



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1995 Vol. 1

1^{er} cahier, 1995 Vol. 1

Cited as [1995] 1 S.C.R. 3-156

Renvoi [1995] 1 R.C.S. 3-156

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
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

Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band 3

Administrative law — Tribunals — Adequacy of tribunal — Issue of jurisdiction — Tribunals set up by First Nations bands to consider issue of assessment for lands located within reserve — Appeal process culminating with review by courts — Tribunal members without fixed salary and security of tenure — Claim that land not within reserve — Whether consideration of issue compelled to follow alternative appeal route or whether courts can grant immediate judicial review — Whether tribunals meeting criteria of independent judiciary — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 83(1), (3) — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 18.3(1), 18.5, 24(1).

Aboriginal law — Tribunals set up by First Nations bands to consider issue of assessment for lands located within reserve — Appeal process culminating with review by courts — Tribunal members without fixed salary and security of tenure — Claim that land not within reserve — Whether consideration of issue compelled to follow alternative appeal route or whether courts can grant immediate judicial review — Whether tribunals meeting criteria of independent judiciary.

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
GISELE 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

Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui 3

Droit administratif — Tribunaux administratifs — Caractère approprié d'un tribunal — Question de compétence — Tribunaux constitués par des bandes des premières nations pour examiner des questions d'évaluation des immeubles situés dans la réserve — Processus d'appel aboutissant à un contrôle par les cours de justice — Aucune rémunération fixe ni avantage d'inamovibilité pour les membres des tribunaux — Allégation que le terrain n'est pas situé dans la réserve — Pour faire examiner la question faut-il suivre une autre voie d'appel, ou les cours de justice peuvent-elles accorder immédiatement le contrôle judiciaire? — Les tribunaux satisfont-ils aux critères en ce qui concerne l'indépendance? — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 83(1), (3) — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18, 18.3(1), 18.5, 24(1).

Droit des autochtones — Tribunaux constitués par des bandes des premières nations pour examiner des questions d'évaluation des immeubles situés dans la réserve — Processus d'appel aboutissant à un contrôle effectué par les cours de justice — Aucune rémunération fixe ni avantage d'inamovibilité pour les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Stewart v. Pettie	131
Torts — Negligence — Duty of care — Foreseeability — Causation — Commercial host serving alcoholic beverages — Person served involved in car accident — Passenger seriously injured — Whether commercial host met standard of care required of a vendor of alcohol — Whether commercial host negligent in failing to take any steps to ensure that the driver did not drive on leaving its premises — Whether relaxed standard for proof of causation.	
Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.	85
Torts — Negligence — Economic loss — Building sold by developer after construction — Dangerous defect in building — Defect repaired to prevent serious damage or accident — Liability for cost of repair — Whether or not contractor liable in tort for economic loss to subsequent purchaser.	

SOMMAIRE (Fin)

membres des tribunaux — Allégation que le terrain n'est pas situé dans la réserve — Pour faire examiner la question faut-il suivre une autre voie d'appel, ou les cours de justice peuvent-elles accorder immédiatement le contrôle judiciaire? — Les tribunaux satisfont-ils aux critères en ce qui concerne l'indépendance?	
Stewart c. Pettie	131
Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Prévisibilité — Lien de causalité — Hôte commercial servant des boissons alcoolisées — Client impliqué dans un accident d'automobile — Passagère grièvement blessée — L'hôte commercial a-t-il satisfait à la norme de diligence requise d'un vendeur d'alcool? — L'hôte commercial a-t-il fait preuve de négligence en ne prenant pas de dispositions pour s'assurer que le conducteur ne conduirait pas en quittant les lieux? — La norme de preuve du lien de causalité est-elle assouplie?	
Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.	85
Responsabilité délictuelle — Négligence — Perte économique — Immeuble vendu par le promoteur après sa construction — Immeuble comportant un vice dangereux — Vice réparé afin de prévenir un préjudice ou un accident grave — Responsabilité à l'égard des frais de réparation — L'entrepreneur est-il responsable, sur le plan délictuel, d'une perte économique envers un acquéreur subséquent?	

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 1, 1995

1^{er} volume, 1995

Matsqui Indian Band and Matsqui Indian Band Council *Appellants*

La bande indienne de Matsqui et le conseil de la bande indienne de Matsqui *Appelants*

v.

c.

Canadian Pacific Limited and Unitel Communications Inc. *Respondents*

Canadien Pacifique Limitée et Unitel Communications Inc. *Intimées*

and

et

Indian Taxation Advisory Board *Intervener*

La Commission consultative de la fiscalité indienne *Intervenante*

and between

et entre

Siska Indian Band and Siska Indian Band Council, Kanaka Bar Indian Band and Kanaka Bar Indian Band Council, Nicomen Indian Band and Nicomen Indian Band Council, Shuswap Indian Band and Shuswap Indian Band Council, Skuppah Indian Band and Skuppah Indian Band Council and Spuzzum Indian Band and Spuzzum Indian Band Council *Appellants*

La bande indienne Siska et le conseil de la bande indienne Siska, la bande indienne Kanaka Bar et le conseil de la bande indienne Kanaka Bar, la bande indienne Nicomen et le conseil de la bande indienne Nicomen, la bande indienne de Shuswap et le conseil de la bande indienne de Shuswap, la bande indienne Skuppah et le conseil de la bande indienne Skuppah et la bande indienne de Spuzzum et le conseil de la bande indienne de Spuzzum *Appellants*

v.

c.

Canadian Pacific Limited *Respondent*

Canadien Pacifique Limitée *Intimée*

and

et

Indian Taxation Advisory Board *Intervener*

La Commission consultative de la fiscalité indienne *Intervenante*

INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC LTD. v. MATSQUI INDIAN BAND

RÉPERTORIÉ: CANADIEN PACIFIQUE LTÉE c. BANDE INDIENNE DE MATSQUI

File No.: 23643.

N° du greffe: 23643.

1994: October 11; 1995: January 26.

1994: 11 octobre; 1995: 26 janvier.

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

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Tribunaux — Adequacy of tribunal — Issue of jurisdiction — Tribunaux set up by First Nations bands to consider issue of assessment for lands located within reserve — Appeal process culminating with review by courts — Tribunal members without fixed salary and security of tenure — Claim that land not within reserve — Whether consideration of issue compelled to follow alternative appeal route or whether courts can grant immediate judicial review — Whether tribunals meeting criteria of independent judiciary — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 83(1), (3) — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 18.3(1), 18.5, 24(1).

Aboriginal law — Tribunaux set up by First Nations bands to consider issue of assessment for lands located within reserve — Appeal process culminating with review by courts — Tribunal members without fixed salary and security of tenure — Claim that land not within reserve — Whether consideration of issue compelled to follow alternative appeal route or whether courts can grant immediate judicial review — Whether tribunals meeting criteria of independent judiciary.

Amendments to the *Indian Act* enabled First Nations bands to pass their own by-laws for the levying of taxes against real property on reserve lands. The appellant bands each developed taxation and assessment by-laws which were implemented following the Minister's approval. The Matsqui Band's assessment by-law provided for the appointment of Courts of Revision to hear appeals from the assessments, the appointment of an Assessment Review Committee to hear appeals from the decisions of the Courts of Revision and, finally, an appeal on questions of law to the Federal Court, Trial Division from the decisions of the Assessment Review Committee. The other bands provided for a single hearing before a Board of Review, with an appeal to the Federal Court, Trial Division. All the by-laws provided that members of the appeal tribunals could be paid, but did not mandate that they indeed be paid, and gave no tenure of office so that members might not be appointed

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Tribunaux administratifs — Caractère approprié d'un tribunal — Question de compétence — Tribunaux constitués par des bandes des premières nations pour examiner des questions d'évaluation des immeubles situés dans la réserve — Processus d'appel aboutissant à un contrôle par les cours de justice — Aucune rémunération fixe ni avantage d'inamovibilité pour les membres des tribunaux — Allégation que le terrain n'est pas situé dans la réserve — Pour faire examiner la question faut-il suivre une autre voie d'appel, ou les cours de justice peuvent-elles accorder immédiatement le contrôle judiciaire? — Les tribunaux satisfont-ils aux critères en ce qui concerne l'indépendance? — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 83(1), (3) — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18, 18.3(1), 18.5, 24(1).

Droit des autochtones — Tribunaux constitués par des bandes des premières nations pour examiner des questions d'évaluation des immeubles situés dans la réserve — Processus d'appel aboutissant à un contrôle effectué par les cours de justice — Aucune rémunération fixe ni avantage d'inamovibilité pour les membres des tribunaux — Allégation que le terrain n'est pas situé dans la réserve — Pour faire examiner la question faut-il suivre une autre voie d'appel, ou les cours de justice peuvent-elles accorder immédiatement le contrôle judiciaire? — Les tribunaux satisfont-ils aux critères en ce qui concerne l'indépendance?

Des modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* habilite les bandes des premières nations à prendre des règlements administratifs prévoyant l'imposition de taxes sur les biens immeubles situés dans leur réserve. Chacune des bandes appelantes a élaboré des règlements de taxation et d'évaluation, qui sont entrés en vigueur après leur approbation par le ministre. Le règlement d'évaluation de la bande de Matsqui prévoit l'établissement de tribunaux de révision pour entendre les appels formés contre les évaluations, la constitution d'un comité de révision des évaluations pour entendre les appels formés contre les décisions des tribunaux de révision et, enfin, la possibilité d'en appeler des décisions du comité de révision devant la Section de première instance de la Cour fédérale sur une question de droit. Les autres bandes prévoient une seule audience devant une commission de révision et un appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale. Chacun des règlements administratifs prévoit que les membres des tribunaux d'appel peuvent toucher une rémunération mais n'exige pas qu'une rémunération leur soit effectivement versée. De plus, les règlements ne prévoient pas l'ina-

to sit on future assessment appeals. Members of the bands could be appointed to the tribunals.

The appeals were heard concurrently at all levels and turned on essentially identical facts. Each appellant sent the respondent, Canadian Pacific Limited ("CP"), a notice of assessment in respect of the land forming its rail line which ran through the reserves. The Matsqui Band also sent a notice of assessment to the respondent, Unitel Communications Inc., which laid fibre optic cables on the CP land.

The respondents commenced an application for judicial review in the Federal Court, Trial Division, requesting that the assessments be set aside. CP claimed that its land could not be taxed by the appellant bands because it possessed fee simple in the rail line and the rail line therefore formed no part of the reserve lands. The appellants brought a motion to strike the respondents' application for judicial review on the grounds that: (a) the application was directed against a decision which could not be the subject of judicial review because of an eventual right of appeal to the Federal Court, Trial Division or, alternatively; (b) the assessment by-laws provided for an adequate alternative remedy — an eventual right of appeal to the Federal Court, Trial Division. The motions judge accepted the second of these arguments and struck out the respondents' application for judicial review. The Federal Court of Appeal allowed an appeal from this decision, set it aside and dismissed the appellants' motion to strike. At issue was whether the motions judge properly exercised his discretion to strike the respondents' application for judicial review, thereby requiring them to pursue their jurisdictional challenge through the appeal procedures established by the appellant bands. The determination of whether or not the land was "in the reserve" was not at issue.

Held (L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Adequacy of the Appeal Tribunals and the Exercise of Discretion on Judicial Review

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Administrative tribunals can examine the boundaries of their jurisdiction

movibilité, de sorte que les membres pourraient ne pas être désignés pour entendre d'autres appels en matière d'évaluation. Des membres des bandes peuvent être nommés membres des tribunaux.

Les appels ont été entendus en même temps à tous les paliers, les faits étant essentiellement identiques dans chaque cas. Chacune des bandes appelantes a envoyé un avis d'évaluation à l'intimée, Canadien Pacifique Limitée («CP»), concernant la bande de terrain parcourant les réserves sur laquelle CP a posé ses voies ferrées. La bande de Matsqui a en outre fait tenir un avis d'évaluation à l'intimée, Unitel Communications Inc., qui a installé des câbles de fibres optiques sur le terrain de CP.

Les intimées ont saisi la Section de première instance de la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire visant à faire annuler les évaluations. CP a fait valoir que son terrain ne pouvait être taxé par les bandes appelantes parce qu'elle possédait en fief simple le terrain en question, qui ne faisait donc pas partie de la réserve. Invoquant les moyens suivants, les appelants ont présenté une requête en annulation de la demande de contrôle judiciaire des intimées: a) la demande visait une décision qui ne peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire en raison du droit de pouvoir ultérieurement interjeter appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale, ou subsidiairement, b) les règlements d'évaluation prévoient un autre recours approprié, soit le droit d'appeler ultérieurement à la Section de première instance de la Cour fédérale. Le juge des requêtes, retenant le second moyen, a annulé la demande de contrôle judiciaire des intimées. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel interjeté contre cette décision, qu'elle a infirmée, et a rejeté la requête en annulation présentée par les appelants. La question en litige est de savoir si le juge des requêtes a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire d'annuler la demande de contrôle judiciaire des intimées, les obligeant ainsi à poursuivre leur contestation relative à la compétence par le biais des procédures de contestation établies par les bandes appelantes. La question de savoir si le terrain est situé «dans la réserve» ne se pose pas.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le caractère approprié des tribunaux d'appel et l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de contrôle judiciaire

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: Les tribunaux administratifs peuvent examiner les limites de leur com-

although their decisions in this regard lack the force of *res judicata*. Their determinations are reviewable on a correctness standard and will generally be afforded little deference. Here, the jurisdiction of the appeal tribunals includes both the classification of taxable property and the valuation of that property, as the words "assessment"/"évaluation" used in s. 83(3) of the *Indian Act* refer to the entire process undertaken by tax assessors. A purposive analysis favours this "process approach". Parliament clearly intended the bands to assume control over the assessment process on the reserves, since the entire scheme would be pointless if assessors were unable to engage in the preliminary determination of whether land should be classified as taxable and thereby placed on the taxation rolls.

The Federal Court, Trial Division and the appeal tribunals established under s. 83(3) of the *Indian Act* have concurrent jurisdiction to hear and decide the question of whether the respondents' land is "in the reserve". In keeping with the traditionally discretionary nature of judicial review, judges of the Federal Court, Trial Division have discretion in determining whether judicial review should be undertaken. In determining whether to undertake judicial review rather than requiring an applicant to proceed through a statutory appeal procedure, courts should consider: the convenience of the alternative remedy, the nature of the error, and the nature of the appellate body (i.e., its investigatory, decision-making and remedial capacities). The category of factors should not be closed, as it is for courts in particular circumstances to isolate and balance the factors that are relevant.

The adequacy of the statutory appeal procedures created by the bands, and not simply the adequacy of the appeal tribunals, had to be considered because the bands had provided for appeals from the tribunals to the Federal Court, Trial Division. Certain factors are relevant only to the appeal tribunals (i.e., the expertise of members, or allegations of bias) or to the appeal to the Federal Court, Trial Division (i.e., whether this appeal is *intra vires* the bands). In applying the adequate alterna-

ptence, même si leurs décisions à cet égard n'ont pas l'autorité de la chose jugée. Ces décisions sont susceptibles d'un contrôle selon la norme de l'absence d'erreur et, en règle générale, on fait preuve de peu de retenue à leur égard. En l'espèce, la compétence des tribunaux d'appel comprend à la fois la classification des immeubles imposables et l'estimation de leur valeur, car les mots «évaluation» et «assessment» employés au par. 83(3) de la *Loi sur les Indiens* visent l'ensemble du processus entrepris par les évaluateurs. L'analyse fondée sur l'objet amène à privilégier cette «démarche fondée sur le processus». De toute évidence, le législateur a voulu que les bandes prennent en main le processus d'évaluation dans les réserves, puisque le régime établi serait sans objet si les évaluateurs ne pouvaient déterminer préalablement si un terrain donné devrait être qualifié d'imposable et, en conséquence, porté sur les rôles de taxation.

La Section de première instance de la Cour fédérale et les tribunaux d'appel constitués en vertu du par. 83(3) de la *Loi sur les Indiens* ont une compétence concurrente pour décider si le terrain des intimées est situé «dans la réserve». En conformité avec le caractère traditionnellement discrétionnaire du contrôle judiciaire, les juges de la Section de première instance de la Cour fédérale jouissent d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer s'il y a lieu à contrôle judiciaire. Pour déterminer si elles doivent entreprendre le contrôle judiciaire plutôt que d'exiger que le requérant se prévale d'une procédure d'appel prescrite par la loi, les cours de justice doivent considérer la commodité de l'autre recours, la nature de l'erreur et la nature de la juridiction d'appel (c.-à-d. sa capacité de mener une enquête, de rendre une décision et d'offrir un redressement). Il ne faut pas limiter la liste des facteurs à prendre en considération, car il appartient aux cours de justice, dans des circonstances particulières, de cerner et de soupeser les facteurs pertinents.

Il y avait lieu d'examiner le caractère approprié des procédures de contestation que les bandes ont établies en vertu de la loi, et non pas simplement le caractère approprié des tribunaux d'appel parce que les bandes ont prévu que les décisions de ces tribunaux peuvent être portées en appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale. Certains facteurs ne sont pertinents que relativement aux tribunaux d'appel (c.-à-d. l'expertise des membres ou les allégations de partialité) ou à l'appel à la Section de première instance de la Cour fédérale (c.-à-d. la question de savoir si les bandes ont compétence pour prévoir un tel appel). L'application du principe de l'autre recours approprié commande la prise

tive remedy principle, all these factors must be considered in order to assess the overall statutory scheme.

It was not an error for the motions judge to consider the policy underlying the scheme in determining how to exercise his discretion to undertake judicial review. He could reasonably conclude that, since the scheme was part of the policy promoting Aboriginal self-government, allowing the respondents to circumvent the appeal procedures would be detrimental to the overall scheme.

The bands have jurisdiction to create by-laws with appeals to the Federal Court, Trial Division. Section 18.5 of the *Federal Court Act* does not set down conditions for the creation of statutory appeals from decisions of federal tribunals; it only limits the judicial review powers of the Federal Court, Trial Division where a statutory right of appeal exists. Section 24(1) provides that the Trial Division has exclusive original jurisdiction to hear and determine all appeals that, under any Act of Parliament, may be taken to the court. The appeal procedures here fell squarely within this section because they were authorized "under" s. 83(3) of the *Indian Act*.

Parliament intended the bands to have considerable scope for creating appeal procedures through their by-laws, with the caveat that such procedures would be "subject to the approval of the Minister" (s. 83(1)). The Minister approved all of the by-laws at issue, clearly believing that the power to create appeals to the Federal Court, Trial Division was *intra vires* the bands. The courts should not narrow the scope of possible appeal procedures available to the bands.

The question to be determined was whether the appeal tribunals here were adequate fora; it was not necessary to consider whether they were better fora than the courts. They allowed for a wide-ranging inquiry into all of the evidence and were considered by Parliament to be equipped to deal with complex issues that might come before them. Section 18.3(1) of the *Federal Court Act* allows an appeal tribunal to seek the guidance of the

en considération de tous ces facteurs afin d'apprécier globalement le régime législatif en question.

Ce n'est pas à tort que le juge des requêtes a tenu compte des considérations de principe sous-jacentes au régime pour déterminer comment exercer son pouvoir discrétionnaire en matière de contrôle judiciaire. Il pouvait raisonnablement conclure que, comme le régime s'inscrit dans la politique de l'encouragement de l'autonomie gouvernementale des autochtones, permettre aux intimées de contourner les procédures de contestation nuirait à l'ensemble du régime.

Les bandes ont compétence pour prendre des règlements administratifs prévoyant le droit d'interjeter appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale. L'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale* n'énonce pas de conditions auxquelles serait soumise la création dans un texte législatif d'un droit d'appel des décisions des tribunaux administratifs fédéraux; il ne fait que circonscrire les pouvoirs de contrôle judiciaire de la Section de première instance de la Cour fédérale lorsqu'un texte législatif confère un droit d'appel. Suivant le par. 24(1), la Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour connaître des appels interjetés devant la cour aux termes d'une loi fédérale. Les procédures de contestation en l'espèce relèvent directement de ce paragraphe parce qu'elles sont autorisées «aux termes» du par. 83(3) de la *Loi sur les Indiens*.

Le Parlement a voulu que les bandes bénéficient d'une latitude considérable pour créer des procédures de contestation au moyen de leurs règlements administratifs, «sous réserve de l'approbation du ministre» (par. 83(1)). Le ministre a approuvé chacun des règlements administratifs en cause, étant de toute évidence d'avis que les bandes avaient compétence pour prévoir des appels à la Section de première instance de la Cour fédérale. Les cours de justice ne devraient pas réduire le choix des procédures de contestation dont disposent les bandes.

La question à trancher est de savoir si les tribunaux d'appel constituent des juridictions appropriées; il n'était pas nécessaire de se demander s'ils représentent une juridiction plus indiquée que les cours de justice. Les tribunaux d'appel peuvent procéder à une enquête de large portée sur la totalité de la preuve et, de l'avis du législateur, ils sont en mesure de régler les questions complexes dont ils peuvent être saisis. Le paragraphe 18.3(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* autorise les tribunaux d'appel à demander l'assistance des cours de jus-

courts if it encounters legal, procedural or other issues which it cannot resolve.

It was reasonable for the motions judge to consider the following factors in exercising this discretion: (1) the tribunals were adequate for purposes of conducting a far-reaching and extensive inquiry at first instance; (2), the statutory appeal procedure provided an appeal from the tribunals to the Federal Court, Trial Division where a decision could be taken with the force of *res judicata*; and (3), the policy of promoting the development of Aboriginal governmental institutions favoured resolving the dispute within the statutory appeal procedures.

Per La Forest J.: The Federal Court, Trial Division and the appeal tribunals established under s. 83(3) of the *Indian Act* have concurrent jurisdiction to address the question whether the respondents' land is "in the reserve". The motions judge, however, did not exercise his discretion properly in deciding that the band appeal tribunal system constitutes an adequate alternative remedy in this context. Determining whether the respondents' land is "in the reserve" is a jurisdictional question that brings into play discrete and technical legal issues falling outside the specific expertise of the band appeal tribunals. It is ultimately a matter for the judiciary. The band appeal procedure is not an adequate remedy since any decision by a band appeal tribunal regarding this question will lack the force of *res judicata* and will be reviewable by the Federal Court, Trial Division on a standard of correctness. The respondents should be allowed the opportunity to have this jurisdictional question determined with the force of *res judicata* by the Federal Court at the outset without being compelled to proceed through a lengthy, and possibly needless, band appeal process.

Per McLachlin and Major JJ.: The adequate alternative remedies principle does not apply to a jurisdictional issue. Here, the assessment review board has jurisdiction to determine all questions relating to the valuation of land "within the reserve" but has no jurisdiction to determine whether a parcel of land is "within the reserve". Deciding whether land is "within the reserve" or not requires consideration of a variety of factors, such as real property law, survey results, and treaty interpre-

tice s'ils se heurtent à des questions de droit, de procédure ou autres qu'ils ne peuvent résoudre.

Il était raisonnable que le juge des requêtes tienne compte des facteurs suivants dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire: (1) les tribunaux constituaient une juridiction appropriée pour mener en première instance une enquête approfondie; (2) la procédure de contestation établie en vertu de la loi permettait de porter la décision des tribunaux en appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale, qui statue avec l'autorité de la chose jugée; (3) étant donné la politique consistant à favoriser le développement d'institutions gouvernementales propres aux autochtones, il était préférable que le litige se règle dans le cadre des procédures de contestation prévues par la loi.

Le juge La Forest: La Section de première instance de la Cour fédérale ainsi que les tribunaux d'appel constitués en vertu du par. 83(3) de la *Loi sur les Indiens* ont une compétence concurrente pour décider si le terrain des intimées est situé «dans la réserve». Le juge des requêtes n'a toutefois pas exercé comme il se doit son pouvoir discrétionnaire en concluant que les voies de contestation établies par les bandes représentent dans ce contexte un autre recours approprié. Déterminer si le terrain des intimées est situé «dans la réserve» constitue une question de compétence qui soulève des points de droit à la fois distincts et techniques débordant de l'expertise particulière des tribunaux d'appel des bandes. Il s'agit en dernière analyse d'une question qui est du ressort des cours de justice. La procédure de contestation établie par les bandes n'est pas un recours approprié puisque toute décision que pourra rendre un tribunal d'appel de bande relativement à cette question n'aura pas l'autorité de la chose jugée et sera susceptible de contrôle par la Section de première instance de la Cour fédérale, qui appliquera la norme de l'absence d'erreur. Il convient d'accorder aux intimées la possibilité d'obtenir cette question de compétence soit réglée dès l'abord avec l'autorité de la chose jugée par la Cour fédérale, sans qu'elles ne soient contraintes de recourir à la longue procédure de contestation des bandes, qui risque de s'avérer inutile.

Les juges McLachlin et Major: Le principe de l'autre recours approprié ne s'applique pas à une question de compétence. En l'espèce, la commission de révision des évaluations a compétence pour trancher toute question concernant l'évaluation d'un immeuble situé «dans la réserve», mais n'a pas compétence pour déterminer si un immeuble est situé «dans la réserve». Pour décider si un immeuble se trouve «dans la réserve», il faut prendre en considération divers facteurs, tels que les règles de

tations, in which the board has no expertise and over which there is no evidence that Parliament had any intention to grant the board jurisdiction.

The board here would be deciding upon its jurisdiction when deciding whether or not the land was "within the reserve" as opposed to acting within its jurisdiction. A court, on an application for judicial review on this issue, could apply the standard of correctness. Where the fundamental issue of lack of jurisdiction is raised as the only issue, the respondent should not be compelled to proceed needlessly to the appeal tribunal because it is not an adequate alternative remedy in that it cannot determine the question. Rather, a party can either have the tribunal consider the jurisdictional matter (but this option is not mandatory) or have recourse directly to court on the jurisdictional matter.

Institutional Impartiality

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Impartiality refers to the state of mind or attitude of the decision-maker whereas independence involves both the individual independence of members of the tribunal and the institutional independence of the tribunal. Institutional impartiality and institutional independence were both at issue here. With respect to impartiality, if no reasonable apprehension of bias arises in the mind of a fully informed person in a substantial number of cases, allegations of an apprehension of bias cannot be brought on an institutional level but must be dealt with on a case-by-case basis. This determination must be made having regard for a number of factors including, but not limited to, the potential for conflict between the interests of tribunal members and those of the parties who appear before them.

No apprehension of bias arose from want of structural impartiality. It is appropriate to have band members sit on appeal tribunals to reflect community interests. A pecuniary interest that members of a tribunal might be alleged to have, such as an interest in increasing taxes to maximize band revenue, is far too attenuated and remote to give rise to a reasonable apprehension of bias at a structural level. No personal and distinct interest in money raised exists on the part of tribunal members, and any potential for conflict between the interests of members of the tribunal and those of parties appearing before them was speculative at this stage. Any allegations of

droit applicables en matière immobilière, les relevés d'arpentage et les interprétations de traités, à l'égard desquels la commission n'a aucune expertise, et rien n'indique que le législateur ait eu l'intention de lui donner compétence à leur sujet.

La commission en l'espèce statuerait sur sa compétence en déterminant si le terrain en cause est situé «dans la réserve», plutôt que d'agir conformément à sa compétence. La cour de justice saisie d'une demande de contrôle judiciaire relativement à cette question pourrait appliquer la norme de l'absence d'erreur. Lorsque se pose seulement la question fondamentale d'incompétence, la partie intimée ne devrait pas être tenue de s'adresser inutilement au tribunal d'appel, car cela ne constitue pas un autre recours approprié étant donné que ce dernier n'a pas compétence pour régler la question. Une partie peut soit soumettre la question de compétence au tribunal d'appel (ce qui n'est toutefois pas obligatoire), soit en saisir directement les cours de justice.

L'impartialité institutionnelle

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: L'impartialité désigne l'état d'esprit ou l'attitude du décideur, tandis que l'indépendance comprend à la fois l'indépendance de chaque membre du tribunal et l'indépendance institutionnelle du tribunal. L'impartialité institutionnelle et l'indépendance institutionnelle sont toutes les deux en cause en l'espèce. En ce qui concerne l'impartialité, si une personne pleinement informée n'éprouvait aucune crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas, on ne saurait alléguer qu'il y a crainte de partialité sur le plan institutionnel, et la question doit se régler au cas par cas. Il s'agit d'une détermination à faire en tenant compte d'un certain nombre de facteurs, y compris, mais sans s'y restreindre, le risque de conflit entre les intérêts des membres des tribunaux et ceux des parties qui comparassent devant eux.

Il n'existe aucune crainte de partialité découlant de l'absence d'impartialité structurelle. Il convient que des membres de bande soient membres des tribunaux d'appel afin que les intérêts de la collectivité y soient représentés. L'intérêt pécuniaire que les membres d'un tribunal pourraient avoir, par exemple l'intérêt à augmenter l'impôt afin de maximaliser les recettes de la bande, est vraiment trop minime et trop éloigné pour donner lieu à une crainte raisonnable de partialité sur le plan structurel. Les membres du tribunal n'ont aucun intérêt personnel et distinct dans les sommes perçues, et tout risque de conflit entre les intérêts des membres du tribunal et ceux

bias which might arise should be dealt with on a case-by-case basis.

Institutional Independence

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ.: The reasons of Lamer C.J. were agreed with on all issues, except the issue of lack of institutional independence, as a ground for finding the motions judge erred in exercising his discretion to refuse judicial review.

First, the issue of bias was not properly raised at first instance. Second, appellate courts must defer to the exercise of the motion judge's discretion to strike out unless the conclusion is unreasonable or has been reached on the basis of irrelevant or erroneous considerations, a wrong principle or as a result of insufficient or no weight having been given to a relevant consideration. The discretion to exercise judicial review is not being assessed *de novo* in this Court. The motions judge here did not err in declining to consider the question of reasonable apprehension of lack of institutional independence at this stage.

The essential conditions of institutional independence in the judicial context need not be applied with the same strictness in the case of administrative tribunals. Conditions of institutional independence must take into account their operational context. This context includes that the band taxation scheme was part of a nascent attempt to foster Aboriginal self-government. This contextual consideration applies to assessing whether the bias issue was premature and extends to the entire exercise of judicial discretion. Furthermore, before concluding that the by-laws in question deprive the band taxation tribunals of institutional independence, they should be interpreted in the context of the fullest knowledge of how they are applied in practice. The reasonable person, before making a determination of whether or not he or she would have a reasonable apprehension of bias, should have the benefit of knowing how the tribunal operates in actual practice. Case law has tended to consider the institutional bias question after the tribunal has been appointed and/or actually rendered judgment. It is not safe to form final conclusions as to the workings of this institution on the wording of the by-laws alone. Knowledge of the operational reality of these missing

des parties qui comparaissent devant eux tient, à ce stade-ci, de la conjecture. Toute allégation de partialité qui pourrait être avancée doit être traitée au cas par cas.

L'indépendance institutionnelle

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Iacobucci: L'opinion du juge en chef Lamer est acceptée à tous les égards, sauf en ce qui concerne l'absence d'indépendance institutionnelle comme motif permettant de conclure que le juge des requêtes a commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire de manière à refuser le contrôle judiciaire.

En premier lieu, la question de la partialité n'a pas été soulevée comme il se doit en première instance. En second lieu, les cours d'appel doivent faire preuve de retenue à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'a le juge des requêtes de prononcer l'annulation, à moins que la conclusion ne soit déraisonnable ou qu'elle ne soit fondée sur des considérations non pertinentes ou erronées, ou sur un principe erroné, ou à moins qu'elle ne résulte de ce qu'une importance insuffisante, voire nulle, a été attachée à une considération pertinente. Il ne s'agit pas en l'occurrence d'examiner à nouveau l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de contrôle judiciaire. En l'espèce, le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en refusant de se pencher, à ce stade, sur la question de la crainte raisonnable de l'absence d'indépendance institutionnelle.

