les politiques générales qui y sont inhérentes sont sûrement pertinentes pour ce qui est d'établir des règles de common law relatives au choix de la loi applicable dans notre fédération.

Il me semblerait que la nature de nos arrangements constitutionnels — un pays unique formé de provinces dotées d'une compétence législative territoriale — justifierait l'adoption d'une règle qui soit certaine et qui garantisse qu'un acte commis dans une partie du pays aura le même effet juridique partout au pays. C'est là un puissant argument en faveur de la règle de la *lex loci delicti*. À cet égard, étant donné la mobilité des Canadiens et les nombreux traits communs de la loi de diverses provinces ainsi que la nature essentiellement unitaire du système judiciaire canadien, je ne vois pas la nécessité d'une règle invariable voulant que l'affaire ouvre également droit à une action dans la province du tribunal saisi. Il me semble que c'est là un facteur qui doit être pris en considération pour déterminer s'il existe, avec le tribunal saisi, un lien réel et substantiel qui justifie l'exercice de sa compétence. Tout problème qui risquerait de surgir pourrait, à mon sens, être résolu par une application sensée de la règle du *forum non conveniens*. Les occasions de recourir à cette règle

dispute involving the interrelation of Quebec's *Civil Code* is involved in a suit in some other province, or where a legal issue involving an essentially common law problem arises in Quebec. Even here, however, it must be remembered that many areas of law in Quebec and the other provinces are not so dissimilar as to give difficulties, and the convenience of the parties should not be overlooked.

The approach I have suggested also has the advantage of unquestionable conformity with the Constitution, an advantage not to be ignored having regard to the largely unexplored nature of the area and the consequent danger that a rule developed in a constitutional vacuum may when explored not conform to constitutional imperatives. I do not wish to enter largely into this or to come to any final, and indeed in many situations, tentative view. The constitutional problems were not adverted to in the courts below and were largely dealt with in this Court as a mere backdrop to other issues. Importantly, too, (though I am not suggesting their presence was required by law), the Attorneys General were not present.

It is useful, however, in understanding why one should not venture far from what is clearly constitutionally acceptable, to give some notion of the nature of these problems. Unless the courts' power to create law in this area exists independently of provincial power, subject or not to federal power to legislate under its residuary power — ideas that have been put forth by some of the Australian judges in *Breavington v. Godleman*, *supra*, but never, so far as I know, in Canada — then the courts would appear to be limited in exercising their powers to the same extent as the provincial legislatures; see John Swan, "The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 271, at p. 309. I note that provincial legislative power in this area would appear to rest on s. 92(13) — "Property and Civil Rights in the Province". If a court is thus confined,

sont naturellement beaucoup plus nombreuses lorsqu'on ne s'entend pas sur la corrélation du *Code civil* du Québec dans des poursuites intentées dans une autre province, ou lorsqu'une question de droit impliquant essentiellement un problème de common law se pose au Québec. Encore là, toutefois, il faut se rappeler qu'à bien des égards la loi du Québec et celle des autres provinces ne sont pas différentes au point de causer un problème, et l'aspect commodité pour les parties ne devrait pas être négligé.

La solution que j'ai proposée a également l'avantage d'être nettement conforme à la Constitution, ce qu'il ne faut pas passer sous silence étant donné la nature largement inexplorée du domaine et le danger consécutif qu'une règle établie en l'absence de tout cadre constitutionnel puisse, après examen, se révéler contraire à des impératifs de cet ordre. Je ne veux pas m'attarder sur cette question ni en arriver à un point de vue définitif ou même, dans bien des cas, provisoire. Les problèmes constitutionnels n'ont pas été abordés devant les tribunaux d'instance inférieure et ne l'ont été, dans une large mesure, devant nous qu'à titre de toile de fond relativement à d'autres questions. Il est aussi important de souligner l'absence des procureurs généraux (bien que je ne veuille pas laisser entendre que leur présence était requise par la loi).

Toutefois, pour comprendre la nécessité de ne pas s'éloigner de ce qui est clairement acceptable sur le plan constitutionnel, il est utile de donner une idée de la nature de ces problèmes. À moins que le pouvoir des tribunaux de créer le droit dans ce domaine existe indépendamment de la compétence provinciale, sous réserve ou non du pouvoir du Parlement fédéral de légiférer en vertu de son pouvoir résiduaire — idée avancée par certains juges australiens dans l'arrêt *Breavington c. Godleman*, précité, mais jamais, à ma connaissance, au Canada —, il semblerait que les tribunaux soient limités dans l'exercice de leurs pouvoirs de la même façon que les législatures provinciales; voir John Swan, «The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws» (1985), 63 *R. du B. can.* 271, à la p. 309. Je note que la compétence législative provinciale en la matière paraît fondée

it is obvious that an extensive concept of “proper law of the tort” might well give rise to constitutional difficulties. Thus an attempt by one province to impose liability for negligence in respect of activities that have taken place wholly in another province by residents of the latter or, for that matter, residents of a third province, would give rise to serious constitutional concerns. Such legislation applying solely to the forum province’s residents would appear to have more promise. However, it is arguable that it is not constitutionally permissible for both the province where certain activities took place and the province of the residence of the parties to deal with civil liability arising out of the same activities. Assuming both provinces have legislative power in such circumstances, this would open the possibility of conflicting rules in respect of the same incident. I go no further regarding the possible resolution of these problems. What these considerations indicate, however, is that the wiser course would appear to be for the Court to avoid devising a rule that may possibly raise intractable constitutional problems.

I shall therefore turn to the specific issues in the two cases under appeal.

Specific Issues

Tolofson v. Jensen

On the application of the *lex loci delicti* principle, it is clear that the substantive law applicable in the *Tolofson* case is that of Saskatchewan. This immediately disposes of the plaintiff’s (respondent’s) argument respecting the different standard of care under British Columbia and Saskatchewan law: it is the law of Saskatchewan that applies.

The argument concerning the applicable statute of limitation, however, depends upon whether the limitation period prescribed by s. 180(1) of *The Vehicles Act*, R.S.S. 1978, c. V-3, should be char-

sur le par. 92(13) — «la propriété et les droits civils dans la province». Si la compétence du tribunal est ainsi restreinte, il est évident qu’une notion extensive de la «loi appropriée au délit» pourrait bien soulever des difficultés d’ordre constitutionnel. Ainsi, la tentative par une province d’imposer une responsabilité pour négligence relativement aux activités de résidents d’une autre province, qui se sont déroulées entièrement dans cette autre province, susciterait de graves inquiétudes sur le plan constitutionnel. Une telle mesure législative applicable uniquement aux résidents de la province du tribunal saisi semblerait plus prometteuse. On peut toutefois prétendre qu’il n’est pas constitutionnellement permis que les deux provinces, celle où certaines activités ont eu lieu et celle dans laquelle résident les parties, connaissent de la responsabilité civile résultant des mêmes activités. À supposer que les deux provinces aient compétence législative en pareilles circonstances, il pourrait y avoir conflit de règles à l’égard du même incident. Je n’irai pas plus loin au sujet de la façon possible de régler ces problèmes. Ces considérations indiquent, toutefois, que, pour la Cour, la voie la plus sage semblerait être d’éviter d’établir une règle qui risque de soulever des problèmes constitutionnels insolubles.

J’en viens donc aux questions précises que soulèvent les deux affaires soumises à notre examen.

Questions précises

Tolofson c. Jensen

Suivant le principe de la *lex loci delicti*, la loi substantielle applicable à l’affaire *Tolofson* est manifestement celle de la Saskatchewan, ce qui règle immédiatement l’argument du demandeur (intimé) concernant la norme de diligence différente selon la loi de la Colombie-Britannique et la loi de la Saskatchewan: c’est la loi de la Saskatchewan qui s’applique.

Toutefois, l’argument relatif à la loi applicable en matière de prescription dépend de la question de savoir si le délai de prescription prévu par le par. 180(1) de *The Vehicles Act*, R.S.S. 1978, ch. V-3,

acterized as substantive or procedural. The section reads as follows:

180. — (1) Subject to subsections (2) and (3), no action shall be brought against a person for recovery of damages occasioned by a motor vehicle after the expiration of twelve months from the time when the damages were sustained. [Emphasis added.]

Both parties proceeded on the assumption that, if Saskatchewan law applies, this legislation, read in conjunction with *The Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1978, c. L-15, would make the plaintiff's action statute-barred. Not surprisingly, then, the respondent would like the legislation characterized as procedural, in order that the British Columbia provision should apply; the appellant, of course, wishes it characterized as substantive.

In any action involving the application of a foreign law the characterization of rules of law as substantive or procedural is crucial for, as Cheshire and North, *Cheshire and North's Private International Law* (12th ed. 1992), at pp. 74-75, state:

One of the eternal truths of every system of private international law is that a distinction must be made between substance and procedure, between right and remedy. The substantive rights of the parties to an action may be governed by a foreign law, but all matters appertaining to procedure are governed exclusively by the law of the forum.

The reason for the distinction is that the forum court cannot be expected to apply every procedural rule of the foreign state whose law it wishes to apply. The forum's procedural rules exist for the convenience of the court, and forum judges understand them. They aid the forum court to "administer [its] machinery as distinguished from its product" (*Poyser v. Minors* (1881), 7 Q.B.D. 329, at p. 333, *per Lush L.J.*). Although clearcut categorization has frequently been attempted, differentiating between what is a part of the court's machinery and what is irrevocably linked to the product is not always easy or straightforward. The legal realist Walter Cook has commented (*The Logical and*

devrait être qualifié de règle de fond ou de règle de procédure. La disposition est ainsi formulée:

[TRADUCTION] **180.** — (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), il est interdit d'intenter une action en dommages-intérêts contre une personne pour des dommages causés par un véhicule automobile après l'expiration d'un délai de douze mois à compter de la date où les dommages ont été subis. [Je souligne.]

Les deux parties ont tenu pour acquis que, si la loi de la Saskatchewan s'appliquait, celle-ci, conjuguée à *The Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1978, ch. L-15, ferait en sorte que l'action du demandeur serait prescrite. Il n'est donc pas surprenant que l'intimé aimerait que cette mesure législative soit qualifiée de procédurale, de manière à pouvoir invoquer la disposition de la Colombie-Britannique; l'appelant, naturellement, souhaite qu'elle soit qualifiée de règle de fond.

Dans toute action où il est question d'appliquer une loi étrangère, la qualification d'une règle de droit comme étant une règle de fond ou une règle de procédure revêt une importance cruciale, comme l'expliquent Cheshire et North, dans *Cheshire and North's Private International Law* (12^e éd. 1992), aux pp. 74 et 75:

[TRADUCTION] L'une des vérités éternelles de tout système de droit international privé est qu'il faut établir une distinction entre le fond et la procédure, entre les droits et les recours. Il se peut que les droits substantiels des parties à une action soient régis par une loi étrangère, mais toutes les questions relevant de la procédure sont régies exclusivement par la loi du tribunal saisi.

Cette distinction s'explique par le fait qu'on ne saurait s'attendre à ce que le tribunal saisi applique la moindre règle de procédure de l'État étranger dont il veut appliquer la loi. Les règles de procédure du tribunal saisi existent pour sa commodité et les juges de ce tribunal les comprennent. Elles aident le tribunal saisi à [TRADUCTION] «gérer [son] fonctionnement par opposition à son produit» (*Poyser c. Minors* (1881), 7 Q.B.D. 329, à la p. 333, le lord juge Lush). Bien qu'on ait souvent tenté d'établir des catégories bien précises, il n'est pas toujours facile ou simple de distinguer ce qui touche au fonctionnement du tribunal de ce qui est irrévocablement lié à son produit. Le tenant du réa-

Legal Bases of the Conflict of Laws (1942), at p. 166):

If we admit that the 'substantive' shades off by imperceptible degrees into the 'procedural', and that the 'line' between them does not 'exist', to be discovered merely by logic and analysis, but is rather to be drawn so as best to carry out our purpose, we see that our problem resolves itself substantially into this: How far can the court of the forum go in applying the rules taken from the foreign system of law without unduly hindering or inconveniencing itself?

This pragmatic approach is illustrated by *Block Bros. Realty Ltd. v. Mollard* (1981), 122 D.L.R. (3d) 323 (B.C.C.A.). In that case the issue was whether the requirement of s. 37 of the *Real Estate Act*, R.S.B.C. 1979, c. 356, that a real estate agent be licensed in British Columbia, should be categorized as procedural or substantive. The parties had executed a real estate listing agreement in Alberta for land situated in British Columbia. The plaintiff, an agent licensed in Alberta, sold the land to Alberta residents. The defendant vendor failed or refused to pay the commission. The plaintiff sued in British Columbia. The *lex causae* was Alberta. The defendant pleaded that the British Columbia licensing requirement was procedural. The court, however, ruled that it was substantive, notwithstanding that the section read: "A person shall not maintain an action . . .", language traditionally relied on for a finding that a statute is procedural because it purported to extinguish the remedy, but not the right. The court expressly relied on policy reasons for its decision. It stated at pp. 327-28:

If, however, the contract is governed by the law of Alberta and if the contract is valid under the law of Alberta, the characterization of s. 37 as procedural would deprive the plaintiff of the opportunity to enforce his legal rights in a British Columbia Court. The only purpose of s. 37 is to enforce the licensing sections, and it should be examined in this context. I think that legislation should be categorized as procedural only if the question is beyond any doubt. If there is any doubt, the

lisme juridique Walter Cook fait le commentaire suivant (*The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws* (1942), à la p. 166):

^a [TRADUCTION] Si nous admettons que le «fond» se transforme imperceptiblement en «procédure», et que la «frontière» entre les deux n'«existe» pas de manière à relever simplement de la logique et de l'analyse, mais doit être plutôt tracée de manière à mieux servir nos fins, nous constatons que notre problème se ramène essentiellement à ceci: jusqu'où le tribunal saisi peut-il aller dans l'application de règles tirées du système de droit étranger, sans entraver ou gêner indûment son propre fonctionnement?

^c Cette approche pragmatique est illustrée dans l'arrêt *Block Bros. Realty Ltd. c. Mollard* (1981), 122 D.L.R. (3d) 323 (C.A.C.-B.). Il s'agissait, en l'occurrence, de savoir s'il fallait qualifier de règle de procédure ou de règle de fond l'exigence de l'art. 37 de la *Real Estate Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 356, qu'un courtier en immeubles détienne un permis de la Colombie-Britannique. Les parties avaient conclu une convention d'inscription immobilière en Alberta pour un terrain situé en Colombie-Britannique. Le demandeur, un courtier détenant un permis de l'Alberta, avait vendu le terrain à des résidents albertains. Le vendeur défendeur ayant omis ou refusé de verser la commission, le demandeur l'a poursuivi en Colombie-Britannique. La *lex causae* était la loi de l'Alberta. Le défendeur a plaidé que l'exigence de permis en Colombie-Britannique était de nature procédurale. Toutefois, la cour a conclu qu'il s'agissait d'une règle de fond même si l'article commençait par les mots [TRADUCTION] «[u]ne action est irrecevable . . .», qui servent traditionnellement à conclure qu'une loi est de nature procédurale en ce qu'elle vise à éteindre un recours, mais non un droit. La cour a expressément fondé sa décision sur des motifs de principe aux pp. 327 et 328:

ⁱ [TRADUCTION] Si, toutefois, le contrat est régi par la loi de l'Alberta et qu'il est valide suivant cette loi, le fait de qualifier l'art. 37 de règle de procédure priverait le demandeur de la possibilité d'exercer ses droits devant un tribunal de la Colombie-Britannique. Le seul objet de l'art. 37 est d'assurer l'application des dispositions relatives aux permis et c'est dans ce contexte qu'il y a lieu de l'examiner. J'estime qu'une mesure législative ne devrait être qualifiée de procédurale que si cela ne fait

doubt should be resolved by holding that the legislation is substantive.

This approach makes sense to me. It is right to say, however, that it is significantly different from the early common law position as it relates to statutes of limitation.

The common law traditionally considered statutes of limitation as procedural, as contrasted with the position in most civil law countries where it has traditionally been regarded as substantive. The common law doctrine is usually attributed to the seventeenth century Dutch theorist Ulrich Huber, whose celebrated essay *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis* (1686), became known in England during the reign of William and Mary (see Edgar H. Ailes, "Limitation of Actions and the Conflict of Laws" (1933), 31 *Mich. L. Rev.* 474, at p. 487; and Ernest G. Lorenzen, "Huber's De Conflictu Legum" (1919), 13 *Ill. L. Rev.* 375, reprinted in Ernest G. Lorenzen, *Selected Articles on the Conflict of Laws* (1947), at p. 136). By the early nineteenth century, the doctrine was firmly established in England and in the United States. From the cases and academic commentary of the time (see, for example, *Huber v. Steiner* (1835), 2 Bing. N.C. 202, 132 E.R. 80; *Leroux v. Brown* (1852), 12 C.B. 801, 138 E.R. 1119; *Nash v. Tupper*, 1 Caines 402 (N.Y.S.C. 1803); Ernest G. Lorenzen, "Story's Commentaries on the Conflict of Laws — One Hundred Years After" (1934), 48 *Harv. L. Rev.* 15, reprinted in *Selected Articles*, *supra*, at p. 181), one can glean the two main reasons for the ready acceptance of this doctrine in Anglo/American jurisprudence. The first was the view that foreign litigants should not be granted advantages that were not available to forum litigants. This relates to the English preference for the *lex fori* in conflict situations. The second reason was the rather mystical view that a common law cause of action gave the plaintiff a right that endured forever. A statute of limitation merely removed the remedy in the courts of the jurisdiction that had enacted the statute.

aucun doute. S'il y a un doute, on devrait le dissiper en concluant que la mesure législative est une règle de fond.

^a Cette démarche m'apparaît logique. Il est juste de dire, toutefois, qu'elle s'écarte sensiblement de la position initiale de la common law en ce qui concerne la prescription.

^b La common law a traditionnellement considéré la prescription comme une règle de procédure, contrairement à la plupart des pays de droit civil où on la considère généralement comme une règle de fond. Le principe de common law est habituellement attribué à un théoricien hollandais du XVII^e siècle, Ulrich Huber, dont l'essai réputé *De conflictu legum diversarum in diversis imperiis* (1686), s'est fait connaître en Angleterre sous le règne de William et Mary (voir Edgar H. Ailes, «Limitation of Actions and the Conflict of Laws» (1933), 31 *Mich. L. Rev.* 474, à la p. 487, et Ernest G. Lorenzen, «Huber's De Conflictu Legum» (1919), 13 *Ill. L. Rev.* 375, repris dans Ernest G. Lorenzen, *Selected Articles on the Conflict of Laws* (1947), à la p. 136). Au début du XIX^e siècle, ce principe était fermement établi en Angleterre et aux États-Unis. Un survol de la jurisprudence et de la doctrine de l'époque (voir, par exemple, *Huber c. Steiner* (1835), 2 Bing. N.C. 202, 132 E.R. 80; *Leroux c. Brown* (1852), 12 C.B. 801, 138 E.R. 1119; *Nash c. Tupper*, 1 Caines 402 (C.S.N.Y. 1803); Ernest G. Lorenzen, «Story's Commentaries on the Conflict of Laws — One Hundred Years After» (1934), 48 *Harv. L. Rev.* 15, repris dans *Selected Articles*, *op. cit.*, à la p. 181) nous permet de découvrir les deux principales raisons à l'origine de l'acceptation rapide de ce principe dans la jurisprudence anglo-américaine. La première était l'opinion selon laquelle des justiciables étrangers ne devraient pas profiter d'avantages que ne peuvent tirer les justiciables du tribunal saisi. Cette position est liée à la préférence anglaise pour la *lex fori* dans les situations de conflit. La seconde raison était l'opinion plutôt mystique selon laquelle une cause d'action en common law conférait au demandeur un droit permanent. Une loi en matière de prescription ne faisait que supprimer un recours devant les tribunaux du ressort où elle avait été adoptée.

Such reasoning mystified continental writers such as M. Jean Michel (*La Prescription Libératoire en Droit International Privé*, Thesis, University of Paris, 1911, paraphrased in Aïles, *supra*, at p. 494), who contended that “the distinction is a specious one, turning upon the language rather than upon the sense of limitation acts” In the continental view, all statutes of limitation destroy substantive rights.

I must confess to finding this continental approach persuasive. The reasons that formed the basis of the old common law rule seem to me to be out of place in the modern context. The notion that foreign litigants should be denied advantages not available to forum litigants does not sit well with the proposition, which I have earlier accepted, that the law that defines the character and consequences of the tort is the *lex loci delicti*. The court takes jurisdiction not to administer local law, but for the convenience of litigants, with a view to responding to modern mobility and the needs of a world or national economic order.

Canadian courts have also begun to shatter the mystique of the second reason which rests on the notion that statutes of limitation are directed at the remedy and not the right. This Court has in another context taken cognizance of the right of the defendant to be free from stale claims in *Martin v. Perrie*, [1986] 1 S.C.R. 41. There the plaintiff sued the defendant doctor for having left an indissoluble suture inside her during surgery ten years earlier. At the time of the surgery, in 1969, the Ontario period of limitation on malpractice suits was 1 year from the time of the medical intervention. The discovery principle of limitation was adopted by statute in 1975. The plaintiff launched her lawsuit within a year of having discovered her problem in 1979. Her argument was that the statute of limitations, being procedural, was necessarily retrospective. Although not explicitly stated, the plaintiff’s reasoning seems to have been as follows: if the previous statute of limitation did not bar the right but merely the remedy, then the new statute of lim-

Ce raisonnement a laissé perplexes des auteurs européens comme M. Jean Michel (*La Prescription Libératoire en Droit International Privé*, thèse, Université de Paris, 1911, paraphrasé dans Aïles, *loc. cit.*, à la p. 494), qui a fait valoir que [TRADUCTION] «cette distinction est trompeuse et repose davantage sur le texte que sur le sens des lois en matière de prescription». Selon la conception européenne, toutes les lois en matière de prescription anéantissent des droits substantiels.

Je dois admettre que cette conception européenne me paraît convaincante. Les raisons qui sous-tendent la vieille règle de common law ne me semblent pas avoir leur place dans le contexte moderne. L’idée qu’il faille refuser à des justiciables étrangers des avantages dont ne disposent pas les justiciables du tribunal saisi s’harmonise mal avec la proposition que j’ai acceptée précédemment, selon laquelle la loi qui détermine la nature et les conséquences du délit est la *lex loci delicti*. Le tribunal assume compétence non pas pour appliquer la loi locale, mais pour accommoder les justiciables afin de répondre à la mobilité contemporaine et aux impératifs de l’ordre économique national ou mondial.

Les tribunaux canadiens ont également commencé à démythifier la seconde raison qui tient à l’idée que les lois en matière de prescription visent les recours et non les droits. Dans l’arrêt *Martin c. Perrie*, [1986] 1 R.C.S. 41, notre Cour a, dans un autre contexte, pris connaissance du droit du défendeur d’être libéré des demandes caduques. Dans cette affaire, la demanderesse avait poursuivi le médecin défendeur pour avoir, dix ans auparavant, laissé un fil de suture indissoluble dans son corps au cours d’une intervention chirurgicale. Au moment de l’intervention, en 1969, le délai de prescription applicable en Ontario aux poursuites pour faute médicale était d’un an à compter de l’intervention médicale. Le principe de la prescription commençant à courir à compter de la date de la découverte du préjudice avait été adopté par voie législative en 1975. La demanderesse a intenté ses poursuites dans l’année suivant la découverte de son problème en 1979. Elle a fait valoir que la prescription était nécessairement

itations created a new remedy (or revived an old one) enabling her to enforce a right that had never been extinguished.

The Court circumvented the distinction between the plaintiff's right and her remedy by holding that the termination of a limitation period vests rights in the defendant. Chouinard J., at p. 49, quoted with approval Lord Brightman in *Yew Bon Tew v. Kenderaan Bas Mara*, [1983] 1 A.C. 553 (P.C.), at p. 563:

In their Lordships' view, an accrued right to plead a time bar, which is acquired after the lapse of the statutory period, is in every sense a right, even though it arises under an act which is procedural. It is a right which is not to be taken away by conferring on the statute a retrospective operation, unless such a construction is unavoidable. [Emphasis added.]

While correctly considering that a statute of limitation vests a right in the defendant, the Privy Council in *Yew Bon Tew* continued to cling to the old English view that statutes of limitation are procedural. Nonetheless the case seems to me to demonstrate the lack of substance in the approach. The British Parliament obviously thought so. The following year the rule was swept away by legislation; the *Foreign Limitation Periods Act, 1984*, (U.K.) 1984, c. 16, declared that foreign limitation periods are substantive.

I do not think it is necessary to await legislation to do away with the rule in conflict of laws cases. The principle justification for the rule, preferring the *lex fori* over the *lex loci delicti*, we saw, has been displaced by this case. So far as the technical distinction between right and remedy, Canadian courts have been chipping away at it for some time on the basis of relevant policy considerations. I think this Court should continue the trend. It seems to be particularly appropriate to do so in the conflict of laws field where, as I stated earlier, the pur-

réroactive du fait qu'elle constituait une règle de procédure. Le raisonnement de la demanderesse, bien que non formulé explicitement, semble avoir été le suivant: si l'ancienne loi en matière de prescription a éteint non pas le droit mais seulement le recours, la nouvelle loi a créé un nouveau recours (ou en a fait revivre un ancien) lui permettant d'exercer un droit qui n'avait jamais été éteint.

La Cour a contourné la distinction entre le droit de la demanderesse et son recours en concluant que l'expiration d'un délai de prescription confère des droits au défendeur. À la page 49, le juge Chouinard cite et approuve les propos suivants de lord Brightman, dans l'arrêt *Yew Bon Tew c. Kenderaan Bas Mara*, [1983] 1 A.C. 553 (C.P.), à la p. 563:

[TRADUCTION] De l'avis de leurs Seigneuries, un droit acquis d'invoquer la prescription, acquis après que la prescription extinctive a couru, est dans toute l'acception du terme un droit, même si c'est une loi de procédure qui le crée. C'est un droit qu'on ne saurait enlever en conférant à la loi un effet rétroactif, à moins qu'une telle interprétation ne soit inévitable. [Je souligne.]

Bien qu'il ait considéré à juste titre que la prescription confère un droit au défendeur, le Conseil privé a continué de se raccrocher, dans l'arrêt *Yew Bon Tew*, à l'ancien point de vue anglais voulant que les lois en matière de prescription soient de nature procédurale. Cette affaire me semble toutefois démontrer la faiblesse de cette conception. Le Parlement britannique était manifestement de cet avis. L'année suivante, la règle a été balayée par voie législative: la *Foreign Limitation Periods Act, 1984*, (R.-U.) 1984, ch. 16, a déclaré que les délais de prescription étrangers sont des règles de fond.

Je ne crois pas qu'il faille attendre l'adoption d'une mesure législative pour se départir de la règle en matière de droit international privé. Comme nous l'avons vu, le principe qui la soutient, soit la préférence de la *lex fori* à la *lex loci delicti*, a été évincé en l'espèce. Quant à la distinction technique entre droits et recours, les tribunaux canadiens en ont, pendant quelque temps, peu à peu réduit la portée pour des considérations de principe pertinentes. J'estime que notre Cour devrait suivre cette tendance. Il semble particulièrement

pose of substantive/procedural classification is to determine which rules will make the machinery of the forum court run smoothly as distinguished from those determinative of the rights of both parties.

Such a step has already been judicially attempted by Stratton C.J.N.B. in *Clark v. Naqvi* (1990), 99 N.B.R. (2d) 271 (C.A.). In that case Clark, in 1978, received medical treatment from Dr. Naqvi in Nova Scotia. He commenced an action for injuries arising out of that treatment in New Brunswick in 1984. The limitation period in respect of such proceedings in Nova Scotia was one year. The majority of the New Brunswick Court of Appeal held that the action was statute barred (Ryan J.A. dissenting). Referring to both *Yew Bon Tew v. Kenderaan Bas Mara* and *Martin v. Perrie*, Stratton J.A. held, at p. 275, that the limitation period was substantive, notwithstanding that it was phrased “[t]he actions . . . shall be commenced within . . .”, because it created an accrued right in the defendant to plead a time bar. Hoyt J.A., while concurring in the result, was reluctant to make such a categorical statement. Ryan J.A., dissenting, was unwilling to abandon the traditional common law rule that statutes of limitation are procedural, though he decided the case on different grounds.

In my view, the reasoning of Stratton C.J.N.B. is correct. He stated, at p. 276:

When I read the words used in s. 2(1)(d)(i) of the Nova Scotia *Limitation of Actions Act* in their grammatical and ordinary sense, I conclude that the limitation period in respect of actions for negligence or malpractice against a registered medical practitioner is one year from the date of the termination of medical services. Moreover, in my view, the section was enacted by the Legislature with the purpose and intention of protecting the medical profession from stale claims when evidence

rement approprié de le faire en matière de droit international privé où, comme je l’ai dit précédemment, la classification «règle de fond — règle de procédure» vise à déterminer quelles règles assurent le bon fonctionnement du tribunal saisi, par opposition à celles qui déterminent les droits des deux parties.

Une tentative a déjà été faite en ce sens par le juge en chef Stratton du Nouveau-Brunswick dans l’arrêt *Clark c. Naqvi* (1990), 99 R.N.-B. (2^e) 271 (C.A.). Dans cette affaire, M. Clark avait reçu en 1978 des soins médicaux du Dr Naqvi en Nouvelle-Écosse. En 1984, il a intenté une action au Nouveau-Brunswick pour le préjudice résultant de ces soins. Le délai de prescription pour ce type de procédures était d’un an en Nouvelle-Écosse. La Cour d’appel du Nouveau-Brunswick a conclu à la majorité que l’action était prescrite (le juge Ryan étant dissident). Se reportant aux arrêts *Yew Bon Tew c. Kenderaan Bas Mara* et *Martin c. Perrie*, le juge en chef Stratton, à la p. 275, a estimé que le délai de prescription était une règle de fond, même si la disposition qui le fixait commençait par les mots «[l]es actions [. . .] devront être intentées dans les délais . . .», parce qu’il conférerait au défendeur un droit acquis d’invoquer la prescription. Bien que souscrivant au résultat, le juge Hoyt s’est montré réticent à faire une affirmation aussi catégorique. Quant au juge Ryan, dissident, il n’était pas disposé à abandonner la règle traditionnelle de common law selon laquelle les lois en matière de prescription sont de nature procédurale, bien qu’il ait tranché l’affaire en fonction d’autres motifs.

À mon avis, le raisonnement du juge en chef Stratton est juste. Voici comment il s’exprime, à la p. 276:

Si je lis les termes employés au sous-alinéa 2(1)d)(i) de la *Limitation of Actions Act* de la Nouvelle-Écosse en leur donnant leur sens grammatical et ordinaire, je conclus que le délai de prescription, en ce qui a trait aux actions pour négligence ou faute professionnelle contre un médecin inscrit, est d’un an à compter de la date à laquelle les services médicaux ont pris fin. Je suis en outre d’avis que la Législature a adopté ce sous-alinéa dans l’intention et dans le but de mettre la profession médicale à l’abri des demandes caduques susceptibles d’être formées à un moment où il est possible que les

may no longer be available to defending litigants who come within the protection of the section. . . .

This is not to say that procedural rules of the forum may not affect the operation of the statute of limitation of the *lex loci delicti*. Thus, whether or not a litigant must plead a statute of limitation if he or she wishes to rely on it is undoubtedly a matter of procedure for the forum; some rules of court or judicial interpretations of the rules require the pleading of all or certain statutes. Limitation periods included in the various rules of court, such as those for the filing of pleadings, are also undoubtedly matters of procedure. These may be waived with leave of the court or the agreement of the other parties, as often happens. Additionally, a substantive limitation defence such as the one in the case at bar may be waived either by failure to plead it, if this is required, or by agreement.

The limitation defence has been properly pleaded in the case at bar and all parties proceeded before us on the assumption that, if Saskatchewan law applies, it is a valid defence. I do not accept that this defence is so repugnant to public policy that a British Columbia court should not apply it. The extent to which limitation statutes should go in protecting individuals against stale claims obviously involves policy considerations unrelated to the manner in which a court must carry out its functions, and the particular balance may vary from place to place. To permit the court of the forum to impose its views over those of the legislature endowed with power to determine the consequences of wrongs that take place within its jurisdiction would invite the forum shopping that is to be avoided if we are to attain the consistency of result an effective system of conflict of laws should seek to foster.

défendeurs bénéficiant de la protection visée au sous-alinéa ne disposent plus des éléments de preuve . . .

a Cela ne veut pas dire que les règles de procédure du tribunal saisi ne peuvent pas influencer sur l'application de la loi en matière de prescription que comporte la *lex loci delicti*. Ainsi, la question de savoir si un justiciable est tenu ou non de plaider la prescription qu'il souhaite invoquer relève incontestablement de la procédure du tribunal saisi; certaines règles de pratique ou certaines interprétations judiciaires de ces règles exigent que toutes les lois ou certaines d'entre elles soient plaidées.

c Les délais de prescription que prévoient les diverses règles de pratique, comme ceux impartis pour déposer les actes de procédure, sont aussi sans doute des questions de procédure. On peut y renoncer avec l'autorisation du tribunal ou l'accord des autres parties, comme c'est souvent le cas. En outre, il est possible de renoncer à invoquer la prescription comme moyen de défense au fond, comme celle dont il est question en l'espèce,

e soit en omettant de la plaider lorsqu'on est tenu de le faire, soit avec le consentement des parties.

f La prescription comme moyen de défense a été dûment plaidée dans la présente affaire et toutes les parties ont tenu pour acquis, devant nous, qu'il s'agit d'un moyen de défense valide si la loi de la Saskatchewan s'applique. Je n'accepte pas que ce moyen de défense soit si contraire à l'ordre public qu'un tribunal de la Colombie-Britannique ne devrait pas le retenir. La mesure dans laquelle les lois en matière de prescription devraient protéger les particuliers contre les demandes caduques fait intervenir, de toute évidence, des considérations de principe non liées à la manière dont un tribunal doit s'acquitter de sa tâche, et l'évaluation qui doit être faite à cet égard peut varier d'un endroit à l'autre. Permettre au tribunal saisi de substituer son point de vue à celui de la législature investie du pouvoir de déterminer les conséquences des fautes commises dans son ressort inciterait à rechercher un tribunal favorable, ce qu'il faut éviter si l'on veut parvenir à la cohérence sur le plan des résultats, qu'un système efficace de droit international privé devrait chercher à encourager.

For these reasons I conclude that the Saskatchewan limitation rule applies in these proceedings.

Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon

In addition to his argument that the Quebec law governs on the ground that the *lex loci delicti* was applicable, the appellant maintained that, in any event, Quebec law was the applicable law by virtue of Quebec's no-fault scheme. Since I have already decided that the *lex loci delicti* should govern, it would be unnecessary to enter into a discussion of the second argument, were it not for the fact that counsel for the respondent took a different view of the effect of Quebec law, in particular having regard to Quebec's new *Civil Code*.

The relevant portions of Quebec's no-fault scheme appear in ss. 3 and 4 of the Quebec *Automobile Insurance Act*, which read:

3. The victim of bodily injury caused by an automobile shall be compensated by the Régie in accordance with this title, regardless of who is at fault.

4. The indemnities provided for in this title are in the place and stead of all rights, recourses and rights of action of any one by reason of bodily injury caused by an automobile and no action in that respect shall be admitted before any court of justice.

Barring other considerations, it seems clear to me that the legislature intended that these provisions should apply to all persons who have an accident in Quebec regardless of their province of residence, a policy which I noted earlier is clearly within its constitutional competence.

This position is buttressed by the fact that, at the time of the accident, this was wholly consistent with art. 6 of the *Civil Code of Lower Canada* which was in effect at the time of the accident. That provision reads:

Pour ces motifs, je conclus que la règle de prescription de la Saskatchewan s'applique en l'espèce.

Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon

En plus de faire valoir que la loi du Québec s'applique pour le motif que l'affaire est régie par la *lex loci delicti*, l'appelant a soutenu que la loi du Québec était applicable, en tout état de cause, en vertu du régime d'assurance sans égard à la faute en vigueur dans cette province. Comme j'ai déjà décidé que la *lex loci delicti* devrait s'appliquer, il serait inutile d'examiner ce second argument si l'avocat de l'intimé n'avait pas adopté une conception différente de l'effet de la loi québécoise, eu égard notamment au nouveau *Code civil* du Québec.

Les parties pertinentes du régime québécois d'assurance sans égard à la faute figurent aux art. 3 et 4 de la *Loi sur l'assurance automobile* du Québec, dont voici le texte:

3. La victime d'un dommage corporel causé par une automobile est indemnisée par la Régie et suivant les dispositions du présent titre, sans égard à la responsabilité de quiconque.

4. Les indemnités prévues au présent titre tiennent lieu de tous les droits, recours et droits d'action de quiconque en raison d'un dommage corporel causé par une automobile et nulle action à ce sujet n'est reçue devant une cour de justice.

Abstraction faite d'autres considérations, il me semble clair que le législateur a voulu que ces dispositions s'appliquent à toutes les personnes ayant un accident au Québec, quelle que soit leur province de résidence, ce qui, comme je l'ai déjà souligné, relève manifestement de sa compétence constitutionnelle.

Cette position est renforcée par le fait qu'au moment de l'accident, cela était tout à fait conforme à l'art. 6 du *Code civil du Bas Canada* alors en vigueur, qui se lisait notamment ainsi:

6 ...

The laws of Lower Canada relative to persons, apply to all persons being therein, even to those not domiciled there. . . .

In my view, then, the appellant is entitled to succeed on this ground as well.

The Quebec and Ontario governments certainly thought the Quebec no-fault scheme applied to all accidents in Quebec, whatever the domicile of the persons involved. The interprovincial Memorandum of Agreement between the Régie and the Ontario Minister of Consumer and Commercial Relations, signed in 1978, is predicated on the assumption that the Act covers all victims of accidents in Quebec, whether resident or not. In the agreement, the Minister undertook to amend Schedule E of the Ontario *Insurance Act*, R.S.O. 1970, c. 224, to require that Ontario residents be indemnified by their respective Ontario insurers for injuries sustained in automobile accidents occurring in Quebec in accordance with Régie benefits and regardless of fault. The agreement begins with recitals describing the application of Ontario and Quebec's respective laws, of which the first and last are the most pertinent:

1.1 WHEREAS by virtue of article 8 of the Automobile Insurance Act (L.Q. 1977 C. 68) the victim of an automobile accident that occurred in Québec who is not resident therein is compensated by the Régie to the extent that he is not responsible for the accident unless otherwise agreed between the Régie and the competent authority of the place of residence of such a victim.

1.5 AND WHEREAS it is the desire of both parties that the resident of Ontario, other than the uninsured who is a victim of an automobile accident occurring in Québec, be entitled to compensation on the same basis as a resident of Québec and that his legal liability for such an accident be no greater than that of a Québec resident.

Now therefore, in consideration of the mutual covenants hereinafter, the parties hereby agree as follows

6 ...

Les lois du Bas Canada relatives aux personnes sont applicables à tous ceux qui s'y trouvent, même à ceux qui n'y sont pas domiciliés . . .

À mon avis, l'appelant doit également avoir gain de cause sur ce point.

Les gouvernements du Québec et de l'Ontario croyaient sûrement que le régime québécois d'assurance sans égard à la faute s'appliquait à tous les accidents survenus au Québec, quel que soit le domicile des personnes en cause. Le protocole d'entente interprovinciale, signé en 1978, entre la Régie et le ministre de la Consommation et du Commerce de l'Ontario tient pour acquis que la Loi vise toutes les victimes d'accident au Québec, qu'elles y résident ou non. Le Ministre s'engageait à modifier l'annexe E de *The Insurance Act* de l'Ontario, R.S.O. 1970, ch. 224, de manière à exiger que les résidents ontariens soient indemnisés par leurs assureurs ontariens respectifs pour le préjudice subi dans des accidents d'automobile survenus au Québec, conformément au barème de la Régie et sans égard à la faute. L'entente commence par décrire le champ d'application respectif des lois de l'Ontario et du Québec. Les premier et dernier paragraphes sont les plus pertinents:

1.1 ATTENDU QU'EN vertu de l'article 8 de la Loi sur l'assurance automobile (L.Q. 1977 c. 68) la victime d'un accident d'automobile survenu au Québec qui n'y réside pas est indemnisée par la Régie dans la proportion où elle n'est pas responsable de l'accident à moins d'une entente différente entre la Régie et la juridiction du lieu de résidence de cette victime.

1.5 ET ATTENDU QUE les deux parties souhaitent que tout résident de l'Ontario, autre que l'automobiliste non-assuré, victime d'un accident d'automobile au Québec, ait le droit d'être indemnisé sur la même base qu'un résident du Québec et que sa responsabilité légale pour un tel accident ne soit pas plus grande que celle du résident du Québec.

Par conséquent, en considération des ententes réciproques ci-après, les parties conviennent de ce qui suit . . .

The new *Civil Code* does not change the situation of the parties in the present action; as mentioned, it was not in effect at the time of the accident. In view of its implications for other cases, however, I think it wise to deal with the case on the assumption that the new *Civil Code* applies. The relevant provision reads as follows:

Art. 3126. The obligation to make reparation for injury caused to another is governed by the law of the country where the injurious act occurred. However, if the injury appeared in another country, the law of the latter country is applicable if the person who committed the injurious act should have foreseen that the damage would occur.

In any case where the person who committed the injurious act and the victim have their domiciles or residences in the same country, the law of that country applies.

Even assuming this provision were the operative one at the time of the accident, I am convinced the language of the provisions of the *Automobile Insurance Act* is so clear that it must have been intended to override the general law. Section 3 provides without exception that all automobile accident victims (and one must read here in the province) shall be compensated by the Régie regardless of fault. Then s. 4 provides that these indemnities "are in the place and stead of all rights, recourses and rights of action of any one by reason of bodily injury caused by an automobile and no action in that respect shall be admitted before any court of justice". I observe that the provision removes not only rights of action but "all rights . . . of any one".

This method of approach receives support from the case of *Szeto c. Fédération (La), Cie d'assurances du Canada*, [1986] R.J.Q. 218, before the Quebec Court of Appeal where the court refused the claim of an accident victim against the Régie in respect of an automobile accident between two residents of Quebec in Ontario. That case, of course, arose out of quite different facts, but the manner in which the court dealt with the relation of the *Automobile Insurance Act* to the general law is of assistance. Paré J.A. (speaking for himself

Le nouveau *Code civil* ne modifie pas la situation des parties à la présente action; comme je l'ai dit, il n'était pas en vigueur au moment de l'accident. Toutefois, étant donné qu'il aura une incidence dans d'autres affaires, je crois qu'il est sage de tenir pour acquis qu'il s'applique. La disposition pertinente est ainsi formulée:

Art. 3126. L'obligation de réparer le préjudice causé à autrui est régie par la loi de l'État où le fait générateur du préjudice est survenu. Toutefois, si le préjudice est apparu dans un autre État, la loi de cet État s'applique si l'auteur devait prévoir que le préjudice s'y manifesterait.