Les conditions essentielles de l'indépendance institutionnelle dans le contexte judiciaire n'ont pas à être appliquées avec autant de rigueur aux tribunaux administratifs. Les conditions de l'indépendance institutionnelle doivent tenir compte du contexte opérationnel. Ce contexte comprend le fait que le régime de taxation établi par les bandes s'inscrit dans le cadre d'un début de tentative de favoriser l'autonomie gouvernementale des autochtones. Cette considération d'ordre contextuel s'applique à la détermination de savoir si la question de la partialité est prématurée et s'étend à toute la question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le juge. En outre, avant de conclure que les règlements en cause privent d'indépendance institutionnelle les tribunaux de taxation des bandes, il convient de les interpréter à la lumière de la connaissance la plus étendue possible de la façon dont ils s'appliquent dans les faits. Avant de déterminer si elle craindrait raisonnablement la partialité, la personne raisonnable devrait avoir l'avantage de savoir comment le tribunal en question agit dans les faits. On constate une tendance dans la jurisprudence à aborder la question de la partialité institutionnelle après que le tribunal a été constitué ou qu'il a en fait rendu jugement. Il

elements may very well provide a significantly richer context for objective consideration of this institution and its relationships.

Per Lamer C.J. and Cory J.: Allegations of bias arising from the want of institutional independence cannot be avoided by simply deferring to the exercise of discretion by the motions judge. A lack of sufficient institutional independence in the bands' tribunals is a relevant factor which must be taken into account in determining whether the respondents should be required to pursue their jurisdictional challenge before those tribunals. Although the larger context of Aboriginal self-government informs the determination of whether the statutory appeal procedures established by the appellants constitute an adequate alternative remedy, this context is not relevant to the question of whether the bands' tribunals give rise to a reasonable apprehension of bias at an institutional level. Principles of natural justice apply to the bands' tribunals and are not diluted by a federal policy of promoting Aboriginal self-government.

Judicial independence is a long standing principle of our constitutional law which is also part of the rules of natural justice even in the absence of constitutional protection. Natural justice requires that a party be heard by a tribunal that not only is independent but also appears to be so. The principles for judicial independence accordingly apply in the case of an administrative tribunal functioning as an adjudicative body. A strict application of the principles for judicial independence is, however, not always warranted. Therefore, while administrative tribunals are subject to these principles, the test for institutional independence must be applied in light of the functions being performed by the particular tribunal at issue. The requisite level of institutional independence (i.e., security of tenure, financial security and administrative control) depends on the nature of the tribunal, the interests at stake, and other indices of independence such as oaths of office. Cases dealing with the security of the person require a high level of independence and warrant a stricter application of the applicable principles. Here, the bands' administrative tribunals are

ne serait pas prudent de formuler des conclusions définitives sur le fonctionnement de cette institution en se fondant uniquement sur le libellé des règlements administratifs. La connaissance de la réalité opérationnelle de ces éléments manquants pourrait offrir un contexte nettement plus riche dans lequel peut être entrepris un examen objectif de l'institution en question et des rapports qui la caractérisent.

Le juge en chef Lamer et le juge Cory: On ne saurait éluder les allégations de partialité résultant de l'absence d'indépendance institutionnelle simplement en déférant à la décision qu'a rendue le juge des requêtes dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Si les tribunaux des bandes n'ont pas suffisamment d'indépendance institutionnelle, il s'agit là d'un facteur pertinent qui doit être pris en considération pour déterminer si les intimées devraient être tenues de poursuivre leur contestation en matière de compétence devant ces tribunaux. Bien que le contexte plus large de l'autonomie gouvernementale des autochtones entre en jeu dans la question de savoir si les procédures de contestation établies par les appelants en vertu de la loi constituent un autre recours approprié, ce contexte n'est pas pertinent lorsqu'il s'agit de savoir si les tribunaux des bandes suscitent une crainte raisonnable de partialité institutionnelle. Les principes de justice naturelle s'appliquent aux tribunaux des bandes et la politique fédérale visant à favoriser l'autonomie gouvernementale des autochtones n'entraîne aucune dérogation à ces principes.

L'indépendance judiciaire est un principe reconnu depuis longtemps dans notre droit constitutionnel; elle fait également partie des règles de justice naturelle même en l'absence de protection constitutionnelle. La justice naturelle exige qu'une partie reçoive une audience devant un tribunal qui non seulement est indépendant, mais qui le paraît. Les principes en matière d'indépendance judiciaire s'appliquent en conséquence dans le cas d'un tribunal administratif lorsque celui-ci agit à titre d'organisme juridictionnel. Toutefois, l'application stricte des principes en matière d'indépendance judiciaire ne se justifie pas toujours. Par conséquent, bien que les tribunaux administratifs soient assujettis à ces principes, le critère relatif à l'indépendance institutionnelle doit être appliqué à la lumière des fonctions que remplit le tribunal particulier dont il s'agit. Le niveau requis d'indépendance institutionnelle (c.-à-d. l'inamovibilité, la sécurité financière et le contrôle administratif) dépend de la nature du tribunal, des intérêts en jeu et des autres signes indicatifs de l'indépendance, tels les serments professionnels. Lorsque la sécurité de la personne est en cause, un haut niveau d'indépendance s'impose et une application plus stricte

adjudicating disputes about property taxes and a more flexible approach is clearly warranted.

Even given a flexible application of the principles for judicial independence, a reasonable and right-minded person, viewing the whole procedure in the assessment by-laws, would have a reasonable apprehension that members of the appeal tribunals are not sufficiently independent. Three factors lead to this conclusion: (1) the complete absence of financial security for members of the tribunals; (2) the complete absence of security of tenure (in the case of Siska), or ambiguous and therefore inadequate security of tenure (in the case of Matsqui); and (3) the fact that the tribunals, whose members are appointed by the Band Chiefs and Councils, are being asked to adjudicate a dispute pitting the interests of the bands against outside interests. Effectively, the tribunal members must determine the interests of the very people, the bands, to whom they owe their appointments. These three factors in combination lead to the conclusion that the tribunals lack sufficient independence in this case; any one factor in isolation would not necessarily lead to the same conclusion.

Although the allegations of an absence of institutional impartiality were premature, the allegations surrounding institutional independence were not. The two concepts are quite distinct. It is mere speculation to suggest that members of the tribunals will lack impartiality, since it is impossible to know in advance of an actual hearing what these members think. In assessing the institutional independence of the appeal tribunals, however, the inquiry focuses on an objective assessment of the legal structure of the tribunals, of which the by-laws are conclusive evidence. The by-laws merely afford the Band Chiefs and Councils the discretion to provide institutional independence. It is inappropriate to leave issues of tribunal independence to the discretion of those who appoint tribunals.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; **considered:** *Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Ste-Foy*, [1983] 1 S.C.R. 403; *Terrasses Zarolega Inc. v. Régie*

des principes pertinents se justifie. En l'espèce, les tribunaux administratifs des bandes règlent les différends en matière d'impôt foncier, de sorte qu'une plus grande souplesse est manifestement justifiée.

Même dans l'hypothèse de l'application souple des principes en matière d'indépendance judiciaire, une personne sensée et raisonnable qui considérerait dans son ensemble la procédure prévue dans les règlements d'évaluation craindrait raisonnablement que les membres des tribunaux d'appel ne soient pas suffisamment indépendants. Trois facteurs conduisent à cette conclusion: (1) il n'y a absolument aucune sécurité financière pour les membres des tribunaux; (2) ou bien l'inamovibilité n'est pas du tout prévue (dans le cas de la bande Siska), ou bien elle ne l'est que de façon ambiguë et, partant, inadéquate (dans le cas de la bande de Matsqui); (3) les tribunaux, dont les membres sont nommés par les chefs et conseils de bande, se voient appelés à statuer sur un litige où les intérêts des bandes s'opposent à des intérêts étrangers. Dans les faits, les membres des tribunaux ont à se prononcer sur les intérêts de celles-là même (les bandes) auxquelles ils doivent leur nomination. La combinaison de ces trois facteurs mène à la conclusion que les tribunaux d'appel ne sont pas suffisamment indépendants en l'espèce; un seul de ces facteurs, pris isolément, n'aurait pas nécessairement entraîné la même conclusion.

Bien que les allégations quant à l'absence d'impartialité institutionnelle soient prématurées, celles concernant l'indépendance institutionnelle ne le sont pas. Il s'agit de deux concepts tout à fait distincts. C'est de la pure conjecture que de taxer de partialité les membres des tribunaux, car il est impossible de savoir ce qu'ils pensent avant que l'audience n'ait effectivement lieu. Toutefois, en appréciant l'indépendance institutionnelle des tribunaux d'appel, l'accent doit être mis sur un examen objectif de leur structure juridique, que les règlements administratifs établissent de façon concluante. Les règlements ne font que conférer aux chefs et conseils de bande le pouvoir discrétionnaire d'accorder l'indépendance institutionnelle. Il ne convient pas que la question de l'indépendance d'un tribunal soit assujettie au pouvoir discrétionnaire de ceux qui en nomment les membres.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; **arrêts examinés:** *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403; *Terrasses Zarolega*

des installations olympiques, [1981] 1 S.C.R. 94; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; **referred to:** *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; *Sethi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 2 F.C. 552; *Mohammad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 363; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282.

By Major J.

Considered: *Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Ste-Foy*, [1983] 1 S.C.R. 403; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; **referred to:** *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230.

By Sopinka J. (dissenting)

Harelkin v. University of Regina, [1979] 2 S.C.R. 561; *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Alex Couture Inc. v. Canada (Attorney-General)* (1991), 83 D.L.R. (4th) 577, leave to appeal refused, [1992] 2 S.C.R. v; *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; *Mohammad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 363.

Inc. c. Régie des installations olympiques, [1981] 1 R.C.S. 94; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; **arrêts mentionnés:** *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856; *Sethi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 2 C.F. 552; *Mohammad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 363; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282.

Citée par le juge Major

Arrêts examinés: *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; **arrêts mentionnés:** *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230.

Citée par le juge Sopinka (dissent)

Harelkin c. Université de Regina, [1979] 2 R.C.S. 561; *Charles Osenton & Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Canada (Procureur général) c. Alex Couture Inc.*, [1991] R.J.Q. 2534, autorisation de pourvoi refusée, [1992] 2 R.C.S. v; *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856; *Mohammad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 363.

Statutes and Regulations Cited

- Assessment Act*, R.S.B.C. 1979, c. 21.
Assessment Act, R.S.N. 1990, c. A-18.
Assessment Act, R.S.N.B. 1973, c. A-14.
Assessment Act, R.S.N.S. 1989, c. 23.
Assessment Appeal Board Act, R.S.A. 1980, c. A-46.
Assessment By-law [Siska By-law], ss. 40(1), (2), (3), (4), 41(1)(a), (b), (c), (d), (e), (4), 45(1)(a), (b), (c), (d).
Assessment Review Board Act, R.S.O. 1990, c. A.32.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7 [am. 1990, c. 8], ss. 18(1)(a), (b), 18.1(1), (3)(a), (b), (4)(a), 18.3(1), 18.4(1), (2), 18.5, 24(1), (2), 26(1).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5 [am. c. 17 (4th Supp.)], ss. 2(1)(a), 83(1)(a), (2), (3), (4), (5), (6).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 2(1)(a), (b).
Island Regulatory and Appeals Commission Act, S.P.E.I. 1991, c. 18.
Municipal Board Act, S.S. 1988-89, c. M-23.2.
Municipal Taxation Act, S.Q. 1979, c. 72.
Property Assessment By-law [Matsqui By-law], ss. 27 (A), (B), (C), (D), 32 (A)(1), (2), (3), (4), (G), (J), 35 (A)(1), (2), (3), (4), (B), (C), 49 (A), Schedule 10.

Authors Cited

Canada. Indian and Northern Affairs. Indian Taxation Advisory Board. *Introduction to Real Property Taxation on Reserve*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1990.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1993] 2 F.C. 641, 153 N.R. 307, [1994] 1 C.N.L.R. 66, allowing an appeal from a judgment of Joyal J., [1993] 1 F.C. 74, 58 F.T.R. 23, striking out an application for judicial review. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ. dissenting.

Arthur Pape and Alisa Noda, for the appellants Matsqui Indian Band and Matsqui Indian Band Council.

John L. Finlay and Fiona C. M. Anderson, for the appellants Siska Indian Band and Siska Indian Band Council, Kanaka Bar Indian Band and Kanaka Bar Indian Band Council, Nicomen Indian Band and Nicomen Indian Band Council, Shuswap

Lois et règlements cités

- Assessment Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 21.
Assessment Act, R.S.N. 1990, ch. A-18.
Assessment Act, R.S.N.S. 1989, ch. 23.
Assessment Appeal Board Act, R.S.A. 1980, ch. A-46.
Assessment By-law [règlement Siska], art. 40(1), (2), (3), (4), 41(1)a), b), c), d), e), (4), 45(1)a), b), c), d).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).
Island Regulatory and Appeals Commission Act, S.P.E.I. 1991, ch. 18.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 2(1)a), b).
Loi sur la Commission de révision de l'évaluation foncière, L.R.O. 1990, ch. A.32.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. 1990, ch. 8], art. 18(1)a), b), 18.1 (1), (3)a), b), (4)a), 18.3(1), 18.4(1), (2), 18.5, 24(1) (2), 26(1).
Loi sur la fiscalité municipale, L.Q. 1979, ch. 72.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5 [mod. ch. 17 (4^e suppl.)], art. 2(1)a), 83(1)a), (2), (3), (4), (5), (6).
Loi sur l'évaluation, L.R.N.-B. 1973, ch. A-14.
Municipal Board Act, S.S. 1988-89, ch. M-23.2.
Property Assessment By-law [règlement Matsqui], art. 27 A), B), C), D), 32 A)(1), (2), (3), (4), G), J), 35 A)(1), (2), (3), (4), B), C), 49 A), annexe 10.

Doctrine citée

Canada. Affaires indiennes et du Nord. Commission consultative de la fiscalité indienne. *Introduction à l'imposition foncière sur les réserves*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1993] 2 C.F. 641, 153 N.R. 307, [1994] 1 C.N.L.R. 66, qui a accueilli l'appel interjeté contre un jugement du juge Joyal, [1993] 1 C.F. 74, 58 F.T.R. 23, qui avait annulé une demande de contrôle judiciaire. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Iacobucci sont dissidents.

Arthur Pape et Alisa Noda, pour la bande indienne de Matsqui et le conseil de la bande indienne de Matsqui.

John L. Finlay et Fiona C. M. Anderson, pour les appelants la bande indienne Siska et le conseil de la bande indienne Siska, la bande indienne Kanaka Bar et le conseil de la bande indienne Kanaka Bar, la bande indienne Nicomen et le con-

Indian Band and Shuswap Indian Band Council, Skuppah Indian Band and Skuppah Indian Band Council, Spuzzum Indian Band and Spuzzum Indian Band Council.

Norman D. Mullins, Q.C., and W. A. S. Macfarlane, for the respondents.

Leslie J. Pinder, for the intervener.

The judgment of Lamer C.J. and Cory J. was delivered by

LAMER C.J. —

I. Factual Background

In 1988, amendments to the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, as amended by R.S.C., 1985, c. 17 (4th Supp.), came into force which enable Indian bands to establish their own by-laws for the levying of taxes against real property on their reserve lands. These amendments came about after extensive consultations and negotiations between the federal and provincial governments, and representatives of Aboriginal peoples.

The appellants are Indian bands with reserves in British Columbia. Their cases have been heard concurrently at all levels and turn on essentially identical facts. In 1992, pursuant to the new tax assessment provisions of the *Indian Act*, the appellants each developed taxation and assessment by-laws which were implemented following the approval of the Minister of Indian Affairs and Northern Development. The appellant Matsqui Band's assessment by-law provides for the assessment of all real property within the reserve, the preparation of an assessment roll, the giving to all persons concerned of notices of assessment, the appointment of Courts of Revision to hear appeals from the assessments, the appointment of an Assessment Review Committee to hear appeals from the decisions of the Courts of Revision and, finally, an appeal on a question of law to the Federal Court, Trial Division from the decisions of the

seil de la bande indienne Nicomen, la bande indienne de Shuswap et le conseil de la bande indienne de Shuswap, la bande indienne Skuppah et le conseil de la bande indienne Skuppah, la bande indienne de Spuzzum et le conseil de la bande indienne de Spuzzum.

Norman D. Mullins, c.r., et W. A. S. Macfarlane, pour les intimées.

Leslie J. Pinder, pour l'intervenante.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et du juge Cory rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Les faits

En 1988, sont entrées en vigueur des modifications apportées à la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, modifiée par L.R.C. (1985), ch. 17 (4^e suppl.). Ces modifications, qui habilent les bandes indiennes à prendre des règlements administratifs prévoyant l'imposition de taxes sur les biens immeubles situés dans leur réserve, ont fait suite à de longues consultations et négociations entre les gouvernements fédéral et provinciaux et les représentants des peuples autochtones.

Les appelantes sont des bandes indiennes dont les réserves sont situées en Colombie-Britannique. Leurs causes ont été entendues simultanément à tous les paliers et portent sur des faits essentiellement identiques. En 1992, conformément aux nouvelles dispositions de la *Loi sur les Indiens* concernant l'évaluation en matière de taxation, chacune des appelantes a élaboré des règlements de taxation et d'évaluation, qui sont entrés en vigueur après leur approbation par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien. Le règlement d'évaluation de l'appelante la bande de Matsqui prévoit l'évaluation de tous les biens immeubles situés dans la réserve, la préparation d'un rôle d'évaluation, la remise d'avis d'évaluation à toutes les personnes concernées, l'établissement de tribunaux de révision pour entendre les appels formés contre les évaluations, la constitution d'un comité de révision des évaluations pour entendre les

1

2

Assessment Review Committee. The by-laws of the other appellant bands provide for a single hearing before a Board of Review, with an appeal to the Federal Court, Trial Division.

3 Pursuant to those assessment by-laws, notices were sent by each of the appellants to the first respondent, Canadian Pacific Limited ("CP"), in respect of a strip of land running through the reserves over which CP had laid railway tracks. The appellant Matsqui Band also sent a notice of assessment to the second respondent, Unitel Communications Inc. ("Unitel"), which has laid fibre-optic cables on the CP land.

4 The respondents commenced a judicial review application in the Federal Court, Trial Division, requesting that the assessments be set aside. CP and Unitel argued that under s. 83(1) of the *Indian Act*, the Indian bands have authority to tax only land which is "in the reserve". The application was supported by affidavit evidence that the land in question is vested in CP, which had acquired it from the Crown in right of Canada by letters patent issued on August 25, 1891, and had registered it in the New Westminster Land Title Office on August 27, 1891. According to the respondents, land owned by CP is not within the reserves of the appellants, since the *Indian Act* defines a "reserve" as "a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty". CP therefore claimed that its land cannot be taxed by the appellant bands.

5 The appellants brought a motion asking that the respondents' application for judicial review be struck out on two grounds, namely that:

(a) the application was directed against a decision which, pursuant to s. 18.5 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as am. by S.C. 1990, c. 8,

appels formés contre les décisions des tribunaux de révision et, enfin, la possibilité d'en appeler des décisions du comité de révision devant la Section de première instance de la Cour fédérale sur une question de droit. Les règlements administratifs des autres bandes appelantes prévoient une seule audience devant une commission de révision et un appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale.

Conformément à ces règlements d'évaluation, chacune des bandes appelantes a fait parvenir un avis à la première intimée, Canadien Pacifique Limitée («CP»), concernant une bande de terrain parcourant les réserves sur laquelle CP avait posé ses voies ferrées. L'appelante la bande de Matsqui a en outre fait tenir un avis d'évaluation à la seconde intimée, Unitel Communications Inc. («Unitel»), qui avait installé des câbles de fibres optiques sur le terrain de CP.

Les intimées CP et Unitel ont saisi la Section de première instance de la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire visant à faire annuler les évaluations. Elles ont fait valoir que le par. 83(1) de la *Loi sur les Indiens* autorise les bandes indiennes à taxer uniquement les immeubles situés «dans la réserve». La demande était appuyée d'une preuve par affidavit établissant que le terrain en cause était dévolu à CP, qui l'avait acquis de la Couronne du chef du Canada par lettres patentes délivrées le 25 août 1891 et enregistrées au bureau d'enregistrement des droits immobiliers de New Westminster le 27 août 1891. Selon les intimées, le terrain appartenant à CP n'est pas situé dans les réserves des appelantes, puisque, suivant la définition donnée dans la *Loi sur les Indiens*, une «réserve» est une «[p]arcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire». CP a soutenu en conséquence que les bandes appelantes ne pouvaient imposer une taxe sur son terrain.

Invoquant les deux moyens suivants, les appellants ont présenté une requête en annulation de la demande de contrôle judiciaire des intimées:

a) la demande visait une décision qui, suivant l'art. 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, modifié par L.C. 1990, ch. 8, art. 5, ne

s. 5, could not be the subject of judicial review since the assessment by-laws expressly provided for a right of appeal to the Federal Court, Trial Division or, in the alternative;

(b) the Court should decline to grant the discretionary remedies applied for because the assessment by-laws provide for an adequate alternative remedy, namely, a right of appeal to an appeal tribunal and, eventually, to the Federal Court, Trial Division.

Joyal J. of the Federal Court, Trial Division, [1993] 1 F.C. 74, accepted the second of these arguments and granted the appellants' motion, striking out the application of the respondents for judicial review.

The respondents appealed to the Federal Court of Appeal, [1993] 2 F.C. 641, which allowed the appeal, set aside the decision of the Trial Division and dismissed the appellants' motion to strike.

II. Relevant Statutory Provisions

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5

2. (1) In this Act,

“reserve”

(a) means a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band. . . .

83. (1) Without prejudice to the powers conferred by section 81, the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

(a) subject to subsections (2) and (3), taxation for local purposes of land, or interests in land, in the reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve;

peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire puisque les règlements d'évaluation prévoient expressément un droit d'appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale;

b) subsidiairement, la cour devrait refuser d'accorder les redressements discrétionnaires demandés parce que les règlements d'évaluation prévoient un autre recours approprié, soit un droit d'appel à un tribunal d'appel et, finalement, à la Section de première instance de la Cour fédérale.

Le juge Joyal de la Section de première instance de la Cour fédérale, [1993] 1 C.F. 74, retenant le second moyen, a fait droit à la requête des appelants et a annulé la demande de contrôle judiciaire des intimées.

Les intimées ont interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale, [1993] 2 C.F. 641, qui a accueilli l'appel, infirmé la décision de la Section de première instance et rejeté la requête en annulation des appelants.

II. Les dispositions législatives applicables

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5

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

«réserved» Parcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu'elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande. . .

83. (1) Sans préjudice des pouvoirs que confère l'article 81, le conseil de la bande peut, sous réserve de l'approbation du ministre, prendre des règlements administratifs dans les domaines suivants:

a) sous réserve des paragraphes (2) et (3), l'imposition de taxes à des fins locales, sur les immeubles situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d'occupation, de possession et d'usage;

(2) An expenditure made out of moneys raised pursuant to subsection (1) must be so made under the authority of a by-law of the council of the band.

(3) A by-law made under paragraph (1)(a) must provide an appeal procedure in respect of assessments made for the purposes of taxation under that paragraph.

(4) The Minister may approve the whole or a part only of a by-law made under subsection (1).

(5) The Governor in Council may make regulations respecting the exercise of the by-law making powers of bands under this section.

(6) A by-law made under this section remains in force only to the extent that it is consistent with the regulations made under subsection (5).

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21

2. (1) In this Act,

“regulation” includes an order, regulation, rule, rule of court, form, tariff of costs or fees, letters patent, commission, warrant, proclamation, by-law, resolution or other instrument issued, made or established

(a) in the execution of a power conferred by or under the authority of an Act, or

(b) by or under the authority of the Governor in Council;

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7

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 . . .

(2) Toute dépense à faire sur les fonds prélevés en application du paragraphe (1) doit l'être sous l'autorité d'un règlement administratif pris par le conseil de la bande.

(3) Les règlements administratifs pris en application de l'alinéa (1)a) doivent prévoir la procédure de contestation de l'évaluation en matière de taxation.

(4) Le ministre peut approuver la totalité d'un règlement administratif visé au paragraphe (1) ou une partie seulement de celui-ci.

(5) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, régir l'exercice du pouvoir réglementaire de la bande prévu au présent article.

(6) Les règlements administratifs pris en application du présent article ne demeurent en vigueur que dans la mesure de leur compatibilité avec les règlements pris en application du paragraphe (5).

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21

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

«règlement» Règlement proprement dit, décret, ordonnance, proclamation, arrêté, règle judiciaire ou autre, règlement administratif, formulaire, tarif de droits, de frais ou d'honoraires, lettres patentes, commission, mandat, résolution ou autre acte pris:

a) soit dans l'exercice d'un pouvoir conféré sous le régime d'une loi fédérale;

b) soit par le gouverneur en conseil ou sous son autorité.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7

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. . .

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

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction. . . .

18.4 (1) Subject to subsection (2), an application or reference to the Trial Division under any of sections 18.1 to 18.3 shall be heard and determined without delay and in a summary way.

(2) The Trial Division may, if it considers it appropriate, direct that an application for judicial review be treated and proceeded with as an action.

18.5 Notwithstanding sections 18 and 18.1, where provision is expressly made by an Act of Parliament for an appeal as such to the Court, to the Supreme Court of Canada, to the Court Martial Appeal Court, to the Tax Court of Canada, to the Governor in Council or to the Treasury Board from a decision or order of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal, that decision or order is not, to the extent that it may be so appealed, subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with that Act.

24. (1) Except as otherwise provided in this Act or any other Act of Parliament, the Trial Division has exclusive original jurisdiction to hear and determine all appeals that under any Act of Parliament may be taken to the Court.

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:

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer. . . .

18.4 (1) Sous réserve du paragraphe (2), la Section de première instance statue à bref délai et selon une procédure sommaire sur les demandes et les renvois qui lui sont présentés dans le cadre des articles 18.1 à 18.3.

(2) La Section de première instance peut, si elle l'estime indiqué, ordonner qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action.

18.5 Par dérogation aux articles 18 et 18.1, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel de la cour martiale, la Cour canadienne de l'impôt, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, d'une décision ou d'une ordonnance d'un office fédéral, rendue à tout stade des procédures, cette décision ou cette ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf en conformité avec cette loi.

24. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour connaître des appels interjetés devant la Cour aux termes d'une loi fédérale.

(2) The Rules may transfer original jurisdiction to hear and determine a particular class of appeal from the Trial Division to the Court of Appeal.

26. (1) The Trial Division has original jurisdiction in respect of any matter, not allocated specifically to the Court of Appeal, in respect of which jurisdiction has been conferred by any Act of Parliament on the Federal Court, whether referred to as such or as the Exchequer Court of Canada.

III. Decisions Below

A. *Federal Court, Trial Division*, [1993] 1 F.C. 74 (Joyal J.)

8 Joyal J. first reviewed the case law dealing with the availability of judicial review. He noted that these decisions confirmed the jurisdiction of a superior court to hear a case by way of judicial review when a fundamental issue of validity or excess of jurisdiction is raised. After briefly outlining the history of judicial review, he stated at pp. 86-87:

The basic characteristic, however, of judicial review providing an exceptional or extraordinary remedy must necessarily be maintained. It can only be maintained when no other effective recourse is open to a litigant. Absent any statutory bar to jurisdiction . . . the relief which a court may grant by way of judicial review remains essentially discretionary. On such an application, a court must view all the circumstances of the case and decide if any other recourse or remedy is available. Such a recourse is . . . usually by way of an appeal. As stated by Culliton J.A., in *Wilfong, Re Cathcart v. Lowery* (1962), 32 D.L.R. (2d) 477 (Sask. C.A.), the practice is to decline jurisdiction where there is a right of appeal, except under special circumstances.

9 Joyal J. decided to exercise his discretion to refuse to hear the respondents' application for judicial review because the appeal procedures established by the bands were adequate for resolving the respondents' challenge. He relied on the following four factors:

(1) The legislative scheme and the band by-laws reflect extremely important policy issues. Intensive

(2) Les règles peuvent transférer à la Cour d'appel la compétence, en première instance, pour connaître de certains appels ou catégories d'appel ressortissant normalement à la Section de première instance.

26. (1) La Section de première instance a compétence, en première instance, pour toute question ressortissant aux termes d'une loi fédérale à la Cour fédérale — ou à l'ancienne Cour de l'Échiquier du Canada —, à l'exception des questions expressément réservées à la Cour d'appel.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La Cour fédérale, Section de première instance*, [1993] 1 C.F. 74 (le juge Joyal)

Le juge Joyal a d'abord passé en revue la jurisprudence traitant du recours au contrôle judiciaire. Cette jurisprudence, a-t-il fait remarquer, confirme la compétence d'une cour supérieure pour procéder à un contrôle judiciaire chaque fois que se pose une question fondamentale de validité ou d'excès de compétence. Ayant fait brièvement l'historique du contrôle judiciaire, il a dit, aux pp. 86 et 87:

Il faut cependant préserver la caractéristique fondamentale du contrôle judiciaire, qui est celle d'un recours exceptionnel ou extraordinaire. Ce recours ne peut être exercé qu'en l'absence de toute autre voie de droit utile. Sauf incompétence prévue par un texte de loi, [. . .] le redressement que peut accorder une cour par voie de contrôle judiciaire demeure essentiellement discrétionnaire. Saisie d'un recours à cet effet, la cour doit examiner tous les faits et circonstances de la cause et décider s'il n'y a pas quelque autre recours ou voie de droit. [. . .] [C]ette voie de droit est habituellement l'appel proprement dit. Comme le juge Culliton de la Cour d'appel de la Saskatchewan l'a fait observer dans *Wilfong, Re Cathcart v. Lowery* (1962), 32 D.L.R. (2d) 477 (C.A. Sask.), il est d'usage de décliner compétence quand un droit d'appel existe, sauf cas exceptionnel.

Le juge Joyal a décidé, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de refuser d'entendre la demande de contrôle judiciaire des intimées parce que les procédures de contestation établies par les bandes permettaient de régler la contestation des intimées. Il a fondé sa conclusion sur les quatre facteurs suivants:

(1) Le régime législatif et les règlements administratifs pris par les bandes traduisent des questions

discussions took place between public authorities in British Columbia, the federal authorities at Ottawa, and the Indian bands concerned, in order to set up an elaborate system of assessment and taxation. The provincial and federal authorities have clothed the respective Indian band councils with the mantle of legitimacy in running their own system of taxation. Therefore, it would not be in the public interest and it would not favour public policy to allow CP and Unitel to bypass the appeal provisions in the by-laws.

(2) The issue of whether or not lands are “in the reserve” for the purposes of tax assessment falls within the terms of reference of the appeal procedures.

(3) The appeal tribunals established by the Indian bands are a better forum in which to receive all the evidence relevant to the issue of whether CP’s land is “in the reserve”. Applications for judicial review are heard summarily and are therefore more limited. Generally, the field of enquiry of an appeal court and the remedies available to it are more extensive than those available pursuant to judicial review.

(4) An appeal to the Federal Court, Trial Division, is available from any decision of the appeal tribunals.

In the result, Joyal J. struck out the respondents’ application.

He declined to consider the argument of the respondents that the provisions permitting band members to sit on the assessment appeal tribunals produced a reasonable apprehension of bias. Joyal J. held that, as there was no evidence before him as to the composition of the panels, such an argument was premature.

de principe extrêmement importantes. Des négociations intensives ont eu lieu entre les autorités publiques en Colombie-Britannique, les autorités fédérales à Ottawa et les bandes indiennes concernées pour la mise en place d’un système complexe d’évaluation et de taxation. Les autorités fédérales et provinciales ont légitimé le pouvoir des conseils respectifs des bandes indiennes d’administrer leur propre système de taxation. Par conséquent, on n’agirait pas dans l’intérêt public ni ne favoriserait l’ordre public en permettant à CP et à Unitel de passer outre aux dispositions relatives aux moyens de contestations prévus dans les règlements administratifs en cause.

(2) La question de savoir si des terrains sont situés «dans la réserve» aux fins de l’évaluation en matière de taxation relève des procédures de contestation prévues.