Dans tous les cas, si l'auteur et la victime ont leur domicile ou leur résidence dans le même État, c'est la loi de cet État qui s'applique.

Même en supposant que cette disposition était applicable au moment de l'accident, je suis convaincu que le texte de la *Loi sur l'assurance automobile* est d'une telle clarté qu'on a dû vouloir qu'il l'emporte sur le droit commun. L'article 3 prévoit, sans exception, que toutes les victimes d'accident d'automobile (et il faut comprendre ici dans la province) doivent être indemnisées par la Régie sans égard à la faute. L'article 4 prévoit ensuite que ces indemnités «tiennent lieu de tous les droits, recours et droits d'action de quiconque en raison d'un dommage corporel causé par une automobile et [que] nulle action à ce sujet n'est reçue devant une cour de justice». Je note que cette disposition supprime non seulement les droits d'action mais «tous les droits [. . .] de quiconque».

Ce point de vue trouve appui dans l'arrêt *Szeto c. Fédération (La), Cie d'assurances du Canada*, [1986] R.J.Q. 218, où la Cour d'appel du Québec a refusé la demande qu'avait présentée contre la Régie la victime d'un accident d'automobile survenu en Ontario entre deux résidents du Québec. Il va sans dire que les faits de cette affaire sont fort différents, mais il est utile d'examiner la façon dont la cour a abordé la relation entre la *Loi sur l'assurance automobile* et le droit commun. Le juge Paré, s'exprimant en son propre nom et en

and L'Heureux-Dubé J.A.) (as she then was) had this to say, at p. 220:

[TRANSLATION] It is true that the *Automobile Insurance Act* must be interpreted so as to override the general law only to the extent that this is clearly stated. The fact remains that the principle underlying it denies in a general way a right of action to all accident victims. The statute thus clearly departs from the general rules of our civil law. The remedies retained by the statute are thus retained only as exceptions and I wonder whether as a consequence the provisions of s. 7 of the Act should not be so treated.

I, therefore, conclude that nothing in the provisions cited to us overrides the general rule that the *lex loci delicti* applies to this case. Indeed I think these provisions buttress this position by providing that Quebec law applies.

Disposition

Tolofson v. Jensen

The appeal should be allowed with costs throughout. The appellants' application for a declaration that the proper choice of law to be applied is the law of Saskatchewan and that the Saskatchewan limitation period is substantive should be granted, and the action should be referred to the Supreme Court of British Columbia Chambers for determination.

Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon

The appeal should be allowed and the action of the respondents Tina Lucas and Justin Gagnon, by their litigation guardian Heather Gagnon, and Heather Gagnon personally should be dismissed. Question 2 of the agreed statement of facts should be answered as follows:

2(a) Does Ontario tort law or Quebec law, as set out in the *Automobile Insurance Act*, apply to this action?

celui du juge L'Heureux-Dubé (maintenant juge de notre Cour), affirme ceci, à la p. 220:

Il est vrai que cette *Loi sur l'assurance automobile* doit s'interpréter de façon telle qu'elle ne déroge au droit commun qu'en autant qu'elle l'exprime sans ambiguïté. Il n'en reste pas moins que le principe qui en est la base dénie le droit d'action de façon générale à tous les accidentés. Cette loi déroge donc ainsi de façon claire aux principes généraux de notre droit civil. Les recours que conserve cette loi ne sont ainsi conservés qu'à titre d'exception et je me demande si, en conséquence, on ne doit pas traiter comme telles les dispositions de l'article 7 de cette loi.

Par conséquent, je conclus que rien dans les dispositions citées devant nous ne l'emporte sur la règle générale voulant que la *lex loci delicti* s'applique en l'espèce. En fait, je crois que ces dispositions étayent cette position en prévoyant que la loi du Québec s'applique.

Dispositif

Tolofson c. Jensen

Il y a lieu d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours. Il y a également lieu d'accueillir la requête de l'appelant visant à obtenir un jugement déclarant qu'il convient de décider que la loi applicable est celle de la Saskatchewan et que le délai de prescription qui y est fixé constitue une règle de fond, et de déferer l'action à la Cour suprême de la Colombie-Britannique en chambre pour qu'une décision soit rendue.

Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon

Il y a lieu d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'action des intimés Tina Lucas et Justin Gagnon, par leur tutrice à l'instance Heather Gagnon, et Heather Gagnon personnellement. La deuxième question formulée dans l'exposé conjoint des faits devrait recevoir les réponses suivantes:

2a) Est-ce le droit de la responsabilité délictuelle de l'Ontario ou la loi du Québec énoncée dans la *Loi sur l'assurance automobile*, qui s'applique à la présente action?

Québec law, as set out in the *Automobile Insurance Act*.

La loi du Québec énoncée dans la *Loi sur l'assurance automobile*.

2(b) Is the appellant Réjean Gagnon entitled to maintain his cross-claim for contribution and indemnity against the respondent Cyrille Lavoie? ^a

2b) La demande, entre défendeurs, de contribution et d'indemnisation que l'appelant Réjean Gagnon a faite contre l'intimé Cyrille Lavoie est-elle recevable?

No.

Non. ^b

As agreed between these parties, there should be no order as to costs against the respondents Tina Lucas and Justin Gagnon, by their litigation guardian Heather Gagnon, and Heather Gagnon personally, in this Court and the courts below. The respondent Cyrille Lavoie should have his costs against the appellant unless the two agree otherwise. ^c

Tel que convenu entre ces parties, il n'y a pas lieu de condamner aux dépens, devant notre Cour et les tribunaux d'instance inférieure, les intimés Tina Lucas et Justin Gagnon, par leur tutrice à l'instance Heather Gagnon, et Heather Gagnon personnellement. L'intimé Cyrille Lavoie devrait avoir droit au paiement de ses dépens par l'appelant, à moins d'une entente contraire entre les deux. ^d

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

SOPINKA J. — Subject to the observations of Justice Major with which I agree, I concur in the reasons of Justice La Forest. ^e

LE JUGE SOPINKA — Sous réserve des observations du juge Major avec lesquelles je suis d'accord, je souscris aux motifs du juge La Forest.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

MAJOR J. — I have had the opportunity to read the reasons of Justice La Forest, and I agree that, in general, the question of which province's law should govern the litigation should be determined by reference to the *lex loci delicti* (law of the place) rule. I also agree that, in the present appeals, this rule governs which provincial laws should apply. ^f

LE JUGE MAJOR — J'ai eu l'occasion de lire les motifs du juge La Forest et je suis d'accord pour dire qu'il y a lieu, en général, de résoudre en fonction de la règle de la *lex loci delicti* (loi locale) la question de savoir quelle loi provinciale devrait régir le litige. Je conviens également que, dans les présents pourvois, cette règle permet de déterminer quelles lois provinciales devraient s'appliquer. ^g

However, I doubt the need in disposing of these appeals to establish an absolute rule admitting of no exceptions. La Forest J. has recognized the ability of the parties by agreement to choose to be governed by the *lex fori* and a discretion to depart from the absolute rule in international litigation in circumstances in which the *lex loci delicti* rule would work an injustice. I would not foreclose the possibility of recognizing a similar exception in interprovincial litigation. ^h

Cependant, je doute que, pour statuer sur les présents pourvois, il soit nécessaire d'établir une règle absolue n'admettant aucune exception. Le juge La Forest a reconnu la capacité des parties de s'entendre pour choisir d'être régies par la *lex fori* (loi du for), ainsi que l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de déroger à la règle absolue dans le cas d'un litige international où l'application de la loi locale aurait pour effet de causer une injustice. Je n'écarterais pas la possibilité de reconnaître une exception similaire dans le cas d'un litige interprovincial. ⁱ

Appeal allowed with costs (Tolofson v. Jensen, File No. 22980).

Pourvoi accueilli avec dépens (Tolofson c. Jensen, n° du greffe 22980).

Appeal allowed (Lucas (Litigation Guardian of) v. Gagnon, File No. 23445).

a Pourvoi accueilli (Lucas (Tutrice à l'instance de) c. Gagnon, n° du greffe 23445).

Solicitors for the appellant Leroy Jensen: McQuarrie, Hunter, New Westminster.

Procureurs de l'appellant Leroy Jensen: McQuarrie, Hunter, New Westminster.

Solicitors for the appellant Roger Tolofson: Russell & DuMoulin, Vancouver.

b Procureurs de l'appellant Roger Tolofson: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the respondent Kim Tolofson: Simpson & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Kim Tolofson: Simpson & Company, Vancouver.

Solicitors for the appellant Réjean Gagnon: Lavery, de Billy, Ottawa.

c Procureurs de l'appellant Réjean Gagnon: Lavery, de Billy, Ottawa.

Solicitors for the respondent Cyrille Lavoie: Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto.

d Procureurs de l'intimé Cyrille Lavoie: Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto.

Solicitors for the respondents Tina Lucas, Justin Gagnon and Heather Gagnon: Reynolds, Kline, Selick, Belleville.

e Procureurs des intimés Tina Lucas, Justin Gagnon et Heather Gagnon: Reynolds, Kline, Selick, Belleville.

Solicitors for the intervener Clarence S. Marshall: Dutton, Brock, MacIntyre & Collier, Toronto.

f Procureurs de l'intervenant Clarence S. Marshall: Dutton, Brock, MacIntyre & Collier, Toronto.

Solicitors for the interveners Sybil Marshall, Victor Marshall, Dianne Margaret Marshall, Rosemarie Anne Marshall, Carmen Selina Frey and Aditha Le Blanc: Soloway, Wright, Ottawa.

g Procureurs des intervenants Sybil Marshall, Victor Marshall, Dianne Margaret Marshall, Rosemarie Anne Marshall, Carmen Selina Frey et Aditha Le Blanc: Soloway, Wright, Ottawa.

Solicitors for the interveners La Société d'experts-conseils Pellemon Inc., Le Groupe Pellemon Inc., Simcoe and Erie General Insurance Co., Les Services de béton universels Ltée, and Allstate Insurance Co. of Canada: Fraser & Beatty, North York.

h Procureurs des intervenantes La Société d'experts-conseils Pellemon Inc., Le Groupe Pellemon Inc., Simcoe and Erie General Insurance Co., Les Services de béton universels Ltée et Allstate Insurance Co. of Canada: Fraser & Beatty, North York.

**Co-operators General Insurance
Company** *Appellant*

v.

Judgment Recovery (P.E.I.) Ltd. *Respondent*

INDEXED AS: PATTERSON v. GALLANT

File No.: 23502.

1994: October 31; 1994: December 15.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,
McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE PRINCE EDWARD ISLAND
SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Insurance — Automobile insurance — Renewal — Policy lapse — Insurer mailing offer to renew and “pink card” to insured — Insured failing to pay renewal premium due by time specified — Insurer not sending notice of termination — Insured involved in accident after insurance had expired — Whether insurer liable — Whether “pink card” constitutes insurance policy — Insurance Act, R.S.P.E.I. 1988, c. I-4, ss. 216(8), 218(6).

The insured was the owner and operator of an automobile which collided with another vehicle on February 20, 1989, causing personal injuries to the plaintiffs. About a month prior to the February 5, 1989 expiry date of the insured's standard auto insurance policy, Co-operators, the insurer, had sent him a premium notice/offer to renew which indicated that the policy would be renewed if the premium was paid by February 5. Included with the offer to renew was an insurance card (“pink card”) issued under s. 216(8) of the *Insurance Act* and valid for the full six-month renewal period. The insured did not pay the renewal premium due by the time specified. Had he paid the premium, Co-operators would have issued him an automobile renewal receipt along with a second “pink card” identical to the one sent with the offer to renew. Under s. 218(6) of the Act, the renewal receipt would have functioned as a renewal certificate and been the equivalent of a policy. The insured did not receive a notice of termination from Co-operators pursuant to Statutory Condition 8(1) of the Act. Co-operators and the respondent were added as interveners in the plaintiffs' action against the insured. Co-operators took the position that the policy had not been renewed and that consequently it was not liable. The dispute was

**Co-operators General Insurance
Company** *Appelante*

c.

Judgment Recovery (P.E.I.) Ltd. *Intimée*

RÉPERTORIÉ: PATTERSON c. GALLANT

b N° du greffe: 23502.

1994: 31 octobre; 1994: 15 décembre.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,
c McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR
SUPRÊME DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

Assurance — Assurance automobile — Renouvellement — Déchéance de la police — Offre de renouvellement et «carte rose» envoyées par l'assureur à l'assuré — Non-paiement de la prime de renouvellement avant la date précisée — L'assureur n'a pas donné d'avis de résiliation — Assuré impliqué dans un accident après l'expiration de la police — L'assureur est-il responsable? — La «carte rose» constitue-t-elle une police d'assurance? — Insurance Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. I-4, art. 216(8), 218(6).

L'assuré était le propriétaire et le conducteur d'une automobile qui est entrée en collision avec un autre véhicule le 20 février 1989, causant des blessures aux demandeurs. Environ un mois avant le 5 février 1989, date d'expiration de la police d'assurance automobile type de l'assuré, Co-operators, l'assureur, lui avait envoyé un avis d'échéance/offre de renouvellement qui indiquait que la police serait renouvelée si la prime était payée avant le 5 février. L'offre de renouvellement était accompagnée d'une carte d'assurance («carte rose») délivrée en vertu du par. 216(8) de l'*Insurance Act* et valide pour la période de renouvellement de six mois. L'assuré n'a pas payé la prime de renouvellement à la date précisée. S'il l'avait fait, Co-operators lui aurait fait parvenir une quittance de renouvellement d'assurance automobile ainsi qu'une deuxième «carte rose» identique à celle jointe à l'offre de renouvellement. En vertu du par. 218(6) de la Loi, la quittance de renouvellement aurait servi d'attestation de renouvellement et équivalu à une police d'assurance. Co-operators n'a pas donné à l'intimé un avis de résiliation conformément au par. 8(1) des conditions prescrites par la Loi. Co-operators et l'intimée ont été constituées parties intervenantes dans l'action des demandeurs contre l'assuré. Co-operators a

referred to the Court of Appeal as a special case. The court ruled that Co-operators had delivered the insured an insurance policy by sending him a "pink card" and was therefore bound to cover him even though he had not paid his renewal premium.

Held: The appeal should be allowed.

In renewals of automobile insurance policies, a separate and distinct contract comes into existence at each renewal, with its own offer and acceptance. Under the two-step renewal process employed by Co-operators in this case, the documentation mailed to the insured was an offer of insurance coverage. The offer to renew did not purport to be a binding insurance policy, as it specifically stated that coverage would be renewed only if the renewal premium were paid. The documentation sent was not the equivalent of a renewal certificate and hence an insurance policy within the meaning of s. 218(6) of the *Insurance Act*. A new pink card is sent with the offer to renew as a convenience to the insured, since under the *Highway Traffic Act* drivers are required to carry valid pink cards at all times. The pink card by itself does not bind the insurer in the absence of an underlying insurance policy. The fact that the pink card is not listed in the definition of "contract" in s. 1(d.2) of the *Insurance Act* shows that a pink card, properly used, serves only to indicate the existence of an underlying policy. Section 216(8) refers to the insurer issuing a card when it issues or delivers a policy or renewal. The pink card thus seems to be an additional requirement and does not by itself constitute insurance. Finally, s. 324(1) of the *Highway Traffic Act*, which makes it an offence to obtain the registration of a motor vehicle when it is not insured, contemplates the possibility of an individual presenting a seemingly valid pink card when he or she does not actually have insurance. This lends further support to the conclusion that the pink card is not in itself an insurance policy.

It is unnecessary for Co-operators to terminate or cancel the alleged insurance in accordance with Statutory Condition 8(1), since this is only necessary where there is a binding insurance policy. In the absence of legislation to the contrary, which does not exist in this case, a lapsed policy does not need to be formally terminated. If a third party reasonably relies on the existence of the pink card to its detriment, the insurer may be estopped from denying the existence of a binding insur-

soutenu qu'elle ne pouvait être tenue responsable parce que la police d'assurance n'avait pas été renouvelée. Le litige a été soumis à la Cour d'appel par voie d'exposé de cause. La cour a statué que Co-operators avait délivré à l'assuré une police d'assurance en lui faisant parvenir une «carte rose» et qu'elle était donc tenue d'assurer celui-ci même s'il n'avait pas payé sa prime de renouvellement.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Dans le renouvellement de polices d'assurance automobile, un contrat distinct est conclu à chaque renouvellement, avec son offre et son acceptation. Dans la procédure de renouvellement en deux étapes utilisée par Co-operators en l'espèce, les documents envoyés à l'assuré étaient une offre d'assurance. L'offre de renouvellement n'était pas censée être une police d'assurance exécutoire car elle indiquait expressément que l'assurance ne serait renouvelée que si la prime de renouvellement était payée. Les documents envoyés n'étaient pas l'équivalent d'une attestation de renouvellement ni, par conséquent, d'une police d'assurance au sens du par. 218(6) de l'*Insurance Act*. Une nouvelle carte rose est envoyée avec l'offre de renouvellement pour la commodité de l'assuré étant donné que la *Highway Traffic Act* exige que le conducteur ait une carte rose en sa possession en tout temps. En l'absence d'une police d'assurance de base, la carte rose en soi ne lie pas l'assureur. Le fait que la carte rose ne soit pas comprise dans la définition de «contrat» à l'al. 1d.2) de l'*Insurance Act* montre que la carte rose, correctement utilisée, ne sert qu'à indiquer l'existence d'une police de base. Le paragraphe 216(8) indique que l'assureur remet une carte lorsqu'il établit ou délivre une police ou son renouvellement. Il semble donc que la carte rose soit une condition additionnelle et qu'elle ne constitue pas en soi une assurance. Enfin, le par. 324(1) de la *Highway Traffic Act*, qui porte que la personne qui obtient l'immatriculation d'un véhicule automobile non assuré commet une infraction, prévoit qu'il est possible qu'une personne qui n'est pas en réalité assurée présente une carte rose apparemment valide. Cela vient confirmer la conclusion selon laquelle la carte rose n'est pas en soi une police d'assurance.

Il est inutile pour Co-operators de résilier ou d'annuler l'assurance alléguée conformément au par. 8(1) des conditions prescrites puisque ce n'est nécessaire que lorsqu'il existe une police d'assurance exécutoire. En l'absence de dispositions législatives contraires, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, il n'est pas nécessaire de résilier une police tombée en déchéance. Lorsqu'un tiers se fie à son détriment à l'existence de la carte rose, il se peut que l'assureur soit irrecevable à nier l'existence

ance policy, but there was no evidence of such reliance in this case.

Cases Cited

Applied: *Bordeniuk v. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 274; **distinguished:** *McDonnell v. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1980] I.L.R. ¶ 1-1206; **not followed:** *Colven Distributors Ltd. v. Allstate Insurance Co.* (1992), 10 C.C.L.I. (2d) 157; **referred to:** *Tetterington v. Clarke*, [1980] I.L.R. ¶ 1-1216; *Bohay v. Co-operative Fire and Casualty Co.* (1980), 27 A.R. 290; *Skinner v. Goldapple*, [1992] I.L.R. ¶ 1-2809; *Judgment Recovery (N.S.) Ltd. v. Home Insurance Co.*, [1978] I.L.R. ¶ 1-976; *Judgment Recovery (N.S.) Ltd. v. Co-operative Fire and Casualty Co.*, [1979] I.L.R. ¶ 1-1139; *Seymour v. Wagstaff* (1984), 52 N.B.R. (2d) 86.

Statutes and Regulations Cited

Highway Traffic Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-5, ss. 315, 324(1), (2), (3), (4).
Insurance Act, R.S.P.E.I. 1988, c. I-4, ss. 1(d.2), (q), 96(1), 216(8), 218(6), 220(1), (2), Statutory Condition 8(1), 220(4), 240(4), (5).
 Prince Edward Island Civil Procedure Rules.

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division (1993), 105 Nfld. & P.E.I.R. 15, 331 A.P.R. 15, 44 M.V.R. (2d) 79, 17 C.C.L.I. (2d) 201, determining that the defendant's vehicle was insured at the time of the accident. Appeal allowed.

Patrick L. Aylward, for the appellant.

Graham W. Stewart, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. —

I. Facts

The appellant, Co-operators General Insurance Company ("Co-operators"), were the automobile insurers of Eugene Dale Gallant. About a month prior to the February 5, 1989 expiry date of the insurance, Co-operators mailed Gallant a docu-

d'une police d'assurance exécutoire, mais rien dans la preuve n'indique que des tiers se sont fiés à la carte rose.

a Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Bordeniuk c. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 274; **distinction d'avec l'arrêt:** *McDonnell c. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1980] I.L.R. ¶ 1-1206; **arrêt non suivi:** *Colven Distributors Ltd. c. Allstate Insurance Co.* (1992), 10 C.C.L.I. (2d) 157; **arrêts mentionnés:** *Tetterington c. Clarke*, [1980] I.L.R. ¶ 1-1216; *Bohay c. Co-operative Fire and Casualty Co.* (1980), 27 A.R. 290; *Skinner c. Goldapple*, [1992] I.L.R. ¶ 1-2809; *Judgment Recovery (N.S.) Ltd. c. Home Insurance Co.*, [1978] I.L.R. ¶ 1-976; *Judgment Recovery (N.S.) Ltd. c. Co-operative Fire and Casualty Co.*, [1979] I.L.R. ¶ 1-1139; *Seymour c. Wagstaff* (1984), 52 R.N.-B. (2d) 86.

d Lois et règlements cités

Highway Traffic Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-5, art. 315, 324(1), (2), (3), (4).
Insurance Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. I-4, art. 1d.2), (q), 96(1), 216(8), 218(6), 220(1), (2), Condition prescrite 8(1), 220(4), 240(4), (5).
 Prince Edward Island Civil Procedure Rules.

POURVOI contre un jugement de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, Division d'appel (1993), 105 Nfld. & P.E.I.R. 15, 331 A.P.R. 15, 44 M.V.R. (2d) 79, 17 C.C.L.I. (2d) 201, qui a statué que le véhicule du défendeur était assuré au moment de l'accident. Pourvoi accueilli.

Patrick L. Aylward, pour l'appelante.

Graham W. Stewart, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR —

i I. Les faits

L'appelante, Co-operators General Insurance Company («Co-operators»), assurait l'automobile d'Eugene Dale Gallant. Un mois environ avant l'expiration de l'assurance le 5 février 1989, Co-operators a expédié par la poste à Gallant un docu-

ment which consisted of four detachable sections. The first section was headed "Automobile Premium Notice/Offer to Renew", and indicated that the automobile insurance policy would be renewed if the premium were paid by 12:01 a.m. on February 5, 1989. The second section was an insurance card ("pink slip" or "pink card") issued pursuant to the provisions of s. 216(8) of the *Insurance Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. I-4. The third section contained particulars of the insurance coverage to be kept by the insured (Gallant), and the fourth section contained a form to be completed if the insured was paying the premium by credit card.

Gallant did not pay the renewal premium due by the time specified in the "Automobile Premium Notice/Offer to Renew". Had Gallant paid the premium, Co-operators would have issued him a document entitled "Automobile Renewal Receipt", along with a second "pink slip" or "pink card" identical to the first one sent with the "Automobile Premium Notice/Offer to Renew". The Automobile Renewal Receipt would have functioned as a "renewal certificate" or "renewal receipt" within the meaning of s. 218(6) of the *Insurance Act*; it would be the equivalent of a policy such that an insurer would not have to issue a complete copy of the standard owner's policy upon each renewal.

Gallant did not receive a notice of termination from Co-operators pursuant to Statutory Condition 8(1) of the *Insurance Act*.

This action was commenced by Originating Notice. Brenda Patterson and Robin Perry sued Gallant for injuries they sustained in a motor vehicle collision on February 20, 1989. Co-operators and Judgment Recovery (P.E.I.) Ltd. ("Judgment Recovery") were added as interveners. Co-operators took the position that Gallant's policy had not been renewed, and thus it was not liable. Judgment

ment comportant quatre parties détachables. La première partie intitulée [TRADUCTION] «Avis d'échéance de prime d'assurance automobile/Offre de renouvellement» indiquait que la police d'assurance automobile serait renouvelée si la prime était payée avant minuit une minute le 5 février 1989. La deuxième partie était une carte d'assurance («feuille rose» ou «carte rose») délivrée conformément aux dispositions du par. 216(8) de l'*Insurance Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. I-4. La troisième partie que devait conserver l'assuré (Gallant) faisait état de la protection offerte, et la quatrième partie comportait une formule à remplir par l'assuré s'il payait la prime par carte de crédit.

Gallant n'a pas payé la prime de renouvellement à la date prévue dans l'Avis d'échéance de prime de l'assurance automobile/Offre de renouvellement. S'il l'avait fait, Co-operators lui aurait fait parvenir un document intitulé [TRADUCTION] «Quittance de renouvellement de l'assurance automobile» ainsi qu'un deuxième «feuille rose» ou «carte rose» identique au premier qui était joint à l'Avis d'échéance de prime de l'assurance automobile/Offre de renouvellement. La quittance de renouvellement de l'assurance-automobile aurait servi d'«attestation de renouvellement» ou de «quittance de renouvellement» au sens du par. 218(6) de l'*Insurance Act*; elle tiendrait lieu de police d'assurance de sorte qu'un assureur n'aurait pas à faire parvenir à l'assuré un exemplaire complet de la police type de propriétaire à chaque renouvellement.

Co-operators n'a pas donné à Gallant un avis de résiliation conformément au par. 8(1) des conditions prescrites de l'*Insurance Act*.

La présente action a été engagée par le dépôt d'un avis introductif d'instance. Brenda Patterson et Robin Perry ont poursuivi Gallant pour les blessures qu'ils ont subies dans un accident d'automobile le 20 février 1989. Co-operators et Judgment Recovery (P.E.I.) Ltd. («Judgment Recovery») ont été constituées parties intervenantes. Co-operators a soutenu qu'elle ne pouvait être tenue responsable parce que Gallant n'avait pas renouvelé sa police d'assurance. Judgment Recovery est intervenue au

Recovery intervened on Gallant's behalf, and claimed that the policy had been renewed.

The appellant and the respondent made an application to have the dispute determined by the provincial Court of Appeal at first instance as a Special Case under the Prince Edward Island Civil Procedure Rules. The application was granted. The question for the opinion of the court was as follows:

At the time of the motor vehicle accident referred to in the Plaintiff's Statement of Claim, was the Defendant's vehicle insured under a policy of automobile insurance by the terms of which the insurer is liable to pay in whole or in part the amount of a judgment for damages pursuant to Subsection 330(1)(e) of the Highway Traffic Act?

On February 8, 1993, the Appeal Division of the Supreme Court of Prince Edward Island ruled that the appellant had delivered the insured (Gallant) an insurance policy by sending him an insurance card ("pink slip" or "pink card") and was therefore bound to cover him even though he had not paid his renewal premium: (1993), 105 Nfld. & P.E.I.R. 15, 331 A.P.R. 15, 44 M.V.R. (2d) 79, 17 C.C.L.I. (2d) 201.

II. Legislation

Insurance Act, R.S.P.E.I. 1988, c. I-4

1. In this Act

(d.2) "contract" means a contract of insurance and includes a policy, certificate, interim receipt, renewal receipt, or writing evidencing the contract, whether sealed or not, and a binding oral agreement;

(q) "policy" means the instrument evidencing a contract;

96. (1) Where the policy has been delivered, the contract is as binding on the insurer as if the premium had been paid, although it has not in fact been paid, and although

nom de Gallant et a prétendu que la police avait été renouvelée.

L'appelante et l'intimée ont demandé et obtenu que le litige soit soumis en première instance à la Cour d'appel provinciale par voie d'exposé de cause, en vertu des *Civil Procedure Rules* de l'Île-du-Prince-Édouard. La question dont a été saisie la cour était la suivante:

[TRADUCTION] Au moment de l'accident d'automobile dont il est question dans la déclaration des demandeurs, le véhicule du défendeur était-il assuré en vertu d'une police d'assurance automobile aux termes de laquelle l'assureur est tenu de payer en totalité ou en partie le montant des dommages-intérêts accordé par jugement conformément à l'alinéa 330(1)e) de la *Highway Traffic Act*?

Le 8 février 1993, la Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a statué que l'appelante avait délivré à l'assuré (Gallant) une police d'assurance en lui faisant parvenir une carte d'assurance («feuille rose» ou «carte rose») et qu'elle était donc tenue d'assurer celui-ci même s'il n'avait pas payé sa prime de renouvellement: (1993), 105 Nfld & P.E.I.R. 15, 331 A.P.R. 15, 44 M.V.R. (2d) 79, 17 C.C.L.I. (2d) 201.

II. Dispositions législatives

Insurance Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. I-4

[TRADUCTION]

1. Dans la présente loi

d.2) «contrat». Contrat d'assurance, y compris une police, un certificat, une note de couverture, une quittance de renouvellement, un écrit, scellé ou non, constatant le contrat, et une convention orale exécutoire.

q) «police». L'acte qui constate un contrat.

96. (1) Lorsque la police a été délivrée, le contrat lie l'assureur comme si la prime avait été payée, même si, de fait, elle ne l'a pas été, et même si la police a été

delivered by an officer or agent of the insurer who had not authority to deliver it.

216. . . .

(8) An insurer that issues or delivers an owner's policy in the province, or any renewal thereof, or any evidence of the continuation of the policy, shall issue to the insured a card evidencing the insurance; and the card shall be in a form approved by the Superintendent.

218. . . .

(6) Where an insurer adopts the standard owner's policy, it may, instead of issuing the policy, issue a certificate in form approved by the Superintendent which when issued shall be of the same force and effect as if it was in fact the standard owner's policy, subject to the limits and coverages shown thereon by the insurer and any endorsements issued concurrently therewith or subsequent thereto, but at the request of an insured at any time, the insurer shall provide a copy of the standard owner's policy wording as approved by the Superintendent.

220. (1) Subject to subsection 216(3), section 221 and section 243(2),

(a) the conditions set forth in this section are statutory conditions and shall be deemed to be part of every contract and shall be printed in every policy with the heading "Statutory Conditions";

(b) no variation or omission of or addition to a statutory condition is binding on the insured.

(2) In this section "policy" does not include an interim receipt or binder.

STATUTORY CONDITIONS

8. (1) This contract may be terminated

(a) by the insurer giving to the insured fifteen days notice of termination by registered mail, or five days written notice of termination personally delivered;

(b) by the insured at any time on request.

240. . . .

(4) The right of a person who is entitled under subsection (1) to have insurance money applied upon his judgment or claim is not prejudiced by

délivrée par un dirigeant ou un agent de l'assureur qui n'avait pas qualité pour le faire.

216. . . .

(8) L'assureur qui établit ou délivre dans la province une police de propriétaire, un renouvellement ou tout document constatant la prolongation de la police, remet à l'assuré une carte constatant l'assurance; la carte est établie selon la formule qu'approuve le surintendant des assurances.

218. . . .

(6) Lorsqu'un assureur emploie la police type de propriétaire, il peut, au lieu d'établir la police, établir un certificat dans la forme approuvée par le surintendant qui a alors la même valeur que s'il s'agissait en fait de la police type de propriétaire, sous réserve des limites et garanties qui y sont mentionnées par l'assureur et des avenants établis en même temps que celui-ci ou ultérieurement. À la demande de l'assuré, l'assureur doit toutefois fournir une copie du texte de la police type de propriétaire, approuvée par le surintendant.

220. (1) Sous réserve du paragraphe 216(3), de l'article 221 et du paragraphe 243(2),

a) les conditions énoncées dans le présent article sont des conditions prescrites et sont réputées faire partie de tout contrat; elles doivent être imprimées sur chaque police sous la rubrique «Conditions prescrites»;

b) aucune modification, omission ni rajout relatif à une condition prescrite ne lie l'assuré.

(2) Dans le présent article, le terme «police» ne s'entend pas d'une note de couverture.

CONDITIONS PRESCRITES

8. (1) Le présent contrat peut être résilié:

a) par l'assureur, moyennant un avis de résiliation de quinze jours envoyé par courrier recommandé ou un avis écrit de résiliation de cinq jours remis à personne;

b) par l'assuré, en tout temps, à sa demande.

240. . . .

(4) Le droit d'une personne d'obtenir, en vertu du paragraphe (1), que les sommes assurées soient affectées à la satisfaction de son jugement ou de sa demande n'est pas touché par:

(a) an assignment, waiver, surrender, cancellation, or discharge of the contract, or of any interest therein or of the proceeds thereof, made by the insurer after the happenings of that event giving rise to a claim under the contract;

(b) any act or default of the insured before or after that event in contravention of this Part or of the terms of the contract; or

(c) any contravention of the *Criminal Code* [citation omitted] or statute of any province or territory of Canada . . .

and nothing mentioned in clauses (a), (b), and (c) is available to the insurer as a defence in an action brought under subsection (1).

(5) It is not a defence to an action under this section that an instrument issued as a motor vehicle liability policy by a person engaged in the business of an insurer, and alleged by a party to the action to be such a policy, is not a motor vehicle liability policy, and this section applies, with the necessary changes, to the instrument.

Highway Traffic Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-5

315. Evidence that a motor vehicle is an insured motor vehicle shall be deemed to be given on the production of

(a) a motor vehicle liability insurance card as prescribed by subsection 216(8) of the *Insurance Act*; or

(b) the certificate of the Minister of Finance that a bond has been made pursuant to section 314.

324. (1) Any person who obtains the registration of a motor vehicle when it is not an insured motor vehicle is guilty of an offence.

(2) A registered owner of a motor vehicle that is not an insured motor vehicle who

(a) operates that motor vehicle on a highway; or

(b) permits any other person to operate that motor vehicle on a highway,

is guilty of an offence.

(3) Every person who operates a motor vehicle that is not an insured motor vehicle is guilty of an offence.

(4) Every person who operates a motor vehicle shall carry in the motor vehicle a card in a form approved by

a) une cession, une renonciation, un rachat, une annulation ou une exécution du contrat, d'un intérêt dans celui-ci ou des sommes dues en vertu de ce contrat, effectués par l'assureur postérieurement à la survenance de l'événement qui donne lieu à une demande de règlement en vertu du contrat;

b) un acte ou défaut de l'assuré avant ou après cet événement en violation de la présente partie ou des conditions du contrat;

c) une contravention au *Code criminel* [citation omise], aux lois d'une province ou d'un territoire du Canada . . .

L'assureur ne peut se prévaloir des éléments mentionnés aux alinéas a), b) ou c) comme moyens de défense à une action intentée en vertu du paragraphe (1).

(5) Nul ne peut opposer, en défense à une action intentée en vertu du présent article, le fait qu'un acte délivré comme police de responsabilité automobile par une personne qui exerce l'activité d'assureur et présenté par une partie à l'action comme police ne soit pas une police de responsabilité automobile. Le présent article s'applique, avec les adaptations nécessaires, à l'acte.

Highway Traffic Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-5

[TRADUCTION]

315. La production des documents suivants fait foi qu'un véhicule automobile est assuré:

a) la carte d'assurance responsabilité automobile prescrite par le paragraphe 216(8) de l'*Insurance Act*;

b) l'attestation du ministre des Finances qu'un cautionnement a été déposé conformément à l'article 314.

324. (1) Commet une infraction quiconque obtient l'immatriculation d'un véhicule automobile qui n'est pas assuré.

(2) Commet une infraction le propriétaire immatriculé d'un véhicule automobile non assuré

a) qui utilise ce véhicule automobile sur une voie publique;

b) qui autorise une autre personne à utiliser ce véhicule automobile sur une voie publique.

(3) Commet une infraction quiconque utilise un véhicule automobile qui n'est pas assuré.

(4) L'utilisateur d'un véhicule automobile garde en tout temps dans ce véhicule une carte d'assurance éta-

the Registrar evidencing particulars of the insurance on the motor vehicle, and such person shall forthwith deliver that card to a peace officer for the inspection of the peace officer, when the peace officer requests him to do so.

III. Judgments

Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division

Mitchell J.A., in response to the question submitted to the court, noted that Co-operators had delivered a pink card to Gallant in accordance with s. 216(8) of the *Insurance Act*. This card is intended to provide evidence of the existence of a contract of insurance. The card Co-operators sent to Gallant contained the following particulars of insurance: the policy number, the name and address of the insurer and the insured, and the year, make and serial number of the vehicle insured. It also stated that the policy would be in effect from February 5, 1989 to August 5, 1989. The back of the card contained the following statement:

This certifies that the party named herein is insured against liability for bodily injury and property damage by reason of the operation of the motor vehicle described herein, in an amount not less than the statutory minimum requirements in any area of Canada. . . .

This card should be carried in the insured vehicle for production as proof of insurance when demanded by police.

The court then concluded that this insurance card constituted a policy within the meaning of the *Insurance Act* because "policy" is defined in s. 1(q) as an instrument evidencing a contract of insurance. This gives effect to s. 96, which provides that once a policy has been delivered, the contract of insurance is as binding on the insurer as if the premium had been paid even when it has not.

The court found that once Co-operators mailed the insurance card to Gallant, it became his insurer, and as bound to cover him as if he had paid the premium. It further found that the policy

blie selon la formule qu'approuve le registrateur et attestant les renseignements ayant trait au contrat d'assurance du véhicule. Il remet cette carte à l'agent de police qui lui en fait la demande pour l'examiner.

III. Jugement de la Cour d'appel

Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, Division d'appel

En réponse à la question soumise à la cour, le juge Mitchell a signalé que Co-operators avait remis une carte rose à Gallant conformément au par. 216(8) de l'*Insurance Act*. Cette carte est censée faire foi de l'existence d'un contrat d'assurance. La carte que Co-operators a fait parvenir à Gallant contenait les renseignements suivants au sujet de l'assurance: le numéro de la police, les noms et adresses de l'assureur et de l'assuré ainsi que la marque, le numéro de série et l'année du véhicule assuré. Elle indiquait également que la police serait en vigueur du 5 février au 5 août 1989. Le paragraphe qui suit figurait au verso de la carte:

[TRADUCTION] Ceci atteste que la personne susnommée est assurée contre la responsabilité pour blessures et dommages aux biens découlant de l'usage du véhicule décrit aux présentes, conformément aux limites minimales exigées par les lois d'assurance en vigueur partout au Canada . . .

Cette carte doit être laissée dans le véhicule assuré afin d'être présentée comme preuve d'assurance à tout agent de police qui en fait la demande.

La cour a ensuite conclu que cette carte d'assurance était une police d'assurance au sens de l'*Insurance Act* parce que, suivant l'al. 1q), une «*police*» est un acte qui constate un contrat d'assurance. Il faut donc appliquer l'art. 96, qui prévoit que, lorsque la police a été délivrée, le contrat d'assurance lie l'assureur comme si la prime avait été payée, même si elle ne l'a pas été.

La cour a statué qu'une fois que Co-operators eût posté la carte d'assurance à Gallant, elle était devenue son assureur et était tenue de l'assurer comme s'il avait payé la prime. Elle a de plus con-

had not been cancelled at the time of the accident on or about February 20, 1989.

Additionally, it was decided that although the pink card was accompanied by a notice indicating that the insurance would be renewed if the premium were paid by a certain time, that did not alter the legal effect of delivering the pink card. This conclusion was reached on the basis that an insurer knows that having an insurance card issued pursuant to s. 216(8) of the *Insurance Act* enables a person such as Gallant to hold himself out as insured to the police, the registrar of motor vehicles and third parties. Nothing in the pink card issued by Co-operators indicated that the insurance was conditional or not in effect. On the contrary, the card stated that coverage did not expire until August 5, 1989. Accordingly, s. 96 of the *Insurance Act* obliged Co-operators to provide the same coverage as it would have had Gallant paid his renewal premium.

IV. Issues

1. Is a pink card a policy of insurance?
2. Does the two-step renewal process utilized by the appellant cause it to incur an obligation of coverage if the insurance premium is not paid?

V. Analysis

An important issue in this appeal is the meaning of "renewal" of an automobile insurance policy and what documents may constitute such a renewal. As well the appeal raises the issue of whether a "pink card" should be construed as a binding policy of insurance. Every insurer, in providing automobile insurance, is required to issue a "pink card" in order to permit the vehicle owner to comply with the *Highway Traffic Act's* obligation to carry a pink card at all times.

Two separate meanings can be ascribed to a "renewal" of an insurance policy. The first meaning results from a continuous policy. Such policies provide for further extensions to the term of an existing contract, subject to the rights of either of

clu que la police n'avait pas été annulée à l'époque de l'accident, vers le 20 février 1989.

La cour a par ailleurs statué que, même si la carte rose était accompagnée d'un avis indiquant que l'assurance serait renouvelée si la prime était payée avant une certaine date, cela ne modifiait nullement l'effet juridique de la remise de la carte rose. Elle est arrivée à cette conclusion parce qu'un assureur sait qu'une personne qui, comme Gallant, a reçu une carte d'assurance conformément au par. 216(8) de l'*Insurance Act* peut faire valoir aux autorités policières, au registrateur des véhicules automobiles et aux tiers qu'elle est assurée. Rien dans la carte rose délivrée par Co-operators n'indiquait que l'assurance était conditionnelle ou qu'elle n'était pas en vigueur. Au contraire, elle portait que la protection ne prendrait fin que le 5 août 1989. Par conséquent, Co-operators était tenue par l'art. 96 de l'*Insurance Act* d'offrir au défendeur la même protection que si Gallant avait payé sa prime de renouvellement.

e IV. Les questions en litige

1. Une carte rose est-elle une police d'assurance?
2. L'appelante s'oblige-t-elle par sa procédure de renouvellement en deux étapes à offrir une protection si la prime d'assurance n'est pas payée?

V. Analyse

Il est important pour le présent pourvoi de déterminer ce qu'est le «renouvellement» d'une police d'assurance automobile et quels sont les documents qui le constatent. De même, le pourvoi soulève la question de savoir si une «carte rose» peut être considérée comme une police d'assurance exécutoire. Tout assureur qui offre une assurance automobile est tenu de remettre une «carte rose» au propriétaire d'un véhicule pour lui permettre de se conformer à la *Highway Traffic Act* qui l'oblige à avoir cette carte dans son véhicule en tout temps.

On peut attribuer deux sens distincts au «renouvellement» d'une police d'assurance. Le premier sens est celui qu'on peut lui attribuer relativement aux polices de durée indéterminée. Ces polices prévoient qu'il est possible de prolonger un contrat

the parties to terminate the contract. In a single continuous policy, questions of formation are answered by reference to the original offer and acceptance that initiated the coverage. By contrast, the other meaning of a "renewal" of an insurance policy involves the situation where a separate and distinct contract comes into existence at each renewal. Automobile insurance renewals fall into the latter category, in that each renewal represents a new contract with its own offer and acceptance.

The common law principles of offer and acceptance have, in certain circumstances, been altered by the operation of the *Insurance Act*: even though a contract in the strict sense may not exist, if an insurer in fact issues a policy or a document that can be construed as a policy under the *Insurance Act*, the insurer cannot avoid liability on the ground that there was no contract.

The respondent takes the position that the renewal documentation sent by the appellant was in effect a policy and thus the appellant is bound by virtue of s. 96(1) of the *Insurance Act*, regardless of the fact that the renewal premium was not paid.