(3) Les tribunaux d’appel établis par les bandes indiennes constituent des juridictions plus indiquées pour recevoir toute la preuve se rapportant à la question de savoir si le terrain de CP est situé «dans la réserve». Les demandes de contrôle judiciaire sont entendues sommairement et sont, en conséquence, plus restreintes. En règle générale, les questions que peut examiner une cour d’appel et les mesures de réparation qu’elle peut accorder sont plus étendues que celles qui sont possibles dans le contexte d’un contrôle judiciaire.

(4) Toute décision des tribunaux d’appel peut être portée en appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale.

Le juge Joyal a en conséquence annulé la demande des intimées.

Il a refusé de considérer l’argument des intimées selon lequel les dispositions permettant aux membres de bande de siéger aux tribunaux d’appel en matière d’évaluation donnaient lieu à une crainte raisonnable de partialité. D’après le juge Joyal, comme il ne disposait d’aucun élément de preuve quant à la composition des tribunaux en question, cet argument était prématuré.

B. *Federal Court of Appeal*, [1993] 2 F.C. 641 (Pratte J.A., Decary and Robertson J.J.A. Concurring)

B. *La Cour d'appel fédérale*, [1993] 2 C.F. 641 (le juge Pratte, avec l'appui des juges Décary et Robertson)

12

Pratte J.A. first considered the argument of the appellants that, as the by-law provided for a right of appeal to the Federal Court, judicial review was barred by s. 18.5 of the *Federal Court Act* (this argument was not advanced by the appellants in this Court). In deciding that there was no merit in this submission, Pratte J.A. further concluded at p. 647 that it was *ultra vires* the bands to create an appeal to the Federal Court, Trial Division:

Le juge Pratte s'est d'abord penché sur l'argument des appelants selon lequel l'art. 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale* avait pour effet d'exclure le contrôle judiciaire puisque le règlement administratif prévoyait un droit d'appel devant la Cour fédérale (argument que les appelants n'ont pas invoqué devant notre Cour). En déclarant ce moyen mal fondé, le juge Pratte a en outre conclu, à la p. 647, que les bandes indiennes ont excédé leur pouvoir en établissant un droit d'appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale:

The Federal Court is a statutory Court. It was created by the *Federal Court Act* and its jurisdiction is defined by that Act and other statutes. A by-law or regulation adopted pursuant to the *Indian Act* cannot extend the Court's jurisdiction beyond the limits set by Parliament unless there be a statutory provision authorizing the adoption of such a by-law. It is common ground that the respondents' authority to adopt the Assessment By-law and provide for appeals from assessments is derived solely from section 83 of the *Indian Act*. That section requires an assessment by-law to provide "an appeal procedure in respect of assessments". However, it does not confer on band councils, either expressly or by implication, the power to extend the jurisdiction of the Federal Court or other statutory courts by creating a right of appeal to those courts. . . . It follows that this part of the Matsqui Indian Band Assessment By-law, Amendment 1-1992, which creates a right of appeal to the Federal Court, is *ultra vires* and, for that reason, cannot be invoked to preclude the judicial review of an assessment under section 18.1 (as enacted *idem*) of the *Federal Court Act*.

La Cour fédérale tire son origine de la *Loi sur la Cour fédérale* qui, entre autres lois, établit sa compétence. Un règlement administratif pris conformément à la *Loi sur les Indiens* ne peut étendre la compétence de la Cour au-delà des limites fixées par le législateur que si une disposition législative autorise un tel règlement. Il est admis que les intimés tirent uniquement de l'article 83 de la *Loi sur les Indiens* leur pouvoir de prendre le règlement d'évaluation et de prévoir un appel contre les cotisations. Aux termes de cet article, un règlement d'évaluation doit prévoir «la procédure de contestation de l'évaluation». Par contre, l'article 83 ne confère ni expressément ni implicitement aux conseils de bande le pouvoir d'étendre la compétence de la Cour fédérale ou d'autres tribunaux créés par la loi en établissant un droit d'appel devant ces tribunaux. [. . .] Il s'ensuit que la partie du Matsqui Indian Band Assessment By-law, Amendment 1-1992 qui crée un droit d'appel à la Cour fédérale est *ultra vires* et, pour ce motif, ne peut être invoquée pour interdire le contrôle judiciaire d'une cotisation en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

13

In allowing the respondents' appeal, Pratte J.A. pointed to several errors committed by Joyal J. First, Joyal J. failed to take into account that the determination as to whether the CP land had been wrongfully entered on the assessment roll could not be resolved without answering other questions which were beyond the jurisdiction of the appeal tribunals, namely: (1) whether the respondents' land and interests are "in the reserve" within the meaning of s. 83(1) of the *Indian Act* so as to enable the appellants to adopt by-laws taxing

En accueillant l'appel des intimées, le juge Pratte a signalé plusieurs erreurs commises par le juge Joyal. Premièrement, ce dernier n'a pas tenu compte du fait que la question de savoir si le terrain de CP avait été irrégulièrement porté au rôle d'évaluation ne pouvait être tranchée sans que soient résolues certaines autres questions qui ne relevaient pas de la compétence des tribunaux d'appel, c'est-à-dire: (1) celle de savoir si le terrain et les droits des intimées sont situés «dans la réserve» au sens du par. 83(1) de la *Loi sur les*

them; (2) whether the title asserted by CP is valid; and (3) what is the nature of the right acquired by CP by virtue of its title.

Second, Pratte J.A. was of the opinion that Joyal J. erred in relying on irrelevant policy considerations relating to the taxation scheme as a cooperative effort promoting the self-sufficiency of Aboriginal peoples.

Third, in holding that since s. 18 motions before the Federal Court, Trial Division are heard summarily, the appeal tribunals are a better forum to review all the evidence in this case, Joyal J. ignored the fact that the members of the tribunal are unlikely "to have any experience in the difficult task of presiding over a trial and will not be governed by any rules of procedure enabling them to perform that function" (p. 649). This reasoning also overlooked the fact that the Court has the power to require that a s. 18 application be tried as an action.

Finally, Pratte J.A. reiterated that it was incorrect to rely on the availability of an appeal to the Federal Court, Trial Division from the decisions of the appeal tribunals since, as found earlier, the creation of such a right of appeal was *ultra vires* the bands.

IV. Analysis

A. *Introduction*

The respondents argue that their land is not "in the reserve" as required by s. 83(1)(a) of the *Indian Act*, and therefore the land may not be taxed by the appellant bands under their new tax assessment powers. This Court is not being asked to determine whether the land is, or is not, "in the reserve". Instead, we must decide whether Joyal J.

Indiens, de façon à permettre aux appelants de prendre des règlements de taxation visant ce terrain et ces droits; (2) celle de savoir si le titre invoqué par CP est valide, et (3) celle de savoir quelle était la nature du droit acquis par CP en vertu de son titre.

Deuxièmement, le juge Pratte a estimé que le juge Joyal s'était fondé à tort sur des considérations de principe non pertinentes se rapportant au régime de taxation en tant qu'effort commun en vue de favoriser l'autonomie des peuples autochtones.

Troisièmement, en concluant que, puisque les requêtes fondées sur l'art. 18 présentées à la Section de première instance de la Cour fédérale sont soumises à une procédure sommaire, les tribunaux d'appel sont des juridictions plus indiquées pour examiner toute la preuve en l'espèce, le juge Joyal n'a pas tenu compte du fait qu'il est peu probable que les membres du tribunal d'appel «aient une quelconque expérience dans la tâche difficile qui consiste à présider à un procès, et qu'ils ne sont pas régis par des règles de procédure leur permettant de s'acquitter de leur fonction» (p. 649). De plus, ce raisonnement fait abstraction du pouvoir que détient la cour d'exiger que la demande fondée sur l'art. 18 soit instruite comme s'il s'agissait d'une action.

Enfin, le juge Pratte a répété qu'on ne pouvait s'appuyer sur la possibilité d'en appeler des décisions des tribunaux d'appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale, car, comme il l'avait déjà conclu, les bandes n'avaient pas compétence pour créer un tel droit d'appel.

IV. Analyse

A. *Introduction*

Les intimées soutiennent que, n'étant pas situé «dans la réserve» conformément à l'al. 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens*, leur terrain ne peut être imposé par les bandes appelantes dans l'exercice de leurs nouveaux pouvoirs de taxation. On ne demande pas à notre Cour de déterminer si le terrain en cause se trouve ou non «dans la réserve».

14

15

16

17

properly exercised his discretion in refusing to entertain the respondents' application for judicial review, thereby requiring the respondents to pursue their jurisdictional challenge through the appeal procedures established by the appellant bands under s. 83(3) of the *Indian Act*.

18 In considering whether Joyal J. exercised his discretion reasonably, it is important that we not lose sight of Parliament's objective in creating the new Indian taxation powers. The regime which came into force in 1988 is intended to facilitate the development of Aboriginal self-government by allowing bands to exercise the inherently governmental power of taxation on their reserves. Though this Court is not faced with the issue of Aboriginal self-government directly, the underlying purpose and functions of the Indian tax assessment scheme provide considerable guidance in applying the principles of administrative law to the statutory provisions at issue here. I will therefore employ a purposive and functional approach where appropriate in this ruling.—

19 This approach is similar to that taken in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, where Beetz J. adopted a pragmatic and functional analysis of the issue of whether a matter lies within the jurisdiction of a tribunal *stricto sensu* and is thereby insulated from judicial review. As noted above, in the case at bar we are concerned with quite a different matter, namely whether the courts or the statutory appeal procedures are the appropriate forum for determining whether the respondents' lands are "in the reserve". However, a purposive and functional approach is necessary because, to use the words of Beetz J. in *Bibeault* at p. 1089, "it focuses the Court's inquiry directly on

Nous devons plutôt décider si le juge Joyal a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant d'entendre la demande de contrôle judiciaire présentée par les intimées, obligeant ainsi ces dernières à poursuivre leur contestation relative à la compétence par le biais des procédures de contestation établies par les bandes appelantes en vertu du par. 83(3) de la *Loi sur les Indiens*.

En examinant si le juge Joyal a exercé raisonnablement son pouvoir discrétionnaire, il importe que nous ne perdions pas de vue l'objectif que visait le législateur fédéral lorsqu'il a investi les Indiens de leurs nouveaux pouvoirs de taxation. Le régime qui est entré en vigueur en 1988 est destiné à faciliter le développement de l'autonomie gouvernementale des autochtones en permettant aux bandes d'exercer sur leurs réserves le pouvoir proprement gouvernemental de taxation. Bien que notre Cour ne soit pas directement saisie de la question de l'autonomie gouvernementale des autochtones, les fonctions et l'objet sous-jacents du régime de taxation établi pour les Indiens nous sont d'un secours considérable en ce qui concerne l'application des principes de droit administratif aux dispositions législatives en cause. Je recours donc dans les présents motifs, chaque fois que cela est indiqué, à une démarche fonctionnelle qui tient compte de l'objet visé.

Il s'agit d'une démarche analogue à celle suivie dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, où le juge Beetz a adopté une analyse pragmatique et fonctionnelle relativement à la question de savoir si un point donné relève de la compétence d'un tribunal au sens strict et échappe en conséquence au contrôle judiciaire. Comme il a été indiqué plus haut, nous sommes saisis en l'espèce d'une question bien différente, soit celle de savoir lesquelles des cours de justice ou des procédures de contestation prévues par la loi constituent le tribunal indiqué pour déterminer si les terrains des intimées sont situés «dans la réserve». Une démarche fonctionnelle qui tient compte de l'objet visé s'impose toutefois parce que, pour reprendre ce qu'a dit le juge Beetz dans l'arrêt *Bibeault*, à la p. 1089, «elle fait porter l'enquête de la Cour directement sur l'intention du législateur plutôt que

the intent of the legislator rather than on interpretation of" isolated provisions.

B. *May the appeal tribunals established under the Indian Act determine whether the respondents' land is "in the reserve"?*

In this case, the respondents are challenging the jurisdiction of band tax assessors. Section 83(1)(a) of the *Indian Act* allows Aboriginal bands to tax land "in the reserve". Land which is not in the reserve cannot be taxed, and is therefore beyond the jurisdiction of the tax assessors. As with all taxation schemes, tax assessors must make a preliminary determination that something is subject to taxation. In this case, the respondents' land was placed on the taxation rolls of the appellant bands because tax assessors made a preliminary determination that the land was "in the reserve".

It is not controversial that the Federal Court, Trial Division is authorized to review the determination by the assessors that the respondents' land is "in the reserve". Sections 18.1(1), (3) and (4) of the *Federal Court Act* clearly authorize the Federal Court, Trial Division to undertake judicial review on jurisdictional matters. This gives statutory effect to the principle, stated by Beetz J. in *Bibeault, supra*, at p. 1086 that where what is at issue is a legislative provision limiting the powers of a tribunal, a mere error will cause it to lose jurisdiction and subject the tribunal to judicial review.

What is controversial between the parties in this case is the question of whether the appeal tribunals themselves may entertain questions going to jurisdiction. The respondents argued forcefully that jurisdictional issues can only be determined by superior courts, and not by administrative bodies.

It is now settled that while the decisions of administrative tribunals lack the force of *res judi-*

sur l'interprétation» de dispositions législatives isolées.

B. *Les tribunaux d'appel constitués en vertu de la Loi sur les Indiens peuvent-ils déterminer si le terrain des intimées est situé «dans la réserve»?*

En l'espèce, les intimées contestent la compétence des évaluateurs de la bande. Or, l'al. 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens* autorise les bandes indiennes à imposer les immeubles situés «dans la réserve». Ceux qui se trouvent à l'extérieur de la réserve ne sont pas imposables et ne relèvent donc pas de la compétence des évaluateurs. Comme c'est le cas sous n'importe quel régime de taxation, les évaluateurs doivent d'abord décider qu'un bien est assujéti à l'impôt. En l'espèce, le terrain des intimées a été porté aux rôles de taxation des bandes appelantes parce que les évaluateurs avaient décidé à titre préliminaire que ce terrain était situé «dans la réserve».

La Section de première instance de la Cour fédérale est, sans conteste, autorisée à contrôler la décision des évaluateurs selon laquelle le terrain des intimées est situé «dans la réserve». En effet, les par. 18.1(1), (3) et (4) de la *Loi sur la Cour fédérale* habilite clairement la Section de première instance à entreprendre le contrôle judiciaire relativement à des questions de compétence. On y retrouve donc l'expression législative du principe, formulé par le juge Beetz dans l'arrêt *Bibeault*, précité, à la p. 1086, selon lequel, si le litige porte sur une disposition législative qui limite les pouvoirs d'un tribunal, une simple erreur lui fait perdre compétence et donne ouverture au contrôle judiciaire.

En ce qui concerne les parties en l'espèce, la question en litige est de savoir si les tribunaux d'appel peuvent eux-mêmes connaître de questions touchant la compétence. Les intimées ont soutenu énergiquement que ces questions sont du ressort exclusif des cours supérieures et ne relèvent pas de la compétence des juridictions administratives.

Or, il est maintenant établi que les décisions des tribunaux administratifs n'ont certes pas l'autorité

20

21

22

23

cata, nevertheless tribunals may embark upon an examination of the boundaries of their jurisdiction. Of course, they must be correct in any determination they make, and courts will generally afford such determinations little deference.

24

In *Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Ste-Foy*, [1983] 1 S.C.R. 403, the question before this Court concerned whether the appellant's lands were "lands under cultivation" within the meaning of s. 523 of Quebec's *Cities and Towns Act*, and thereby entitled to special tax treatment. Assessors for the town decided that the lands did not fall into the special category. Although the *Cities and Towns Act* included a special appeal procedure, the appellant sought to proceed directly to the courts for a determination of whether his lands were "under cultivation". Thus, this case bears important similarities to the case at bar. Beetz J. reached the following conclusion at p. 437:

In my view, these provisions are sufficiently general to allow a taxpayer like the appellant to complain of the roll as drawn up on the ground that the roll deprives it of the exemption to which it is entitled under s. 523 of the *Cities and Towns Act*, and the members of the council or the board of revision must take this complaint under consideration.

With such a complaint before them, the members of the council or the board of revision cannot avoid making a decision without compromising the integrity of their administrative functions. They must therefore respond in order to exercise the latter in accordance with the law, as much as they are able to do and as everyone must do.

However, they cannot make an error in this regard, because their administrative authority depends on the correctness of the reply which they give to these questions of law. If they make an error, they remain subject to the superintending and reforming power of the Superior Court.

Further, when they respond, they exercise a function which is incidental to their administrative duties, and it does not follow from the fact that they must comply with the law and have occasion to express that law that they must do so as would a court of law. Their response accordingly does not have the final nature of *res judicata*.

de la chose jugée, mais que ces tribunaux peuvent néanmoins examiner les limites de leur compétence. Évidemment, leurs décisions à cet égard ne doit être entachée d'aucune erreur et, en règle générale, les cours de justice ne font pas preuve de beaucoup de retenue à l'égard de telles décisions.

Dans l'arrêt *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403, notre Cour devait déterminer si la terre de l'appelante était une «terre en culture» au sens de l'art. 523 de la *Loi des cités et villes* du Québec, et devait, de ce fait, bénéficier d'un traitement fiscal particulier. Les estimateurs de la ville ont décidé que la terre en question ne tombait pas dans la catégorie spéciale. Bien que la *Loi des cités et villes* prévoyait une procédure d'appel particulière, l'appelante a tenté de saisir directement les cours de justice pour qu'elles décident si sa terre était ou non «en culture». Il s'agit donc d'une affaire qui présente des analogies importantes avec la présente espèce. Le juge Beetz est arrivé à la conclusion suivante, à la p. 437:

À mon avis, ces textes sont suffisamment généraux pour permettre à un contribuable comme l'appelante de se plaindre du rôle tel que préparé au motif que ce rôle le prive de l'exemption à laquelle il a droit en vertu de l'art. 523 de la *Loi des cités et villes*, et les membres du conseil ou du bureau de revision doivent prendre cette plainte en considération.

Saisis d'une pareille plainte, les membres du conseil ou du bureau de revision ne peuvent s'abstenir de statuer sans compromettre l'intégrité de leurs fonctions administratives. Ils doivent donc répondre afin d'exercer celles-ci en observant la Loi, autant qu'il leur est possible et comme il incombe à tous.

Mais ils ne peuvent se tromper à ce sujet car leur compétence administrative dépend de l'exactitude de la réponse qu'ils apportent à ces questions de droit. S'ils se trompent, ils demeurent assujettis au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure.

D'autre part, quand ils répondent, ils exercent une fonction incidente à leurs fonctions administratives et, du fait qu'ils doivent observer la Loi et ont l'occasion de l'exprimer, il ne s'ensuit pas qu'il leur appartient de la dire comme une cour de justice. Leur réponse n'a donc pas le caractère définitif de la chose jugée.

There can be no doubt that the appeal tribunals created under s. 83(3) of the *Indian Act* have the authority to determine whether the respondents' lands are subject to the taxation by-laws of the appellant bands, although any such decisions of the tribunals will be reviewable on a standard of correctness.

The respondents have also argued that the jurisdiction of the appeal tribunals extends only to issues of valuation, on the basis that s. 83(3) of the *Indian Act* states that “[a] by-law. . . must provide an appeal procedure in respect of assessments made for the purposes of taxation”. The French text refers to “évaluation” as the equivalent of “assessment”. The respondents conclude that the use of the terms “assessment” and “évaluation” in this context serves to limit the supervision of the appeal tribunals to issues of quantum.

I find the respondents' argument unconvincing. In my view, “assessment”/“évaluation” refers to the process undertaken by tax assessors, the first step of which is, of course, to classify which parcels of land are taxable, and the second step of which is to value the land for taxation purposes. The “process approach” is supported by the ruling of Chouinard J. in *Terrasses Zarolega Inc. v. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 S.C.R. 94. This case involved the expropriation of the appellants' property in relation to the Montreal Olympic Games, and the establishment of an arbitration committee to determine the amount of compensation payable to the appellants. Before the committee was established, the appellants brought an action claiming that the committee could determine the amount of compensation, but could not determine what items were to be compensated. Chouinard J. rejected that argument at p. 104:

When s. 10 states that: “The former owner shall receive as compensation the sums determined by the arbitration committee contemplated in Division III”, these sums must obviously relate to something, to certain items claimed; and in order for sums to be determined in conjunction with items claimed, these items must be deter-

Sans aucun doute, les tribunaux d'appel créés en vertu du par. 83(3) de la *Loi sur les Indiens* sont investis du pouvoir de déterminer si le terrain des intimées est assujéti aux règlements de taxation des bandes appelantes, quoique toute décision rendue par ces instances puisse faire l'objet d'un contrôle selon la norme de l'absence d'erreur.

Les intimées ont fait valoir en outre que la compétence des tribunaux d'appel se limite aux questions d'estimation, puisque, aux termes du par. 83(3) de la *Loi sur les Indiens*, «[l]es règlements administratifs [. . .] doivent prévoir la procédure de contestation de l'évaluation en matière de taxation», le mot «évaluation» étant employé comme équivalent du terme anglais «assessment». Les intimées concluent que l'utilisation des termes «évaluation» et «assessment» dans ce contexte sert à limiter aux seules questions de montants l'examen que peuvent effectuer les tribunaux d'appel.

Je trouve peu convaincant l'argument des intimées. Selon moi, les mots «évaluation» et «assessment» visent le processus entrepris par les évaluateurs, dont la première étape consiste évidemment à classifier les terrains qui sont imposables, et la seconde, à en estimer la valeur pour fins de taxation. La «démarche fondée sur le processus» est appuyée par les motifs du juge Chouinard dans *Terrasses Zarolega Inc. c. Régie des installations olympiques*, [1981] 1 R.C.S. 94. Dans cette affaire, où il s'agissait de l'expropriation de la propriété des appelants en vue des Jeux olympiques de Montréal et de la constitution d'un conseil d'arbitrage ayant pour mandat de déterminer le montant de l'indemnité à verser aux appelants. Avant même que ce conseil d'arbitrage ne soit constitué, les appelants ont intenté une action, faisant valoir que le conseil pouvait déterminer le montant de l'indemnité, mais non les chefs de réclamation. Le juge Chouinard a rejeté cet argument en affirmant, à la p. 104:

Lorsque l'art. 10 stipule que: «Le propriétaire antérieur reçoit, à titre d'indemnité, les sommes déterminées par le conseil d'arbitrage visé à la section III», il faut bien que ces sommes se rapportent à des objets, à des chefs de réclamation. Et pour que des sommes puissent être déterminées en fonction de chefs de réclamation, il faut

25

26

27

mined. There is no basis in the Act for concluding that the legislator intended to make any court other than the arbitration committee responsible for determining the items claimed, on the basis of which various sums are to be determined for inclusion in the compensation to be paid. On the contrary and the reason is precisely because the legislator intended to make the arbitration committee responsible for determining the compensation and the items included in it.

28 A purposive analysis also leads me to favour the "process approach". Parliament clearly intended bands to assume control over the assessment process on the reserves, since the entire scheme would be pointless if assessors were unable to engage in the preliminary determination of whether land should be classified as taxable and thereby placed on the taxation rolls. Given this, I see no reason to interpret s. 83(3) of the *Indian Act* as authorizing appeal procedures related only to the valuation step of the assessment process. Such narrow supervisory control would be inconsistent with Parliament's purpose in authorizing bands to value and classify property for taxation.

29 I therefore conclude that the Federal Court, Trial Division and the appeal tribunals established under s. 83(3) of the *Indian Act* have concurrent jurisdiction to hear and decide the question of whether the respondents' land is "in the reserve".

C. *Could Joyal J. exercise his discretion to refuse to undertake judicial review in this case?*

30 The respondents had the right to seek judicial review before the Federal Court, Trial Division. That does not mean, however, that they have a right to require the court to undertake judicial review. There is a long-standing general principle that the relief which a court may grant by way of judicial review is, in essence, discretionary. This principle flows from the fact that the prerogative writs are extraordinary remedies. The extraordinary and discretionary nature of the prerogative

bien que ces chefs soient déterminés. Rien dans la Loi ne permet de conclure que le législateur ait entendu confier à un tribunal autre que le conseil d'arbitrage la détermination des chefs de réclamation en fonction desquels des sommes doivent être déterminées pour constituer l'indemnité à être versée. Au contraire et c'est précisément parce que le législateur a voulu confier à ce conseil d'arbitrage la responsabilité de déterminer l'indemnité et les éléments qui doivent la composer.

L'analyse fondée sur l'objet m'amène également à privilégier la «démarche fondée sur le processus». De toute évidence, le législateur a voulu que les bandes prennent en main le processus d'évaluation dans les réserves, puisque le régime établi serait sans objet si les évaluateurs ne pouvaient déterminer préalablement si un terrain donné devait être qualifié d'imposable et, en conséquence, porté sur les rôles de taxation. Cela étant, je ne vois aucune raison d'interpréter le par. 83(3) de la *Loi sur les Indiens* comme autorisant des procédures de contestation qui ne se rapportent qu'à l'étape de l'estimation du processus d'évaluation. Donner au droit de regard une portée aussi restreinte irait à l'encontre de l'intention qu'avait le législateur fédéral en habilitant les bandes à procéder à l'estimation et à la classification des immeubles pour fins de taxation.

Je conclus en conséquence que la Section de première instance de la Cour fédérale et les tribunaux d'appel constitués en vertu du par. 83(3) de la *Loi sur les Indiens* ont une compétence concurrente pour décider si le terrain des intimées est situé «dans la réserve».

C. *Le juge Joyal pouvait-il exercer son pouvoir discrétionnaire pour refuser de procéder au contrôle judiciaire en l'espèce?*

Les intimées avaient le droit de demander le contrôle judiciaire à la Section de première instance de la Cour fédérale. Cela ne comportait toutefois pas le droit d'exiger que la cour procède effectivement à ce contrôle. Il existe depuis longtemps un principe général selon lequel la réparation qu'une cour de justice peut accorder dans le cadre du contrôle judiciaire est essentiellement discrétionnaire. Ce principe découle du fait que les brefs de prérogative sont des recours extraordi-

writs has been subsumed within the provisions for judicial review set out in s. 18.1 of the *Federal Court Act*. In particular, s. 18.1(3) of the Act states:

18.1 . . .

(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. [Emphasis added.]

The use of permissive, as opposed to mandatory, language in s. 18.1(3) preserves the traditionally discretionary nature of judicial review. As a result, judges of the Federal Court, Trial Division, such as Joyal J., have discretion in determining whether judicial review should be undertaken.

In exercising his discretion, Joyal J. relied on the adequate alternative remedy principle. He found that the statutory appeal procedures were an adequate forum in which the respondents could pursue their jurisdictional challenge and obtain a remedy, and he therefore decided not to undertake judicial review.

The adequate alternative remedy principle was fully discussed in *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at p. 586, where Beetz J., for the majority, held at p. 576 that “even in cases involving lack of jurisdiction”, the prerogative writs maintain their discretionary nature. Dickson J. (as he then was, dissenting), took a narrower view of discretion in the case of jurisdictional error (pp. 608-9). He nevertheless concluded, at p. 610, that where a jurisdictional error “derives from a

naires. La nature extraordinaire et discrétionnaire de ces brefs a été subsumée dans les dispositions relatives au contrôle judiciaire de l’art. 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Plus particulièrement, le par. 18.1(3) de la Loi dispose:

18.1 . . .

(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. [Je souligne.]

Le fait que le par. 18.1(3) crée une faculté plutôt qu’une obligation conserve la nature discrétionnaire traditionnelle du contrôle judiciaire. En conséquence, les juges de la Section de première instance de la Cour fédérale, dont fait partie le juge Joyal, jouissent d’un pouvoir discrétionnaire pour déterminer s’il y a lieu à contrôle judiciaire.

En exerçant son pouvoir discrétionnaire, le juge Joyal s’est fondé sur le principe de l’existence d’un autre recours approprié. Selon lui, les procédures de contestation établies en vertu de la loi offraient aux intimées des possibilités adéquates de poursuivre leur contestation en matière de compétence et d’obtenir un redressement. Il a décidé en conséquence de ne pas procéder au contrôle judiciaire.

Le principe de l’autre recours approprié a été examiné en profondeur dans l’arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, à la p. 586, où le juge Beetz a conclu au nom de la majorité, à la p. 576, que «même dans les cas d’absence de compétence», les brefs de prérogative conservent leur nature discrétionnaire. Le juge Dickson, dissident (plus tard Juge en chef), a adopté une vue plus étroite du pouvoir discrétionnaire dans le cas d’une erreur de compétence (pp. 608 et 609). Il a néanmoins conclu, à la p. 610, que si l’erreur de compétence «découle d’une mauvaise interpréta-

31

32

33

misinterpretation of a statute, a statutory right of appeal may well be adequate”.

34 In *Harelkin*, a student was required to discontinue his studies. His appeal to a university committee failed. Although there was a further appeal available to the university Senate, the student launched proceedings for *certiorari* and *mandamus* before the courts. The issue which is relevant to the case at bar was whether the student was prevented from proceeding to the courts because he had failed to exhaust the appeal opportunities within the university's own regime. Beetz J., for the majority, stated at p. 588:

In order to evaluate whether appellant's right of appeal to the senate committee constituted an adequate alternative remedy and even a better remedy than a recourse to the courts by way of prerogative writs, several factors should have been taken into consideration among which the procedure on the appeal, the composition of the senate committee, its powers and the manner in which they were probably to be exercised by a body which was not a professional court of appeal and was not bound to act exactly as one nor likely to do so. Other relevant factors include the burden of a previous finding, expeditiousness and costs.

35 Beetz J. reached the conclusion that the university's own appeal procedure was an adequate alternative remedy and that the lower court should therefore have exercised its discretion not to grant a remedy.

36 The adequate alternative remedy doctrine was later applied in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49. There, at p. 93, Dickson C.J. confirmed the discretionary nature of the prerogative writs, even in cases involving lack of jurisdiction. He also stated, at p. 95,

Albeit with the assistance of the wording and scheme of the Act in which the alternative remedy is found, both the fact that ouster needs to be implied and the fact that an evaluation of adequacy is called for suggest that the alternative remedies bar to discretionary judicial relief entails, in reality, a decision by the courts on the appropriateness of their intervention, and less a clear state-

tion d'une loi, un droit d'appel prévu par la loi peut très bien être approprié».

Dans l'affaire *Harelkin*, on avait exigé d'un étudiant qu'il abandonne ses études. L'appel de l'étudiant devant un comité de l'université a été rejeté. Bien qu'il y ait eu possibilité d'appel au sénat de l'université, l'étudiant a saisi les cours de justice de demandes de *certiorari* et de *mandamus*. La question, qui est pertinente en l'espèce, était de savoir si le fait qu'il n'avait pas épuisé tous les recours qu'offrait l'université elle-même empêchait l'étudiant de s'adresser aux cours de justice. Le juge Beetz a dit à la p. 588:

Pour évaluer si le droit d'appel de l'appelant au comité du sénat constituait un autre recours approprié et même un meilleur recours que de s'adresser aux cours par voie de brefs de prérogative, il aurait fallu tenir compte de plusieurs facteurs dont la procédure d'appel, la composition du comité du sénat, ses pouvoirs et la façon dont ils seraient probablement exercés par un organisme qui ne constitue pas une véritable cour d'appel et qui n'est pas tenu d'agir comme s'il en était une, ni n'est susceptible de le faire. D'autres facteurs comprennent le fardeau d'une conclusion antérieure, la célérité et les frais.

Le juge Beetz est parvenu à la conclusion que la procédure d'appel propre à l'université représentait un autre recours approprié et que la juridiction inférieure aurait en conséquence dû, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser d'accorder un redressement.

La doctrine de l'autre recours approprié a été appliquée par la suite dans l'arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, où le juge en chef Dickson a confirmé, à la p. 93, le caractère discrétionnaire des brefs de prérogative, même dans les affaires mettant en cause l'absence de compétence. Il a ajouté, à la p. 95:

Bien que l'on s'inspire du texte et de l'économie de la loi dont résulte le recours subsidiaire, le fait qu'on doive en évaluer le caractère approprié et que l'exclusion soit nécessairement tacite tend à indiquer que l'irrecevabilité des redressements judiciaires discrétionnaires en raison de l'existence d'autres recours dans ce cas est, dans les faits, davantage le fruit du jugement des tribunaux quant

ment of intention by Parliament. By not unambiguously highlighting the exclusivity of the statutory remedy, Parliament leaves it to the judiciary to define its role in relation to that remedy. [Emphasis in original.]

Furthermore, at p. 96,

It may well be that once the alternative remedy is found to be adequate discretionary relief is barred, but this is nothing but a reflection of the judicial concern to exercise discretion in a consistent and principled manner. Inquiring into the adequacy of the alternative remedy is at one and the same time an inquiry into whether discretion to grant the judicial review remedy should be exercised. It is for the courts to isolate and balance the factors which are relevant to the inquiry into adequacy

On the basis of the above, I conclude that a variety of factors should be considered by courts in determining whether they should enter into judicial review, or alternatively should require an applicant to proceed through a statutory appeal procedure. These factors include: the convenience of the alternative remedy, the nature of the error, and the nature of the appellate body (i.e., its investigatory, decision-making and remedial capacities). I do not believe that the category of factors should be closed, as it is for courts in particular circumstances to isolate and balance the factors which are relevant.

In this case, when applying the adequate alternative remedy principle, we must consider the adequacy of the statutory appeal procedures created by the bands, and not simply the adequacy of the appeal tribunals. This is because the bands have provided for appeals from the tribunals to the Federal Court, Trial Division. I recognize that certain factors will be relevant only to the appeal tribunals (i.e., the expertise of members, or allegations of bias) or to the appeal to the Federal Court, Trial Division (i.e., whether this appeal is *intra vires* the bands). In applying the adequate alternative rem-

à l'opportunité de leur intervention qu'une déclaration d'intention claire et nette de la part du Parlement. En s'abstenant de mettre clairement en évidence l'exclusivité du recours prévu par la loi, le Parlement laisse au judiciaire la faculté de définir son rôle par rapport à ce recours. [Souligné dans l'original.]

En outre, à la p. 96:

Il est fort possible que, si l'autre recours est jugé approprié, le redressement discrétionnaire devienne irrecevable, mais cela ne fait que refléter la préoccupation du judiciaire d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'une façon qui soit uniforme et fondée sur des principes. Se demander si l'autre recours disponible est approprié équivaut à examiner l'opportunité d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'accorder le contrôle judiciaire recherché. C'est aux tribunaux qu'il appartient d'identifier et de mettre en équilibre les facteurs applicables à l'examen du caractère approprié du recours.

Me fondant sur ce qui précède, je conclus que les cours de justice doivent considérer divers facteurs pour déterminer si elles doivent entreprendre le contrôle judiciaire ou si elles devraient plutôt exiger que le requérant se prévale d'une procédure d'appel prescrite par la loi. Parmi ces facteurs figurent: la commodité de l'autre recours, la nature de l'erreur et la nature de la juridiction d'appel (c.-à-d. sa capacité de mener une enquête, de rendre une décision et d'offrir un redressement). Je ne crois pas qu'il faille limiter la liste des facteurs à prendre en considération, car il appartient aux cours de justice, dans des circonstances particulières, de cerner et de soupeser les facteurs pertinents.

En appliquant, en l'espèce, le principe de l'autre recours approprié, nous devons examiner le caractère approprié des procédures de contestation que les bandes ont établies en vertu de la loi, et non pas simplement le caractère approprié des tribunaux d'appel en question. La raison en est que les bandes ont prévu que les décisions de ces tribunaux peuvent être portées en appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale. Je reconnais que certains facteurs ne seront pertinents que relativement aux tribunaux d'appel (c.-à-d. l'expertise des membres ou les allégations de partialité) ou à l'appel à la Section de première instance de la Cour fédérale (c.-à-d. la question de

37

38

edy principle, all these factors must be considered in order to assess the overall statutory scheme.

39 Joyal J. applied the adequate alternative remedy principle and, after considering various factors, exercised his discretion to require the respondents to take their jurisdictional challenge before the appeal procedures established by the appellant bands. This discretionary determination should not be taken lightly by reviewing courts. It was Joyal J.'s discretion to exercise, and unless he considered irrelevant factors, failed to consider relevant factors, or reached an unreasonable conclusion, then his decision should be respected. To quote Lord Diplock in *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042, at p. 1046, an appellate court "must defer to the judge's exercise of his discretion and must not interfere with it merely on the ground that the members of the appellate court would have exercised the discretion differently".

40 I will consider four issues in connection with Joyal J.'s exercise of discretion pursuant to the adequate alternative remedy principle:

- (i) Was it an error for Joyal J. to consider the policy considerations behind the assessment by-laws in determining how his discretion should be exercised?
- (ii) Is it *ultra vires* the bands to enact assessment by-laws creating an appeal from the appeal tribunals to the Federal Court, Trial Division?
- (iii) Was it unreasonable for Joyal J. to conclude that the statutory appeal tribunals were a better forum in which to consider

savoir si les bandes ont compétence pour prévoir un tel appel). Mais l'application du principe de l'autre recours approprié commande la prise en considération de tous ces facteurs afin d'apprécier globalement le régime législatif en question.

Le juge Joyal a appliqué le principe de l'autre recours approprié et, ayant examiné divers facteurs, a exercé son pouvoir discrétionnaire en exigeant que les intimées soumettent la question de la compétence aux procédures de contestation établies par les bandes appelantes. Les cours de justice procédant au contrôle judiciaire ne devraient pas prendre cette détermination discrétionnaire à la légère. Ce pouvoir discrétionnaire appartenait au juge Joyal et, à moins qu'il ait tenu compte de facteurs non pertinents, qu'il ait omis de prendre en considération des facteurs pertinents ou qu'il ait tiré une conclusion déraisonnable, sa décision doit être respectée. Comme l'a dit lord Diplock dans l'arrêt *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042, à la p. 1046, une cour d'appel [TRADUCTION] «doit déférer à la décision prise par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et ne doit pas modifier cette décision simplement parce que ses membres auraient exercé le pouvoir discrétionnaire différemment».

J'examinerai quatre questions se rapportant au fait que le juge Joyal s'est fondé, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, sur le principe de l'autre recours approprié:

- (i) Est-ce à tort que le juge Joyal, pour déterminer comment exercer son pouvoir discrétionnaire, a tenu compte des considérations de principe sous-jacentes aux règlements d'évaluation?
- (ii) Les bandes ont-elles excédé leur compétence en prenant des règlements d'évaluation prévoyant que les décisions des tribunaux d'appel pouvaient être portées en appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale?
- (iii) La conclusion du juge Joyal que les tribunaux d'appel constitués en vertu de la loi étaient des juridictions plus indiquées pour

at first instance the issue raised by the respondents?

- (iv) Is there a reasonable apprehension of bias in the appeal tribunals which would evidence the inadequacy of the statutory appeal procedures?

- (i) Was it an error for Joyal J. to consider the policy considerations behind the assessment by-laws in determining how his discretion should be exercised?

Joyal J. pointed to the promotion of Aboriginal self-government as a policy consideration weighing in favour of exercising his discretion to refuse to undertake judicial review. Pratte J.A., in the Federal Court of Appeal, concluded that these policy considerations were irrelevant to the resolution of the legal questions raised by the respondents. With respect, Pratte J.A. confused the issue of the merits of the respondents' claim with the issue of whether the statutory appeal procedures provide an adequate remedy for the respondents. I leave it as an open question whether the policy concerns in play here are relevant to the question of whether the respondents' lands are "in the reserve". However, I certainly cannot say that these policy considerations are irrelevant in determining whether the appeal procedures provide an adequate alternative remedy.

As I noted above, I do not think that the factors which may be taken into account in the exercise of discretion under the alternative remedy principle are closed. If a factor is relevant, it should be considered.

Here, the evidence indicates that the purpose of the tax assessment scheme is to promote the interests of Aboriginal peoples and to further the aims of self-government. Although the scheme resem-

connaître en première instance de la question soulevée par les intimées était-elle déraisonnable?

- (iv) Existe-t-il à l'égard des tribunaux d'appel une crainte raisonnable de partialité qui tendrait à établir le caractère inapproprié des procédures de contestation établies en vertu de la loi?

- (i) Est-ce à tort que le juge Joyal, pour déterminer comment exercer son pouvoir discrétionnaire, a tenu compte des considérations de principe sous-jacentes aux règlements d'évaluation?

Pour le juge Joyal, favoriser l'autonomie gouvernementale des autochtones a été une considération de principe qui l'a amené à exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser de procéder au contrôle judiciaire. De son côté, le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale a conclu que de telles considérations n'étaient pas pertinentes pour la solution des questions de droit soulevées par les intimées. En toute déférence, le juge Pratte a confondu la question de fond de la demande des intimées et celle de savoir si les procédures de contestation établies en vertu de la loi leur offraient un recours approprié. Je laisse entière la question de savoir si les considérations de principe qui entrent en jeu en l'espèce sont pertinentes aux fins de déterminer si le terrain des intimées est situé «dans la réserve». Toutefois, je ne peux certainement pas affirmer que ces considérations de principe n'ont aucune pertinence lorsqu'il s'agit de décider si les procédures de contestation constituent un autre recours approprié.

Comme je l'ai indiqué plus haut, je ne crois pas qu'il existe des limites quant aux facteurs pouvant être pris en considération lorsque le pouvoir discrétionnaire est exercé en se fondant sur le principe de l'autre recours approprié. Si un facteur est pertinent, il faut en tenir compte.

En l'espèce, la preuve révèle que le régime de taxation vise à mieux servir les intérêts des peuples autochtones et à favoriser la réalisation de leur autonomie gouvernementale. Malgré sa ressem-

41

42

43

bles the kind of tax assessment regime we see at the municipal level of government in Canada, it is more ambitious in what it sets out to achieve. The scheme seeks to provide governmental experience to Aboriginal bands, allowing them to develop the skills which they will need for self-government.

44 It was open to Joyal J. to conclude that allowing the respondents to circumvent the appeal procedures created by the bands in their assessment by-laws would be detrimental to the overall scheme, in light of its policy objectives. It is not unreasonable to conclude that since the scheme is part of the policy of promoting Aboriginal self-government, issues should be resolved within the system developed by Aboriginal peoples before recourse is taken to external institutions.

45 This conclusion finds support in the ruling of this Court in *Harelkin*, *supra*. There, in determining whether the student should be required to proceed through the University of Regina's internal appeal scheme, Beetz J. stated the following at p. 595:

Sections 78(1)(c) [which provides for appeals to the University Senate] and 33(1)(e) are in my view inspired by the general intent of the Legislature that intestine grievances preferably be resolved internally by the means provided in the Act, the university thus being given the chance to correct its own errors, consonantly with the traditional autonomy of universities as well as with expeditiousness and low cost for the public and the members of the university. While of course not amounting to privative clauses, provisions like ss. 55, 66, 33(1)(e) and 78(1)(c) are a clear signal to the courts that they should use restraint and be slow to intervene in university affairs by means of discretionary writs whenever it is still possible for the university to correct its errors with its own institutional means. [Emphasis added.]

46 Similarly, s. 83(3) of the *Indian Act* has the purpose of allowing bands to develop their own internal appeal procedures. It was reasonable for Joyal

blance avec le type de régime de taxation qui existe dans les municipalités canadiennes, le régime en cause est plus ambitieux du point de vue de ses objectifs. Il a pour objet de permettre aux bandes indiennes d'acquérir de l'expérience en matière gouvernementale et de développer les capacités nécessaires à leur autonomie gouvernementale.

Le juge Joyal pouvait à bon droit conclure que permettre aux intimées de contourner les procédures de contestation prévues par les bandes dans leurs règlements d'évaluation nuirait à l'ensemble du régime, compte tenu des objectifs d'ordre public qu'il vise. Comme le régime s'inscrit dans la politique d'encouragement de l'autonomie gouvernementale des autochtones, il n'est pas déraisonnable d'estimer que toute question litigieuse devrait être tranchée d'abord dans le cadre du régime mis en place par les autochtones, avant qu'on n'ait recours à des institutions externes.

Cette conclusion trouve appui dans notre arrêt *Harelkin*, précité, où, en déterminant si l'étudiant devait être tenu de recourir à la procédure d'appel interne de l'université de Regina, le juge Beetz a dit, aux pp. 595 et 596:

Les alinéas 78(1)(c) [qui prévoit l'appel au sénat de l'université] et 33(1)(e) sont à mon avis dictés par l'intention générale de la législature qui préfère que les plaintes internes soient jugées à l'intérieur même de l'université par les moyens prévus à la Loi, laissant ainsi à l'université la chance de corriger ses propres erreurs, conformément à l'autonomie traditionnelle des universités, avec célérité et moyennant des frais peu élevés pour le public et les membres de l'université. Bien qu'elles n'équivalent pas à des clauses privatives, des dispositions comme les art. 55, 66, 33(1)(e) et 78(1)(c) préviennent clairement les cours de faire preuve de réserve et de ne pas se hâter à intervenir dans les affaires de l'université en émettant des brefs discrétionnaires chaque fois que l'université peut encore corriger ses erreurs par ses propres moyens. [Je souligne.]

De même, le par. 83(3) de la *Loi sur les Indiens* vise à permettre aux bandes d'élaborer leurs propres procédures de contestation internes. Il était

J. to conclude that he should respect the appeal procedures developed by the appellent bands.

(ii) Is it ultra vires the bands to enact assessment by-laws creating an appeal from the appeal tribunals to the Federal Court, Trial Division?

Pratte J.A. of the Federal Court of Appeal concluded that the appellent bands acted *ultra vires* in creating appeals to the Federal Court, Trial Division in their by-laws. With respect, I am of the view that he erred.

Pratte J.A. relied on s. 18.5 of the *Federal Court Act*. That provision states:

18.5 Notwithstanding sections 18 and 18.1, where provision is expressly made by an Act of Parliament for an appeal as such to the Court, to the Supreme Court of Canada, to the Court Martial Appeal Court, to the Tax Court of Canada, to the Governor in Council or to the Treasury Board from a decision or order of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal, that decision or order is not, to the extent that it may be so appealed, subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with that Act.

Pratte J.A., at p. 647, thought that s. 18.5 was determinative of the issue because he interpreted it as requiring that a provision had to be “expressly made by an Act of Parliament” before an appeal to the Federal Court, Trial Division could arise. With respect, he misconstrued s. 18.5 since its purpose is to limit the judicial review powers of the Federal Court, Trial Division where a statutory right of appeal exists. Section 18.5 in no way sets down conditions for the creation of statutory appeals from decisions of federal tribunals. The provision

donc raisonnable que le juge Joyal conclue qu’il devait respecter les procédures de contestation établies par les bandes appelantes.

(ii) Les bandes ont-elles excédé leur compétence en prenant des règlements d’évaluation prévoyant que les décisions des tribunaux d’appel pouvaient être portées en appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale?

De l’avis du juge Pratte de la Cour d’appel fédérale, les bandes appelantes ont outrepassé leur compétence en prévoyant dans leurs règlements administratifs un droit d’appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale. J’estime, en toute déférence, qu’il a commis une erreur.

Le juge Pratte s’est appuyé sur l’art. 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui dispose:

18.5 Par dérogation aux articles 18 et 18.1, lorsqu’une loi fédérale prévoit expressément qu’il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour suprême du Canada, la Cour d’appel de la cour martiale, la Cour canadienne de l’impôt, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, d’une décision ou d’une ordonnance d’un office fédéral, rendue à tout stade des procédures, cette décision ou cette ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d’un tel appel, faire l’objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d’évocation, d’annulation ni d’aucune autre intervention, sauf en conformité avec cette loi.

Le juge Pratte, à la p. 647, a tenu l’art. 18.5 pour déterminant relativement à cette question parce qu’il l’a interprété comme établissant qu’appel ne peut être interjeté devant la Section de première instance de la Cour fédérale que si «une loi fédérale [le] prévoit expressément». En toute déférence, cette interprétation est erronée puisque l’objet de l’art. 18.5 consiste à circonscrire les pouvoirs de contrôle judiciaire de la Section de première instance de la Cour fédérale lorsqu’un texte législatif confère un droit d’appel. L’article 18.5 n’énonce d’aucune façon des conditions auxquelles serait soumise la création dans un texte législatif d’un droit d’appel des décisions des tribunaux administratifs fédéraux. Le juge Pratte

47

48

49

which Pratte J.A. should have considered is s. 24(1) of the Act, which states:

24. (1) Except as otherwise provided in this Act or any other Act of Parliament, the Trial Division has exclusive original jurisdiction to hear and determine all appeals that under any Act of Parliament may be taken to the Court. [Emphasis added.]

50 The operative word in this section is “under”. If an appeal to the Federal Court, Trial Division is authorized under an Act of Parliament, then that Court has exclusive jurisdiction to hear the appeal.

51 On that basis, the assessment by-laws fall squarely within s. 24(1). The by-laws have the status of regulations as per s. 2(1)(a) of the *Interpretation Act*:

2. (1) . . .
“regulation” includes an order, regulation, rule, rule of court, form, tariff of costs or fees, letters patent, commission, warrant, proclamation, by-law, resolution or other instrument issued, made or established

(a) in the execution of a power conferred by or under the authority of an Act. . . [Emphasis added.]

52 The appeal procedures in the by-laws are authorized “under” s. 83(3) of the *Indian Act*, which requires that by-laws provide an appeal procedure in respect of assessments made for the purposes of taxation. I find that the provision of an appeal has been taken “under an Act of Parliament”, and therefore, the appeal from the appeal tribunals to the Federal Court, Trial Division is consistent with s. 24(1). I therefore reject the argument that the appellant bands have unilaterally extended the jurisdiction of the Federal Court, Trial Division. In my view, the bands have been authorized by Parliament to enact appeal procedures, and to this end have taken advantage of the already existing jurisdiction in s. 24(1) of the *Federal Court Act*.

aurait plutôt dû examiner le par. 24(1) de la Loi, qui dispose:

24. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour connaître des appels interjetés devant la Cour aux termes d’une loi fédérale. [Je souligne.]

L’expression clé dans ce paragraphe est «aux termes de». En effet, si un appel à la Section de première instance de la Cour fédérale est autorisé aux termes d’une loi fédérale, alors cet appel est du ressort exclusif de la Section de première instance.

Il s’ensuit donc que les règlements d’évaluation en cause relèvent directement du par. 24(1). Il s’agit en effet de règlements au sens de l’al. 2(1)a) de la *Loi d’interprétation*, dont voici le texte:

2. (1) . . .
«règlement» Règlement proprement dit, décret, ordonnance, proclamation, arrêté, règle judiciaire ou autre, règlement administratif, formulaire, tarif de droits, de frais ou d’honoraires, lettres patentes, commission, mandat, résolution ou autre acte pris:

a) . . . dans l’exercice d’un pouvoir conféré sous le régime d’une loi fédérale . . . [Je souligne.]

Les procédures de contestation prescrites dans les règlements administratifs sont autorisées «aux termes» du par. 83(3) de la *Loi sur les Indiens*, suivant lequel les règlements administratifs doivent prévoir une procédure de contestation de l’évaluation en matière de taxation. Je conclus que la procédure de contestation en cause a été instaurée «aux termes d’une loi fédérale», de sorte que le droit d’interjeter appel des décisions des tribunaux d’appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale est conforme au par. 24(1). Je rejette donc l’argument voulant que les bandes appelantes aient unilatéralement élargi la compétence de la Section de première instance de la Cour fédérale. À mon avis, le Parlement a autorisé les bandes à adopter des procédures de contestation, ce qu’elles ont fait en profitant de la compétence déjà prévue au par. 24(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Moreover, Parliament intended the bands to have considerable scope for creating appeal procedures through their by-laws, with the caveat that such procedures would be “subject to the approval of the Minister” (s. 83(1) of the *Indian Act*). All of the by-laws at issue in this case received the approval of the Minister of Indian Affairs and Northern Development. Clearly, the Minister believed that it was *intra vires* the bands to create appeals to the Federal Court, Trial Division. It would be inappropriate for the courts to narrow the scope of possible appeal procedures available to the appellant bands.

(iii) Was it unreasonable for Joyal J. to conclude that the statutory appeal tribunals were a better forum in which to consider at first instance the issue raised by the respondents?

Joyal J. and Pratte J.A. engaged in a debate within their respective rulings as to whether the statutory appeal tribunals or the Federal Court, Trial Division, is the preferable forum in which to consider at first instance the issue of whether the respondents’ lands are “in the reserve”.

Joyal J. at p. 93 reasoned as follows:

... I observe that section 18 motions, as for all prerogative writ applications, are heard summarily. It seems to me that a board or court of revision is a better forum to receive and consider all the evidence material to the issue. It is not presumptuous of me to imagine that the respondents have built up some armour to respond to the main thrust of the applicant’s case and that the enquiry might be extensive and far-reaching. Whatever the decision below, it is probable that the Federal Court would be called upon to deal with an appeal from it. In that respect, it may be generally stated that the field of enquiry of an appeal court and the remedies available to it are far more extensive than those available in *certiorari* proceedings.

De plus, le Parlement a voulu que les bandes bénéficient d’une latitude considérable pour créer des procédures de contestation au moyen de leurs règlements administratifs, «sous réserve de l’approbation du ministre» (par. 83(1) de la *Loi sur les Indiens*). Or, chacun des règlements administratifs présentement en cause a reçu l’approbation du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien. De toute évidence, le ministre était d’avis que les bandes avaient compétence pour prévoir des appels à la Section de première instance de la Cour fédérale. Il serait inapproprié que les cours de justice réduisent le choix des procédures de contestation dont disposent les bandes appelantes.

(iii) La conclusion du juge Joyal que les tribunaux d’appel constitués en vertu de la loi étaient des juridictions plus indiquées pour connaître en première instance de la question soulevée par les intimées était-elle déraisonnable?

Les juges Joyal et Pratte ont abordé, dans leurs motifs respectifs, la question de savoir s’il était préférable que ce soient les tribunaux d’appel constitués en vertu de la loi ou la Section de première instance de la Cour fédérale qui décident en première instance si le terrain des intimées est situé «dans la réserve».

Le raisonnement du juge Joyal est le suivant (à la p. 93):

... il faut noter que, comme pour tous les autres recours en bref de prérogative, les requêtes fondées sur l’article 18 sont soumises à une procédure sommaire. Il me semble qu’une commission ou un tribunal de révision serait une juridiction plus indiquée pour recevoir et examiner tous les témoignages et preuves se rapportant au litige. Il ne serait pas présomptueux de ma part d’imaginer que les intimés ont réuni des arguments contre le motif central de contestation de la requérante, et que les questions à examiner pourraient avoir une très grande portée. Quelle que soit la décision de la juridiction inférieure, il est probable qu’elle serait portée en appel devant la Cour fédérale. À cet égard, on peut dire que les questions que peut examiner une juridiction d’appel et les mesures de réparation qu’elle peut ordonner sont bien plus étendues que dans une procédure de *certiorari*.

53

54

55

Pratte J.A. disagreed at p. 649:

... while the Judge realized that it would be necessary, in order to answer the questions raised by the appellants, to introduce evidence on complex factual issues, he expressed the view (at p. 93) that since "section 18 motions ... are heard summarily" the tribunals created under the Assessment By-law were "a better forum to receive and consider all the evidence material to the issue". That opinion does not take into account the fact that those who are appointed to the tribunals created by the Assessment By-law are not likely to have any experience in the difficult task of presiding over a trial and will not be governed by any rules of procedure enabling them to perform that function. That opinion also ignores that, under subsection 18.4(2) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5) of the *Federal Court Act*, the Trial Division may, if an application for judicial review raises complex factual issues, order that it be treated and proceeded with as an action.

56 With respect to both Joyal J. and Pratte J.A., I believe that they may have asked themselves the wrong question. In the case of the adequate alternative remedy principle, the question which should be posed is: Is an appeal tribunal established under s. 83(3) of the *Indian Act* an adequate forum for resolving, at first instance, the respondents' jurisdictional challenge? This does not necessarily require a finding that the tribunals are a better forum than the courts.

57 Having considered the factors raised by both Joyal J. and Pratte J.A., I find that it was not unreasonable for Joyal J. to conclude that the appeal tribunals are an adequate forum. Whether or not Joyal J. was wrong to conclude that the tribunals are a better forum is irrelevant. As Joyal J. noted, a hearing before the appeal tribunal will allow for a wide-ranging inquiry into all of the evidence. Moreover, although the issues may be complex, to suggest (as Pratte J.A. does) that the appeal tribunals are ill-equipped to consider such issues is contrary to the intention of Parliament, as evidenced by s. 83(3) of the *Indian Act*. When Parliament

Le juge Pratte n'était pas d'accord (à la p. 649):

... s'il a réalisé qu'il serait nécessaire, afin de répondre aux questions soulevées par les appelantes, de présenter des éléments de preuve sur des questions factuelles complexes, le juge a affirmé (à la page 93) que, puisque «les requêtes fondées sur l'article 18 sont soumises à une procédure sommaire», les tribunaux créés sous le régime du règlement d'évaluation sont «une juridiction plus indiquée pour recevoir et examiner tous les témoignages et preuves se rapportant au litige.» En s'exprimant ainsi, il ne tient pas compte du fait qu'il est peu probable que ceux qui sont nommés aux tribunaux créés par le règlement d'évaluation aient une quelconque expérience dans la tâche difficile qui consiste à présider à un procès, et qu'ils ne sont pas régis par des règles de procédure leur permettant de s'acquitter de leur fonction. Le juge de première instance néglige également le fait qu'en vertu du paragraphe 18.4(2) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5) de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Section de première instance peut, si une demande de contrôle judiciaire soulève des questions factuelles complexes, ordonner que la demande soit instruite comme s'il s'agissait d'une action.

En toute déférence pour les juges Joyal et Pratte, je crois qu'ils ne se sont peut-être pas posé la bonne question. Dans le cas du principe de l'autre recours approprié, il faudrait se poser la question suivante: Un tribunal d'appel établi en vertu du par. 83(3) de la *Loi sur les Indiens* constitue-t-il une juridiction appropriée pour le règlement, en première instance, de la question soulevée par les intimées relativement à la compétence? Cela ne commande pas nécessairement la conclusion que les tribunaux d'appel représentent une juridiction plus indiquée que les cours de justice.

Examen fait des facteurs invoqués par les juges Joyal et Pratte, j'estime qu'il n'était pas déraisonnable que le juge Joyal conclue que les tribunaux d'appel constituent une juridiction appropriée. La question de savoir s'il a eu tort de conclure qu'ils sont une juridiction plus indiquée n'est pas pertinente. Comme l'a fait remarquer le juge Joyal, une audience devant le tribunal d'appel fournit l'occasion d'une enquête de large portée sur la totalité de la preuve. En outre, pour complexes que puissent être les questions en litige, prétendre (comme le fait le juge Pratte) que les tribunaux d'appel ne sont guère en mesure d'aborder ces questions va à

required bands to establish appeal procedures on both the classification and valuation aspects of the assessment process, Parliament must have believed that the appeal tribunals would be capable of resolving the issues on which they had authority to adjudicate. Otherwise, the existence of a requirement that appeal procedures be established makes no sense.

It is interesting to note s. 18.3(1) of the *Federal Court Act*, which states:

18.3 (1) A federal board, commission or other tribunal may at any stage of its proceedings refer any question or issue of law, of jurisdiction or of practice and procedure to the Trial Division for hearing and determination.

Section 18.3(1) allows an appeal tribunal to seek the guidance of the courts if it encounters legal, procedural or other issues which it cannot resolve.

On the basis of my analysis above, I would conclude that it was not unreasonable for Joyal J. to consider the following factors in exercising his discretion:

(1) The appeal tribunals are an adequate forum for considering at first instance the issue raised by the respondents. In particular, it was not unreasonable to conclude that the appeal tribunals would be an adequate forum on the basis that a far-reaching and extensive inquiry could be conducted in which both sides could fully present their evidence and arguments.

(2) The statutory appeal procedure provides to the respondents an appeal from the appeal tribunals to the Federal Court, Trial Division. Effectively, the respondents will be able to bring their case before the Federal Court, Trial Division, which may fully review the findings of the appeal tribunals. Any decision of that Court will have the force of *res judicata*. To deny the respondents judicial review in no way prevents them from obtaining a full

l'entente de l'intention du législateur, manifestée au par. 83(3) de la *Loi sur les Indiens*. En effet, en exigeant des bandes qu'elles établissent des procédures de contestation tant pour l'aspect classification que pour l'aspect estimation du processus d'évaluation, le législateur a dû juger les tribunaux d'appel aptes à résoudre les questions sur lesquelles ils étaient habilités à statuer. S'il en était autrement, l'obligation de mettre en place des procédures de contestation n'aurait aucun sens.

Il est intéressant de noter le par. 18.3(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui dispose:

18.3 (1) Les offices fédéraux peuvent, à tout stade de leurs procédures, renvoyer devant la Section de première instance pour audition et jugement toute question de droit, de compétence ou de pratique et procédure.

Ce paragraphe autorise les tribunaux d'appel à demander l'assistance des cours de justice s'ils se heurtent à des questions de droit, de procédure ou autres qu'ils ne peuvent résoudre.

Me fondant sur l'analyse qui précède, je conclus qu'il n'y avait rien de déraisonnable à ce que le juge Joyal tienne compte des facteurs suivants dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire:

(1) Les tribunaux d'appel sont une juridiction appropriée pour examiner en première instance la question soulevée par les intimées. En particulier, il n'était pas déraisonnable de conclure que ces instances seraient une juridiction appropriée étant donné qu'elles pourraient mener une enquête approfondie au cours de laquelle les deux parties auraient l'occasion de présenter l'ensemble de leur preuve et de leurs arguments.

(2) La procédure de contestation établie en vertu de la loi permet aux intimées d'interjeter appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale de la décision des tribunaux d'appel. Dans les faits, donc, les intimées seront en mesure de soumettre leur cause à la Section de première instance, qui pourra effectuer un contrôle complet des conclusions desdits tribunaux. La décision que rendra la Section de première instance aura l'autorité de la chose jugée. Refuser d'accorder le contrôle judiciaire aux intimées ne les prive nullement d'un

58

59

judicial examination of the issue of whether their lands are "in the reserve".

(3) The purpose of Parliament in enacting the Indian tax assessment scheme was to promote the development of Aboriginal governmental institutions. It is therefore preferable for issues concerning Indian tax assessment to be resolved within the statutory appeal procedures developed by Aboriginal peoples. In particular, it is preferable that assessment errors be corrected within the institutions of the bands.

60 To summarize so far, I cannot say that Joyal J. based his discretionary decision on irrelevant factors, or that he acted unreasonably in light of the factors he considered. However, it may be that Joyal J. failed to take into account a relevant factor, namely an apprehension of bias in the appeal tribunals, and that this factor would have led him to a different conclusion had he considered it fully. It is therefore necessary to turn to the issue of bias.

(iv) Is there a reasonable apprehension of bias in the appeal tribunals which would evidence the inadequacy of the statutory appeal procedures?

61 The respondents have submitted before this Court that the statutory appeal procedures are not an adequate alternative to judicial review because the appeal tribunals give rise to a reasonable apprehension of bias. Two sources of bias are alleged:

(1) Members of the bands may be appointed to the appeal tribunals. All members of the band are tax exempt yet enjoy the benefits of taxes spent on the reserve. Therefore a band member on the tribunal would have a direct and personal interest in determining the highest possible assessments to ensure the greatest tax revenue;

examen complet par les cours de justice de la question de savoir si leur terrain est situé «dans la réserve».

(3) Le but du législateur en adoptant le régime d'évaluation en matière de taxation pour les Indiens était de favoriser le développement d'institutions gouvernementales propres aux autochtones. Il est donc préférable que les questions touchant l'évaluation en matière de taxation pour les Indiens se règlent dans le cadre des procédures de contestation établies par les peuples autochtones en vertu de la loi. Plus précisément, il est préférable que les erreurs d'évaluation soient corrigées par les institutions des bandes.