The appellant to the contrary argues that the renewal documentation was merely an offer to renew which could not ripen into a binding policy until such time as the premiums were paid. The appellant contends that the documentation sent to the insured did not constitute a binding insurance policy within the meaning of the *Insurance Act*.

The appellant sent the insured an "Automobile Premium Notice/Offer to Renew" ("Offer to Renew") along with a new pink card valid for the full six-month renewal period. The documentation stated that the policy would be renewed if the payment of the premium was received by February 5, 1989. As stated earlier, if the renewal premium had been paid, the appellant would have then forwarded an "Automobile Renewal Receipt" along

existant, sous réserve des droits de l'une ou de l'autre des parties de le résilier. Dans le cas d'une police unique de durée indéterminée, on détermine le moment de la formation du contrat en se reportant à l'offre et à l'acceptation originales qui sont à l'origine de la garantie. Par contre, l'autre sens du «renouvellement» d'une police d'assurance vise le cas où un contrat distinct est conclu à chaque renouvellement. Les renouvellements des polices d'assurance automobile entrent dans cette dernière catégorie en ce que chaque renouvellement représente un nouveau contrat avec son offre et son acceptation.

Les principes de common law applicables à l'offre et à l'acceptation ont, dans certaines circonstances, été modifiés par l'application de l'*Insurance Act*: même s'il est possible qu'il n'y ait pas de contrat au sens strict, lorsqu'un assureur remet une police ou un document qui peut être considéré comme une police en vertu de l'*Insurance Act*, il ne peut pas écarter sa responsabilité en soutenant qu'il n'y avait pas de contrat.

L'intimée est d'avis que les documents de renouvellement que l'appelante a fait parvenir à l'assuré étaient en fait une police d'assurance et que l'appelante est donc liée en vertu du par. 96(1) de l'*Insurance Act*, même si la prime de renouvellement n'a pas été payée.

L'appelante soutient au contraire que les documents de renouvellement de l'assurance étaient simplement une offre de renouvellement qui ne pouvait se transformer en police exécutoire tant que les primes n'étaient pas payées. Elle prétend que les documents envoyés à l'assuré n'étaient pas une police d'assurance exécutoire au sens de l'*Insurance Act*.

L'appelante avait joint à l'Avis d'échéance de prime de l'assurance automobile/Offre de renouvellement («offre de renouvellement») qu'elle avait fait parvenir à l'assuré une nouvelle carte rose valide pour la période de renouvellement de six mois. Les documents portaient que la police serait renouvelée si la prime était payée avant le 5 février 1989. Comme nous l'avons déjà dit, si la prime de renouvellement avait été payée, l'appe-

with a second pink card, identical to the pink card sent with the Offer to Renew. The Automobile Renewal Receipt is the equivalent of a renewal certificate, and is a binding insurance policy by virtue of s. 218(6) of the *Insurance Act*.

The procedure of first mailing an offer to renew, and subsequently mailing a renewal receipt, is known as a two-step renewal process. The actual renewal certificate or renewal receipt is only sent once the renewal premium is paid. The two-step renewal process employed by the appellant in the case on appeal is in contrast to the one-step renewal process where an insurer mails the actual renewal certificate and the premium notice in a single mailing. In the one-step process, no further documents are sent after the renewal premium is paid.

The respondent contends that the appellant in the present case in effect used a one-step renewal process, and that the Offer to Renew, along with the pink card, functioned as the equivalent of an insurance policy within the meaning of s. 218(6) of the *Insurance Act*. I do not agree.

The appellant mailed an Offer to Renew; the documentation was an offer of insurance coverage. It was made clear on its face that the policy would be renewed if the renewal premium were paid on time. The Offer to Renew sent to the insured did not purport to be a binding insurance policy regardless of the payment or non-payment of premiums. It specifically stated that coverage would be renewed only if the renewal premium were paid.

The documentation sent to the insured did not purport to be, nor should it be construed to be, the equivalent of a renewal certificate and hence an insurance policy within the meaning of s. 218(6) of the *Insurance Act*.

lante aurait fait parvenir à l'assuré une quittance de renouvellement de l'assurance automobile ainsi qu'une deuxième carte rose identique à celle qui était jointe à l'offre de renouvellement. La quittance de renouvellement de l'assurance automobile est l'équivalent d'un certificat de renouvellement et constitue une police d'assurance exécutoire en vertu du par. 218(6) de l'*Insurance Act*.

La procédure consistant à envoyer d'abord par la poste une offre de renouvellement et, plus tard, une quittance de renouvellement est une procédure de renouvellement en deux étapes. La véritable attestation ou quittance de renouvellement n'est envoyée qu'une fois que la prime a été payée. La procédure de renouvellement en deux étapes utilisée par l'appelante en l'espèce contraste avec la procédure en une seule étape qui consiste pour l'assureur à poster en une seule fois la véritable attestation de renouvellement ainsi que l'avis de prime. Dans ce dernier cas, aucun autre document n'est expédié à l'assuré une fois que la prime de renouvellement a été payée.

L'intimée soutient que l'appelante en l'espèce a en réalité utilisé la procédure de renouvellement en une seule étape et que l'offre de renouvellement ainsi que la carte rose équivalaient à une police d'assurance au sens du par. 218(6) de l'*Insurance Act*. Je ne suis pas d'accord avec cet argument.

L'appelante a envoyé une offre de renouvellement par la poste; les documents étaient une offre d'assurance. Il y était clairement indiqué que la police serait renouvelée si la prime de renouvellement était payée à temps. L'offre de renouvellement envoyée à l'assuré n'était pas censée être une police d'assurance exécutoire indépendamment du paiement des primes. Elle indiquait expressément que l'assurance ne serait renouvelée que si la prime de renouvellement était payée.

Les documents envoyés à l'assuré n'étaient pas censés constituer une attestation de renouvellement et, par conséquent, une police d'assurance au sens du par. 218(6) de l'*Insurance Act*, et il ne faut pas les interpréter ainsi.

It is true that the form of the Automobile Renewal Receipt would have similarities to the Offer to Renew that was sent to the insured but similarity of forms does not automatically elevate the Offer to Renew into a binding insurance policy.

It is a marketing technique to mail a new pink card with the offer to renew to enable an insured to use the pink card without interruption between the time of the expiry of the old policy and the start of the new policy. For most consumers, receiving a new pink card with the offer to renew is a convenience; otherwise, they would have to wait until the insurer received their premiums and mailed a new card. This could result in an insured being without a valid pink card for a period of time and not being able to drive, since s. 324(4) of the *Highway Traffic Act* requires that a driver carry a pink card at all times. The other impractical option would be to pay renewal premiums further in advance.

The pink card by itself does not constitute a binding policy. It is only an administrative requirement placed on an insurer under the *Insurance Act* to allow for compliance with the *Highway Traffic Act*. The pink card by itself does not bind the insurer in the absence of an underlying insurance policy.

While various approaches have been taken by courts concerning the interpretation of renewal documentation, including pink cards, I adopt the reasons expressed by the Alberta Court of Appeal in *Bordeniuk v. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 274. In that case, an Auto Renewal Notice was sent to the insured advising that the policy would expire on April 27, 1974, but that payment of a stated premium would renew the policy for a further six months. The Renewal Notice was accompanied by a pink card certifying that the insured had coverage for the period of April 27, 1974 to May 11, 1974. The insurer had adopted a policy that if the premiums were paid within 14 days following the date of expiration of

Il est vrai que la formule de quittance de renouvellement de l'assurance automobile ressemble à l'offre de renouvellement qui a été envoyée à l'assuré; toutefois, ces ressemblances quant à la forme ne font pas automatiquement de l'offre de renouvellement une police d'assurance exécutoire.

L'envoi par la poste d'une nouvelle carte rose avec l'offre de renouvellement est une technique de commercialisation qui permet à l'assuré d'utiliser sa carte rose sans interruption entre la date d'expiration de l'ancienne police et la date d'entrée en vigueur de la nouvelle. Pour la plupart des consommateurs, il est commode de recevoir une nouvelle carte rose avec l'offre de renouvellement car, autrement, ils devraient attendre jusqu'à ce que l'assureur ait reçu leur prime et leur ait expédié une nouvelle carte. Ceci pourrait entraîner qu'un assuré n'ait plus pendant un certain temps de carte rose valide et ne puisse conduire vu le par. 324(4) de la *Highway Traffic Act* qui exige que le conducteur ait une carte rose en sa possession en tout temps. L'autre solution peu pratique serait de devancer davantage le paiement de la prime de renouvellement.

La carte rose n'est pas en soi une police exécutoire. Sa remise n'est qu'une exigence administrative à laquelle doit satisfaire un assureur en vertu de l'*Insurance Act* pour se conformer à la *Highway Traffic Act*. En l'absence d'une police d'assurance de base, la carte rose en soi ne lie pas l'assureur.

Bien que les tribunaux aient accordé diverses interprétations aux documents de renouvellement, notamment aux cartes roses, je souscris aux motifs exprimés par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Bordeniuk c. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 274. Dans cette affaire, un avis de renouvellement de l'assurance automobile avait été envoyé à l'assuré pour l'informer que la police expirerait le 27 avril 1974, mais que le paiement de la prime indiquée renouvelerait l'assurance pour une autre période de six mois. Une carte rose attestant que l'assurance serait en vigueur du 27 avril au 11 mai 1974 était jointe à l'avis de renouvellement. La politique de l'assureur était que si les primes étaient payées dans les

a a policy, the insured would have the benefit of uninterrupted coverage even though an accident occurred before payment was in fact made. That accounted for the pink slip being issued for the limited grace period of April 27 to May 11. An Auto Expiry Notice was sent to the insured three days before the expiration of the policy. No response was received, and no premium was paid. Had the premium been paid, the insurer would have issued a Renewal Certificate for a further period of six months from April 27, 1974, and the insured would have been sent another pink card.

The Alberta Court of Appeal found that sending the Auto Renewal Notice and Auto Expiry Notice constituted offers which were not accepted, and therefore the policy had expired when the accident occurred on May 5, 1974, even though the pink card purported on its face to be valid until May 11, 1994. The court found the pink card was not a binding insurance policy. As stated by McGillivray C.J.A., at p. 280:

The purpose of issuing a pink card for the interim period in anticipation of a renewal is a reasonable procedure, having commercial sense, and in my view it was not intended that it should be the equivalent of a policy, even though in another sense it might be some evidence of the existence of a policy.

This case and the case at bar are analogous, and the reasoning and result in *Bordeniuk* are equally applicable to the present appeal.

The court below concluded that the pink card constituted an insurance policy by virtue of the definitions of "contract" and "policy" found in s. 1 of the *Insurance Act*. I disagree with that conclusion. The pink card is a requirement of the *Highway Traffic Act*; it is used for administrative purposes as proof or evidence of insurance. However, it is not the actual policy. The definition of "contract" in s. 1(d.2) of the *Insurance Act* lists a number of items as constituting a "contract", including a policy, certificate, or receipt. However, the pink

14 jours suivant la date d'expiration d'une police, l'assuré continuait d'être protégé de manière ininterrompue même s'il avait un accident avant que le paiement ne soit fait. C'est ce qui expliquait la carte rose émise pour le délai de grâce allant du 27 avril au 11 mai. Un avis d'expiration de l'assurance automobile avait été envoyé à l'assuré trois jours avant l'expiration de la police. L'assuré n'avait ni répondu à l'avis ni payé la prime. Si l'assuré avait payé la prime, l'assureur lui aurait fait parvenir une attestation de renouvellement pour une période additionnelle de six mois à compter du 27 avril 1974 ainsi qu'une autre carte rose.

La Cour d'appel de l'Alberta a conclu que l'envoi de l'avis de renouvellement de l'assurance automobile et de l'avis d'expiration de l'assurance automobile constituaient des offres qui n'avaient pas été acceptées et, en conséquence, que la police d'assurance était expirée lorsque l'accident était survenu le 5 mai 1974, même si la carte rose indiquait qu'elle était valide jusqu'au 11 mai 1974. La cour a statué que la carte rose n'était pas une police d'assurance exécutoire. Le juge en chef McGillivray a dit ce qui suit à la p. 280:

[TRADUCTION] La remise d'une carte rose provisoire dans l'attente d'un renouvellement est une procédure raisonnable, logique d'un point de vue commercial, et, à mon avis, cette carte n'est pas censée équivaloir à une police, même si par ailleurs elle pourrait constituer un début de preuve de l'existence d'une police.

Cette affaire est analogue à l'espèce, et le raisonnement suivi dans l'arrêt *Bordeniuk* ainsi que la décision qui y a été rendue sont également applicables au présent pourvoi.

La Cour d'appel en l'espèce a conclu que la carte rose était une police d'assurance en vertu des définitions des termes «contrat» et «police» à l'art. 1 de l'*Insurance Act*. Je ne suis pas d'accord avec cette conclusion. La carte rose est exigée par la *Highway Traffic Act*; elle sert à des fins administratives comme preuve de l'assurance. Toutefois, il ne s'agit pas de la police elle-même. La définition du terme «contrat» à l'al. 1d.2) de l'*Insurance Act* énumère divers documents qui constituent un «contrat», notamment une police, un certificat ou

card contemplated by s. 218(6) is not listed in that definition of “contract”.

It was argued that the definitions of “contract” and “policy” are broad enough to bring the pink card within their scope, since they refer to a “writing” or an “instrument” evidencing a contract. However, had the legislature wanted to include the pink card within the definition of “contract”, it would have specifically listed the card in that definition. That it did not is an obvious demonstration that the pink card, properly used, only serves the purpose of indicating the existence of an underlying policy.

The provision in s. 216(8) of the *Insurance Act* which creates the pink card refers to the insurer issuing a card when it issues or delivers a policy or a renewal thereof. Thus, the pink card seems to be an additional requirement to the issuance and delivery of the policy itself; it does not by itself constitute insurance.

Section 324(1) of the *Highway Traffic Act* lends further support to the conclusion that the pink card is not in itself an insurance policy. Section 324(1) makes it an offence to obtain the registration of a motor vehicle when it is not insured. Thus, this subsection contemplates the possibility, *inter alia*, of an individual presenting a seemingly valid pink card who does not actually have insurance. The policy and the pink card are two different documents. A pink card is not the equivalent of an insurance policy.

While these conclusions dispose of the appeal there were other issues raised that deserve comment. I agree that the mere fact that there was no acceptance of the Offer to Renew does not finally answer the question of whether the documentation sent to the insured could constitute a binding policy. It is not disputed that the provisions of the *Insurance Act* can override the common law of contract. The respondent argued that by reason of ss. 216(8) and 218(6) of the *Insurance Act*, the pink card and Offer to Renew sent by the appellant evidenced a binding policy.

une quittance. Il n’y est cependant pas question de la carte rose prévue au par. 218(6).

On a soutenu que les définitions des termes «contrat» et «police» sont à première vue suffisamment générales pour viser la carte rose étant donné qu’il y est question d’un «écrit» ou d’un «acte» constatant un contrat. Toutefois, si le législateur avait voulu inclure la carte rose dans la définition du terme «contrat», il l’aurait expressément mentionnée dans cette définition. Il est évident, puisqu’il ne l’a pas fait, que la carte rose, lorsqu’elle est correctement utilisée, ne sert qu’à indiquer l’existence d’une police de base.

Le paragraphe 216(8) de l’*Insurance Act* qui crée la carte rose indique que l’assureur remet une carte lorsqu’il établit ou délivre une police ou son renouvellement. Par conséquent, il semble que la carte rose soit une condition additionnelle à l’établissement et à la délivrance de la police elle-même; elle ne constitue pas en soi une assurance.

Le paragraphe 324(1) de la *Highway Traffic Act* vient confirmer la conclusion selon laquelle la carte rose n’est pas en soi une police d’assurance. Il porte en effet que la personne qui obtient l’immatriculation d’un véhicule automobile non assuré commet une infraction. Ce paragraphe prévoit donc qu’il est possible qu’une personne qui n’est pas en réalité assurée présente une carte rose apparemment valide. La police d’assurance et la carte rose sont deux documents différents. La carte rose n’équivaut pas à une police d’assurance.

Ces conclusions permettent de trancher le présent pourvoi, mais certaines autres questions qui ont été soulevées méritent d’être commentées. Je reconnais que le simple fait que l’offre de renouvellement n’ait pas été acceptée ne règle pas définitivement la question de savoir si les documents envoyés à l’assuré pouvaient constituer une police exécutoire. Il n’est pas contesté que les dispositions de l’*Insurance Act* peuvent avoir préséance sur les règles de la common law applicables aux contrats. L’intimée a fait valoir qu’en raison des par. 216(8) et 218(6) de l’*Insurance Act*, la carte rose et l’offre de renouvellement envoyés par l’appelante constataient une police exécutoire.

It was submitted that the documentation sent constituted a "certificate" within the meaning of s. 218(6). This argument fails as the "certificate" contemplated by s. 218(6) is the Automobile Renewal Receipt which would have been issued by the appellant had the premium been paid. The Automobile Premium Notice/Offer to Renew cannot be construed as a liability policy. Neither can the accompanying pink card qualify as a policy for the reasons already given.

In *Bordeniuk* it was argued that the Alberta equivalent of s. 240(4) of the Prince Edward Island *Insurance Act* was applicable to protect third party rights even though the insured may have assigned or cancelled his contract of insurance or defaulted on his obligations. However, this section contemplates that a policy must be in existence before the provisions of the section can apply and is of no support for the proposition advanced that a pink card is the equivalent of a policy.

Once the court below found that a pink card was the equivalent of a policy, it concluded that s. 96(1) of the *Insurance Act* applied. Section 96(1) provides that once a policy is delivered, non-payment of premiums by the insured will not allow the insurer to deny coverage. This section was enacted by the legislature to protect against certain abuses which were taking place in the insurance industry. For example, insurers had made a practice of delivering policies that were conditional on the receipt of the first premium. This had several adverse results. It made the time at which the risk attached uncertain. It also made for some inequity in that the insurer would require a premium for the term as set out in the policy, but not be at risk for a portion of that time. Thus, s. 96(1) provides that once a policy is delivered, it is binding on the insurer regardless of the non-payment of premiums. However, a reading of the whole of s. 96 indicates that this section contemplates that the policy must first be issued and delivered and begs the question whether an offer to renew accompa-

On a prétendu que le document envoyé était un «certificat» au sens du par. 218(6). Cet argument ne peut pas être retenu car le «certificat» dont il est question dans ce paragraphe est la quittance de renouvellement de l'assurance automobile qui aurait été délivrée par l'appelante si la prime avait été payée. On ne peut pas considérer que l'Avis d'échéance de prime de l'assurance automobile/Offre de renouvellement est une assurance responsabilité pas plus d'ailleurs, pour les motifs déjà exprimés, que la carte rose qui y était jointe n'est une police d'assurance.

Dans l'affaire *Bordeniuk*, on a soutenu que la disposition de la loi albertaine qui était analogue au par. 240(4) de l'*Insurance Act* de l'Île-du-Prince-Édouard s'appliquait pour protéger les droits des tiers même lorsque l'assuré avait cédé ou annulé son contrat d'assurance ou manqué à ses obligations. Toutefois, ce paragraphe suppose qu'une police doit exister avant même qu'il puisse s'appliquer et il n'est d'aucune utilité pour appuyer l'argument suivant lequel la carte rose équivaut à une police.

Après avoir conclu qu'une carte rose équivalait à une police, la cour d'appel en l'espèce a statué que le par. 96(1) de l'*Insurance Act* s'appliquait. Le paragraphe 96(1) prévoit qu'une fois qu'une police a été remise, le non-paiement des primes par l'assuré ne permettra pas à l'assureur de refuser la protection. Le législateur a adopté ce paragraphe pour mettre fin à certaines pratiques abusives dans le domaine de l'assurance. Par exemple, des assureurs avaient l'habitude de délivrer des polices conditionnelles à la réception de la première prime. Une telle pratique avait divers effets négatifs. Ainsi, le moment de l'entrée en vigueur de l'assurance devenait incertain. Cela créait aussi une certaine injustice en ce que l'assureur exigeait le paiement de la prime pour la période spécifiée dans la police alors qu'il ne couvrait pas le risque pendant une partie de cette même période. C'est pourquoi le par. 96(1) prévoit qu'une fois qu'elle a été délivrée, la police lie l'assureur indépendamment du non-paiement des primes. Toutefois, il ressort de la lecture de l'ensemble de l'art. 96 qu'il suppose que

nied by a pink card is an insurance policy. As previously stated, it is not.

I agree with the observations of the late McGillivray C.J.A. in *Bordeniuk*, *supra*, that to interpret the word "policy" in the manner proposed by the respondent would effect an extraordinary result. If, for instance, an insurer issued a policy and then, at the request of an insured, cancelled it and refunded the premium, the insurer would be entitled to deny coverage, even though the pink card might still be in the possession of the insured. However, if the pink card were itself a policy this same result would not occur.

The case of *McDonnell v. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [1980] I.L.R. ¶ 1-1206 (Alta. S.C.), is distinguishable on its facts as the insurer in that case employed a one-step renewal process and would not have sent any further documentation had the renewal premium been received. The insurer in that case intended the renewal documentation to constitute the renewal certificate and hence an insurance policy. The intent of the appellant in the present appeal was the exact opposite.