En résumé, je ne puis affirmer que le juge Joyal a fondé sa décision discrétionnaire sur des facteurs non pertinents, ni qu'il a agi déraisonnablement vu les facteurs dont il a tenu compte. Il se peut toutefois qu'il ait négligé un facteur pertinent, à savoir la crainte que les tribunaux d'appel ne fassent preuve de partialité, et que ce facteur l'eût amené à une conclusion différente s'il en avait tenu pleinement compte. D'où la nécessité de se pencher sur la question de la partialité.

(iv) Existe-t-il à l'égard des tribunaux d'appel une crainte raisonnable de partialité qui tendrait à établir le caractère inapproprié des procédures de contestation établies en vertu de la loi?

Les intimées ont fait valoir devant notre Cour que les procédures de contestation établies en vertu de la loi ne constituent pas un autre recours approprié par rapport au contrôle judiciaire parce que les tribunaux d'appel font naître une crainte raisonnable de partialité. L'origine de cette partialité serait double:

(1) Des membres des bandes peuvent être nommés membres de ces tribunaux d'appel. Tous les membres d'une bande sont exonérés d'impôt, mais jouissent des avantages que procurent les impôts dépensés dans la réserve. Il s'ensuit qu'un membre d'une bande nommé au tribunal aurait un intérêt direct et personnel à ce que les évaluations soient les plus élevées possible de manière à générer le plus de recettes possible.

(2) Non-Indian members will be concerned about rendering decisions adverse to the interests of the band and its members which could affect them as follows:

- (a) they “may” but not “shall” be paid remuneration for their services;
- (b) they enjoy no tenure of office and may not be appointed to sit on future assessment appeals.

As a preliminary comment, I would note that s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees to everyone charged with an offence a hearing before an independent and impartial tribunal. Of course, this case does not involve someone “charged with an offence”, so s. 11(d) does not apply directly. However, in interpreting s. 11(d), this Court has developed important principles on the correct approach which should be taken to issues of bias, and particularly the issues of independence and impartiality. In *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, Le Dain J. distinguished between these two concepts at p. 685:

Although there is obviously a close relationship between independence and impartiality, they are nevertheless separate and distinct values or requirements. Impartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case. . . . The word ‘independent’ in s. 11(d) reflects or embodies the traditional constitutional value of judicial independence. As such, it connotes not merely a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, but a status or relationship to others, particularly to the executive branch of government, that rests on objective conditions or guarantees.

I elaborated upon this in *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at pp. 283-84:

To assess the impartiality of a tribunal, the appropriate frame of reference is the “state of mind” of the decision-maker. The circumstances of an individual case must be examined to determine whether there is a reasonable apprehension that the decision-maker, perhaps by having a personal interest in the case, will be subjec-

(2) Les non-Indiens faisant partie du tribunal hésiteront à rendre des décisions contraires aux intérêts de la bande et de ses membres, parce qu’elles pourraient entraîner pour eux des conséquences du fait:

- a) qu’une rémunération «peut» leur être versée pour leurs services, sans toutefois que ce ne soit obligatoire;
- b) qu’ils sont nommés à titre amovible et pourraient ne pas être désignés pour entendre d’autres appels en matière d’évaluation.

À titre d’observation préliminaire, je ferai remarquer que l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à tout inculpé le droit à un procès devant un tribunal indépendant et impartial. Il ne s’agit évidemment pas en l’occurrence d’un «inculpé», si bien que l’al. 11d) n’est pas directement applicable. Toutefois, en interprétant cet alinéa, notre Cour a élaboré certains principes importants quant à la façon dont il convient d’aborder les questions de partialité et, en particulier, les questions d’indépendance et d’impartialité. Dans l’arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, le juge Le Dain a distingué ces deux concepts l’un de l’autre, à la p. 685:

Même s’il existe de toute évidence un rapport étroit entre l’indépendance et l’impartialité, ce sont néanmoins des valeurs ou exigences séparées et distinctes. L’impartialité désigne un état d’esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. [. . .] Le terme «indépendant», à l’al. 11d), reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu’est l’indépendance judiciaire. Comme tel, il connote non seulement un état d’esprit ou une attitude dans l’exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l’organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives.

J’ai développé ce point de vue dans l’arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, à la p. 283:

L’appréciation de l’impartialité d’un tribunal suppose l’examen de l’«état d’esprit» du décideur. Il faut examiner les circonstances de chaque affaire pour déterminer s’il y a une crainte raisonnable que le décideur, peut-être parce qu’il a un intérêt personnel dans l’affaire, ait subjectivement un préjugé en l’occurrence. La question de

tively biased in the particular situation. The question of independence, in contrast, extends beyond the subjective attitude of the decision-maker. The independence of a tribunal is a matter of its status. The status of a tribunal must guarantee not only its freedom from interference by the executive and legislative branches of government but also by any other external force, such as business or corporate interests or other pressure groups.

l'indépendance, par contre, va au-delà de l'attitude subjective du décideur. L'indépendance du tribunal est une question de statut. Son statut doit garantir qu'il échappe non seulement à l'ingérence des organes exécutif et législatif, mais encore à l'influence de toute force extérieure, tels les intérêts d'entreprises ou de sociétés ou d'autres groupes de pression.

63 When the respondents allege an apprehension of bias on the basis of band members sitting on the appeal tribunals, they question the appearance of impartiality of these members. When they point to the lack of security of tenure of tribunal members, and the uncertainty as to whether they will receive remuneration, the respondents are questioning the appearance of independence of these members. For this reason, I will deal with the two allegations under the headings of "impartiality" and "independence". I would emphasize that the respondents are not alleging actual bias. Instead, they are alleging a reasonable apprehension flowing from the institutional structure of the tax assessment appeal tribunals. As was noted in *Valente, supra*, judicial independence involves both the individual independence of members of the judiciary, and the institutional independence of the court or tribunal (p. 687). It is the latter which the respondents are questioning here.

En invoquant la crainte de partialité du fait que des membres des bandes siègent aux tribunaux d'appel, les intimées mettent en doute l'apparence d'impartialité en ce qui concerne ces membres. En faisant valoir l'amovibilité des membres des tribunaux et l'incertitude quant à savoir s'ils toucheront une rémunération, elles mettent en doute l'apparence d'indépendance de ces membres. C'est pourquoi je traiterai des deux arguments sous les rubriques «impartialité» et «indépendance». Je tiens à souligner que les intimées ne prétendent pas qu'il y a partialité dans les faits. Elles invoquent plutôt une crainte raisonnable découlant de la structure institutionnelle des tribunaux d'appel de l'évaluation en matière de taxation. Ainsi qu'il est indiqué dans l'arrêt *Valente*, précité, l'indépendance judiciaire comprend à la fois l'indépendance de chaque juge pris individuellement et l'indépendance institutionnelle de la cour de justice ou du tribunal administratif en question (p. 687). C'est de ce dernier type d'indépendance que doutent les intimées en l'espèce.

(a) *The Impartiality of Band Members Appointed to the Tribunals*

a) *L'impartialité des membres de bandes nommés membres des tribunaux*

64 I agree with Joyal J. and the appellants that these allegations of bias are speculative. Before the respondents have applied to the appeal tribunals, and before any band members have been appointed to these tribunals, the respondents are asking this Court to find that they cannot obtain an impartial hearing.

Je conviens avec le juge Joyal et les appelants que ces allégations de partialité relèvent de la conjecture. En effet, avant de s'adresser aux tribunaux d'appel et avant même que des membres de bande n'en aient été nommés membres, les intimées demandent à notre Cour de conclure à l'impossibilité pour elles d'obtenir une audience impartiale.

65 In *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, I considered the question of institutional impartiality. I stated there, at p. 140,

Dans l'affaire *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, j'ai tenu, relativement à la question de l'impartialité institutionnelle, les propos suivants, à la p. 140:

Notwithstanding judicial independence, there may also exist a reasonable apprehension of bias on an insti-

Nonobstant l'indépendance judiciaire, il peut aussi exister une crainte raisonnable de partialité sur le plan

tutional or structural level. Although the concept of institutional impartiality has never before been recognized by this Court, the constitutional guarantee of an "independent and impartial tribunal" has to be broad enough to encompass this. Just as the requirement of judicial independence has both an individual and institutional aspect . . . so too must the requirement of judicial impartiality.

Therefore, whether or not any particular judge harboured pre-conceived ideas or biases, if the system is structured in such a way as to create a reasonable apprehension of bias on an institutional level, the requirement of impartiality is not met.

The respondents' allegations involve institutional impartiality. The fact that band members may be appointed to appeal tribunals is, in the submission of the respondents, a structural flaw which results in a reasonable apprehension of bias.

Given that structural impartiality is challenged by the respondents, I would apply the principles elaborated in *Lippé, supra*, at p. 144 modified for this case:

Step One: Having regard for a number of factors including, but not limited to, the potential for conflict between the interests of tribunal members and those of the parties who appear before them, will there be a reasonable apprehension of bias in the mind of a fully informed person in a substantial number of cases?

Step Two: If the answer to that question is no, allegations of an apprehension of bias cannot be brought on an institutional level, but must be dealt with on a case-by-case basis.

In this case, the answer to the first question is clearly no, and therefore there is no apprehension of bias flowing from the want of structural impartiality. I offer two reasons.

First, in challenging the possibility of the appointment of band members to the appeal tribu-

institutionnel ou structurel. Bien que le concept de l'impartialité institutionnelle n'ait jamais été reconnu par notre Cour, la garantie constitutionnelle d'un «tribunal indépendant et impartial» doit être suffisamment étendue pour le renfermer. Tout comme l'exigence d'indépendance judiciaire comporte un aspect individuel aussi bien qu'institutionnel [. . .], il en va de même pour l'exigence d'impartialité judiciaire.

Par conséquent, qu'un juge particulier ait ou non entretenu des idées préconçues ou des préjugés, si le système est structuré de façon à susciter une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel, on ne satisfait pas à l'exigence d'impartialité.

Les allégations des intimées concernent l'impartialité institutionnelle. Le fait que des membres de bandes puissent être nommés membres des tribunaux d'appel constitue, d'après elles, un défaut structurel qui entraîne une crainte raisonnable de partialité.

Puisque les intimées mettent en doute l'impartialité structurelle, j'appliquerais les principes énoncés dans l'arrêt *Lippé*, précité, à la p. 144, modifiés en fonction de la présente espèce:

Première étape: Compte tenu d'un certain nombre de facteurs, y compris, mais sans s'y restreindre, le risque de conflit entre les intérêts des membres des tribunaux et ceux des parties qui comparaissent devant eux, une personne pleinement informée éprouvera-t-elle une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas?

Deuxième étape: Si la réponse à cette question est négative, on ne saurait alléguer qu'il y a une crainte de partialité sur le plan institutionnel, et la question doit se régler au cas par cas.

En l'espèce, la réponse à la première question est manifestement négative, de sorte qu'il n'existe aucune crainte de partialité découlant de l'absence d'impartialité structurelle. J'en donne deux raisons.

Premièrement, en fondant leur contestation sur la possibilité que des membres de bandes soient

66

67

68

69

nals, the respondents are suggesting that because these members have a stake in the economic health of the community yet pay no taxes, they may be biased. In *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, Cory J. discussed the composition of boards in the context of bias at p. 635:

The composition of boards can, and often should, reflect all aspects of society. Members may include the experts who give advice on the technical nature of the operations to be considered by the board, as well as representatives of government and of the community. There is no reason why advocates for the consumer or ultimate user of the regulated product should not, in appropriate circumstances, be members of boards. No doubt, many boards will operate more effectively with representation from all segments of society who are interested in the operations of the Board. [Emphasis added.]

70 It is therefore appropriate to have a member of the band sit on an appeal tribunal in order to reflect community interests. Moreover, the allegation that band members have an economic interest in imposing higher tax assessments (because they pay no taxes) is speculative. It could as easily be said that band members have an interest in keeping property taxes low in order to attract investment, since taxation powers can be used both to raise revenues and to promote economic development.

71 Second, in *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, the appellant alleged that there existed a reasonable apprehension of bias on the basis that the Benchers on the Judicial Committee of the Manitoba Law Society had an indirect pecuniary interest in the outcome of the disciplinary proceedings. This was because the *Law Society Act* allowed the costs of an investigation into professional misconduct to be awarded against a lawyer who is found guilty. The

nommés membres des tribunaux d'appel, les intimées donnent à entendre que ces membres ont peut-être des partis pris parce qu'ils ont un intérêt dans le bien-être économique de leur collectivité et qu'ils ne paient pas de taxes. Dans l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, le juge Cory traite, dans le contexte de la partialité, de la composition de commissions, à la p. 635:

La composition des commissions peut et, dans bien des cas, devrait refléter tous les éléments de la société. Parmi les membres peuvent figurer des experts qui donneront des conseils relatifs aux aspects techniques des opérations à étudier par la commission, ainsi que des représentants du gouvernement et de la collectivité. Rien n'empêche que des défenseurs des intérêts des consommateurs ou des utilisateurs du produit réglementé soient membres de commissions lorsque les circonstances le permettent. Nul doute que beaucoup de commissions fonctionneront plus efficacement si tous les éléments de la société qui s'intéressent à leurs activités y sont représentés. [Je souligne.]

Il convient donc qu'un membre de la bande concernée soit membre du tribunal d'appel afin que les intérêts de la collectivité s'y trouvent représentés. En outre, n'est que pure conjecture l'assertion qu'il y va de l'intérêt économique des membres de la bande que les montants fixés au titre de l'impôt soient plus élevés (étant donné qu'ils ne paient eux-mêmes aucun impôt). On pourrait tout aussi bien prétendre que les membres de la bande ont intérêt à ce que l'impôt foncier soit bas afin d'attirer les investisseurs, puisque les pouvoirs de taxation peuvent servir non seulement à produire des revenus, mais aussi à favoriser le développement économique.

Deuxièmement, dans *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, l'appellant alléguait l'existence d'une crainte raisonnable de partialité du fait que les conseillers du comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba avaient un intérêt pécuniaire indirect dans l'issue des procédures disciplinaires. Cela tenait à ce que la *Loi sur la Société du Barreau* permettait qu'il soit ordonné à un avocat reconnu coupable d'une faute profes-

appellant reasoned that the Law Society had a pecuniary interest in finding him guilty in order to recoup the costs of its investigation, and thereby reduce bar fees. Iacobucci J. adopted a functional approach, reasoning that the allegation had to be examined within the wider context provided by the Manitoba *Law Society Act* and the experience of self-governing professions generally. He stated the test, at p. 890, as follows: "Would the perceived pecuniary interest that the members of the Judicial Committee are alleged to have in a finding of guilt . . . create an apprehension in a reasonably well-informed person that the Judicial Committee might not decide fairly?" He reached the following conclusion at pp. 891-92 which is relevant to the case at bar:

. . . any pecuniary interest that the members of the Judicial Committee might be alleged to have is far too attenuated and remote to give rise to a reasonable apprehension of bias. Costs recouped pursuant to s. 52(4) become the property of the Law Society as a whole, and in no way do they accrue to the individual members of the committee who determined that the charge of misconduct was in fact well founded. As such, there is no personal and distinct interest on the part of the Judicial Committee members.

I agree with this reasoning and would apply it in this case.

There is clearly an important interest in having band members sit on appeal tribunals. The concern that these members might be inclined to increase taxes in order to maximize the income flowing to the band is simply too remote to constitute a reasonable apprehension of bias at a structural level. More to the point, the income raised through the tax assessment scheme does not accrue to any individual, but rather to the community as a whole. There is, as Iacobucci J. stated at p. 892, "no personal and distinct interest on the part of" tribunal members. In my view, the potential for conflict between the interests of members of the tribunal and those of parties appearing before them is, at this stage, speculative. Therefore, it cannot be said

sionnelle de payer les frais de l'enquête effectuée à cet égard. Suivant le raisonnement de l'appellant, la Société du Barreau avait un intérêt pécuniaire à le déclarer coupable afin de recouvrer les frais de son enquête, de manière à pouvoir réduire le montant des droits d'exercice. Employant une analyse fonctionnelle, le juge Iacobucci a dit que l'allégation devait être examinée dans le contexte plus large que fournissaient la *Loi sur la Société du Barreau* du Manitoba et l'expérience des professions autonomes en général. D'après le juge Iacobucci, à la p. 890, le critère est le suivant: «L'intérêt pécuniaire apparent que les membres du comité judiciaire auraient à prononcer une déclaration de culpabilité [. . .] créerait-il chez une personne raisonnablement bien renseignée une crainte que le comité judiciaire ne rende pas une décision juste?» Le juge Iacobucci est arrivé, aux pp. 891 et 892, à la conclusion suivante, qui est pertinente en l'espèce:

. . . l'intérêt que les membres du Comité judiciaire pourraient avoir est vraiment trop minime et trop éloigné pour donner lieu à une crainte raisonnable de partialité. Les frais recouverts conformément au par. 52(4) deviennent la propriété de la Société du Barreau dans son ensemble et ils ne reviennent en aucun cas aux membres du comité qui ont décidé que l'accusation de faute était bel et bien fondée. Les membres du comité judiciaire n'ont donc aucun intérêt personnel et distinct.

J'approuve ce raisonnement et je suis d'avis de le suivre en l'espèce.

De toute évidence, on a grandement intérêt à ce que des membres de bandes soient nommés membres des tribunaux d'appel. La crainte que ces membres ne soient portés à augmenter l'impôt afin de maximaliser les recettes de la bande est simplement trop éloignée pour faire naître une crainte raisonnable de partialité sur le plan structurel. Plus pertinemment encore, les sommes perçues par le biais du régime d'évaluation en matière de taxation ne reviennent à aucun particulier, mais appartiennent à la collectivité dans son ensemble. Les membres du tribunal, comme le dit le juge Iacobucci, à la p. 892, «n'ont donc aucun intérêt personnel et distinct». À mon avis, le risque de conflit entre les intérêts des membres du tribunal et ceux

that a reasonable apprehension of bias would exist in the mind of a fully informed person in a substantial number of cases. Any allegations of bias which might arise must be dealt with on a case-by-case basis, as I suggested in *Lippé, supra*.

(b) *The Independence of Tribunal Members*

73 Thus, I am left with the allegation that a reasonable apprehension of bias exists because tribunal members may not be paid, lack security of tenure, and are appointed by the Band Chiefs and Councils. It is here that I part company with my colleague Sopinka J. In my opinion, the respondents' submissions concerning institutional independence raise serious questions about the structure of the appeal tribunals established by the appellant bands. These questions cannot be avoided by simply deferring to Joyal J.'s exercise of discretion. The issue of bias was raised before Joyal J., and was argued before both the Federal Court of Appeal and this Court. If the bands' tribunals lack sufficient institutional independence, then this is a relevant factor which must be taken into account in determining whether the respondents should be required to pursue their jurisdictional challenge before those tribunals.

74 Moreover, while I agree that the larger context of Aboriginal self-government informs the determination of whether the statutory appeal procedures established by the appellants constitute an adequate alternative remedy for the respondents, I cannot agree with Sopinka J.'s conclusion that this context is relevant to the question of whether the bands' tribunals give rise to a reasonable apprehension of bias at an institutional level. In my view, principles of natural justice apply to the bands' tribunals as they would apply to any tribunal performing similar functions. The fact that the tribunals have been constituted within the context of a federal policy promoting Aboriginal self-government does not, in itself, dilute natural jus-

des parties qui comparaissent devant eux tient, à ce stade-ci, de la conjecture. On ne saurait en conséquence prétendre qu'une personne pleinement informée éprouverait une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas. Toute allégation de partialité pouvant être avancée doit être traitée au cas par cas, comme je l'ai indiqué dans l'arrêt *Lippé*, précité.

b) *L'indépendance des membres des tribunaux*

Ne reste donc que l'allégation qu'il y a crainte raisonnable de partialité du fait que les membres des tribunaux peuvent ne pas toucher de rémunération, qu'ils occupent un poste à titre amovible et qu'ils sont nommés par les chefs et les conseils de bande. C'est là que je ne suis plus d'accord avec mon collègue le juge Sopinka. À mon avis, les arguments des intimés concernant l'indépendance institutionnelle soulèvent de sérieuses questions relativement à la structure des tribunaux d'appel constitués par les bandes appelantes. On ne saurait éluder ces questions simplement en déférant à la décision qu'a rendue le juge Joyal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. La question de la partialité a été soumise au juge Joyal et débattue devant la Cour d'appel fédérale et devant notre Cour. Si les tribunaux des bandes n'ont pas suffisamment d'indépendance institutionnelle, il s'agit là d'un facteur pertinent qui doit être pris en considération pour déterminer si les intimés devraient être tenus de poursuivre leur contestation en matière de compétence devant ces tribunaux.

De plus, bien que je convienne que le contexte plus large de l'autonomie gouvernementale des autochtones entre en jeu dans la question de savoir si les procédures de contestation établies par les appelants en vertu de la loi constituent un autre recours approprié pour les intimés, je ne puis souscrire à la conclusion du juge Sopinka que ce contexte est pertinent lorsqu'il s'agit de savoir si les tribunaux des bandes suscitent une crainte raisonnable de partialité institutionnelle. Selon moi, les principes de justice naturelle s'appliquent aux tribunaux des bandes au même titre qu'à n'importe quel autre tribunal qui remplit des fonctions analogues. Le fait que les tribunaux ont été constitués dans le contexte d'une politique fédérale visant à

tice. The Indian Taxation Advisory Board, which intervened before this Court on behalf of the appellant bands, has itself determined that appeal tribunals constituted under s. 83(3) of the *Indian Act* must comply with the principles of natural justice. I would cite the following excerpt from the Board's *Introduction to Real Property Taxation on Reserve* (1990), at p. 23, a manual designed to assist Aboriginal bands in establishing their taxation tribunals:

Subsection 83(3) of the *Indian Act* requires taxation by-laws to provide "an appeal procedure in respect of assessments made for the purposes of taxation". A statutory right of appeal is fundamental to any tax assessment process for two reasons. First, the nature of the assessment process is such that an assessment decision is made only on the strength of an assessor's judgment, without any prior hearing providing input from the party assessed. Second, a fundamental rule of the common law relating to administrative procedures, like assessments, is that everyone has a right to a hearing where matters are involved affecting that person's liberty or property rights. This rule is derived from the principles of natural justice, which are fundamental principles of administrative law that basically ensure (i) a person's right to a hearing and (ii) that the person is heard by an impartial tribunal.

The *Indian Act* does not detail the types of appeal processes that councils should establish in their taxation by-laws. However, whatever appeal mechanisms are put in place they will have to adhere to the principles of natural justice, since, as mentioned above, the appeal is in effect a subsequent hearing. [Emphasis added.]

With respect, I do not believe that either *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, or *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, the cases cited by Sopinka J., support the view

favoriser l'autonomie gouvernementale des autochtones ne suffit pas en soi pour qu'il y ait dérogation à la justice naturelle. La Commission consultative de la fiscalité indienne, qui est intervenue devant notre Cour pour soutenir les bandes appelantes, a elle-même conclu que les tribunaux d'appel constitués en vertu du par. 83(3) de la *Loi sur les Indiens* sont tenus de se conformer aux principes de justice naturelle. Je cite à ce propos le passage suivant tiré de l'ouvrage de la Commission intitulé *Introduction à l'imposition foncière sur les réserves* (1990), à la p. 27, un manuel conçu pour aider les bandes autochtones à établir leurs propres tribunaux de taxation:

Le paragraphe 83(3) de la *Loi sur les Indiens* établit que les statuts administratifs portant sur l'imposition de taxes doivent «prévoir la procédure de contestation de l'évaluation en matière de taxation». L'existence d'un droit d'appel statutaire est essentielle dans tout processus d'évaluation foncière, pour deux raisons. Premièrement, la nature du processus d'évaluation foncière est telle que la décision en matière d'évaluation est fondée uniquement sur le jugement rendu par l'évaluateur, sans que la partie évaluée ait eu l'occasion de donner son avis au préalable. Deuxièmement, il est une règle fondamentale en common law ayant trait aux procédures administratives telles que l'évaluation foncière, à savoir que toute personne a le droit d'être entendue lorsque des questions portant atteinte à sa liberté ou à son droit à la propriété sont en litige. Cette règle découle des principes de justice naturelle, reconnus comme fondamentaux en droit administratif, ces principes ayant essentiellement pour objet d'assurer, premièrement, le droit d'une personne d'être entendue, deuxièmement, de l'être devant un tribunal impartial.

La *Loi sur les Indiens* ne décrit pas en détail les types de processus d'appel que les conseils devraient prévoir dans leurs statuts administratifs sur l'imposition de taxes. Cependant, quels que soient les mécanismes qui seront instaurés, ces derniers devront être conformes aux principes de la justice naturelle, puisque, comme nous l'avons dit plus tôt, l'appel constitue en réalité une audition subséquente (ou a posteriori). [Je souligne.]

Je ne crois pas, en toute déférence, que les arrêts *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, ou *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, qu'a cités le juge Sopinka, appuient le point de

that the policy of Aboriginal self-government is relevant to a determination of whether the appellant Band's taxation tribunals comply with the principles of natural justice.

75 I begin my analysis of the institutional independence issue by observing that the ruling of this Court in *Valente, supra*, provides guidance in assessing the independence of an administrative tribunal. There, Le Dain J. considered whether provincial court judges were independent. He pointed to three factors which must be satisfied in order for independence to be established: security of tenure, security of remuneration and administrative control.

76 The two factors which are raised in this case are security of tenure and security of remuneration. On the subject of security of tenure, Le Dain J. wrote, at p. 698, that the essentials of security of tenure include:

... that the judge be removable only for cause, and that cause be subject to independent review and determination by a process at which the judge affected is afforded a full opportunity to be heard. The essence of security of tenure for purposes of s. 11(d) is a tenure, whether until an age of retirement, for a fixed term, or for a specific adjudicative task, that is secure against interference by the Executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary manner.

In terms of security of remuneration, or "financial security", he wrote, at p. 704:

The essence of such security is that the right to salary and pension should be established by law and not be subject to arbitrary interference by the Executive in a manner that could affect judicial independence.

77 The essential point, according to Le Dain J. at p. 706, is that the right to salary must be established by law, and that there must be no way in which the Executive could interfere with that right so as to affect the independence of the individual judges.

vue selon lequel la politique de l'autonomie gouvernementale des autochtones est pertinente relativement à la question de savoir si les tribunaux de la bande appelante qui avaient compétence en matière de taxation respectent les principes de justice naturelle.

Pour commencer mon analyse de la question de l'indépendance institutionnelle, je fais remarquer que notre arrêt *Valente*, précité, peut nous guider dans l'appréciation de l'indépendance d'un tribunal administratif. Le juge Le Dain se penche en effet, dans cet arrêt, sur la question de l'indépendance des juges de la Cour provinciale et énumère trois éléments qui doivent être présents pour que l'indépendance soit établie, à savoir: l'inamovibilité, la sécurité de traitement et le contrôle administratif.

Les deux éléments invoqués en l'espèce sont l'inamovibilité et la sécurité de traitement. En ce qui concerne l'inamovibilité, le juge Le Dain a écrit, à la p. 698, que parmi les conditions essentielles figure le fait

... que le juge ne puisse être révoqué que pour un motif déterminé, et que ce motif fasse l'objet d'un examen indépendant et d'une décision selon une procédure qui offre au juge visé toute possibilité de se faire entendre. L'essence de l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11d), que ce soit jusqu'à l'âge de la retraite, pour une durée fixe, ou pour une charge *ad hoc*, est que la charge soit à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable des nominations.

Au sujet de la sécurité de traitement ou de la «sécurité financière», il a écrit, à la p. 704:

Cette sécurité consiste essentiellement en ce que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et ne soit pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire.

L'essentiel, selon le juge Le Dain, à la p. 706, est que le droit à un traitement soit prévu par la loi et qu'en aucune manière l'exécutif ne puisse empiéter sur ce droit de façon à compromettre l'indépendance des juges pris individuellement.

As noted above, Le Dain J. was writing in the context of s. 11(d) of the *Charter*, which applies only where a person is charged "with an offence". However, several Federal Court of Appeal decisions have found the *Valente* principles to be applicable in the case of administrative tribunals. See, for example, *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856, at pp. 869-71; *Sethi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 2 F.C. 552, at pp. 558-59; and *Mohammad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 363, at pp. 386-87.

This Court has considered *Valente*, *supra*, in at least one case involving an administrative tribunal, *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, in which the independence of the Ontario Labour Relations Board was at issue. There, Gonthier J. stated at p. 332:

Judicial independence is a long standing principle of our constitutional law which is also part of the rules of natural justice even in the absence of constitutional protection.

I agree and conclude that it is a principle of natural justice that a party should receive a hearing before a tribunal which is not only independent, but also appears independent. Where a party has a reasonable apprehension of bias, it should not be required to submit to the tribunal giving rise to this apprehension. Moreover, the principles for judicial independence outlined in *Valente* are applicable in the case of an administrative tribunal, where the tribunal is functioning as an adjudicative body settling disputes and determining the rights of parties. However, I recognize that a strict application of these principles is not always warranted. In *Valente*, *supra*, Le Dain J. wrote, at pp. 692-93,

It would not be feasible, however, to apply the most rigorous and elaborate conditions of judicial independence to the constitutional requirement of independence in s. 11(d) of the *Charter*, which may have to be applied to a variety of tribunals The essential conditions of

Comme il a été indiqué plus haut, le juge Le Dain écrivait dans le contexte de l'al. 11d) de la *Charte*, qui ne s'applique que dans le cas d'un «inculpé». Cependant, plusieurs arrêts de la Cour d'appel fédérale ont établi que les principes posés dans l'arrêt *Valente* étaient applicables aux tribunaux administratifs. Voir, par exemple, *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856, aux pp. 869 à 871; *Sethi c. (Canada) Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1988] 2 C.F. 552, aux pp. 558 et 559; et *Mohammad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 363, aux pp. 386 et 387.

Notre Cour a examiné l'arrêt *Valente*, précité, dans au moins une affaire où il s'agissait d'un tribunal administratif, soit *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, à la p. 332, et où l'indépendance de la Commission des relations de travail de l'Ontario était en cause. Le juge Gonthier a dit, à la p. 332:

L'indépendance des juges est un principe reconnu depuis longtemps dans notre droit constitutionnel; elle fait également partie des règles de justice naturelle même en l'absence de protection constitutionnelle.

Je partage cet avis et je conclus que l'un des principes de justice naturelle veut qu'une partie reçoive une audience devant un tribunal qui non seulement est indépendant, mais qui le paraît. La partie qui craint raisonnablement la partialité ne devrait pas être obligée de se soumettre au tribunal qui fait naître cette crainte. De plus, les principes en matière d'indépendance judiciaire énoncés dans l'arrêt *Valente* s'appliquent dans le cas d'un tribunal administratif lorsque celui-ci agit à titre d'organisme juridictionnel qui tranche les différends et détermine les droits des parties. Je reconnais toutefois que l'application stricte de ces principes ne se justifie pas toujours. Dans l'arrêt *Valente*, précité, le juge Le Dain a écrit, aux pp. 692 et 693:

Il ne serait cependant pas possible d'appliquer les conditions les plus rigoureuses et les plus élaborées de l'indépendance judiciaire à l'exigence constitutionnelle d'indépendance qu'énonce l'al. 11d) de la *Charte*, qui peut devoir s'appliquer à différents tribunaux. [. . .] Les con-

judicial independence for purposes of s. 11(d) must bear some reasonable relationship to that variety.

I reached a similar conclusion in *Généreux, supra*, at pp. 284-85.

81 The classic test for a reasonable apprehension of bias is that stated by de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394:

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. Would he think that it is more likely than not that Mr. Crowe, whether consciously or unconsciously, would not decide fairly".

De Grandpré J. further held that the grounds for the apprehension must be "substantial".