The *Bordeniuk* decision has been followed in subsequent jurisprudence dealing with these issues (e.g. *Letterington v. Clarke*, [1980] I.L.R. ¶ 1-1216 (Alta. Q.B.), *Bohay v. Co-operative Fire and Casualty Co.* (1980), 27 A.R. 290 (Q.B.), and *Skinner v. Goldapple*, [1992] I.L.R. ¶ 1-2809 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). There are other cases which have reached the same result, but for different reasons (e.g. *Judgment Recovery (N.S.) Ltd. v. Home Insurance Co.*, [1978] I.L.R. ¶ 1-976 (N.S.C.A.), and *Judgment Recovery (N.S.) Ltd. v. Co-operative Fire and Casualty Co.*, [1979] I.L.R. ¶ 1-1139 (N.S.C.A.)). Some cases have traced both lines of authority (e.g. *Seymour v. Wagstaff* (1984), 52 N.B.R. (2d) 86 (T.D.)).

It is unnecessary for the appellant to terminate or cancel the alleged insurance in accordance with

la police doit tout d'abord avoir été établie et déli-
vrée, et ne concerne en rien la question de savoir si
une offre de renouvellement à laquelle est jointe
une carte rose est une police d'assurance. Comme
a nous l'avons déjà dit, ce n'est pas le cas.

Je souscris aux remarques du juge en chef
McGillivray qui a dit, dans l'arrêt *Bordeniuk*, pré-
cité, qu'on arriverait à un résultat étonnant en
b interprétant le terme «police» de la manière propo-
sée par l'intimée. Si, par exemple, un assureur éta-
blissait une police et, ensuite, l'annulait à la
demande de l'assuré et lui remboursait la prime, il
c aurait le droit de refuser de couvrir, même si l'as-
suré avait encore la carte rose en sa possession.
Toutefois, ce n'est pas ce qui se produirait si la
carte rose était elle-même une police d'assurance.

On peut établir une distinction entre l'espèce et
les faits de l'arrêt *McDonnell c. Wawanese Mutual
Insurance Co.*, [1980] I.L.R. ¶ 1-1206 (C.S. Alb.);
en effet, dans cette affaire, l'assureur utilisait un
processus de renouvellement en une seule étape et
e il n'aurait envoyé aucun autre document s'il avait
reçu la prime de renouvellement. Pour l'assureur,
les documents de renouvellement étaient censés
constituer l'attestation de renouvellement et, par
conséquent, une police d'assurance. Dans le pré-
sent pourvoi, l'intention de l'appelante était exacte-
f ment le contraire.

L'arrêt *Bordeniuk* a été suivi dans des décisions
ultérieures traitant de ces questions (par exemple,
g *Letterington c. Clarke*, [1980] I.L.R. ¶ 1-1216
(B.R. Alb.), *Bohay c. Co-operative Fire and
Casualty Co.* (1980), 27 A.R. 290 (B.R.), et *Skinner
c. Goldapple*, [1992] I.L.R. ¶ 1-2809 (C. Ont.,
div. gén.). On est arrivé au même résultat dans
d'autres affaires, mais pour des motifs différents
(par exemple, *Judgment Recovery (N.S.) Ltd. c.
Home Insurance Co.*, [1978] I.L.R. ¶ 1-976
(C.A.N.-É.), et *Judgment Recovery (N.S.) Ltd. c.
Co-operative Fire and Casualty Co.*, [1979] I.L.R.
i ¶ 1-1139 (C.A.N.-É.)). Certaines décisions ont
invoqué les deux courants: *Seymour c. Wagstaff*
(1984), 52 R.N.-B. (2d) 86 (1^{re} inst.)).

Il est inutile pour l'appelante de résilier ou d'an-
nuler l'assurance alléguée conformément au

Statutory Condition 8(1). This is only necessary where there is a binding insurance policy. Where the policy simply expires because of the non-payment of the renewal premium, no formal termination procedure need be followed by the appellant. To the extent that *Colven Distributors Ltd. v. Allstate Insurance Co.* (1992), 10 C.C.L.I. (2d) 157 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) decided otherwise it should not be followed. In the absence of legislation to the contrary, which does not exist in this case, a lapsed policy does not need to be formally terminated.

Although not an issue on the facts of this appeal, a question of reliance and estoppel may arise where an insurer issues a pink card for the full renewal term in circumstances where the premium is not paid and the policy lapses. By issuing a pink card, an insurer creates the opportunity that an insured who has let the policy lapse may hold out to third parties that insurance exists. If a third party reasonably relies on the existence of the pink card to its detriment, the insurer may be estopped from denying the existence of a binding insurance policy. The question of estoppel does not have to be decided in the present case as there was no evidence of reliance by third parties on the pink card nor any evidence of actual prejudice suffered by third parties as a result of the actions of the appellant.

For the reasons stated the appeal is allowed with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Walker & Aylward, Summerside.

Solicitors for the respondent: Campbell, Stewart, Charlottetown.

par. 8(1) des conditions prescrites. En effet, ce n'est nécessaire que lorsqu'il existe une police d'assurance exécutoire. Lorsque la police se termine tout simplement en raison du non-paiement de la prime de renouvellement, l'appelante n'est pas tenue de résilier formellement l'assurance. Dans la mesure où la décision *Colven Distributors Ltd. c. Allstate Insurance Co.* (1992), 10 C.C.L.I. (2d) 157 (C. Ont., div. gén.) allait dans le sens contraire, elle ne doit pas être suivie. En l'absence de dispositions législatives contraires, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, il n'est pas nécessaire de résilier une police tombée en déchéance.

Même si les faits en litige n'y donnent pas lieu, la possibilité d'une fin de non recevoir peut survenir lorsqu'un assureur remet une carte rose couvrant la période complète de renouvellement de l'assurance dans des cas où la prime n'est pas payée et la police tombe en déchéance. En délivrant une carte rose, l'assureur donne la possibilité à l'assuré qui a laissé la police tomber en déchéance de faire valoir aux tiers qu'il possède une assurance. Lorsqu'un tiers se fie à son détrimement à l'existence de la carte rose, il se peut que l'assureur soit irrecevable à nier l'existence d'une police d'assurance exécutoire. Il n'est pas nécessaire dans le présent pourvoi de trancher la question de l'irrecevabilité, car rien dans la preuve n'indique que des tiers se sont fiés à la carte rose ou ont subi un préjudice réel par suite des actes de l'appelante.

Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi est accueilli avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Walker & Aylward, Summerside.

Procureurs de l'intimée: Campbell, Stewart, Charlottetown.

Marcel Bélair, Jasmine Bisson, Carmen Lortie-Fleury, Normand Lortie, Robert Lortie, Marcel Perron, Richard Ponton, Pierre Readman, Francine Ricard, Michel Rioux and Claude St-Georges *Appellants*

v.

The Attorney General of Canada *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BISSON

File No.: 24010.

1994: November 28; 1994: December 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Interception of private communications — Validity of wiretap authorizations — Appellants charged with conspiracy to traffic in narcotics — Crown's evidence consisting of intercepted communications — Trial judge finding errors in supporting affidavit material and setting aside authorizations — Appellants acquitted — Court of Appeal setting aside acquittals and ordering new trial — Errors in information presented to authorizing judge not leading to automatic vitiation of authorization — Sufficient reliable information to support authorization.

Held: The appeal should be dismissed.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1994] R.J.Q. 308, 87 C.C.C. (3d) 440, 60 Q.A.C. 173, allowing the Crown's appeal from the appellants' acquittal on charges of conspiracy to traffic in narcotics and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Marcel Bélair, Jasmine Bisson, Carmen Lortie-Fleury, Normand Lortie, Robert Lortie, Marcel Perron, Richard Ponton, Pierre Readman, Francine Ricard, Michel Rioux et Claude St-Georges *Appellants*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. BISSON

N° du greffe: 24010.

1994: 28 novembre; 1994: 15 décembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Interception de communications privées — Validité d'autorisations d'écoute électronique — Appelants accusés de complot de trafic de stupéfiants — Preuve à charge consistant en communications interceptées — Juge du procès constatant des erreurs dans les documents à l'appui de l'affidavit et annulant les autorisations — Acquittements des appelants — Acquittements annulés et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Des erreurs dans les renseignements fournis au juge qui a accordé l'autorisation n'entraînent pas automatiquement la nullité de l'autorisation — Renseignements fiables suffisants pour justifier l'autorisation.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Jurisprudence

Arrêt mentionné: *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1994] R.J.Q. 308, 87 C.C.C. (3d) 440, 60 Q.A.C. 173, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquittal des appelants prononcé relativement à des accusations de complot de trafic de stupéfiants et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

André Gagnier, Jacques Bouchard, Mario Longpré, Gilles Richard, Micheline Paradis, Isabel Ducharme and Lise Rochefort, for the appellants.

André Gagnier, Jacques Bouchard, Mario Longpré, Gilles Richard, Micheline Paradis, Isabel Ducharme et Lise Rochefort, pour les appelants.

Ronald Schachter and Robert Marchi, for the respondent.

Ronald Schachter et Robert Marchi, pour l'intimé.

The following is the judgment delivered by

Le jugement suivant a été rendu par

THE COURT — We are all of the view that this appeal as of right should be dismissed. The trial judge found that the affidavit material presented to the authorizing judge contained an error of non-disclosure relating to the retraction of Eric Lortie, a failure to state his age, and an error in including him as a target and accomplice. Having found such errors, the trial judge proceeded to vitiate the wiretap authorization finding that the police officer deliberately misled the authorizing judge. In so doing, the trial judge fell into error.

LA COUR — Nous sommes tous d'avis que ce pourvoi de plein droit, doit être rejeté. Le juge du procès a décidé que les documents à l'appui de l'affidavit qui ont été présentés au juge émetteur, contenaient une erreur de non-divulgaration en ce qui concerne la rétractation d'Eric Lortie, l'omission de déclarer son âge et l'erreur commise en l'incluant comme cible et complice. Ceci étant, le juge du procès a rejeté l'autorisation d'écoute électronique au motif que le policier avait délibérément induit le juge en erreur. Ce faisant, le juge du procès a erré.

As stated in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, errors in the information presented to the authorizing judge, whether advertent or even fraudulent, are only factors to be considered in deciding to set aside the authorization and do not by themselves lead to automatic vitiation of the wiretap authorization as was done by the trial judge. The trial judge should have examined the information in the affidavit which was independent of the evidence concerning Eric Lortie in order to determine whether, in light of his finding, there was sufficient reliable information to support an authorization. Proulx J.A., writing for the Quebec Court of Appeal, [1994] R.J.Q. 308, 87 C.C.C. (3d) 440, 60 Q.A.C. 173, carefully reviewed and analyzed the affidavit after excluding the paragraphs directly affected by the retraction. On the basis of this analysis, we are satisfied that there was sufficient independently verifiable information which was not affected by the trial judge's finding and upon which an authorization could reasonably be based.

Selon l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, les erreurs dans l'information présentée au juge qui accorde l'autorisation, même si elles sont délibérées voire frauduleuses, ne sont que des facteurs qui doivent être considérés pour décider si on doit rejeter l'autorisation et ne mènent pas, par elles-mêmes, à une annulation automatique de l'autorisation d'écoute électronique, comme l'a fait le juge du procès. Ce dernier aurait dû examiner l'information contenue dans l'affidavit, et qui était indépendante de la preuve concernant Eric Lortie, afin de déterminer si, compte tenu de sa conclusion, il y avait néanmoins une information suffisante et fiable pour appuyer l'autorisation. Le juge Proulx, s'exprimant au nom de la Cour d'appel du Québec, [1994] R.J.Q. 308, 87 C.C.C. (3d) 440, 60 Q.A.C. 173, a soigneusement examiné et analysé l'affidavit après avoir exclu les paragraphes directement touchés par la rétractation. Sur la foi de cette analyse, nous sommes convaincus qu'il y avait suffisamment d'information indépendante et vérifiable qui n'a pas été affectée par la décision du juge du procès, et sur laquelle une autorisation pouvait être raisonnablement fondée.

The appeal is therefore dismissed.

Le pourvoi est donc rejeté.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellants Marcel Bélair and Claude St-Georges: Gilles Richard, Montréal.

Solicitor for the appellant Jasmine Bisson: Isabel Ducharme, Montréal.

Solicitor for the appellant Carmen Lortie-Fleury: Micheline Paradis, Chomedey, Quebec.

Solicitors for the appellant Normand Lortie: Bouchard, Filteau, Doré, Montréal.

Solicitors for the appellants Robert Lortie and Pierre Readman: Labelle, Boudrault, Côté & Associés, Montréal.

Solicitor for the appellant Marcel Perron: Mario Longpré, Montréal.

Solicitor for the appellants Richard Ponton and Francine Ricard: Pierre Panaccio, Montréal.

Solicitor for the appellant Michel Rioux: Lise Rochefort, Montréal.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Ottawa.

Pourvoi rejeté.

Procureur des appelants Marcel Bélair et Claude St-Georges: Gilles Richard, Montréal.

^a *Procureur de l'appelante Jasmine Bisson: Isabel Ducharme, Montréal.*

^b *Procureur de l'appelante Carmen Lortie-Fleury: Micheline Paradis, Chomedey, Québec.*

Procureurs de l'appelant Normand Lortie: Bouchard, Filteau, Doré, Montréal.

^c *Procureurs des appelants Robert Lortie et Pierre Readman: Labelle, Boudrault, Côté & Associés, Montréal.*

^d *Procureur de l'appelant Marcel Perron: Mario Longpré, Montréal.*

Procureur des appelants Richard Ponton et Francine Ricard: Pierre Panaccio, Montréal.

^e *Procureur de l'appelant Michel Rioux: Lise Rochefort, Montréal.*

Procureur de l'intimé: George Thomson, Ottawa.

**Merck & Co. Inc. and Merck Frosst
Canada Inc.** *Appellants*

v.

Apotex Inc. *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada and the
Minister of National Health and
Welfare** *Respondents*

INDEXED AS: APOTEX INC. v. CANADA (ATTORNEY
GENERAL)

File No.: 23905.

1994: December 5; 1994: December 15.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Food and drugs — Notice of compliance — Mandamus — Drug company obtaining mandamus to compel Minister of National Health and Welfare to issue notice of compliance respecting generic version of drug — Federal Court of Appeal affirming order — Whether drug company having vested rights in issuance of notice of compliance — Whether mandamus properly granted — Whether Federal Court of Appeal exceeding jurisdiction by issuing mandamus.

Held: The appeal should be dismissed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1994] 1 F.C. 742, 51 C.P.R. (3d) 339, 162 N.R. 177, 18 Admin. L.R. (2d) 122, dismissing an appeal and cross-appeal from a judgment of the Trial Division (1993), 49 C.P.R. (3d) 161, 66 F.T.R. 36, which granted Apotex's application for mandamus and denied Merck's application for prohibition. Appeal dismissed.

W. Ian C. Binnie, Q.C., and William H. Richardson, for the appellants.

**Merck & Co. Inc. et Merck Frosst Canada
Inc.** *Appelantes*

a c.

Apotex Inc. *Intimée*

b et

**Le procureur général du Canada et le
ministre de la Santé nationale et du Bien-
être social** *Intimés*

c

RÉPERTORIÉ: APOTEX INC. c. CANADA (PROCUREUR
GÉNÉRAL)

N^o du greffe: 23905.

d

1994: 5 décembre; 1994: 15 décembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major.

e

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Aliments et drogues — Avis de conformité — Mandamus — Compagnie pharmaceutique obtenant un mandamus enjoignant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité concernant un médicament générique — Ordonnance confirmée par la Cour d'appel fédérale — La compagnie pharmaceutique avait-elle des droits acquis en matière d'avis de conformité? — Le mandamus a-t-il été régulièrement accordé? — La Cour d'appel fédérale a-t-elle excédé sa compétence en délivrant un mandamus?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1994] 1 C.F. 742, 51 C.P.R. (3d) 339, 162 N.R. 177, 18 Admin. L.R. (2d) 122, qui a rejeté un appel principal et un appel incident contre un jugement de la Section de première instance (1993), 49 C.P.R. (3d) 161, 66 F.T.R. 36, qui avait fait droit à la demande de *mandamus* d'Apotex et rejeté la demande de prohibition de Merck. Pourvoi rejeté.

W. Ian C. Binnie, c.r., et William H. Richardson, pour les appelantes.

Harry B. Radomski and Richard Naiberg, for the respondent Apotex Inc.

H. Lorne Morphy, Q.C., and Kent E. Thomson, for the respondents the Attorney General of Canada and the Minister of National Health and Welfare.

The following is the judgment delivered by

THE COURT — We are all of the view that the appeal should be dismissed substantially for the reasons of Robertson J.A. in the Federal Court of Appeal, [1994] 1 F.C. 742. The appeal is accordingly dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondent Apotex Inc.: Goodman & Goodman, Toronto.

Solicitor for the respondents the Attorney General of Canada and the Minister of National Health and Welfare: George Thomson, Ottawa.

Harry B. Radomski et Richard Naiberg, pour l'intimée Apotex Inc.

H. Lorne Morphy, c.r., et Kent E. Thomson, pour les intimés le procureur général du Canada et le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi essentiellement pour les mêmes raisons que celles exposées par le juge Robertson de la Cour d'appel fédérale, [1994] 1 C.F. 742. Le pourvoi est donc rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intimée Apotex Inc.: Goodman & Goodman, Toronto.

Procureur des intimés le procureur général du Canada et le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social: George Thomson, Ottawa.

INDEX

APPEAL

1. Supreme Court of Canada — Wrongful dismissal — Appellant's death and changes in provincial legislation radically altering situation presented in application for leave to appeal — Appeal dismissed without comment on issues, questions of law and principles raised in courts below.

WEBSTER V. BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY, 549.

2. Publication bans — Publication ban imposed in criminal proceedings — Ban issued under judge's common law or legislated discretionary authority — Avenues available for third parties to challenge ban.

DAGENAIS V. CANADIAN BROADCASTING CORP., 835.

3. Publication bans — Publication ban imposed in criminal proceedings — Ban issued under judge's common law or legislated discretionary authority — Avenues available for third parties to challenge ban.

R. v. S. (T.), 952.

CONFLICT OF LAWS

Torts — Traffic accident — Injured parties not resident in province where accident occurred — Actions instituted in home provinces of injured parties — Whether *lex fori* or *lex loci delicti* should apply — If substantive law that of jurisdiction where accident occurred, whether limitation period substantive law and therefore applicable in forum or procedural law and therefore not binding on court hearing case — Automobile Insurance Act, L.Q. 1977, c. 68, ss. 3, 4 — Code civil du Bas Canada, art. 6 — Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, c. L-15 — Vehicles Act, R.S.S. 1978, c. V-3, s. 180(1).

TOLOFSON V. JENSEN; LUCAS (LITIGATION GUARDIAN OF) V. GAGNON, 1022.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Fundamental justice — Accused acquitted of sexual assault on account of his extreme intoxication at time of incident — Acquittal overturned on appeal — Whether rule that mental element of general intent offence cannot be negated by drunkenness violates principles of fundamental justice

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

— If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

R. v. DAVIAULT, 63.

2. Charter of Rights — Presumption of innocence — Accused acquitted of sexual assault on account of his extreme intoxication at time of incident — Acquittal overturned on appeal — Whether rule that mental element of general intent offence cannot be negated by drunkenness violates presumption of innocence — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d).

R. v. DAVIAULT, 63.

3. Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Right to be informed of reason for arrest and to be informed of right to counsel — Arrest made for sexual assault — Identity of assailant in earlier sexual assault unknown — Detainee advised of right to counsel on arrest before making statement with respect to second assault and before giving written statement — Police requesting hair and blood samples primarily for comparative DNA testing in order to determine identity of first assailant — Detainee not told of investigation into first assault or informed of his right to counsel in that regard — Whether or not unreasonable search and seizure contrary to s. 8 of the Charter — Whether or not s. 10 right to be informed of reason for detention and of right to counsel violated with respect to investigation of first assault — Whether or not evidence of analysis results would bring administration of justice into disrepute and therefore should be excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(a), (b), 24(2).

R. v. BORDEN, 145.

4. Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Free duty counsel — Rights read to person under arrest mentioning availability of legal aid but not mentioning availability of free and immediate duty counsel by toll-free telephone — Arrest made outside normal working hours — Person under arrest not knowing who to call — Incriminating statement made — Whether or not statement should be excluded from evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(b), 254(3)(a), (b), (5).

R. v. BARTLE, 173.

5. Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Free duty counsel — Arrest made

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

outside normal working hours — Rights read to person under arrest mentioning availability of legal aid — Appellant wishing to speak with lawyer and provided list of legal aid lawyers — Appellant unable to contact legal aid lawyer and unable to afford private lawyer — Breathalyser test taken and failed — Whether s. 10(b) of the Charter imposing substantive constitutional obligation on governments to provide free and immediate preliminary legal advice upon request — Whether appellant's s. 10(b) right was violated — If so, whether the breathalyser evidence should be excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 10(b), 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(a), (b), 254(3), (5), 258(1)(c)(ii), (d), 503(1)(a).

R. V. PROSPER, 236.

6. Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Free duty counsel — Impaired driving — Arrest made outside normal working hours — Rights read to person under arrest mentioning availability of legal aid — Appellant not advised of toll-free number for immediate free legal advice — Appellant confused and not knowing whether to contact lawyer — Breathalyser tests failed — Whether disclosure of toll-free number needed to be made under the information component of s. 10(b) of the Charter — Whether the breathalyser evidence should be excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 253(b).

R. V. POZNIAK, 310.

7. Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Refusal to blow — Province without duty counsel system — Caution read but mention made of availability of legal aid but not of duty counsel — Whether informational component of s. 10(b) violated when no mention made of duty counsel — If so, whether evidence of refusal to blow nevertheless admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 253(a), 254(5).

R. V. MATHESON, 328.

8. Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Inculpatory statement made on arrival of police — Second inculpatory statement made after arrest and advised of rights to counsel and to silence — Rights as read mentioning availability of legal aid — Whether or not breach of s. 10(b) of the Charter — If so, whether or not statements should be excluded under s. 24(2).