82 The decision in *Committee for Justice and Liberty* confirms, at p. 395, that a more flexible approach should be taken in applying the test for bias in the context of administrative tribunals:

The question of bias in a member of a court of justice cannot be examined in the same light as that in a member of an administrative tribunal entrusted by statute with an administrative discretion exercised in light of its experience and of that of its technical advisers.

The basic principle is of course the same, namely that natural justice be rendered. But its application must take into consideration the special circumstances of the tribunal. As stated by Reid, *Administrative Law and Practice*, 1971, at p. 220:

... 'tribunals' is a basket word embracing many kinds and sorts. It is quickly obvious that a standard appropriate to one may be inappropriate to another. Hence, facts which may constitute bias in one, may not amount to bias in another.

ditions essentielles de l'indépendance judiciaire, pour les fins de l'al. 11d), doivent avoir un lien raisonnable avec cette diversité.

J'en suis arrivé à une conclusion analogue dans l'arrêt *Généreux*, précité (aux pp. 284 et 285).

Le critère classique pour déterminer l'existence d'une crainte raisonnable de partialité est celui énoncé par le juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 394:

... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, M. Crowe, consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?»

Le juge de Grandpré a dit, en outre, que les motifs de crainte doivent être «sérieux».

L'arrêt *Committee for Justice and Liberty* confirme, à la p. 395, qu'il y a lieu de faire preuve d'une plus grande souplesse en appliquant aux tribunaux administratifs le critère permettant de déterminer s'il y a partialité:

La question de la partialité ne peut être examinée de la même façon dans le cas d'un membre d'un tribunal judiciaire que dans le cas d'un membre d'un tribunal administratif que la loi autorise à exercer ses fonctions de façon discrétionnaire, à la lumière de son expérience ainsi que de celle de ses conseillers techniques.

Évidemment, le principe fondamental est le même: la justice naturelle doit être respectée. En pratique cependant, il faut prendre en considération le caractère particulier du tribunal. Comme le remarque Reid, *Administrative Law and Practice*, 1971, à la p. 220:

[TRADUCTION] ... «tribunal» est un mot fourre-tout qui désigne des organismes multiples et divers. On se rend vite compte que des normes applicables à l'un ne conviennent pas à un autre. Ainsi, des faits qui pourraient être des motifs de partialité dans un cas peuvent ne pas l'être dans un autre.

To the same effect, the words of Tucker L.J. in *Russell v. Duke of Norfolk and others*, [1949] 1 All E.R. 109, at p. 118:

There are, in my view, no words which are of a universal application to every kind of inquiry and every kind of domestic tribunal. The requirements of natural justice must depend on the circumstances of the case, the nature of the inquiry, the rules under which the tribunal is acting, the subject-matter that is being dealt with, and so forth.

In the case at bar, the test must take into consideration the broad functions entrusted by law to the Board

Therefore, while administrative tribunals are subject to the *Valente* principles, the test for institutional independence must be applied in light of the functions being performed by the particular tribunal at issue. The requisite level of institutional independence (i.e., security of tenure, financial security and administrative control) will depend on the nature of the tribunal, the interests at stake, and other indices of independence such as oaths of office.

In some cases, a high level of independence will be required. For example, where the decisions of a tribunal affect the security of the person of a party (such as the Immigration Adjudicators in *Mohammad, supra*), a more strict application of the *Valente* principles may be warranted. In this case, we are dealing with an administrative tribunal adjudicating disputes relating to the assessment of property taxes. In my view, this is a case where a more flexible approach is clearly warranted.

I would therefore apply this approach to the question of whether the members of the appellants' appeal tribunals are sufficiently independent. The *Valente* principles must be considered in light of the nature of the appeal tribunals themselves, the interests at stake, and other indices of independence, in order to determine whether a reasonable and right-minded person, viewing the whole procedure as set out in the assessment by-laws, would have a reasonable apprehension of bias on the

Lord Tucker abonde dans le même sens dans *Russell v. Duke of Norfolk and others*, [1949] 1 All E.R. 109, à la p. 118:

[TRADUCTION] Il n'existe pas à mon avis un principe qui s'applique universellement à tous les genres d'enquêtes et de tribunaux internes. Les exigences de la justice naturelle doivent varier selon les circonstances de l'affaire, la nature de l'enquête, les règles qui régissent le tribunal, la question traitée, etc.

En l'espèce, le critère employé doit prendre en considération les vastes fonctions conférées à l'Office par la loi . . .

Par conséquent, bien que les tribunaux administratifs soient assujettis aux principes énoncés dans l'arrêt *Valente*, le critère relatif à l'indépendance institutionnelle doit être appliqué à la lumière des fonctions que remplit le tribunal particulier dont il s'agit. Le niveau requis d'indépendance institutionnelle (c.-à-d. l'inamovibilité, la sécurité financière et le contrôle administratif) dépendra de la nature du tribunal, des intérêts en jeu et des autres signes indicatifs de l'indépendance, tels les serments professionnels.

Parfois, un haut niveau d'indépendance s'imposera. Par exemple, lorsque les décisions du tribunal ont une incidence sur le droit d'une partie à la sécurité de sa personne (comme dans le cas des arbitres en matière d'immigration dans l'arrêt *Mohammad*, précité), une application plus stricte des principes énoncés dans l'arrêt *Valente* peut se justifier. En l'espèce, il s'agit d'un tribunal administratif chargé de trancher des différends concernant l'évaluation en matière d'impôt foncier. À mon avis, une plus grande souplesse est manifestement justifiée dans une telle situation.

C'est cette démarche que j'adopte donc relativement à la question de savoir si les membres des tribunaux d'appel constitués par les bandes appelantes sont suffisamment indépendants. Les principes posés dans l'arrêt *Valente* doivent être considérés à la lumière de la nature des tribunaux d'appel eux-mêmes, des intérêts en jeu et des autres signes indicatifs de l'indépendance, afin de déterminer si une personne sensée et raisonnable qui considérerait dans son ensemble la procédure

83

84

85

basis that the members of the appeal tribunals are not independent.

prévue dans les règlements d'évaluation aurait une crainte raisonnable de partialité pour le motif que les membres des tribunaux d'appel ne sont pas indépendants.

86 It is first necessary to examine the provisions of the assessment by-laws dealing with the powers of appeal tribunals and the appointment and remuneration of their members. For this purpose, the by-laws of the Matsqui and Siska bands will be considered. It should be noted that the Siska By-law is identical to those of the other five appellant bands.

Il faut d'abord examiner les dispositions des règlements d'évaluation qui traitent des pouvoirs des tribunaux d'appel ainsi que de la nomination et de la rémunération de leurs membres. À cette fin, j'examinerai les règlements administratifs de la bande de Matsqui et de la bande Siska. Soulignons que le règlement de la bande Siska est identique à ceux des cinq autres bandes appelantes.

87 Two levels of appeal are established by the Matsqui By-law: the Court of Revision and the Assessment Review Committee.

Le règlement administratif de la bande de Matsqui prévoit deux paliers d'appel, soit le tribunal de révision et le comité de révision des évaluations.

Matsqui — Court of Revision

La bande de Matsqui — tribunal de révision

88 Section 27 of the Matsqui By-law, entitled "Establishment of Courts of Revision", states:

L'article 27 du règlement administratif de la bande de Matsqui dispose, sous la rubrique [TRANSDUCTION] «Constitution de tribunaux de révision»:
[TRANSDUCTION]

(A) The Chief and Council shall by Band Council resolution each year appoint Courts of Revision to hear appeals on assessments of land and improvements.

A) Par résolution du conseil de bande, le chef et le conseil constituent chaque année des tribunaux de révision qui entendent les appels relatifs à l'évaluation des immeubles et de leurs améliorations.

(B) Notwithstanding the provisions of subsection (A), the Chief and Council may appoint one or more special Courts of Revision, comprised of persons experienced in agriculture, to hear complaints in respect of the classification, or refusal of classification, of land as a farm.

B) Par dérogation à l'alinéa A), le chef et le conseil peuvent constituer un ou plusieurs tribunaux de révision spéciaux, composés de personnes possédant une expérience de l'agriculture, pour entendre les plaintes relatives à la classification d'un bien-fonds comme ferme ou au refus de le classer ainsi.

(C) The members of a Court of Revision shall be paid their reasonable and necessary travelling and out of pocket expenses incurred in carrying out their duties and in addition may be paid reasonable remuneration.

C) Les membres du tribunal de révision sont indemnisés des frais de déplacement et des frais divers raisonnables et nécessaires engagés dans l'exercice de leurs fonctions; ils peuvent en outre toucher une rémunération raisonnable.

(D) Every member of the Court of Revision, before entering on his duties, shall take and subscribe the oath as attached in Schedule 10.

D) Chaque membre du tribunal de révision prête et souscrit, avant d'entrer en fonction, le serment figurant à l'annexe 10.

89 Schedule 10 of the By-law includes the oath which Court of Revision members must take:

L'annexe 10 du règlement administratif contient le serment que les membres du tribunal de révision sont tenus de prêter:

I, _____, do solemnly swear (or affirm) that I will, to the best of my judgment and ability, and without fear, favour or partiality, honestly decide the complaints to the Court of Revision which may be brought before me for trial as a member of said Court.

The powers of the Courts of Revision are listed in s. 32:

(A) The powers of a Court of Revision constituted under this By-law are

- (1) to meet at the dates, times, and places appointed, and to try all complaints delivered to the assessor under this By-law;
 - (2) to investigate the assessment roll and the various assessments made in it, whether complained against or not, and subject to subsections (D) and (F), to adjudicate on the assessments and complaints so that the assessments shall be fair and equitable and fairly represent actual values within the municipality or rural area;
 - (3) to direct amendments to be made in the assessment roll necessary to give effect to its decisions; and
 - (4) to confirm the assessment roll, either with or without amendment.
-

(G) The Court of Revision shall appoint a chairman, who shall preside at all meetings and who may, unless otherwise provided by the Court of Revision, call meetings and regulate procedure.

.

(J) All questions before the Court of Revision shall be decided by a majority of the members present and the chairman votes as an ordinary member of the Court of Revision.

Matsqui — Assessment Review Committee

Section 49 (A) of the By-law states:

[TRADUCTION] Je, _____, jure (ou affirme) solennellement que je réglerai honnêtement, selon mon jugement et mes capacités, et sans crainte, ni favoritisme, ni partialité, les plaintes portées devant le tribunal de révision, dont je pourrai être saisi en tant que membre de celui-ci.

Les pouvoirs des tribunaux de révision sont énoncés à l'art. 32:

[TRADUCTION]

A) Un tribunal de révision constitué en vertu du présent règlement détient le pouvoir:

- (1) de tenir ses séances aux dates, aux heures et aux endroits fixés, et d'entendre toutes les plaintes soumises à l'évaluateur conformément au présent règlement;
 - (2) d'enquêter sur le rôle d'évaluation et sur les différentes évaluations y figurant, qu'il y ait plainte ou non, et, sous réserve des alinéas D) et F), de statuer sur les évaluations et les plaintes, afin que les évaluations soient justes et équitables et qu'elles reflètent fidèlement les valeurs réelles dans la municipalité urbaine ou rurale en question;
 - (3) d'ordonner que soient apportées au rôle d'évaluation les modifications nécessaires pour donner effet à ses décisions;
 - (4) de confirmer le rôle d'évaluation, avec ou sans modification.
-

G) Le tribunal de révision nomme un président, qui préside à toutes les séances et qui peut, à moins que le tribunal n'en prévoie autrement, fixer les dates des séances et réglementer la procédure.

.

J) Toute question soumise au tribunal de révision est tranchée à la majorité des voix des membres présents, le président étant à cette fin assimilé à un membre ordinaire.

La bande de Matsqui — comité de révision des évaluations

L'alinéa 49 A) du règlement administratif dispose:

- (A) Where a person, including the Band, the commissioner, or the assessor, is dissatisfied with the decision of a Court of Revision, or with the omission or refusal of the Court of Revision to hear or determine the complaint on the completed assessment roll, he may appeal from the Court of Revision to the Committee.

Section 35 deals with the establishment of the Assessment Review Committee:

- (A) The Chief and Council by Band Council Resolution shall each year establish an Assessment Review Committee which shall consist of:
- (1) one person who is or was duly qualified to practise law in the Province of British Columbia, or who is or was a Judge of a Provincial or Supreme Court in the Province of British Columbia;
 - (2) one person who has sat as member of an appeal committee to review assessments in and for the Province of British Columbia;
 - (3) one person who is a member of the Matsqui Indian Band or who is an agent of the Band who does not have any conflict of interest in any real property assessment to which an appeal relates, as set out in section 41; and
 - (4) notwithstanding anything above stated in this section, one of the above three persons shall be an accredited appraiser or a retired accredited appraiser.
- (B) The Chief and Council shall establish the terms of appointment, duties and remuneration of members.
- (C) A member of the Committee shall be paid his reasonable travelling and out of pocket expenses for his attendance to hear appeals or at any meeting of the Committee.

Siska — Board of Review

90 Unlike Matsqui's By-law, which establishes two levels of appeal, Siska's By-law establishes only

[TRANSDUCTION]

- A) Quiconque, y compris la bande, le commissaire ou l'évaluateur, est insatisfait à la suite de la décision du tribunal de révision, ou de l'omission ou du refus de celui-ci d'entendre ou de régler la plainte relative au rôle d'évaluation achevé, peut interjeter appel devant le comité.

L'article 35 traite de la constitution du comité de révision des évaluations:

[TRANSDUCTION]

- A) Par résolution du conseil de bande, le chef et le conseil constituent chaque année un comité de révision des évaluations composé des membres suivants:
- (1) une personne dûment qualifiée, ou qui l'a été, pour pratiquer le droit en Colombie-Britannique, ou un juge, ou un ancien juge de la Cour provinciale ou de la Cour suprême de la Colombie-Britannique;
 - (2) une personne ayant siégé à un comité d'appel révisant les évaluations en Colombie-Britannique pour le compte de la province;
 - (3) un membre de la bande indienne de Matsqui, ou un mandataire de la bande, n'ayant aucun conflit d'intérêt dans une évaluation immobilière faisant l'objet d'un appel, tel que prévu à l'article 41;
 - (4) nonobstant le présent article, l'une des trois personnes nommées conformément aux paragraphes qui précèdent doit être un estimateur accrédité en exercice ou à la retraite.
- B) Le chef et le conseil établissent les modalités de nomination, les fonctions et la rémunération des membres.
- C) Les membres du comité sont indemnisés des frais de déplacement et des frais divers raisonnables qu'ils engagent pour être présents à l'audition des appels ou à toute réunion du comité.

La bande Siska — commission de révision

À la différence du règlement administratif de la bande de Matsqui, qui établit deux paliers d'appel,

one appeal tribunal, the "Board of Review". Section 40 outlines the composition of the Board:

40. (1) Notwithstanding any other by-law, the chief and council shall appoint Boards of Review to hear appeals on assessments of land and improvements located on the reserve.
- (2) A Board of Review shall consist of three members, only one of which may be a member of the Siska Indian Band.
- (3) The members of a Board of Review shall be paid their reasonable and necessary travelling and out of pocket expenses incurred in carrying out their duties and in addition may be paid remuneration as may be ordered by the chief and council.
- (4) Every member of a Board of Review shall, before entering on his duties, take and subscribe before the administrator or a notary Public or a commissioner for taking oaths an oath or affirmation in the form prescribed by this by-law in Schedule "C".

The oath referred to in s. 40(4) of the Siska by-law is identical to the Matsqui oath quoted above.

The powers of the Board of Review, as listed in s. 45(1), include:

- (a) to meet at the dates, times, and places appointed, and to try all complaints delivered to the assessor under this by-law;
- (b) to adjudicate on the appealed assessment so that the assessment shall be fair and equitable and fairly represent actual values within the reserve;
- (c) to direct amendments to be made in the assessment roll necessary to give effect to its decisions; and
- (d) to confirm the assessment roll, either with or without amendment.

I have quoted these excerpts from the bands' by-laws to demonstrate that members of the appeal

celui de la bande Siska n'en crée qu'un seul, la «commission de révision». L'article 40 du règlement prévoit la composition de cette commission:

[TRADUCTION]

40. (1) Nonobstant tout autre règlement administratif, le chef et le conseil constituent des commissions de révision pour entendre les appels relatifs à l'évaluation des immeubles situés dans la réserve et de leurs améliorations.
- (2) La commission de révision se compose de trois membres, dont un seul peut être membre de la bande indienne Siska.
- (3) Les membres de la commission de révision sont indemnisés des frais de déplacement et des frais divers raisonnables et nécessaires engagés dans l'exercice de leurs fonctions; ils peuvent en outre toucher une rémunération, selon ce que peuvent prescrire le chef et le conseil.
- (4) Chaque membre de la commission de révision prête et souscrit devant l'administrateur, un notaire ou un commissaire aux assermentations, avant d'entrer en fonction, le serment ou fait l'affirmation figurant à l'annexe «C».

Le serment visé au par. 40(4) du règlement administratif de la bande Siska est identique à celui de la bande de Matsqui, reproduit plus haut.

Aux termes du par. 45(1), la commission de révision détient notamment le pouvoir:

[TRADUCTION]

- a) de tenir ses séances aux dates, aux heures et aux endroits fixés, et d'entendre toutes les plaintes soumises à l'évaluateur conformément au présent règlement;
- b) de statuer sur l'évaluation portée en appel, afin que celle-ci soit juste et équitable et qu'elle reflète fidèlement les valeurs réelles dans la réserve;
- c) d'ordonner que soient apportées au rôle d'évaluation les modifications nécessaires pour donner effet à ses décisions;
- d) de confirmer le rôle d'évaluation, avec ou sans modification.

J'ai cité ces extraits des règlements administratifs des bandes afin de démontrer que les membres

tribunaux perform adjudicative functions not unlike those of courts. However, members of the Siska Board of Review and the Matsqui Court of Revision have no guarantee of salary. Under the Matsqui By-law, members of the Court of Revision "may" receive remuneration, while the Siska By-law also uses permissive language.

des tribunaux d'appel remplissent des fonctions juridictionnelles qui présentent une certaine analogie avec celles des cours de justice. Aucune rémunération n'est toutefois garantie aux membres de la commission de révision de la bande Siska ni aux membres du tribunal de révision de la bande de Matsqui. En effet, suivant le règlement administratif de cette dernière, les membres du tribunal de révision «peuvent» toucher une rémunération, et le règlement de la bande Siska tient un langage semblable.

93 On the subject of security of tenure, the Matsqui tribunals are to be appointed each year, although the terms of appointment are to be left to the Chief and Band Council. One might presume that the members of the tribunals are appointed for one-year terms; however, there is nothing in the Matsqui By-law protecting members from arbitrary dismissal mid-term. The Siska By-law is silent on all aspects of the appointment of tribunal members.

Pour ce qui est de l'inamovibilité, il est prévu que les tribunaux de la bande de Matsqui doivent être constitués annuellement, mais ce sont le chef et le conseil de la bande qui décident de la durée des fonctions. On pourrait supposer qu'il s'agit de nominations pour une période d'un an; le règlement administratif de la bande de Matsqui ne renferme toutefois aucune disposition protégeant les membres des tribunaux contre la révocation arbitraire avant l'expiration de leur mandat. Quant au règlement de la bande Siska, il est muet sur tous les aspects de la nomination des membres des commissions.

94 This raises some serious concerns. For example, under the By-laws, there is nothing to prevent the Band Chiefs and Councils from paying tribunal members only after they have reached a decision in a particular case, or not paying the members at all. The Siska Band could, if it wished, appoint tribunal members on an ad hoc basis, since there is no requirement that members be appointed for a specific term. Siska could then refuse to re-appoint members who reached decisions contrary to the interests of the band. In all cases, it would appear that tribunal members may be removed from their positions at any time by the bands, which leaves open the possibility of considerable abuse.

Cela soulève de sérieuses questions. Par exemple, rien dans les règlements administratifs en cause n'empêche les chefs et conseils de bande de ne verser une rémunération aux membres des tribunaux qu'après qu'ils ont statué dans une affaire donnée, ou de ne pas les rémunérer du tout. La bande Siska pourrait, si elle le désirait, nommer à titre *ad hoc* les membres des commissions, puisqu'il n'existe aucune exigence selon laquelle lesdits membres doivent être nommés pour une période déterminée. La bande Siska pourrait ainsi refuser de renouveler le mandat des membres qui auraient rendu des décisions contraires aux intérêts de la bande. Dans tous les cas, il semble que les membres des tribunaux peuvent être révoqués à tout moment par les bandes, ce qui ouvre à celles-ci de grandes possibilités d'abus.

95 A further factor contributing to an apprehension of insufficient institutional independence arises when one considers that the Chiefs and Band Councils select the members of their tribunals, in addition to controlling their remuneration and ten-

Contribue également à susciter une crainte d'in-dépendance institutionnelle insuffisante le fait que, en plus de décider de la rémunération et de la durée des fonctions des membres de leurs tribunaux, les chefs et les conseils de bande choisissent

ure. This fact contributes to the appearance of a dependency relationship between the tribunal and the band, particularly in the case at bar where the interests of the band are clearly at odds with the interests of the respondents. In fact, both the Matsqui and Siska by-laws allow the bands themselves to be parties before their respective tribunals (s. 49 (A) of the Matsqui By-law and s. 41(4) of the Siska By-law). The respondents are thus faced with presenting their case before a tribunal whose members were appointed by the very Band Chiefs and Councils who oppose their claim. This raises a problem similar to that addressed in *MacBain*, *supra*. In that case, the Federal Court of Appeal found a reasonable apprehension of bias where the prosecutor of the human rights infringement (i.e. the Human Rights Commission) also selected the members of the panel which would adjudicate the matter. This case, though not identical, raises the similar concern that a party should not be required to present its case before a tribunal whose members have been appointed by an opposing party.

The appellants rely heavily on the fact that members of the appeal tribunals are required to take an oath of office that they will be impartial. This is one factor to take into account in assessing the independence of an administrative tribunal. However, the fact that an oath is taken cannot act as a substitute for financial security or security of tenure. The *Valente* principles are flexible in their application to administrative tribunals, but they cannot be ignored.

Similarly, the fact that the interest at stake in the case, tax assessment, is of a lesser form than interests like the one identified in *Sethi*, *supra*, (i.e., security of the person) is a consideration in applying the *Valente* principles. Again, however, I am not prepared to discard the *Valente* principles on

ces membres. Ce fait tend à confirmer l'apparence d'un lien de dépendance entre le tribunal et la bande, particulièrement dans la présente affaire, où les intérêts de la bande sont manifestement opposés à ceux des intimés. De fait, les règlements administratifs tant de la bande de Matsqui que de la bande Siska autorisent les bandes elles-mêmes à être parties devant leurs tribunaux respectifs (l'al. 49 A) du règlement de la bande de Matsqui et le par. 41(4) du règlement de la bande Siska). Les intimés se voient donc obligées de plaider devant des tribunaux dont les membres ont été nommés précisément par les chefs et conseils de bande qui s'opposent à leur demande, ce qui soulève un problème analogue à celui abordé dans l'arrêt *MacBain*, précité. Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale a conclu à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité dans un cas où le poursuivant en matière de violations des droits de la personne (c.-à-d. la Commission des droits de la personne) choisissait également les membres du tribunal qui seraient appelés à statuer sur l'affaire. La présente espèce, quoique non identique, met en cause une préoccupation similaire, à savoir qu'une partie ne devrait pas être tenue de plaider devant un tribunal dont les membres ont été nommés par une partie adverse.

Les appelants s'appuient fortement sur le fait que les membres des tribunaux d'appel sont obligés de prêter un serment professionnel qui les engage à l'impartialité. C'est là un élément à prendre en considération pour apprécier l'indépendance d'un tribunal administratif. Toutefois, le serment professionnel ne saurait se substituer à la sécurité financière ou à l'inamovibilité. Les principes posés dans l'arrêt *Valente* sont souples dans leur application aux tribunaux administratifs, mais on ne peut en faire abstraction.

De même, le fait que l'intérêt en jeu dans la présente affaire, soit la fixation de l'impôt foncier, revêt une importance moindre que les intérêts du genre de celui dont il s'agissait dans l'affaire *Sethi*, précitée, (c.-à-d. la sécurité de la personne) est un facteur qui entre en ligne de compte dans l'application des principes de l'arrêt *Valente*. Je ne suis cependant pas prêt, je le répète, à écarter ces prin-

the basis that the property interests implicated in this case are not as important as other interests.

98

In my view, even a flexible application of the *Valente* principles leads to the inevitable conclusion that a reasonable and right-minded person, viewing the whole procedure in the assessment by-laws, would have a reasonable apprehension that members of the appeal tribunals are not sufficiently independent. Three factors lead me to this conclusion:

(1) There is a complete absence of financial security for members of the tribunals;

(2) Security of tenure is either completely absent (in the case of Siska), or ambiguous and therefore inadequate (in the case of Matsqui);

(3) The tribunals, whose members are appointed by the Band Chiefs and Councils, are being asked to adjudicate a dispute pitting the interests of the bands against outside interests (i.e., those of the respondents). Effectively, the tribunal members must determine the interests of the very people, the bands, to whom they owe their appointments.

99

In reaching this conclusion, I wish to emphasize that it is these three factors in combination which lead me to the conclusion that the appeal tribunals lack sufficient independence in this case. I am not saying that any one of these factors, considered in isolation, would have led me to the same conclusion. For example, most of the provincial tax assessment appeal tribunals are appointed by the provincial government, rather than by the municipalities. (Reference may be made to: Prince Edward Island's Island Regulatory and Appeals Commission (*Island Regulatory and Appeals Commission Act*, S.P.E.I. 1991, c. 18); New Brunswick's Regional Assessment Review Board (*Assessment Act*, R.S.N.B. 1973, c. A-14, as amended); Nova Scotia's Regional Assessment Appeal Courts (*Assessment Act*, R.S.N.S. 1989, c. 23); Quebec's Board of Revision (*Municipal Taxation Act*, S.Q. 1979, c. 72); Ontario's Assessment Review Board (*Assessment Review Board Act*,

cipes pour le motif que les intérêts fonciers ici en cause importent moins que d'autres intérêts.

À mon avis, même l'application souple des principes posés dans l'arrêt *Valente* mène inévitablement à la conclusion qu'une personne sensée et raisonnable qui considérerait dans son ensemble la procédure prévue dans les règlements d'évaluation craindrait raisonnablement que les membres des tribunaux d'appel ne soient pas suffisamment indépendants. Trois facteurs me conduisent à cette conclusion:

(1) Il n'y a absolument aucune sécurité financière pour les membres des tribunaux;

(2) Ou bien l'inamovibilité n'est pas du tout prévue (dans le cas de la bande Siska), ou bien elle ne l'est que de façon ambiguë et, partant, inadéquate (dans le cas de la bande de Matsqui);

(3) Les tribunaux, dont les membres sont nommés par les chefs et conseils de bande, se voient appelés à statuer sur un litige où les intérêts des bandes s'opposent à des intérêts étrangers (c.-à-d. ceux des intimées). Dans les faits, les membres des tribunaux ont à se prononcer relativement aux intérêts de celles-là même (les bandes) auxquelles ils doivent leur nomination.

Je tiens à souligner que c'est la combinaison de ces trois facteurs qui m'amène à conclure que les tribunaux d'appel ne sont pas suffisamment indépendants en l'espèce. Je ne dis pas qu'un seul de ces facteurs, pris isolément, m'aurait amené à la même conclusion. Par exemple, la plupart des tribunaux provinciaux d'appel en matière d'évaluation foncière sont constitués par le gouvernement provincial plutôt que par les municipalités. (Mentionnons à ce propos: l'Island Regulatory and Appeals Commission de l'Île-du-Prince-Édouard (*Island Regulatory and Appeals Commission Act*, S.P.E.I. 1991, ch. 18); la commission régionale de révision des évaluations du Nouveau-Brunswick (*Loi sur l'évaluation*, L.R.N.-B. 1973, ch. A-14, modifiée); les Regional Assessment Appeal Courts de la Nouvelle-Écosse (*Assessment Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 23); le Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec (*Loi sur la fiscalité municipale*, L.Q. 1979, ch. 72); la Commission de révi-

R.S.O. 1990, c. A.32); Saskatchewan's Municipal Board (*Municipal Board Act*, S.S. 1988-89, c. M-23.2, as amended); Alberta's Assessment Appeal Board (*Assessment Appeal Board Act*, R.S.A. 1980, c. A-46); British Columbia's Court of Revision and Assessment Appeal Board (*Assessment Act*, R.S.B.C. 1979, c. 21, as amended). Although Newfoundland's Assessment Review Commissions are appointed by municipal councils, all appointments must be approved by the Minister of Municipal and Provincial Affairs (*Assessment Act*, R.S.N. 1990, c. A-18.)

These provincial regimes effectively address the third problem with the band tribunals noted above, since a different level of government is making the tribunal appointments than the level whose interests are directly at stake in proceedings before that tribunal. I am satisfied that such tribunals have sufficient independence, even where other indices of independence such as security of tenure or security of remuneration are not guaranteed in the statute authorizing the creation of the tribunal.

Of course, Indian bands may be reluctant to cede the power to appoint tribunal members to the federal government, given that one of the purposes of the new tax assessment regime is to facilitate the development of Aboriginal self-government. Thus, to conform to the requirements of institutional independence, the appellant bands' by-laws will have to guarantee remuneration and stipulate periods of tenure for tribunal members. The by-laws will also have to ensure that members may only be dismissed during their tenure "with cause".

One final matter concerning the bias issue should be addressed. The appellants argued before this Court that all the allegations of bias raised here were speculative. Sopinka J. adopts this position. While I agree that the allegations concerning

sion de l'évaluation foncière de l'Ontario (*Loi sur la Commission de révision de l'évaluation foncière*, L.R.O. 1990, ch. A.32); le Municipal Board de la Saskatchewan (*Municipal Board Act*, S.S. 1988-89, ch. M-23.2, modifiée); l'Assessment Appeal Board de l'Alberta (*Assessment Appeal Board Act*, R.S.A. 1980, ch. A-46); le Court of Revision et l'Assessment Appeal Board de la Colombie-Britannique (*Assessment Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 21, modifiée). Quoique les Assessment Review Commissions de Terre-Neuve soient constituées par les conseils municipaux, toutes les nominations doivent recevoir l'approbation du ministre des Affaires municipales et provinciales (*Assessment Act*, R.S.N. 1990, ch. A-18.)

Ces régimes provinciaux évitent donc le troisième problème, évoqué plus haut, que présentent les tribunaux des bandes en l'espèce, puisque le palier de gouvernement qui nomme les membres des tribunaux provinciaux n'est pas celui dont les intérêts se trouvent directement en jeu dans le cadre des procédures devant ces tribunaux. Je suis convaincu que ceux-ci jouissent d'une indépendance suffisante, même lorsque les lois autorisant leur création ne renferment aucune garantie en ce qui concerne les autres signes d'indépendance, tels que l'inamovibilité et la sécurité de rémunération.

Les bandes indiennes peuvent, bien sûr, hésiter à céder au gouvernement fédéral le pouvoir de nommer les membres des tribunaux, étant donné que le nouveau régime d'évaluation en matière de taxation vise notamment à favoriser l'autonomie gouvernementale des autochtones. Par conséquent, pour que soient respectées les exigences relatives à l'indépendance institutionnelle, il faudra que les règlements administratifs des bandes appelantes garantissent aux membres des tribunaux une rémunération et précisent la durée de leurs fonctions. Ces règlements devront en outre prévoir que les membres des tribunaux ne peuvent être révoqués que «pour un motif valable».