R. V. HARPER, 343.

9. Charter of Rights — Right to retain and instruct counsel and to be informed thereof — Free duty counsel — Detainee refusing to blow for breathalyser test and arrested — Rights as read informing of right to counsel and advising of availability of legal aid but not mentioning availability of free and immediate duty counsel and method of accessing this service — Whether s. 10(b) of Charter includes right to be informed of duty counsel services

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

and how to access that service — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(3)(a).

R. V. COBHAM, 360.

10. Charter of Rights — Freedom of expression — Federal government funding four national aboriginal associations alleged to be male-dominated and inviting them to participate in constitutional discussions — Aboriginal women's association not provided with equal funding and rights of participation to express its views — Whether aboriginal women's freedom of expression infringed — Whether federal government obliged under ss. 2(b) and 28 of Canadian Charter of Rights and Freedoms to provide equal funding and participation to aboriginal women's association.

NATIVE WOMEN'S ASSN. OF CANADA V. CANADA, 627.

11. Charter of Rights — Equality rights — Sex discrimination — Federal government funding four national aboriginal associations alleged to be male-dominated and inviting them to participate in constitutional discussions — Aboriginal women's association not provided with equal funding and rights of participation to express its views — Whether aboriginal women's equality rights infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).

NATIVE WOMEN'S ASSN. OF CANADA V. CANADA, 627.

12. Aboriginal and treaty rights — Constitutional reform — Right of Aboriginal people of Canada to participate in constitutional discussions not derived from any existing aboriginal and treaty rights protected by s. 35 of Constitution Act, 1982.

NATIVE WOMEN'S ASSN. OF CANADA V. CANADA, 627.

13. Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Criminal law — Sentencing — Mandatory minimum sentence for use of firearm while committing indictable offence — Sentence to be served consecutively to punishment imposed for an offence arising from same event — Sentence imposed on conviction for armed robberies using shotgun — Whether provision creating minimum sentence infringing s. 12 of Charter — If so, whether justified under s. 1 of Charter — Whether provision requiring sentence to be served consecutively if arising out of same event infringing s. 12 of Charter — If so, whether justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 85(1), (2).

R. V. BROWN, 749.

14. Division of powers — Property and civil rights — Taxation — Income Tax Act providing for seizure of funds owing by tax debtor — Priority given over other security interests created by province — Whether or not manner in which money obtained ultra vires federal Parliament — Constitution Act, 1867, s. 92(13) — Income Tax Act, S.C. 1987, c. 46, s. 224(1.2), (1.3).

TRANSAS LTD. V. MID-PLAINS CONTRACTORS LTD., 753.

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

15. Charter of Rights — Criminal Code prohibiting convicted sexual offenders from loitering in school yards, playgrounds and public parks — Convicted sexual offender convicted of loitering by play area in public park — Definition of “loitering” — Whether infringement of s. 7 (the right to life, liberty and security of the person), s. 11(d) (the right to be presumed innocent), s. 12 (the right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment), s. 9 (the right not to be arbitrarily detained or imprisoned) and s. 11(h) (the right not to be tried and punished for the same offence if already found guilty and punished for that offence) — If so, whether justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 11(d), (h), 12 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 179(1)(b).

R. v. HEYWOOD, 761.

16. Charter of Rights — Freedom of expression — Fair trial — Publication bans — Whether common law rule governing publication bans inconsistent with Charter principles — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 11(d).

DAGENAIS V. CANADIAN BROADCASTING CORP., 835.

17. 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).

R. v. LABA, 965.

18. Charter of Rights — Fundamental justice — Criminal law — Conspiracy to commit robbery — One accused convicted and sentenced and other acquitted — Appeals taken against conviction and sentence and against acquittal — Whether two accused part of same conspiracy from beginning — Whether manner of prosecution violated fundamental principles of justice underlying community’s sense of decency and fair play.

R. v. PIZZARDI; R. v. LEVIS, 1018.

CONTRACTS

Contract for independent services — Breach by failure to disclose — Calculation of damages.

HODGKINSON V. SIMMS, 377.

COURTS

1. Federal Court of Appeal — Jurisdiction — Declaratory relief — Whether Federal Court of Appeal had jurisdiction to grant declaratory relief when applicants sought order of prohibition in Trial Division.

NATIVE WOMEN’S ASSN. OF CANADA V. CANADA, 627.

2. Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Publication bans — Whether Supreme Court has jurisdiction to hear third party challenge to publication ban issued in criminal proceedings — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1), (3) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 674.

DAGENAIS V. CANADIAN BROADCASTING CORP., 835.

3. 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).

R. v. LABA, 965.

CRIMINAL LAW

1. Sexual assault — Mens rea — Intoxication — Accused acquitted of sexual assault on account of his extreme intoxication at time of incident — Acquittal overturned on appeal — Whether evidence of extreme intoxication tantamount to state of automatism can negative intent required for general intent offence.

R. v. DAVIAULT, 63.

2. Keeping gambling devices — Whether trial judge erred in law by requiring Crown to prove that devices were actually used for purpose of gambling — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 202(1)(b).

R. v. KENT, 133.

3. Appeals — Crown appeal — Question of law — Whether trial judge erred in law by requiring Crown to prove that devices were actually used for purpose of gambling — Whether Court of Appeal erred in setting aside acquittal and ordering new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 676(1)(a).

R. v. KENT, 133.

4. Investigations — Arrest made for sexual assault — Identity of assailant in earlier sexual assault unknown — Detainee advised of right to counsel on arrest, before making statement with respect to second assault and before giving written statement — Police requesting hair and blood samples primarily for comparative DNA testing in order to determine identity of first assailant — Detainee not told of investigation into first assault or informed of his right

CRIMINAL LAW—Continued

to counsel in that regard — Whether or not unreasonable search and seizure contrary to s. 8 of the Charter — Whether or not s. 10 right to be informed of reason for detention and of right to counsel violated with respect to investigation of first assault — Whether or not evidence of analysis results would bring administration of justice into disrepute and therefore should be excluded under s. 24(2) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(a), (b), 24(2).

R. v. BORDEN, 145.

5. Parole eligibility hearing with jury after 15 years of prison term served — Factors to be considered listed and ultimate decision at jury's discretion — Inflammatory comments by Crown — Whether comments rendering hearing unfair — Whether victim impact statements admissible — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 735(1.1), 744, 745(1)(a), (b), (2), (3), (4)(a), (b).

R. v. SWIETLINSKI, 481.

6. Charge to jury — Murder — Trial judge erring in instructions concerning included offence of manslaughter — No substantial wrong or miscarriage of justice — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. HAUGHTON, 516.

7. Charge to jury — Reasonable doubt — Credibility — Crown's case hinging on testimony of accomplice — Accused denying participating in killing — Trial turning on credibility of accused and of accomplice — Whether trial judge erred in not instructing jury on application of reasonable doubt to issue of credibility in charge or in response to jury's questions.

R. v. LEVASSEUR, 518.

8. Charge to jury — Credibility — Accused convicted of incest — Whether trial judge's instructions to jury regarding reasonable doubt constituted misdirection.

R. v. K. (A.), 520.

9. Charge to jury — Recharge — Trial judge responding to question from jury regarding reasonable doubt — Whether trial judge erred in recharge — If so, whether error constitutes grounds for retrial if main charge free from error — Whether verdict convicting accused unreasonable.

R. v. S. (W.D.), 521.

10. Sentencing — Mandatory minimum sentence for use of firearm while committing indictable offence — Sentence to be served consecutively to punishment imposed for an offence arising from same event — Sentence imposed on conviction for armed robberies using shotgun — Whether provision creating minimum sentence infringing s. 12 of Charter — If so, whether justified under s. 1 of Charter — Whether provision requiring sentence to

CRIMINAL LAW—Continued

be served consecutively if arising out of same event infringing s. 12 of Charter — If so, whether justified under s. 1 of Charter.

R. v. BROWN, 749.

11. Evidence — Prejudicial effect — Accused overheard to say he had killed victim — Trial judge admitting statement — Accused convicted of second degree murder — Court of Appeal ordering new trial — Meaning of evidence so speculative and probative value so tenuous that it ought to have been excluded — Crown's appeal dismissed.

R. v. FERRIS, 756.

12. Fresh evidence — Accused's application to adduce fresh evidence in Court of Appeal dismissed — Whether Court of Appeal erred in not admitting fresh evidence.

R. v. H. (L.M.), 758.

13. Manslaughter — Court of Appeal erring in setting aside conviction.

R. v. DUBASZ, 759.

14. Sexual conviction — Loitering — Definition of "loitering" — Criminal Code prohibiting convicted sexual offenders from loitering in school yards, playgrounds and public parks — Convicted sexual offender convicted of loitering by play area in public park — Whether infringement of s. 7 (the right to life, liberty and security of the person), s. 11(d) (the right to be presumed innocent), s. 12 (the right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment), s. 9 (the right not to be arbitrarily detained or imprisoned) and s. 11(h) (the right not to be tried and punished for the same offence if already found guilty and punished for that offence) — If so, whether justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 11(d), (h), 12 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 179(1)(b).

R. v. HEYWOOD, 761.

15. Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused convicted of sexual offences — Similar fact evidence admitted at trial — Convictions upheld on appeal — No substantial wrong or miscarriage of justice resulting from admission of similar fact evidence — Trial judge convinced that each count proved beyond reasonable doubt before proceeding to analyze similar fact evidence — Properly instructed jury could not reasonably have come to different conclusion if similar fact evidence had not been admitted — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. HUOT, 827.

16. Sexual assault — Defences — Consent — Defence of honest but mistaken belief in consent.

R. v. WHITLEY, 830.

CRIMINAL LAW—Concluded

17. Search warrants — Existence of search warrant established — Issue of burden of proof not arising.

R. v. FELDMAN, 832.

18. Publication bans — Four members of Catholic order charged with physical and sexual abuse of young boys in Catholic training schools — Superior court judge restraining CBC from broadcasting anywhere in Canada fictional program dealing with child sexual and physical abuse in Catholic orphanage until end of criminal trials in Ontario — Whether CBC can appeal publication ban — If so, whether judge erred in ordering ban — Standard applicable.

DAGENAIS V. CANADIAN BROADCASTING CORP., 835.

19. Procedure — Publication bans — General principles governing publication bans and their application.

DAGENAIS V. CANADIAN BROADCASTING CORP., 835.

20. Publication bans — Young offender charged with sexual offences on two children — Youth court judge banning publication of evidence and proceedings at young offender's trial until trials of other accused involving same complainants completed — Whether media can challenge publication ban.

R. v. S. (T.), 952.

21. Fundamental justice — Abuse of process — Paid informants — Police informant to be paid in full only in event of successful investigation — Informant's evidence not inadmissible.

R. v. DIKAH, 1020.

22. Interception of private communications — Validity of wiretap authorizations — Appellants charged with conspiracy to traffic in narcotics — Crown's evidence consisting of intercepted communications — Trial judge finding errors in supporting affidavit material and setting aside authorizations — Appellants acquitted — Court of Appeal setting aside acquittals and ordering new trial — Errors in information presented to authorizing judge not leading to automatic vitiation of authorization — Sufficient reliable information to support authorization.

R. v. BISSON, 1097.

FAMILY LAW

1. International child abduction — Convention on Civil Aspects of International Child Abduction — Interpretation and application of Convention — Interaction between Convention and provincial legislation implementing it — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35

FAMILY LAW—Concluded

— Child Custody Enforcement Act, R.S.M. 1987, c. C360, s. 6.

THOMSON V. THOMSON, 551.

2. Custody — Wrongful removal or retention of child — Scottish court granting mother interim custody of child with access to father — Insertion of non-removal clause in interim custody order — Mother removing child from Scotland to Manitoba — Scottish court later granting father permanent custody of child — Father applying in Manitoba for return of child to Scotland under provincial legislation and international convention on child abduction — Whether removal of child from Scotland constituting "wrongful removal or retention" of child — Whether child's return would expose him to grave risk of psychological harm — Whether transitory measures for child's return within jurisdiction of Manitoba courts — Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, Arts. 3, 5, 12, 13 — Child Custody Enforcement Act, R.S.M. 1987, c. C360, s. 6.

THOMSON V. THOMSON, 551.

3. Divorce — Support — Variation — Parties entering into separation agreement later incorporated into divorce judgment — Appellant subsequently applying to vary amount of child support — Extent to which court bound by original support order — Whether conditions for granting variation order met — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 17(4).

WILICK V. WILICK, 670.

FIDUCIARY DUTY

Non-disclosure — Damages — Financial adviser — Client insisting that adviser not be involved in promoting — Adviser not disclosing involvement in projects — Client investing in projects suggested by adviser — Ultimate decision as to whether or not to invest that of client — Substantial losses incurred during period of economic downturn — Whether or not fiduciary duty on part of adviser — If so, calculation of damages.

HODGKINSON V. SIMMS, 377.

FOOD AND DRUGS

Notice of compliance — Mandamus — Drug company obtaining mandamus to compel Minister of National Health and Welfare to issue notice of compliance respecting generic version of drug — Federal Court of Appeal affirming order — Whether drug company having vested rights in issuance of notice of compliance

FOOD AND DRUGS—Concluded

— Whether mandamus properly granted — Whether Federal Court of Appeal exceeding jurisdiction by issuing mandamus.

APOTEX INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 1100.

INSURANCE

Automobile insurance — Renewal — Policy lapse — Insurer mailing offer to renew and “pink card” to insured — Insured failing to pay renewal premium due by time specified — Insurer not sending notice of termination — Insured involved in accident after insurance had expired — Whether insurer liable — Whether “pink card” constitutes insurance policy — Insurance Act, R.S.P.E.I. 1988, c. I-4, ss. 216(8), 218(6).

PATTERSON V. GALLANT, 1080.

MUNICIPAL LAW

1. Real estate valuation — Tax-exempt immovables — Reception centres — Whether appellant can qualify as reception centre and benefit from tax exemption — Interpretation of tax legislation — Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, s. 204(14) — Act respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 1(k), 12.

QUÉBEC (COMMUNAUTÉ URBAINE) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours, 3.

2. Real estate valuation — Tax-exempt immovables — Public establishments — Whether appellants can be assimilated to public establishments they serve and benefit from tax exemption — Interpretation of tax legislation — Alter ego theory — Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, ss. 204(14), 236(1.1).

BUANDERIE CENTRALE DE MONTRÉAL INC. V. MONTREAL (CITY); CONSEIL DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DE LA RÉGION DE MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN V. MONTREAL (CITY), 29.

3. Taxation — Action to set aside entries on real estate valuation roll — Prescription — Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, s. 172.

BUANDERIE CENTRALE DE MONTRÉAL INC. V. MONTREAL (CITY); CONSEIL DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DE LA RÉGION DE MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN V. MONTREAL (CITY), 29.

MUNICIPAL LAW—Concluded

4. Real estate valuation — Tax-exempt immovables — Public establishments — Whether appellant can be assimilated to public establishments it serves and benefit from tax exemption — Interpretation of tax legislation — Alter ego theory — Act respecting Municipal Taxation, R.S.Q., c. F-2.1, ss. 204(14), 236(1.1).

PARTAGEC INC. V. QUÉBEC (COMMUNAUTÉ URBAINE), 57.

5. Taxation — No contradiction or incompatibility between s. 13 of the Charter of the City of Beauport and s. 486 of the Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19.

CAISSE POPULAIRE DE CHARLESBOURG V. BEAUFORT (CITY), 833.

PREROGATIVE WRITS

Habeas corpus — Inmate transferred to special handling unit — Motion for writ of habeas corpus dismissed.

GAUDET V. MARCHAND, 514.

TAXATION

1. Legislation — Rules for interpreting tax legislation.

QUÉBEC (COMMUNAUTÉ URBAINE) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours, 3.

2. Legislation — Rules for interpreting tax legislation.

BUANDERIE CENTRALE DE MONTRÉAL INC. V. MONTREAL (CITY); CONSEIL DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DE LA RÉGION DE MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN V. MONTREAL (CITY), 29.

3. Legislation — Rules for interpreting tax legislation.

PARTAGEC INC. V. QUÉBEC (COMMUNAUTÉ URBAINE), 57.

INDEX

ALIMENTS ET DROGUES

Avis de conformité — Mandamus — Compagnie pharmaceutique obtenant un mandamus enjoignant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité concernant un médicament générique — Ordonnance confirmée par la Cour d'appel fédérale — La compagnie pharmaceutique avait-elle des droits acquis en matière d'avis de conformité? — Le mandamus a-t-il été régulièrement accordé? — La Cour d'appel fédérale a-t-elle excédé sa compétence en délivrant un mandamus?

APOTEX INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 1100.

APPEL

1. Cour suprême du Canada — Licenciement injustifié — Décès de l'appelant et changements dans la législation provinciale modifiant radicalement la situation présentée dans la demande d'autorisation de pourvoi — Pourvoi rejeté sans commentaires sur les questions en litige, questions de droit et principes soulevés devant les juridictions inférieures.

WEBSTER C. BRITISH COLUMBIA HYDRO AND POWER AUTHORITY, 549.

2. Interdictions de publication — Interdiction de publication ordonnée dans le cadre de procédures criminelles — Interdiction prononcée par le juge en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative — Moyens de contestation de l'interdiction ouverts aux tiers.

DAGENAIS C. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA, 835.

3. Interdictions de publication — Interdiction de publication ordonnée dans le cadre de procédures criminelles — Interdiction prononcée par le juge en vertu de son pouvoir discrétionnaire issu de la common law ou d'origine législative — Moyens de contestation de l'interdiction ouverts aux tiers.

R. C. S. (T.), 952.

ASSURANCE

Assurance automobile — Renouvellement — Déchéance de la police — Offre de renouvellement et «carte rose» envoyées par l'assureur à l'assuré — Non-paiement de la prime de renouvellement avant la date précisée — L'assureur n'a pas donné d'avis de résiliation — Assuré impliqué dans un accident après l'expiration

ASSURANCE—Fin

de la police — L'assureur est-il responsable? — La «carte rose» constitue-t-elle une police d'assurance? — Insurance Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. I-4, art. 216(8), 218(6).

PATTERSON C. GALLANT, 1080.

BREFS DE PRÉROGATIVE

Habeas corpus — Détenu transféré dans une unité spéciale de détention — Requête pour la délivrance d'un bref d'habeas corpus rejetée.

GAUDET C. MARCHAND, 514.

CONTRATS

Contrat de services indépendants — Inexécution par omission de divulgation — Calcul des dommages-intérêts.

HODGKINSON C. SIMMS, 377.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Justice fondamentale — Accusé acquitté d'agression sexuelle en raison de son état d'intoxication extrême au moment de l'incident — Acquittement infirmé en appel — La règle selon laquelle l'élément moral d'une infraction d'intention générale ne peut être réfuté par l'ivresse viole-t-elle les principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

R. C. DAVIAULT, 63.

2. Charte des droits — Présomption d'innocence — Accusé acquitté d'agression sexuelle en raison de son état d'intoxication extrême au moment de l'incident — Acquittement infirmé en appel — La règle selon laquelle l'élément moral d'une infraction d'intention générale ne peut être réfuté par l'ivresse viole-t-elle la présomption d'innocence? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d).

R. C. DAVIAULT, 63.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

3. Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Droit d'être informé des motifs de l'arrestation et du droit à l'assistance d'un avocat — Arrestation pour agression sexuelle — Identité de l'auteur d'une agression sexuelle antérieure inconnue — Détenu informé de son droit à l'assistance d'un avocat au moment de son arrestation avant de faire une déclaration orale au sujet de la seconde agression et une déclaration écrite — Policiers demandant des échantillons de sang et de cheveux dans le but premier d'en comparer le profil génétique (ADN) afin de déterminer l'identité du premier agresseur — Détenu non informé de l'enquête sur la première agression ou de son droit à l'assistance d'un avocat à cet égard — Y a-t-il eu fouille, perquisition ou saisie abusive au sens de l'art. 8 de la Charte? — Le droit d'être informé des motifs de la détention et le droit à l'assistance d'un avocat garantis par l'art. 10 ont-ils été violés en ce qui concerne l'enquête sur la première agression? — La preuve des résultats de l'analyse est-elle susceptible de reconsidérer l'administration de la justice et devrait-elle donc être écartée en vertu de l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10a), b), 24(2).

R. C. BORDEN, 145.

4. Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit — Services gratuits d'avocats de garde — Mention faite au moment de l'arrestation de la possibilité de recourir à l'aide juridique mais non de l'accessibilité de services juridiques gratuits et immédiats par appel téléphonique sans frais — Arrestation après les heures de bureau — La personne arrêtée ne sait pas qui appeler — Déclaration incriminante — Faut-il écarter la déclaration? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253b), 254(3)a), b), (5).

R. C. BARTLE, 173.

5. Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit — Services gratuits d'avocats de garde — Arrestation après les heures de bureau — Personne arrêtée informée de ses droits, avec mention de la possibilité de faire appel à l'aide juridique — Liste des avocats de l'aide juridique fournie à l'appelant, qui voulait parler à un avocat — Appelant incapable de communiquer avec un avocat de l'aide juridique et d'assumer le coût d'un avocat de cabinet privé — Alcootest positif — L'article 10b) de la Charte impose-t-il aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de fournir, sur demande, sans frais et sans délai, des conseils juridiques préliminaires? — Le droit que l'art. 10b) garantit à l'appelant a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, la preuve obtenue par alcootest devrait-elle être écartée en application de l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 10b), 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253a), b), 254(3), (5), 258(1)c)(ii), d), 503(1)a).