Reste à aborder un dernier point touchant la partialité. Les appelants ont fait valoir devant notre Cour le caractère conjectural de toutes les allégations de partialité faites en l'espèce. Le juge Sopinka adopte ce point de vue. Bien que je con-

100

101

102

an absence of institutional impartiality are premature, I disagree that this necessarily results in the allegations surrounding institutional independence being premature as well. The two concepts are quite distinct. It is mere speculation to suggest that members of the tribunals will lack impartiality, since we cannot possibly know in advance of an actual hearing what these members think. The mere fact that the structure of the tribunals allows band members to sit on appeals tells us nothing (unless we assume that all band members are biased, which is clearly not correct). However, in assessing the institutional independence of the appeal tribunals, the inquiry focuses on an objective assessment of the actual structure of the tribunals. We can examine the by-laws, apply the *Valente* principles, and reach a conclusion. This kind of analysis is hardly speculative, since the by-laws are conclusive evidence that the tribunals are not sufficiently independent from the Band Chiefs and Councils.

vienne que les allégations quant à l'absence d'impartialité institutionnelle soient prématurées, je ne partage cependant pas le point de vue voulant que, par conséquent, il en soit de même des allégations concernant l'indépendance institutionnelle. Il s'agit de deux concepts tout à fait distincts. C'est de la pure conjecture que de taxer de partialité les membres des tribunaux, car il nous est impossible de savoir, avant que l'audience n'ait effectivement lieu, ce que pensent ces membres. Le simple fait que les tribunaux soient organisés de façon à ce que des membres des bandes puissent siéger en appel ne nous apprend rien (à moins de supposer partiaux tous les membres des bandes, ce qui n'est manifestement pas le cas). Toutefois, en appréciant l'indépendance institutionnelle des tribunaux d'appel, nous devons arrêter notre attention sur un examen objectif de leur structure. Nous pouvons examiner les règlements administratifs, appliquer les principes énoncés dans l'arrêt *Valente* et en arriver à une conclusion. Ce type d'analyse ne participe guère de la conjecture puisque les règlements établissent de façon concluante que les tribunaux en cause ne sont pas suffisamment indépendants par rapport aux chefs et conseils de bande.

103 My colleague Sopinka J. does not dispute that institutional independence is a principle of natural justice which applies to the band tribunals. He argues, however, that institutional independence should be assessed in the context of an actual tribunal hearing, thereby taking the position that institutional independence could arise in the circumstances of the appointment of the tribunal members, or in the manner in which the tribunals conduct their hearings.

Mon collègue le juge Sopinka ne nie pas que l'indépendance institutionnelle est un principe de justice naturelle qui s'applique aux tribunaux des bandes. Il soutient toutefois que cette indépendance devrait être appréciée dans le contexte d'une audience devant un tribunal donné, si bien que, d'après lui, l'indépendance institutionnelle pourrait résulter des circonstances dans lesquelles sont nommés les membres des tribunaux, ou de la manière dont ceux-ci tiennent leurs audiences.

104 With respect, I cannot agree. The function of institutional independence is to ensure that a tribunal is legally structured such that its members are reasonably independent of those who appoint them. My colleague Sopinka J. appears to be of the view that it is possible for the appellant bands to exercise their discretion under the by-laws with respect to financial and tenure matters in such a way that the fundamental inadequacies of the by-laws will be cured. With respect, it is always possible for discretion to be exercised consistent with

Je ne puis, en toute déférence, être d'accord. L'indépendance institutionnelle vise à faire en sorte qu'un tribunal soit doté d'une structure juridique qui permette que ses membres soient, dans une mesure raisonnable, indépendants des personnes auxquelles ils doivent leur nomination. Or, mon collègue le juge Sopinka semble estimer que les bandes appelantes peuvent exercer d'une manière qui comble les lacunes fondamentales des règlements administratifs le pouvoir discrétionnaire que ces règlements leur confèrent relative-

natural justice. The problem is the discretion itself, since the point of the institutional independence doctrine is to ensure that tribunal independence is not left to the discretion of those who appoint the tribunals. It is, in my opinion, inconsistent to concede that institutional independence applies in this case, yet go on to conclude that the lack of institutional independence in the by-laws may be addressed through the exercise of the discretionary powers granted to the Band Chiefs and Councils under the by-laws. Institutional independence and the discretion to provide for institutional independence (or not to so provide) are very different things. Independence premised on discretion is illusory.

V. Conclusion

Joyal J., in the Federal Court, Trial Division, did not consider irrelevant factors, nor did he reach an unreasonable conclusion on the basis of the factors which he did consider. However, he erred in exercising his discretion by failing to take into account the fact that the appeal tribunals established under s. 83(3) of the *Indian Act* lack sufficient independence from the Band Chiefs and Councils. Had Joyal J. considered this factor, he would have concluded that the appeal tribunals are not an adequate alternative remedy, and would therefore have exercised his discretion in favour of undertaking judicial review as sought by the respondents. As was stated in *Canada (Auditor General)*, *supra*, at p. 96, "... the courts should not bow before inadequate relief for citizens' statutory and common law rights".

ment aux questions financières et à la durée des fonctions. Avec égards, il est toujours possible d'exercer un pouvoir discrétionnaire d'une manière conforme à la justice naturelle. Le problème réside dans le pouvoir discrétionnaire lui-même, puisque la raison d'être de la doctrine de l'indépendance institutionnelle consiste précisément à faire en sorte que la question de l'indépendance d'un tribunal ne soit pas laissée au pouvoir discrétionnaire de ceux qui en nomment les membres. À mon avis, c'est faire preuve d'incohérence que de reconnaître l'applicabilité du principe de l'indépendance institutionnelle en l'espèce et de conclure par ailleurs que le problème de l'absence d'une disposition prévoyant cette indépendance dans les règlements administratifs peut être réglé par l'exercice des pouvoirs discrétionnaires conférés aux chefs et conseils de bande par lesdits règlements. L'indépendance institutionnelle et le pouvoir discrétionnaire de prévoir cette indépendance (ou de ne pas la prévoir) sont deux choses bien distinctes. L'indépendance qui repose sur un pouvoir discrétionnaire n'est qu'illusoire.

V. Conclusion

Le juge Joyal de la Section de première instance de la Cour fédérale n'a ni pris en considération des facteurs non pertinents, ni tiré une conclusion déraisonnable en se fondant sur les facteurs qu'il a effectivement pris en considération. Il a toutefois commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en omettant de tenir compte du fait que les tribunaux d'appel constitués en vertu du par. 83(3) de la *Loi sur les Indiens* ne sont pas suffisamment indépendants des chefs et conseils de bande. S'il avait considéré ce facteur, le juge Joyal aurait conclu que les tribunaux d'appel ne représentent pas un autre recours approprié et il aurait, en conséquence, exercé son pouvoir discrétionnaire en accordant le contrôle judiciaire demandé par les intimées. Comme on le dit dans l'arrêt *Canada (Vérificateur général)*, précité, les tribunaux «... ne devraient pas s'incliner devant des voies de redressement inadéquates pour les droits conférés aux citoyens par la loi ou la *common law*» (pp. 96 et 97).

106 I would dismiss the appeal, with costs to the respondents.

The following are the reasons delivered by

107 LA FOREST J. — I have read the reasons of my colleagues, and agree with the conclusion of the Chief Justice and Justice Major that the appeal should be dismissed with costs. I do so for the following reasons. I agree with the Chief Justice that the Federal Court, Trial Division and the appeal tribunals established under s. 83(3) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, have concurrent jurisdiction to address the question whether the respondents' land is "in the reserve". However, in my view, Joyal J. did not exercise his discretion in a proper manner in deciding that the band appeal tribunal system constitutes an adequate alternative remedy in this context. The determination whether the respondents' land is "in the reserve" is a jurisdictional question that brings into play discrete and technical legal issues falling outside the specific expertise of the band appeal tribunals. It is ultimately a matter within the province of the judiciary. Since any decision by a band appeal tribunal regarding this question will lack the force of *res judicata*, and will be reviewable by the Federal Court, Trial Division on a standard of correctness, it seems clear that the band appeal procedure is not an adequate remedy. The respondents should, therefore, be allowed the opportunity to have this jurisdictional question determined with the force of *res judicata* by the Federal Court at the outset without being compelled to proceed through a lengthy, and possibly needless, band appeal process.

108 I find it unnecessary to consider the other issues raised in this appeal.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens aux intimées.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — Ayant pris connaissance des motifs de mes collègues, je conviens avec le Juge en chef et le juge Major qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi avec dépens. Mes motifs sont les suivants. Comme le Juge en chef, j'estime que la Section de première instance de la Cour fédérale ainsi que les tribunaux d'appel constitués en vertu du par. 83(3) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, ont une compétence concurrente pour décider si le terrain des intimées est situé «dans la réserve». Je suis toutefois d'avis que le juge Joyal n'a pas exercé comme il se doit son pouvoir discrétionnaire en concluant que les voies de contestation établies par les bandes représentent dans ce contexte un autre recours approprié. En déterminant si le terrain des intimées est situé «dans la réserve», on se trouve à trancher une question de compétence, laquelle soulève des points de droit à la fois distincts et techniques qui débordent de l'expertise particulière des tribunaux d'appel des bandes. Il s'agit en dernière analyse d'une question qui est du ressort des cours de justice. Puisque toute décision que pourra rendre un tribunal d'appel de bande relativement à cette question n'aura pas l'autorité de la chose jugée et sera susceptible de contrôle par la Section de première instance de la Cour fédérale, qui appliquera à cette fin la norme de l'absence d'erreur, il semble évident que la procédure de contestation établie par les bandes n'est pas un recours approprié. Il convient en conséquence d'accorder aux intimées la possibilité d'obtenir que cette question de compétence soit réglée dès l'abord avec l'autorité de la chose jugée par la Cour fédérale, sans qu'elles ne se voient contraintes de recourir à la longue procédure de contestation des bandes, qui risque de s'avérer inutile.

Pour ce qui est des autres questions soulevées en l'espèce, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de les aborder.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting) — I agree with the Chief Justice on all issues, except for his analysis of the issue of lack of institutional independence as a ground for finding that Joyal J. erred in exercising his discretion to refuse judicial review. My reasons are restricted to this issue. In my view, Joyal J. did not err in exercising his discretion to find that the band taxation tribunals were an adequate alternative remedy and that allegations of bias were premature. I would, therefore, allow the appeal and reinstate his judgment.

I have four reasons for finding that Joyal J. did not err in exercising his discretion:

- (1) the matter was not properly raised at first instance;
- (2) appellate courts should defer to a proper exercise of discretion;
- (3) the Aboriginal self-government context is relevant to assessing institutional independence; and,
- (4) cases have assessed the institutional independence issue by considering the practice of the tribunal as depicted in the context of an actual hearing.

1. Argument Regarding Bias before Joyal J.

At first instance, Joyal J. rejected as premature the argument of the respondents, Canadian Pacific Limited ("CP") and Unitel Communications Inc., regarding reasonable apprehension of bias. I quote from Joyal J.'s reasons for judgment, at p. 91:

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Iacobucci rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident) — Je souscris à l'opinion du Juge en chef à tous les égards, sauf en ce qui concerne son analyse de l'absence d'indépendance institutionnelle comme motif permettant de conclure que le juge Joyal a commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire de manière à refuser le contrôle judiciaire. Mes motifs se bornent donc à ce seul point. À mon avis, ce n'est pas à tort que le juge Joyal a conclu, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, que les tribunaux de taxation des bandes offraient un autre recours approprié et que les allégations de partialité étaient prématurées. Je suis, en conséquence, d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du juge Joyal.

Quatre raisons m'amènent à conclure que le juge Joyal n'a pas exercé erronément son pouvoir discrétionnaire:

- (1) la question n'a pas été soulevée comme il se doit en première instance;
- (2) les cours d'appel devraient faire preuve de retenue à l'égard de l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire
- (3) le contexte de l'autonomie gouvernementale des autochtones est pertinent pour l'appréciation de l'indépendance institutionnelle;
- (4) dans la jurisprudence, l'appréciation de l'indépendance institutionnelle s'est faite par l'examen de la pratique du tribunal en question telle qu'elle se dégage du contexte d'une audience devant ce tribunal.

1. L'argument relatif à la partialité avancé devant le juge Joyal

En première instance, le juge Joyal a rejeté comme étant prématuré l'argument des intimées Canadien Pacifique Limitée («CP») et Unitel Communications Inc. alléguant la crainte raisonnable de partialité. Je cite à ce propos les motifs du juge Joyal, à la p. 91:

109

110

111

It is true, as pointed out by applicant's counsel, that the first group of by-laws to which I have referred provides in section 40(2) that boards of review shall consist of three members, only one of whom may be a member of the Indian band. Counsel argues bias. At best, this is a premature argument, no evidence being before me as to the composition of any board of review. [Emphasis in original.]

The issue of reasonable apprehension of bias was raised before Joyal J. in oral argument and was not part of the originating notice of motion. Additionally, that oral argument seems to have related only to institutional impartiality and not to institutional independence. Joyal J. thus did not err in finding that there was an insufficient factual foundation for the allegation.

2. Appellate Deference to Exercise of Discretion

112

Joyal J. at first instance exercised his discretion and chose to strike out the respondents' application for judicial review on the ground that there was an alternate adequate remedy under the band taxation by-laws. As noted by the Chief Justice's reasons in this appeal, the discretionary nature of judicial review was recognized in the adequate alternative remedies context, by both the majority and dissenting judgments in *Harekin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, respectively, at pp. 574-76 and 610-11. It is well-established that appellate courts must defer to the exercise of such discretion unless the conclusion is unreasonable, or has been reached on the basis of irrelevant or erroneous considerations, a wrong principle, or as a result of insufficient or no weight having been given to a relevant consideration. The discretion to exercise judicial review is not being assessed *de novo* in this Court. I refer to the following statement of Viscount Simon L.C. in *Charles Oseinton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130, at p. 138, cited with approval by La Forest J. in *Friends of the Oldman*

Il est vrai, comme le fait remarquer son avocat [celui de CP], que le premier groupe de règlements cités ci-dessus prévoit à l'article 40(2) que les commissions de révision seront composées de trois membres, dont un seul pourra être un membre d'une bande indienne. Cet avocat en conclut au parti pris. Cet argument est, au mieux, prématuré, aucune preuve n'ayant été produite quant à la composition d'une commission de révision quelconque. [Souligné dans l'original.]

La question de la crainte raisonnable de partialité a été soulevée dans la plaidoirie devant le juge Joyal et ne figurait pas dans l'avis de requête introductive d'instance. En outre, cette plaidoirie ne semble s'être rapportée qu'à l'impartialité institutionnelle et non à l'indépendance institutionnelle. Le juge Joyal n'a donc pas commis d'erreur en concluant que le fondement factuel de l'allégation n'était pas suffisant.

2. La retenue des instances d'appel à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire

Le juge Joyal a décidé dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'annuler, au motif que les règlements de taxation des bandes offraient un autre recours approprié, la demande de contrôle judiciaire des intimées. Comme le fait remarquer le Juge en chef dans l'opinion qu'il a rédigée en l'espèce, le caractère discrétionnaire du contrôle judiciaire dans les cas où il existe d'autres recours appropriés a été reconnu tant par la majorité que par la dissidence dans l'arrêt *Harekin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, aux pp. 574 à 576 et 610 et 611, respectivement. Il est bien établi que les instances d'appel doivent faire preuve de retenue à l'égard de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, à moins que la conclusion ne soit déraisonnable ou qu'elle ne soit fondée sur des considérations non pertinentes ou erronées, ou sur un principe erroné, ou à moins qu'elle ne résulte de ce qu'une importance insuffisante, voire nulle, a été attachée à une considération pertinente. Or, il ne s'agit pas en l'occurrence d'examiner à nouveau l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de contrôle judiciaire. Je renvoie à la déclaration suivante qu'a faite le vicomte Simon, lord chancelier, dans l'arrêt *Charles Oseinton & Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130, à la p. 138, citée et approuvée par le juge La Forest dans l'arrêt

River Society v. Canada (Minister of Transport), [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 76:

The law as to the reversal by a court of appeal of an order made by the judge below in the exercise of his discretion is well-established, and any difficulty that arises is due only to the application of well-settled principles in an individual case. The appellate tribunal is not at liberty merely to substitute its own exercise of discretion for the discretion already exercised by the judge. In other words, appellate authorities ought not to reverse the order merely because they would themselves have exercised the original discretion, had it attached to them, in a different way. But if the appellate tribunal reaches the clear conclusion that there has been a wrongful exercise of discretion in that no weight, or no sufficient weight, has been given to relevant considerations such as those urged before us by the appellant, then the reversal of the order on appeal may be justified.

Unlike the Chief Justice, I cannot say that, in the circumstances, Joyal J. erred in declining to consider the question of reasonable apprehension of lack of institutional independence at this stage. In the balance of these reasons, I will canvass other factors in order to determine whether there exists any basis upon which this Court can review the exercise of discretion.

3. Relevance of Self-Government Context

As the Chief Justice has noted, the essential conditions of institutional independence set out by Le Dain J. in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, in the judicial context need not be applied with the same strictness in the case of administrative tribunals. Conditions of institutional independence must take into account their context.

In this appeal, a very significant contextual factor is that the band taxation scheme, under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, as amended, is part of a nascent attempt to foster Aboriginal self-

Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports), [1992] 1 R.C.S. 3, aux pp. 76 et 77:

[TRADUCTION] La règle relative à l'annulation par une cour d'appel d'une ordonnance rendue par un juge d'une instance inférieure dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire est bien établie, et tous les problèmes qui se présentent résultent seulement de l'application de principes déterminés à un cas particulier. Le tribunal d'appel n'a pas la liberté de simplement substituer l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge. En d'autres termes, les juridictions d'appel ne devraient pas annuler une ordonnance pour la simple raison qu'elles auraient exercé le pouvoir discrétionnaire original, s'il leur avait appartenu, d'une manière différente. Toutefois, si le tribunal d'appel conclut que le pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon erronée, parce qu'on n'a pas accordé suffisamment d'importance, ou qu'on n'en a pas accordé du tout, à des considérations pertinentes comme celles que l'appelante a fait valoir devant nous, il est alors possible de justifier l'annulation de l'ordonnance.

À la différence du Juge en chef, je ne puis affirmer, dans les circonstances, que le juge Joyal a commis une erreur en refusant de se pencher, à ce stade, sur la question de la crainte raisonnable de l'absence d'indépendance institutionnelle. J'examinerai à fond ci-après d'autres facteurs afin de déterminer si notre Cour est fondée à examiner l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

3. La pertinence du contexte de l'autonomie gouvernementale

Comme l'a indiqué le Juge en chef, les conditions essentielles de l'indépendance institutionnelle dans le contexte judiciaire énoncées par le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, n'ont pas à être appliquées avec autant de rigueur aux tribunaux administratifs. Les conditions de l'indépendance institutionnelle doivent en effet tenir compte du contexte.

En l'espèce, un facteur contextuel fort important à prendre en considération est que le régime de taxation établi par la bande en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, modifiée, s'inscrit dans le cadre d'un début de tentative de favoriser l'autonomie gouvernementale des autochtones.

113

114

government. This was considered by Joyal J., at first instance, as follows, at pp. 91-92:

Although there is no direct evidence on the point, there is another aspect to this case which deserves mention. It is obvious, from an examination of all the material before me, that the whole legislative scheme found in the Indian band by-laws reflects extremely important policy issues. One need not be a participant in the scheme to observe the departure from long-established norms respecting the taxing of lands and improvements on Indian reserves. One can also presume that intensive discussions took place between public authorities in British Columbia, the federal authorities at Ottawa and, for that matter, the Indian bands concerned, in setting up an elaborate system of assessment and taxation. I conclude that effectively, the provincial authorities, as a policy matter, have relinquished their historical field of taxation over reserve lands and, with the collaboration of the federal authorities in giving the force of law to the by-laws pursuant to section 83 of the *Indian Act*, have clothed the respective Indian band councils with the mantle of legitimacy in running their own system of taxation. It leads me to conclude that for purposes of settling the issue before me, it would not be in the public interest and it would not favour public policy at this time to bypass the appeal provisions in the by-laws.

The Chief Justice has stated that this context was reasonably taken into account by Joyal J. respecting the band taxation appeal procedures. In my view, this same contextual consideration also applies to assessing Joyal J.'s conclusion that the bias issue was premature. The self-government policy context is relevant to the entire exercise of judicial discretion. In this regard, it is pertinent to refer to the principle of statutory interpretation set forth by Dickson J. (as he then was) in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36, a case involving interpretation of the *Indian Act* tax exemption rights:

Le juge Joyal, se prononçant en première instance, a tenu compte de ce facteur dans le passage suivant, aux pp. 91 et 92:

Bien qu'aucun témoignage ou preuve direct n'ait été produit à ce propos, il y a un autre aspect de l'affaire qui mérite examen. Il ressort de la documentation versée aux débats que le régime réglementaire établi par les règlements administratifs des bandes indiennes concernées traduit des questions politiques extrêmement importantes. Point n'est besoin d'être une partie à ce régime pour observer l'abandon de normes établies de longue date en matière d'imposition des terres et améliorations dans les réserves indiennes. On peut aussi présumer que des négociations intensives ont eu lieu entre les autorités publiques en Colombie-Britannique; les autorités fédérales à Ottawa et, de fait, les bandes indiennes concernées, pour la mise en place d'un système complexe d'évaluation et de taxation. Je conclus qu'en fait, les autorités provinciales ont, sur le plan de la politique générale, renoncé à leur pouvoir d'imposition traditionnel sur les terres de réserve et, avec la collaboration des autorités fédérales dans l'application des règlements administratifs pris sous le régime de l'article 83 de la *Loi sur les Indiens*, ont légitimé le pouvoir des conseils respectifs des bandes indiennes concernées d'administrer leur propre système de taxation. J'en conclus que pour résoudre ce litige, il ne serait pas conforme à l'intérêt public ni n'y contribuerait en cet état de la cause, de passer outre aux dispositions relatives aux contestations des règlements administratifs en cause.

Le Juge en chef a dit que le juge Joyal a agi raisonnablement en prenant ce contexte en compte à l'égard des procédures de contestation en matière de taxation établies par la bande. À mon avis, cette même considération d'ordre contextuel s'applique également à l'examen de la conclusion du juge Joyal que la question de la partialité était prématurée. Le contexte que constitue la politique de l'autonomie gouvernementale est en effet pertinent relativement à toute la question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le juge. Il est utile à ce propos de se reporter au principe de l'interprétation des lois énoncé par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 36, arrêt portant sur l'interprétation des droits à l'exemption d'impôts prévus dans la *Loi sur les Indiens*:

It is legal lore that, to be valid, exemptions to tax laws should be clearly expressed. It seems to me, however, that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians.

This principle was affirmed by La Forest J. in *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at p. 143, also in the tax exemption rights context:

... it is clear that in the interpretation of any statutory enactment dealing with Indians, and particularly the *Indian Act*, it is appropriate to interpret in a broad manner provisions that are aimed at maintaining Indian rights, and to interpret narrowly provisions aimed at limiting or abrogating them.

These are broad, general interpretive principles and they apply equally to assessing institutional bias on the face of band taxation tribunal by-laws established under s. 83 of the *Indian Act* as they do to directly interpreting the *Indian Act*. Accordingly, before concluding that the by-laws in question do not establish band taxation tribunals with sufficient institutional independence, they should be interpreted in the context of the fullest knowledge of how they are applied in practice.

4. Relevance of the Practice of a Tribunal as Depicted in the Context of an Actual Hearing in Order to Assess Institutional Independence

I agree with the Chief Justice that the *Valente, supra*, principles are to be applied in the context of the test that applies in determining impartiality, that is, whether a reasonable and right-minded person would have a reasonable apprehension of bias. I also agree that the hypothetical reasonable, right-minded person must view the matter on the basis of being provided with the relevant information. In this regard, the judgment of de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394, which was approved in *Valente, supra*, referred to "reasonable and right minded persons, applying

Selon un principe bien établi, pour être valide, toute exemption d'impôts doit être clairement exprimée. Il me semble toutefois que les traités et les lois visant les Indiens doivent recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté doit profiter aux Indiens.

Toujours dans le contexte des droits à l'exemption d'impôts, le juge La Forest a confirmé ce principe dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, à la p. 143:

... il est clair que dans l'interprétation d'une loi relative aux Indiens, et particulièrement de la *Loi sur les Indiens*, il convient d'interpréter de façon large les dispositions qui visent à maintenir les droits des Indiens et d'interpréter de façon restrictive les dispositions visant à les restreindre ou à les abroger.

Ce sont là des principes d'interprétation généraux qui s'appliquent aussi bien à l'appréciation de la partialité institutionnelle à la lecture des règlements relatifs aux tribunaux de taxation des bandes établis en vertu de l'art. 83 de la *Loi sur les Indiens* qu'à l'interprétation directe de cette loi. Par conséquent, avant de conclure que les règlements en cause n'établissent pas des tribunaux de bande compétents en matière de taxation disposant d'une indépendance institutionnelle suffisante, il convient de les interpréter à la lumière de la connaissance la plus étendue possible de la façon dont ces règlements s'appliquent dans les faits.

4. La pertinence de la pratique d'un tribunal, telle quelle se dégage du contexte d'une audience, pour l'appréciation de l'indépendance institutionnelle

Je conviens avec le Juge en chef que les principes posés dans l'arrêt *Valente*, précité, doivent s'appliquer dans le contexte du critère à employer pour déterminer s'il y a impartialité; c'est-à-dire qu'il faut se demander si une personne sensée et raisonnable craindrait raisonnablement la partialité. Je souscris également au point de vue selon lequel la personne sensée et raisonnable hypothétique doit avoir reçu les renseignements pertinents. À cet égard, les motifs du juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 394, approuvés dans l'arrêt *Valente*, précité, par-

115

116

themselves to the question and obtaining thereon the required information”.

117

The difference between us in this regard is that, while the Chief Justice would limit the information to the procedure set out in the by-laws, I would defer application of the test so that the reasonable person will have the benefit of knowing how the tribunal operates in actual practice. That the principles of natural justice are flexible and must be viewed in their contextual setting has become almost a trite observation. As de Grandpré J. stated in *Committee for Justice and Liberty, supra*, at p. 395:

The basic principle is of course the same, namely that natural justice be rendered. But its application must take into consideration the special circumstances of the tribunal. As stated by Reid, *Administrative Law and Practice*, 1971, at p. 220:

... ‘tribunals’ is a basket word embracing many kinds and sorts. It is quickly obvious that a standard appropriate to one may be inappropriate to another. Hence, facts which may constitute bias in one, may not amount to bias in another.

To the same effect, the words of Tucker L.J. in *Russell v. Duke of Norfolk and others*, [1949] 1 All E.R. 109, at p. 118:

There are, in my view, no words which are of universal application to every kind of inquiry and every kind of domestic tribunal. The requirements of natural justice must depend on the circumstances of the case, the nature of the inquiry, the rules under which the tribunal is acting, the subject-matter that is being dealt with, and so forth.

Similarly, in *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at p. 897, the majority reasons noted:

It is therefore necessary to examine the nature of the proceedings before the Commission in order to determine whether it was required to comply with the full panoply of the rules of natural justice or was required rather to accord procedural fairness to the appellant.

lent d’une «personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet».

La différence entre nous deux est que le Juge en chef limiterait ces renseignements aux énoncés concernant la procédure contenus dans les règlements, tandis que je remettrais à un stade ultérieur l’application du critère afin que la personne raisonnable puisse avoir l’avantage de savoir comment le tribunal en question fonctionne dans les faits. C’est maintenant presque un truisme de dire que les principes de justice naturelle sont flexibles et doivent être considérés dans leur contexte. Comme le dit le juge de Grandpré dans *Committee for Justice and Liberty*, précité, à la p. 395:

Évidemment, le principe fondamental est le même: la justice naturelle doit être respectée. En pratique cependant, il faut prendre en considération le caractère particulier du tribunal. Comme le remarque Reid, *Administrative Law and Practice*, 1971, à la p. 220:

[TRADUCTION] ... «tribunal» est un mot fourre-tout qui désigne des organismes multiples et divers. On se rend vite compte que des normes applicables à l’un ne conviennent pas à un autre. Ainsi, des faits qui pourraient être des motifs de partialité dans un cas peuvent ne pas l’être dans un autre.

Lord Tucker abonde dans le même sens dans *Russell v. Duke of Norfolk and others*, [1949] 1 All E.R. 109, à la p. 118:

[TRADUCTION] Il n’existe pas à mon avis un principe qui s’applique universellement à tous les genres d’enquêtes et de tribunaux internes. Les exigences de la justice naturelle doivent varier selon les circonstances de l’affaire, la nature de l’enquête, les règles qui régissent le tribunal, la question traitée, etc.

De même, dans *Syndicat des employés de production du Québec et de l’Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, à la p. 897, on a fait remarquer ce qui suit dans les motifs de la majorité:

Il faut donc examiner la nature des procédures devant la Commission afin de déterminer si elle était tenue de se conformer à l’ensemble des règles de justice naturelle ou si son obligation était plutôt d’accorder à l’appelant l’équité procédurale.

I do not disagree with the Chief Justice that the band taxation tribunals must comply with the principles of natural justice, but without a clear understanding of the relevant, operational context, these principles cannot be applied.

In my view, this approach is consistent with cases that have applied this test in determining both institutional impartiality and independence. In the seminal *Valente* case on judicial independence, Le Dain J. stated, at p. 689:

Although judicial independence is a status or relationship resting on objective conditions or guarantees, as well as a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, it is sound, I think, that the test for independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter* should be, as for impartiality, whether the tribunal may be reasonably perceived as independent. [Emphasis added.]

In considering institutional impartiality, in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, Lamer C.J. considered a number of potential conflicts that could arise when a part-time judge is engaged in another occupation (likely practising law) (p. 144), but flexibly noted the steps taken by judges to render themselves more independent and impartial, such as living in different municipalities, working in specialized practice areas, and taking an oath of office (p. 151). This analysis of the actual context and operation of the part-time judge's office permitted Lamer C.J. to find that the system would not give rise to a reasonable apprehension of bias in the mind of a reasonable, well-informed person. Similarly, in another institutional impartiality case, Iacobucci J., writing for this Court, assessed the wider context provided by the *Law Society Act* and the experience of self-governing professions generally, in determining whether there was a reasonable apprehension of bias on the basis that Benchers on the Judicial Committee of the Law Society had an indirect pecuniary interest in the outcome of disciplinary proceedings: *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at pp. 884-94. While these two cases involved institutional impartiality, the relationship between impartiality and independence, even in the tradi-

Je conviens avec le Juge en chef que les tribunaux de taxation des bandes doivent se conformer aux principes de justice naturelle, mais, sans une bonne compréhension du contexte opérationnel pertinent, il est impossible d'appliquer ces principes.

Selon moi, c'est là une approche qui cadre avec les décisions dans lesquelles ce critère a été appliqué pour trancher à la fois la question de l'impartialité institutionnelle et celle de l'indépendance institutionnelle. Dans l'arrêt de principe *Valente* qui porte sur l'indépendance judiciaire, le juge Le Dain affirme, à la p. 689:

Même si l'indépendance judiciaire est un statut ou une relation reposant sur des conditions ou des garanties objectives, autant qu'un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, il est logique, à mon avis, que le critère de l'indépendance aux fins de l'al. 11d) de la *Charte* soit, comme dans le cas de l'impartialité, de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant. [Je souligne.]

En se penchant sur l'impartialité institutionnelle dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, le juge en chef Lamer a examiné plusieurs conflits d'intérêts qui risquent de se produire lorsqu'un juge à temps partiel exerce aussi une autre occupation (vraisemblablement celle d'avocat) (p. 144), mais, faisant preuve de souplesse, il énumère les mesures que prennent les juges pour devenir davantage indépendants et impartiaux: par exemple, habiter une municipalité autre que celle où ils exercent leurs fonctions judiciaires, se borner, dans l'exercice du droit, à des domaines spécialisés, et prêter un serment professionnel (p. 151). Cette analyse de l'exercice des fonctions de juge à temps partiel et du contexte dans lequel elles s'exercent effectivement a permis au juge en chef Lamer de conclure que le système en cause dans cette affaire ne susciterait aucune crainte raisonnable de partialité chez une personne raisonnable et bien renseignée. De même, dans une autre affaire traitant d'impartialité institutionnelle, le juge Iacobucci, au nom de la Cour, a examiné le contexte plus général fourni par la *Loi sur la Société du Barreau* et l'expérience des professions autonomes en général pour déterminer s'il y avait une crainte raisonnable de partialité du fait que les conseillers du comité judiciaire de la Société du

118

119

tional judicial context, is a close one. See Le Dain J. in *Valente, supra*, at p. 685. The significance of the theoretical distinction would appear to hold less weight in the administrative tribunals context.