R. C. PROSPER, 236.

6. Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit — Service gratuit d'avocats de garde — Conduite avec facultés affaiblies — Arrestation après les heures de bureau — Personne arrêtée informée de

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

ses droits, avec mention de la possibilité de faire appel à l'aide juridique — Appelant non informé du numéro sans frais lui permettant d'obtenir immédiatement et gratuitement des conseils juridiques — Appelant désorienté et ne sachant pas s'il devait communiquer avec un avocat — Alcootests positifs — Est-il nécessaire de divulguer le numéro sans frais dans le cadre du volet information de l'art. 10b) de la Charte? — La preuve fournie par l'alcootest devrait-elle être écartée en application de l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253b).

R. C. POZNIAK, 310.

7. Charte des droits — Droit de recourir aux services d'un avocat et d'être informé de ce droit — Refus de se soumettre à l'alcootest — Province n'offrant pas de service d'avocats de garde — Lecture d'une mise en garde mentionnant la possibilité de recourir à l'aide juridique, mais non celle d'obtenir les services d'un avocat de garde — Le volet information de l'art. 10b) a-t-il été violé du fait que les services d'avocats de garde n'ont pas été mentionnés? — Dans l'affirmative, la preuve du refus de se soumettre à l'alcootest peut-elle néanmoins être utilisée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253a), 254(5).

R. C. MATHESON, 328.

8. Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit — Déclaration incriminante faite à l'arrivée de la police — Seconde déclaration incriminante faite après l'arrestation et l'avis du droit à l'assistance d'un avocat et du droit de garder le silence — Lecture des droits mentionnant l'existence d'un service d'aide juridique — Y a-t-il eu violation de l'art. 10b) de la Charte? — Dans l'affirmative, les déclarations doivent-elles être écartées en application de l'art. 24(2)?

R. C. HARPER, 343.

9. Charte des droits — Droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit — Services gratuits d'avocats de garde — Arrestation de la personne détenue après son refus de se soumettre à un alcootest — Lecture de la mise en garde l'informant de son droit à l'assistance d'un avocat et de la possibilité de présenter une demande d'aide juridique, mais non de la possibilité d'obtenir immédiatement et sans frais les services d'un avocat de garde et des moyens d'y recourir — L'article 10b) de la Charte inclut-il le droit d'être informé de l'existence d'un service d'avocats de garde et des moyens d'y recourir? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(3)a).

R. C. COBHAM, 360.

10. Charte des droits — Liberté d'expression — Gouvernement fédéral finançant quatre associations autochtones nationales qui seraient à prédominance masculine et les invitant à participer à des discussions constitutionnelles — Association des femmes autochtones ne bénéficiant pas d'un financement et de droits de

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

participation équivalents pour exprimer son point de vue — Y a-t-il eu violation de la liberté d'expression des femmes autochtones? — Le gouvernement fédéral était-il tenu en vertu des art. 2b) et 28 de la Charte canadienne des droits et libertés d'accorder à l'association des femmes autochtones un financement et un droit de participation équivalents?

ASSOC. DES FEMMES AUTOCHTONES DU CANADA C. CANADA, 627.

11. Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination fondée sur le sexe — Gouvernement fédéral finançant quatre associations autochtones nationales qui seraient à prédominance masculine et les invitant à participer à des discussions constitutionnelles — Association des femmes autochtones ne bénéficiant pas d'un financement et de droits de participation équivalents pour exprimer son point de vue — Y a-t-il eu violation des droits à l'égalité des femmes autochtones? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).

ASSOC. DES FEMMES AUTOCHTONES DU CANADA C. CANADA, 627.

12. Droits ancestraux ou issus de traités — Réforme de la Constitution — Droit des peuples autochtones du Canada de participer aux discussions sur la Constitution ne découlant d'aucun droit existant, ancestral ou issu de traités, protégé par l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

ASSOC. DES FEMMES AUTOCHTONES DU CANADA C. CANADA, 627.

13. Charte des droits — Peines cruelles et inusitées — Droit criminel — Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire pour usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel — Peine devant être purgée consécutivement à celle imposée pour l'infraction basée sur les mêmes faits — Peine faisant suite à une déclaration de culpabilité de vols à main armée commis au moyen d'un fusil — La disposition créant la peine minimale viole-t-elle l'art. 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte? — La disposition qui exige que la peine soit purgée consécutivement à celle imposée pour l'infraction basée sur les mêmes faits viole-t-elle l'art. 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 85(1), (2).

R. C. BROWN, 749.

14. Partage des compétences — Propriété et droits civils — Impôt — Saisie de fonds dus par un contribuable prévue dans la Loi de l'impôt sur le revenu — Priorité accordée sur d'autres garanties créées par la province — La méthode utilisée pour obtenir des sommes d'argent est-elle ultra vires du Parlement du Canada — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13) — Loi de l'impôt sur le revenu, L.C. 1987, ch. 46, art. 224(1.2), (1.3).

TRANS GAS LTD. C. MID-PLAINS CONTRACTORS LTD., 753.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

15. Charte des droits — Interdiction par le Code criminel aux personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles de flâner sur un terrain d'école, un terrain de jeu ou un parc public — Personne déclarée coupable d'infractions sexuelles jugée déclarable d'avoir flâné dans un parc public à proximité du terrain de jeu — Définition de «flâner» — Y a-t-il atteinte à l'art. 7 (le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne), à l'art. 11d) (le droit d'être présumé innocent), à l'art. 12 (le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités), à l'art. 9 (le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires) et à l'art. 11h) (le droit d'une personne de ne pas être jugée ni punie de nouveau pour une infraction dont elle a déjà été déclarée coupable et punie)? — Dans l'affirmative, cette atteinte peut-elle se justifier conformément à l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 11d), h), 12 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 179(1)b).

R. C. HEYWOOD, 761.

16. Charte des droits — Liberté d'expression — Procès équitable — Interdictions de publication — La règle de common law régissant les interdictions de publication est-elle incompatible avec les principes de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 11d).

DAGENAIS C. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA, 835.

17. 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).

R. C. LABA, 965.

18. Charte des droits — Justice fondamentale — Droit criminel — Complot en vue de commettre un vol qualifié — Un accusé déclaré coupable et condamné à une peine et l'autre acquitté — Appels interjetés contre la déclaration de culpabilité et la peine imposée ainsi que contre l'acquiescement — Les deux accusés étaient-ils parties au même complot depuis le début? — La façon de poursuivre a-t-elle violé les principes de justice fondamentale qui sous-tendent le sens collectif de la décence et du franc-jeu?

R. C. PIZZARDI; R. C. LEVIS, 1018.

DROIT CRIMINEL

1. Agression sexuelle — Mens rea — Intoxication — Accusé acquitté d'agression sexuelle en raison de son état d'intoxication extrême au moment de l'incident — Acquiescement infirmé en appel — La preuve d'une intoxication extrême équivalant à un état

DROIT CRIMINEL—Suite

d'automatisme peut-elle servir à réfuter l'intention requise pour une infraction d'intention générale?

R. C. DAVIAULT, 63.

2. Garde de dispositifs de jeu — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit en exigeant du ministère public qu'il fasse la preuve que les dispositifs servaient réellement au jeu? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 202(1)b).

R. C. KENT, 133.

3. Appels — Appel du ministère public — Question de droit — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur de droit en exigeant du ministère public qu'il fasse la preuve que les dispositifs servaient réellement au jeu? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant l'acquittement et en ordonnant la tenue d'un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 676(1)a).

R. C. KENT, 133.

4. Enquêtes — Arrestation pour agression sexuelle — Identité de l'auteur d'une agression sexuelle antérieure inconnue — Détenu informé de son droit à l'assistance d'un avocat au moment de son arrestation avant de faire une déclaration orale au sujet de la seconde agression et une déclaration écrite — Policiers demandant des échantillons de sang et de cheveux dans le but premier d'en comparer le profil génétique (ADN) afin de déterminer l'identité du premier agresseur — Détenu non informé de l'enquête sur la première agression ou de son droit à l'assistance d'un avocat à cet égard — Y a-t-il eu fouille, perquisition ou saisie abusive au sens de l'art. 8 de la Charte? — Le droit d'être informé des motifs de la détention et le droit à l'assistance d'un avocat garantis par l'art. 10 ont-ils été violés en ce qui concerne l'enquête sur la première agression? — La preuve des résultats de l'analyse est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et devrait-elle donc être écartée en vertu de l'art. 24(2)? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10a), b), 24(2).

R. C. BORDEN, 145.

5. Audition de révision devant jury de la période d'inadmissibilité à la libération conditionnelle après 15 ans d'emprisonnement — Liste des facteurs à considérer et décision finale à la discrétion du jury — Remarques incendiaires faites par le ministère public — Ces remarques ont-elles rendu l'audition inéquitable? — Les déclarations des victimes sont-elles admissibles? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 735(1.1), 744, 745(1)a), b), (2), (3), 4a), b).

R. C. SWIETLINSKI, 481.

6. Exposé au jury — Meurtre — Erreur du juge du procès dans ses directives concernant l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable — Aucun tort important ou erreur judiciaire grave — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. C. HAUGHTON, 516.

DROIT CRIMINEL—Suite

7. Exposé au jury — Doute raisonnable — Crédibilité — Preuve du ministère public reposant sur le témoignage du complice — Accusé niant avoir participé au meurtre — Crédibilité de l'accusé et du complice au cœur du procès — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne présentant pas dans ses directives ou en réponse aux questions du jury la question de l'application du doute raisonnable à la crédibilité?

R. C. LEVASSEUR, 518.

8. Exposé du juge au jury — Crédibilité — Accusé déclaré coupable d'inceste — Les directives que le juge du procès a données au jury concernant le doute raisonnable étaient-elles erronées?

R. C. K. (A.), 520.

9. Exposé au jury — Exposé supplémentaire — Réponse du juge du procès à une question du jury portant sur le doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans l'exposé supplémentaire? — Dans l'affirmative, l'erreur constitue-t-elle un motif en faveur de la tenue d'un nouveau procès si l'exposé principal était exempt d'erreur? — Le verdict concluant à la culpabilité de l'accusé était-il déraisonnable?

R. C. S. (W.D.), 521.

10. Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire pour usage d'une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel — Peine devant être purgée consécutivement à celle imposée pour l'infraction basée sur les mêmes faits — Peine faisant suite à une déclaration de culpabilité de vols à main armée commis au moyen d'un fusil — La disposition créant la peine minimale viole-t-elle l'art. 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte? — La disposition qui exige que la peine soit purgée consécutivement à celle imposée pour l'infraction basée sur les mêmes faits viole-t-elle l'art. 12 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?

R. C. BROWN, 749.

11. Preuve — Effet préjudiciable — Accusé surpris à dire qu'il avait tué la victime — Juge du procès admettant la déclaration en preuve — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Preuve ayant une signification si conjecturale et une valeur probante si faible qu'elle aurait dû être écartée — Appel du ministère public rejeté.

R. C. FERRIS, 756.

12. Nouvelle preuve — Rejet de la demande de l'accusé de présenter une nouvelle preuve à la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en refusant d'admettre la nouvelle preuve?

R. C. H. (L.M.), 758.

DROIT CRIMINEL—Suite

13. Homicide involontaire coupable — Cour d'appel commettant une erreur en annulant la déclaration de culpabilité.

R. C. DUBASZ, 759.

14. Déclaration de culpabilité pour infraction sexuelle — Flânerie — Définition de «flâner» — Interdiction par le Code criminel aux personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles de flâner sur un terrain d'école, un terrain de jeu ou un parc public — Personne déclarée coupable d'infractions sexuelles jugée coupable d'avoir flâné dans un parc public à proximité du terrain de jeu — Y a-t-il atteinte à l'art. 7 (le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne), à l'art. 11d) (le droit d'être présumé innocent), à l'art. 12 (le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités), à l'art. 9 (le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires) et à l'art. 11h) (le droit d'une personne de ne pas être jugée ni punie de nouveau pour une infraction dont elle a déjà été déclarée coupable et punie)? — Dans l'affirmative, cette atteinte peut-elle se justifier conformément à l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 11d), h), 12 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 179(1)b).

R. C. HEYWOOD, 761.

15. Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel — Preuve de faits similaires admise au procès — Déclarations de culpabilité confirmées en appel — Aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave résultant de l'admission de la preuve de faits similaires — Juge du procès convaincu que chaque chef d'accusation avait été prouvé hors de tout doute raisonnable avant d'aborder l'analyse de cette preuve — Un jury ayant reçu des directives appropriées n'aurait pu raisonnablement en venir à une conclusion différente si la preuve de faits similaires n'avait pas été admise — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. C. HUOT, 827.

16. Agression sexuelle — Moyens de défense — Consentement — Moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée.

R. C. WHITLEY, 830.

17. Mandats de perquisition — Existence d'un mandat de perquisition établie — Question du fardeau de la preuve ne se posant pas.

R. C. FELDMAN, 832.

18. Interdictions de publication — Quatre membres d'un ordre catholique accusés d'avoir abusé physiquement et sexuellement de jeunes garçons dans des centres catholiques d'éducation surveillée — Interdiction à la SRC par un juge d'une cour supérieure de diffuser partout au Canada un programme fictif portant sur les abus sexuels et physiques commis sur des enfants dans un orphelinat catholique jusqu'à la fin des procès tenus en Ontario —

DROIT CRIMINEL—Fin

La SRC peut-elle interjeter appel de l'ordonnance de non-publication? — Dans l'affirmative, le juge a-t-il commis une erreur en ordonnant l'interdiction? — Norme applicable.

DAGENAIS C. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA, 835.

19. Procédure — Interdictions de publication — Principes généraux régissant les interdictions de publication et leur application.

DAGENAIS C. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA, 835.

20. Interdictions de publication — Jeune contrevenante accusée d'avoir commis des infractions sexuelles contre deux enfants — Interdiction par le juge du tribunal pour adolescents de publier la preuve et les procédures au procès de la jeune contrevenante jusqu'à ce que les procès des autres accusés mettant en cause les mêmes plaignants soient terminés — Les médias peuvent-ils contester l'interdiction de publication?

R. C. S. (T.), 952.

21. Justice fondamentale — Abus de procédure — Informateurs payés — Paiement intégral de l'informateur de la police assujéti au succès de l'enquête — Preuve de l'informateur n'étant pas inadmissible.

R. C. DIKAH, 1020.

22. Interception de communications privées — Validité d'autorisations d'écoute électronique — Appelants accusés de complot de trafic de stupéfiants — Preuve à charge consistant en communications interceptées — Juge du procès constatant des erreurs dans les documents à l'appui de l'affidavit et annulant les autorisations — Acquittements des appelants — Acquittements annulés et nouveau procès ordonné par la Cour d'appel — Des erreurs dans les renseignements fournis au juge qui a accordé l'autorisation n'entraînent pas automatiquement la nullité de l'autorisation — Renseignements fiables suffisants pour justifier l'autorisation.

R. C. BISSON, 1097.

DROIT DE LA FAMILLE

1. Enlèvement international d'enfants — Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants — Interprétation et application de la Convention — Interaction entre la Convention et sa loi d'application provinciale — Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35 — Loi sur l'exécution des ordonnances de garde, L.R.M. 1987, ch. C360, art. 6.

THOMSON C. THOMSON, 551.

2. Garde — Déplacement ou non-retour illicites d'un enfant — Garde provisoire de l'enfant accordée à la mère et droit de

DROIT DE LA FAMILLE—Fin

visite accordé au père par un tribunal écossais — Insertion dans l'ordonnance de garde provisoire d'une disposition interdisant le déplacement de l'enfant — Enfant emmené de l'Écosse au Manitoba par la mère — Garde permanente de l'enfant subséquent accordée au père par le tribunal écossais — Demande présentée par le père au Manitoba pour le retour de l'enfant en Écosse en vertu de la loi provinciale et de la convention internationale sur l'enlèvement d'enfants — Le déplacement de l'enfant hors de l'Écosse constitue-t-il un «déplacement ou un non-retour illicites» de l'enfant? — Le retour de l'enfant l'exposerait-il à un risque grave de préjudice psychique? — Les mesures transitoires régissant le retour de l'enfant relèvent-elles de la compétence des tribunaux manitobains? — Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, art. 3, 5, 12, 13 — Loi sur l'exécution des ordonnances de garde, L.R.M. 1987, ch. C360, art. 6.

THOMSON C. THOMSON, 551.

3. Divorce — Pension alimentaire — Modification — Convention de séparation conclue par les parties incorporée dans le jugement de divorce — Demande de modification de la pension alimentaire payable aux enfants — Dans quelle mesure le tribunal est-il lié par l'ordonnance alimentaire initiale? — Les conditions de délivrance d'une ordonnance modificative sont-elles remplies? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.), art. 17(4).

WILLICK C. WILLICK, 670.

DROIT FISCAL

1. Législation — Règles d'interprétation des lois fiscales.

QUÉBEC (COMMUNAUTÉ URBAINE) C. CORP. NOTRE-DAME DE BON-SECOURS, 3.

2. Législation — Règles d'interprétation des lois fiscales.

BUANDERIE CENTRALE DE MONTRÉAL INC. C. MONTRÉAL (VILLE); CONSEIL DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DE LA RÉGION DE MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN C. MONTRÉAL (VILLE), 29.

3. Législation — Règles d'interprétation des lois fiscales.

PARTAGEC INC. C. QUÉBEC (COMMUNAUTÉ URBAINE), 57.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Responsabilité délictuelle — Accident de la circulation routière — Blessés ne résidant pas dans la province où l'accident s'est produit — Actions intentées dans les provinces d'origine des blessés — Y a-t-il lieu d'appliquer la lex fori ou la lex loci delicti? —

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ—Fin

Si la loi substantielle applicable est celle du ressort où l'accident s'est produit, le délai de prescription constitue-t-il une règle de fond qui est donc applicable dans le ressort du tribunal saisi, ou s'agit-il d'une règle de procédure qui ne lie pas le tribunal qui entend l'affaire? — Loi sur l'assurance automobile, L.Q. 1977, ch. 68, art. 3, 4 — Code civil du Bas Canada, art. 6 — Limitation of Actions Act, R.S.S. 1978, ch. L-15 — Vehicles Act, R.S.S. 1978, ch. V-3, art. 180(1).

TOLOFSON C. JENSEN; LUCAS (TUTRICE À L'INSTANCE DE) C. GAGNON, 1022.

DROIT MUNICIPAL

1. Évaluation foncière — Immeubles exempts de taxes — Centres d'accueil — L'appelante peut-elle se qualifier comme centre d'accueil et bénéficiaire d'une exemption fiscale? — Interprétation des lois fiscales — Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 204(14) — Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 1k), 12.

QUÉBEC (COMMUNAUTÉ URBAINE) C. CORP. NOTRE-DAME DE BON-SECOURS, 3.

2. Évaluation foncière — Immeubles exempts de taxes — Établissements publics — Les appelants peuvent-ils être assimilés aux établissements publics qu'ils desservent et bénéficiaire d'une exemption fiscale? — Interprétation des lois fiscales — Théorie de l'alter ego — Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 204(14), 236(1.1).

BUANDERIE CENTRALE DE MONTRÉAL INC. C. MONTRÉAL (VILLE); CONSEIL DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DE LA RÉGION DE MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN C. MONTRÉAL (VILLE), 29.

3. Taxation — Action en nullité d'inscriptions au rôle d'évaluation foncière — Prescription — Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 172.

BUANDERIE CENTRALE DE MONTRÉAL INC. C. MONTRÉAL (VILLE); CONSEIL DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX DE LA RÉGION DE MONTRÉAL MÉTROPOLITAIN C. MONTRÉAL (VILLE), 29.

4. Évaluation foncière — Immeubles exempts de taxes — Établissements publics — L'appelante peut-elle être assimilée aux établissements publics qu'elle dessert et bénéficiaire d'une exemption fiscale? — Interprétation des lois fiscales — Théorie de l'alter ego — Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 204(14), 236(1.1).

PARTAGEC INC. C. QUÉBEC (COMMUNAUTÉ URBAINE), 57.

DROIT MUNICIPAL—Fin

5. Taxation — Aucune contradiction ou incompatibilité entre l'art. 13 de la Charte de la ville de Beauport et l'art. 486 de la Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19.

CAISSE POPULAIRE DE CHARLESBOURG C. BEAUPORT (VILLE), 833.

OBLIGATION FIDUCIAIRE

Non-divulgarion — Dommages-intérêts — Conseiller financier — Client insistant pour que le conseiller ne fasse pas de la promotion — Non-divulgarion par le conseiller de sa participation à des projets — Client investissant dans des projets recommandés par le conseiller — Décision ultime d'investir ou non revenant au client — Pertes importantes subies au cours d'une récession économique — Y avait-il obligation fiduciaire de la part du conseiller? — Dans l'affirmative, quel mode de calcul des dommages-intérêts y a-t-il lieu d'adopter?

HODGKINSON C. SIMMS, 377.

TRIBUNAUX

1. Cour d'appel fédérale — Compétence — Jugement déclaratoire — La Cour d'appel fédérale avait-elle compétence pour

TRIBUNAUX—Fin

prononcer un jugement déclaratoire alors que les requérantes avaient demandé une ordonnance de prohibition à la Section de première instance?

ASSOC. DES FEMMES AUTOCHTONES DU CANADA C. CANADA, 627.

2. Cour suprême du Canada — Compétence — Interdictions de publication — La Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre la contestation d'un tiers à l'encontre d'une ordonnance de non-publication rendue dans le cadre de procédures criminelles? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1), (3) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 674.

DAGENAIS C. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA, 835.

3. Cour suprême du Canada — Compétence — Appels — Juge des requêtes déclarant inconstitutionnel 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 — 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).

R. C. LABA, 965.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En case de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9