Barreau avaient un intérêt pécuniaire indirect dans l'issue des procédures disciplinaires: *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, au pp. 884 à 894. Bien qu'il fût question dans ces deux cas d'impartialité institutionnelle, il reste que le rapport entre l'impartialité et l'indépendance, même dans le contexte judiciaire traditionnel, est étroit. Voir les motifs du juge Le Dain dans l'arrêt *Valente*, précité, à la p. 685. La distinction théorique semble d'ailleurs encore moins importante lorsqu'il s'agit de tribunaux administratifs.

120 The practice of a tribunal in the context of an actual hearing was used to assess institutional independence in *Alex Couture Inc. v. Canada (Attorney-General)* (1991), 83 D.L.R. (4th) 577 (Que. C.A.), leave to appeal refused, [1992] 2 S.C.R. v. The Quebec Court of Appeal considered the institutional independence of the Competition Tribunal in relation to the strict judicial standard. Applying the principles established by this Court in *Valente, supra*; *Committee for Justice and Liberty, supra*; and *R. v. Lippé, supra*, Rousseau-Houle J.A., writing for the Court of Appeal, considered (i) the statutory scheme on its face; (ii) the actual appointment terms (at p. 664), financial security (at p. 666), and connection to the executive branch of government (at pp. 668-71) for each of the individual lay members of the Competition Tribunal; and (iii) the administrative policy respecting, *inter alia*, remuneration of tribunal members (at p. 668).

La pratique suivie par un tribunal lors d'une audience a été examinée afin d'apprécier l'indépendance institutionnelle dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alex Couture Inc.*, [1991] R.J.Q. 2534 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1992] 2 R.C.S. v. La Cour d'appel du Québec a considéré l'indépendance institutionnelle du Tribunal de la concurrence en fonction de la norme stricte à laquelle sont soumises les cours de justice. Appliquant les principes posés par notre Cour dans les arrêts *Valente*, *Committee for Justice and Liberty* et *R. c. Lippé*, précités, le juge Rousseau-Houle, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, a examiné (i) le régime en question tel qu'il se présentait dans la loi, (ii) les conditions effectives de nomination (à la p. 2598), la question de la sécurité financière (à la p. 2599) et les liens qu'avait chaque membre profane du Tribunal de la concurrence avec le pouvoir exécutif (aux pp. 2601 à 2603), ainsi que (iii) la politique administrative touchant notamment la rémunération des membres du tribunal (à la p. 2600).

121 In the human rights context, in *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856 (C.A.), the impugned human rights tribunal had considered an alleged employment sex discrimination complaint. In that case, when the Federal Court of Appeal considered institutional bias, it did so on the basis that the human rights tribunal had actually been constituted (indeed, it had decided the case), and noted the procedure of "short listing" prospective tribunal members (at pp. 865-66). In finding a reasonable apprehension of institutional bias where there was a direct connection between the Commission as

Dans le domaine des droits de la personne, l'arrêt *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856 (C.A.), traite d'un cas où le tribunal des droits de la personne s'était penché sur une plainte de discrimination fondée sur le sexe dans le secteur de l'emploi. Or, en étudiant la question de la partialité institutionnelle, la Cour d'appel fédérale s'est arrêtée au fait que le tribunal des droits de la personne avait effectivement été constitué (il avait même tranché l'affaire), et elle a souligné à cet égard la pratique consistant à dresser une «liste restreinte» d'éventuels membres du tribunal (aux pp. 865 et

prosecutor and appointment of the tribunal which heard the case, Heald J. noted the importance of both the scheme of the legislation and how that legislation operated in practice (at p. 872):

I think it clear from this passage that in the view of Collier J. a “properly informed person” was one who was knowledgeable about the scheme of the statute and was also knowledgeable as to the way in which that scheme was applied in the processing of the complaint at bar. Accordingly, I do not think he failed to properly apply the *Crowe* test. [Emphasis added.]

An immigration case, *Mohammad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 363 (C.A.), dealt with the institutional independence of adjudicators conducting immigration inquiries. The Court of Appeal held that a reasonable person would perceive sufficient institutional distance from the executive branch of government. Heald J. considered a range of operational facts and circumstances including: the chain of command from the Minister to the individual adjudicator, legal direction, monitoring, security of tenure, the collective bargaining unit, transfer arrangements, and scheduling of cases.

Case law has thus tended to consider the institutional bias question after the tribunal has been appointed and/or actually rendered judgment. That institutional independence must be considered “objectively” does not preclude considering the operation of a legislative scheme which creates an administrative tribunal, but only vaguely or partly sets out the three *Valente* elements, as in this appeal, where the taxation by-laws in issue are silent with regard to details relating to tenure and remuneration. It is not safe to form final conclusions as to the workings of this institution on the wording of the by-laws alone. Knowledge of the operational reality of these missing elements may very well provide a significantly richer context for objective consideration of the institution and its relationships. Otherwise, the administrative law

866). Concluant à l’existence d’une crainte raisonnable de partialité institutionnelle dans un cas où il y a un lien direct entre le rôle de la Commission en tant que poursuivant et la constitution du tribunal qui a entendu l’affaire, le juge Heald a souligné l’importance tant du régime prévu par la loi que de la façon dont cette loi s’appliquait dans les faits (à la p. 872):

Selon moi, il ressort clairement de cet extrait qu’aux yeux du juge Collier, une «personne bien renseignée» était une personne connaissant bien le mécanisme prévu dans la loi ainsi que la façon dont il s’appliquait dans le traitement de la plainte en litige. En conséquence, je ne crois pas que le juge ait appliqué incorrectement le critère *Crowe*. [Je souligne.]

Dans *Mohammad c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1989] 2 C.F. 363 (C.A.), une affaire portant sur l’immigration, il était question de l’indépendance institutionnelle d’arbitres qui menaient des enquêtes en matière d’immigration. La Cour d’appel a conclu qu’une personne raisonnable verrait un écart suffisant entre l’institution concernée et le pouvoir exécutif. Le juge Heald a examiné à ce propos toute une gamme de faits et de circonstances opérationnels, dont la hiérarchie à partir du ministre jusqu’à l’arbitre, les conseils juridiques, le contrôle, la sécurité d’emploi, l’unité de négociation collective, les mutations et l’établissement du rôle des audiences.

On constate donc une tendance dans la jurisprudence à n’aborder la question de la partialité institutionnelle qu’après que le tribunal a été constitué ou qu’il a en fait rendu jugement. Or, la nécessité de considérer «objectivement» l’indépendance institutionnelle n’exclut pas l’examen de l’application d’un régime législatif qui crée un tribunal administratif, mais qui n’énonce que vaguement ou partiellement les trois éléments mentionnés dans l’arrêt *Valente*, ce qui est le cas en l’espèce, puisque les règlements de taxation en cause ne donnent aucun détail concernant la durée des fonctions et la rémunération. Il ne serait pas prudent de formuler des conclusions définitives sur le fonctionnement de cette institution en se fondant uniquement sur le libellé des règlements administratifs. La connaissance de la réalité opérationnelle de ces éléments

122

123

hypothetical "right-minded person" is right-minded, but uninformed. Although in this appeal, information regarding the appointment of a tribunal was not provided and it is unclear whether the tribunal members who are to hear the taxation assessment appeal have even been designated, tenure and remuneration may be established by the bands on appointment of the taxation tribunals.

Disposition

124 Having established that institutional independence is often assessed by considering the practice of a tribunal as depicted in the context of an actual hearing, I cannot say that Joyal J. should have considered the issue of institutional independence at first instance. Thus, in conjunction with the other factors properly considered by Joyal J. in exercising his discretion (noted in the Chief Justice's reasons), I hold that Joyal J. did not err in finding that the issue of bias was premature, and refusing to exercise his discretion to take judicial review.

125 I would thus allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal, and reinstate the Order of Joyal J. in the Federal Court, Trial Division. The appellants are entitled to their costs in this Court and in the Federal Court of Appeal.

The reasons of McLachlin and Major JJ. were delivered by

126 MAJOR J. — I have had the opportunity to read the Chief Justice's reasons in this case, and while I agree with his conclusion that this appeal be dismissed with costs, it is for different reasons.

manquants pourrait offrir un contexte nettement plus riche dans lequel peut être entrepris un examen objectif de l'institution en question et des rapports qui la caractérisent. Autrement, l'hypothétique «personne sensée» dont on parle en droit administratif demeure, pour sensée qu'elle soit, ignorante. Bien que, dans la présente affaire, aucun renseignement concernant la constitution d'un tribunal n'ait été fourni et qu'il soit incertain si les membres du tribunal qui devront entendre la contestation de l'évaluation en matière de taxation ont même été désignés, les bandes peuvent fixer la durée des fonctions et la rémunération lors de la constitution des tribunaux de taxation.

Dispositif

Ayant établi que, souvent, l'indépendance institutionnelle s'apprécie par l'examen de la pratique du tribunal telle qu'elle se dégage dans le contexte d'une audience, je ne puis affirmer que le juge Joyal aurait dû se pencher en première instance sur la question de l'indépendance institutionnelle. Par conséquent, prenant également en considération tous les autres facteurs dont le juge Joyal a légitimement tenu compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire (évoqués dans les motifs du Juge en chef), j'estime que ce n'est pas à tort que le juge Joyal a conclu au caractère prématuré de la question de la partialité et qu'il a refusé, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de procéder au contrôle judiciaire.

Je suis en conséquence d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir l'ordonnance du juge Joyal de la Section de première instance de la Cour fédérale. Les appelants ont droit à leurs dépens en notre Cour et en Cour d'appel fédérale.

Version française des motifs des juges McLachlin et Major rendus par

LE JUGE MAJOR — J'ai eu l'occasion de lire les motifs du Juge en chef dans la présente affaire et je souscris à sa conclusion qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi avec dépens. Je me fonde toutefois sur des motifs différents.

I agree with the appellants' submission that the assessment review board has jurisdiction to determine all questions relating to the valuation of land "within the reserve", but I also believe that such boards have no jurisdiction to determine whether a parcel of land is "within the reserve". The property in this appeal involved a right of way through the reserve to which the respondent has held a separate title for more than 100 years.

Assessment review boards, as creatures of statute, have only that jurisdiction granted to them by their enabling legislation, which in this case is s. 83 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, as amended, and the various by-laws enacted pursuant to this section. Section 83 of the *Indian Act* reads:

83. (1) Without prejudice to the powers conferred by section 81, the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

(a) subject to subsections (2) and (3), taxation for local purposes of land, or interests in land, in the reserve, including rights to occupy, possess, or use land in the reserve;

(3) A by-law made under paragraph (1)(a) must provide an appeal procedure in respect of assessments made for the purposes of taxation under that paragraph. [Emphasis added.]

Section 41 of the *Assessment By-law* of the Siska Indian Band (which is typical of the Assessment By-Laws at issue in this case) reads:

41. (1) Where a person is of the opinion that an error or omission exists in the completed assessment roll in that

(a) the name of a person has been wrongfully inserted in, or omitted from, the assessment roll;

Je retiens l'argument des appelants selon lequel la commission de révision des évaluations a compétence pour trancher toute question concernant l'évaluation d'un immeuble situé «dans la réserve», mais j'estime aussi qu'elle n'a pas compétence pour déterminer si un immeuble est en fait situé «dans la réserve». Le terrain dont il s'agit en l'espèce consiste en une emprise parcourant la réserve et relativement à laquelle l'intimée détient un titre de propriété distinct depuis plus de cent ans.

Or, les commissions de révision des évaluations, du fait qu'elles tirent leur origine d'un texte législatif, n'ont que la compétence dont les investissent les textes habilitants, soit, en l'occurrence, l'art. 83 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, modifiée, et les différents règlements administratifs pris en vertu de cet article. L'article 83 de la *Loi sur les Indiens* dispose:

83. (1) Sans préjudice des pouvoirs que confère l'article 81, le conseil de la bande peut, sous réserve de l'approbation du ministre, prendre des règlements administratifs dans les domaines suivants:

a) sous réserve des paragraphes (2) et (3), l'imposition de taxes à des fins locales, sur les immeubles situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d'occupation, de possession et d'usage;

(3) Les règlements administratifs pris en application de l'alinéa (1)a doivent prévoir la procédure de contestation de l'évaluation en matière de taxation. [Je souligne.]

L'article 41 du règlement d'évaluation de la bande indienne Siska, qui est représentatif des règlements d'évaluation en cause dans la présente affaire, est ainsi libellé:

[TRADUCTION]

41. (1) Une personne qui estime que le rôle d'évaluation achevé renferme une des erreurs ou omissions suivantes:

a) le nom d'une personne a été erronément ajouté ou omis,

127

128

129

- (b) land and improvements within the reserve have been wrongfully entered on, or omitted from, the assessment roll;
- (c) land and improvements have been valued at too high or too low an amount;
- (d) land and improvements have been improperly classified;
- (e) an exemption has been improperly allowed or disallowed,

he may personally, or by a written notice signed by him, or by a solicitor, or by an agent authorized by him in writing, together with a fee of \$25.00 per roll entry, payable to the Siska Indian Band, come before, or notify, the Board of Review and make his complaint of the error or omission, and may in general terms state his ground of complaint, and the Board of Review shall deal with the complaint, and either confirm, or alter, the assessment. [Emphasis added.]

130

It is therefore clear that, under both the Act and the by-laws, the bands have considerable jurisdiction to deal with assessment matters with respect to all lands within the reserve, and the appeal tribunals have jurisdiction with respect to those grounds enumerated in the by-law. One of these grounds is whether land "within the reserve" was improperly entered on the roll.

131

The respondents' complaint in this appeal, however, is not that land "within the reserve" was improperly entered on the roll, but that land not in the reserve was entered on the roll. Put differently, their complaint is that their land is not "in the reserve." As such, the complaint raises a fundamental question of whether the assessment itself was within the jurisdiction of the band, and whether appeal tribunals set up by the by-laws enacted under the Act have jurisdiction to entertain any appeal from this assessment.

132

In *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, Beetz J. held at p. 1087 that, in determining questions of jurisdiction, the Court is to adopt a "functional and pragmatic" approach in order to answer the question: "Did the legislator

- b) un immeuble et ses améliorations situés dans la réserve ont été erronément inscrits ou omis,
- c) la valeur d'un immeuble et de ses améliorations a été fixée trop haut ou trop bas,
- d) un immeuble et ses améliorations n'ont pas été classés dans la catégorie appropriée,
- e) une exemption a été irrégulièrement accordée ou refusée,

peut, en personne, ou par avis écrit revêtu de sa signature, ou par l'intermédiaire d'un avocat ou d'un représentant auquel elle a donné une autorisation écrite à cette fin, et moyennant paiement à la bande indienne Siska de la somme de 25 \$ par inscription au rôle, porter devant la commission de révision sa plainte relative à l'erreur ou à l'omission et exposer en termes généraux les motifs de sa plainte. La commission examine alors la plainte et confirme ou modifie l'évaluation. [Je souligne.]

Il est donc évident, d'après la Loi et les règlements administratifs, que les bandes ont une large compétence pour ce qui est des questions d'évaluation touchant tous les immeubles situés dans la réserve, et que les tribunaux d'appel sont compétents relativement aux cas énumérés dans le règlement, notamment relativement à la question de savoir si un immeuble situé «dans la réserve» a été irrégulièrement porté au rôle.

Toutefois, la plainte des intimées en l'espèce ne porte pas sur le fait qu'un immeuble situé «dans la réserve» a été irrégulièrement inscrit au rôle, mais plutôt qu'y a été inscrit un immeuble qui n'est pas situé dans la réserve. Autrement dit, leur plainte procède de ce que leur terrain ne se trouve pas «dans la réserve». Il s'agit donc d'une plainte qui soulève la question fondamentale de savoir si l'évaluation elle-même relevait de la compétence de la bande et si les tribunaux d'appel constitués conformément aux règlements administratifs pris en vertu de la Loi peuvent entendre tout appel interjeté contre cette évaluation.

Dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1087, le juge Beetz a dit que lorsqu'elle est appelée à statuer en matière de compétence, la Cour doit adopter une approche «pragmatique et fonctionnelle» pour répondre à la

intend the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?" In this case, the band has been given control over assessments and taxation which take place within the boundaries of the reserve. Any questions arising from assessment of land in the reserve would unquestionably fall squarely within the board's jurisdiction.

It is an unlikely suggestion that it is also within the board's jurisdiction to decide what is and what is not "within the reserve." In my view, it is clear that the appeal tribunals established under the various by-laws have no jurisdiction to entertain the question of whether or not the respondents' land is in the reserve. The question of whether the land is taxable is a question of law outside the board's jurisdiction.

I recognize the fact that, if a complaint is brought to the appeal tribunal from an assessment notice, the tribunal may have to determine whether the land is in the reserve or not. But when the tribunal makes this determination it is deciding upon their jurisdiction, as opposed to deciding a question within their jurisdiction.

Deciding whether land is "within the reserve" or not will inevitably require a consideration of a variety of factors, such as real property law, survey results, and treaty interpretations, to name but a few. These are matters in which the board has no expertise and over which there is no evidence that Parliament had any intention to grant the board jurisdiction.

An analogy can be seen in *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230. La Forest J., for the majority of this Court, noted that before the arbitrator could consider the substantive issue of the grievance, he first had to consider whether a collective agreement was in existence. In making this determination, he was not acting within his jurisdiction. Rather, he was deciding upon his jurisdiction. The question of whether a collective

question suivante: «Le législateur a-t-il voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal?» En l'espèce, la bande s'est vu accorder la maîtrise des évaluations et de la taxation qui s'effectuent dans les limites de la réserve. Incontestablement, toute question découlant de l'évaluation d'immeubles situés dans la réserve ressortirait nettement à la commission de révision.

Pour ce qui est de la prétention que la commission de révision a également compétence pour décider de ce qui se trouve et de ce qui ne se trouve pas «dans la réserve», elle est difficilement soutenable. À mon avis, il est évident que les tribunaux d'appel constitués en vertu des différents règlements administratifs en cause ne peuvent connaître de la question de savoir si le terrain des intimées est situé dans la réserve. La question de savoir si ce terrain est imposable est une question de droit qui échappe à la compétence de la commission.

Je reconnais que, s'il se voit saisi d'une plainte relative à l'avis d'évaluation, le tribunal d'appel peut avoir à déterminer si un immeuble est situé dans la réserve. Mais, en ce faisant, il statue sur sa compétence plutôt que de trancher une question conformément à sa compétence.

Pour décider si un immeuble se trouve «dans la réserve», il faudra inévitablement prendre en considération divers facteurs, tels que les règles de droit applicables en matière immobilière, les relevés d'arpentage, les interprétations de traités, pour ne nommer que ceux-là. Il s'agit là d'éléments à l'égard desquels la commission n'a aucune expertise, et rien n'indique que le législateur ait eu l'intention de lui donner compétence à leur sujet.

On voit une certaine analogie avec l'arrêt *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, où le juge La Forest, s'exprimant au nom de la majorité, a fait remarquer qu'avant de pouvoir se pencher sur la question de fond que soulevait le grief, l'arbitre devait d'abord se demander s'il existait une convention collective. En faisant cette détermination, l'arbitre n'agissait pas conformément à sa compétence. Il statuait plutôt sur sa com-

133

134

135

136

agreement was still in existence required a consideration of the common law position on vested rights on which the arbitrator would have no expertise. Therefore, while he was permitted to consider whether or not a collective agreement was in force, when considering this question he was not acting within his jurisdiction *stricto sensu*. He therefore had to be correct in his finding.

137 Similarly, in this case, the words of the by-law make it clear that the board will have jurisdiction to consider whether land "within the reserve" was improperly entered on the roll. The words of the *Indian Act* are specific that only land "within the reserve" can be subject to taxation. Just as the arbitrator in *Dayco* was deciding upon his jurisdiction when deciding whether a collective agreement was in existence, so the board in the present case would be deciding upon its jurisdiction when deciding whether or not the land was "within the reserve".

138 As such, if an application for judicial review were to be brought from such a decision, the reviewing court would be entitled to review the finding of the tribunal on this point on a standard of correctness. The Chief Justice acknowledges this point in his reasons where he says, at p. 27:

There can be no doubt that the appeal tribunals created under s. 83(3) of the *Indian Act* have the authority to determine whether the respondents' lands are subject to the taxation by-laws of the appellant bands, although any such decisions of the tribunals will be reviewable on a standard of correctness. [Emphasis added.]

139 However, the question here is not the standard of review to be applied where a tribunal has decided a matter beyond its strict jurisdictional limits. The issue is whether a landowner who has received a notice of assessment which it claims is *ultra vires* the band to issue should be compelled to resort to the appeal procedures established by the by-laws. The problem is that the tribunals would have no more jurisdiction to decide the matter than the assessor had to issue the notice of assessment. For this reason, it is my view that,

pétence. La question de savoir s'il existait encore une convention collective nécessitait l'examen de la règle de common law relative aux droits acquis, domaine dans lequel l'arbitre n'avait aucune expertise. Il pouvait donc examiner si une convention collective était encore en vigueur, mais, en étudiant cette question, il n'agissait pas conformément à sa compétence *stricto sensu*. Il ne devait donc pas commettre d'erreur en rendant sa décision.

De même, en l'espèce, le texte du règlement administratif indique clairement que la commission de révision a compétence pour déterminer si un immeuble situé «dans la réserve» a été illégalement porté au rôle. Or, la *Loi sur les Indiens* précise bien que seuls sont imposables les immeubles situés «dans la réserve». Tout comme l'arbitre dans l'affaire *Dayco* statuait sur sa compétence en décidant s'il existait une convention collective, la commission en l'espèce se trouverait à statuer sur sa compétence en déterminant si le terrain en cause est situé «dans la réserve».

Par conséquent, si la décision de la commission sur ce point devait faire l'objet d'une demande de contrôle judiciaire, le tribunal qui effectuait ce contrôle serait en droit de l'examiner selon la norme de l'absence d'erreur. C'est ce que reconnaît le Juge en chef lorsqu'il dit à la p. 27:

Sans aucun doute, les tribunaux d'appel créés en vertu du par. 83(3) de la *Loi sur les Indiens* sont investis du pouvoir de déterminer si le terrain des intimées est assujéti aux règlements de taxation des bandes appelantes, quoique toute décision rendue par ces instances puisse faire l'objet d'un contrôle selon la norme de l'absence d'erreur. [Je souligne.]

La question en l'espèce n'est cependant pas celle de la norme de contrôle applicable dans un cas où un tribunal a statué sur un point qui ne relève pas de sa compétence au sens strict. Il s'agit plutôt de déterminer si un propriétaire foncier qui a reçu un avis d'évaluation qui, d'après lui, ne relève pas de la compétence de la bande devrait se voir contraint de recourir aux procédures de contestation prévues par les règlements administratifs. Le problème vient de ce que les tribunaux d'appel n'auraient pas davantage compétence pour tran-

where, as here, a fundamental issue of lack of jurisdiction is raised as the only issue, the respondent should not be compelled to proceed needlessly to the appeal tribunal who cannot determine the question but should be able to proceed directly to court to have the jurisdictional matter resolved.

This position is supported by *Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Ste-Foy*, [1983] 1 S.C.R. 403, a decision of this Court with parallel facts. There, a landowner had had a parcel of land taxed by the municipality at the regular rate from 1965 to 1971. However, the landowner had leased the land to a third party, who was farming it. As a result, the land should have received favourable tax treatment under the *Cities and Towns Act* as being land under cultivation. Instead of resorting to the revision and quashing provisions available under the *Cities and Towns Act*, the landowner commenced an action in Superior Court asking that the valuation and collection rolls of the town be annulled for the relevant years, and that the tax wrongly paid be reimbursed.

The Court had to decide whether the taxpayer should have first made use of the appeal procedures established in the Act, or whether it was permitted to proceed directly to court. Beetz J. acknowledged that, where a municipality taxes a tax-exempt item, the municipality exceeds its jurisdiction, and the taxpayer may proceed directly to the courts. He stated at p. 424:

On the second assumption, the municipality values for tax purposes and taxes a tax-exempt item. The courts then conclude that it has done acts which are *ultra vires* both as to valuation and taxation, and that these acts may be challenged in the ordinary superior courts of law, such as the Superior Court, in an action or a plea, in whole or in part if the subject-matter is divisible. On this assumption it does not matter that the taxpayer omitted to make use of the expeditious and special actions provided by law, if they were available; it also does not matter, if such actions were used, that they failed. [Emphasis added.]

cher la question en litige que n'avait l'évaluateur pour établir l'avis d'évaluation. J'estime en conséquence que, lorsque se pose seulement, comme c'est le cas en l'espèce, une question fondamentale d'incompétence, la partie intimée ne devrait pas être tenue de s'adresser inutilement au tribunal d'appel qui est incompetent en la matière, mais devrait pouvoir soumettre la question de compétence directement à une cour de justice.

Ce point de vue est appuyé par *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403, un arrêt de notre Cour portant sur des faits analogues. Dans cette affaire, la propriétaire foncière possédait une terre que la municipalité avait imposée au taux ordinaire, de 1965 à 1971. La propriétaire avait toutefois donné sa terre en location à un tiers, qui la cultivait. Cette terre aurait donc dû bénéficier aux termes de la *Loi des cités et villes*, d'un traitement fiscal de faveur parce qu'elle était en culture. Or, plutôt que de se prévaloir des dispositions de ladite loi relatives à la révision et à l'annulation, la propriétaire a intenté en Cour supérieure une action en annulation des rôles d'évaluation et de perception de la ville pour les années en question et en remboursement de l'impôt payé indûment.

Notre Cour avait à décider si la contribuable aurait dû recourir d'abord aux moyens d'appel prévus par la Loi, ou si elle pouvait s'adresser directement aux cours de justice. Le juge Beetz a reconnu que la municipalité qui impose un bien exonéré d'impôt outrepassa sa compétence, de sorte que le contribuable peut porter sa cause directement devant les cours de justice. Il a dit, en effet, à la p. 424:

Dans la seconde hypothèse, la municipalité évalue pour fin d'imposition et taxe un objet exempt d'impôt. On tient alors qu'elle a posé des actes *ultra vires* tant dans l'évaluation que la taxation et que ces actes peuvent être attaqués devant les tribunaux supérieurs de droit commun, telle la Cour supérieure, en demande ou en défense, pour le tout ou pour partie si la matière est divisible. Il n'importe pas dans cette hypothèse que le contribuable ait omis de se prévaloir des moyens expéditifs et spéciaux prévus par la loi, si tant est qu'ils soient ouverts; il n'importe pas non plus, s'il s'en est prévalu, qu'il ait échoué. [Je souligne.]

140

141

Beetz J. then applies this law to the facts of the case before him, and states (at p. 435):

The courts have consistently held, as indicated above, that when the question is whether an immovable is taxable or exempt, in whole or in part, the fact that the municipal taxing statute has provided a special appeal procedure does not oust the superintending and reforming authority of the Superior Court, and it does not matter whether the taxpayer neglected to use this procedure or, in using it, lost his case. . . .

Assessors and the members of a body like the board of revision have powers that are essentially administrative. They are generally not lawyers, and they are not a superior court. It has been questioned whether it is or could be part of their functions to decide a question of law like that of the taxable nature of an immovable, a question which was within the scope of the superior courts in 1867, or to exercise, by appeal or otherwise in respect of this question, a superintending power like that exercised by the board of revision over the Town's assessors. [Emphasis added.]

Later he said (at p. 437):

With such a complaint before them, the members of the council or the board of revision cannot avoid making a decision without compromising the integrity of their administrative functions. They must therefore respond in order to exercise the latter in accordance with the law, as much as they are able to do and as everyone must do.

However, they cannot make an error in this regard, because their administrative authority depends on the correctness of the reply which they give to these questions of law. If they make an error, they remain subject to the superintending and reforming power of the Superior Court.

Further, when they respond, they exercise a function which is incidental to their administrative duties, and it does not follow from the fact that they must comply with the law and have occasion to express that law that they must do so as would a court of law. Their response accordingly does not have the final nature of *res judicata*.

This is why it is still open to the taxpayer to start over by a direct action in nullity in the Superior Court, even when he has brought a complaint to the council or board of revision and that complaint has been decided by one or the other of those bodies.

Le juge Beetz applique ensuite ce principe de droit aux faits de l'affaire et dit (à la p. 435):

Suivant une jurisprudence constante que j'ai citée plus haut, quand il s'agit de décider si un immeuble est taxable ou exempt, en tout ou en partie, le fait que la loi fiscale municipale ait prévu des moyens d'appel spéciaux n'écarte pas la juridiction de contrôle et de surveillance de la Cour supérieure et il n'importe pas que le contribuable ait négligé d'avoir recours à ces moyens ou ait échoué en les exerçant. . . .

Les estimateurs et les membres d'un corps comme le bureau de révision ont des attributions essentiellement administratives. Ce ne sont généralement pas des hommes de loi et ils ne constituent pas un tribunal supérieur. On s'est demandé s'il entre ou s'il peut entrer dans leurs attributions de trancher une question de droit comme celle du caractère imposable d'un immeuble, question qui était du ressort des tribunaux supérieurs en 1867, ou d'exercer, par voie d'appel ou autrement à propos de cette question, un pouvoir de contrôle comme celui qu'exerce le bureau de révision sur les estimateurs de la Ville. [Je souligne.]

Il ajoute (à la p. 437):

Saisis d'une pareille plainte, les membres du conseil ou du bureau de révision ne peuvent s'abstenir de statuer sans compromettre l'intégrité de leurs fonctions administratives. Ils doivent donc répondre afin d'exercer celles-ci en observant la Loi, autant qu'il leur est possible et comme il incombe à tous.

Mais ils ne peuvent se tromper à ce sujet car leur compétence administrative dépend de l'exactitude de la réponse qu'ils apportent à ces questions de droit. S'ils se trompent, ils demeurent assujettis au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure.

D'autre part, quand ils répondent, ils exercent une fonction incidente à leurs fonctions administratives et, du fait qu'ils doivent observer la Loi et ont l'occasion de l'exprimer, il ne s'ensuit pas qu'il leur appartient de la dire comme une cour de justice. Leur réponse n'a donc pas le caractère définitif de la chose jugée.

C'est pourquoi il reste possible au contribuable de recommencer par une action directe en nullité intentée en Cour supérieure, lors même qu'il a porté plainte au conseil ou au bureau de révision et que l'un ou l'autre a statué.

It is also 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*. [Emphasis added.]

I can see no distinction between this case and the case at bar. In both cases, the allegation was that the taxing authority exceeded their jurisdiction in some manner, and the taxpayer argued that, as a result of this excess of jurisdiction, they should be entitled to have resort directly to the courts without first going through the appeal procedures established in the legislation.

The appellant band argues that the earlier case of *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, should be followed instead. There the Court established the doctrine of “adequate alternative remedy”. In that case, a university student was required to discontinue his studies. The applicable legislation established a right of appeal from this decision to the “committee of the council”, who were obligated to “hear and decide” the matter. The committee met, heard from the university, and then decided against the student without hearing from him. Even though the Act provided for a further right of appeal to another tribunal, which was also charged with the responsibility to “hear and decide” the appeal, the student did not make use of this process. Instead, he launched an application in the Court of Queen’s Bench for *certiorari* and *mandamus* against the decision of the committee of the council. The application was granted by the Chambers Judge, but was overturned by the Saskatchewan Court of Appeal.

In this Court the aggrieved student argued that the breach of the principles of natural justice by the committee of the council rendered the committee’s decision void *ab initio*, as a consequence of which he should not have to follow the appeal procedure to the next tribunal, but should instead be permitted to proceed directly to the courts. Beetz J., for the majority disagreed and said at p. 585:

C’est pourquoi également 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. [Je souligne.]

Je ne vois aucune distinction entre cette affaire et la présente espèce. Dans les deux cas, le contribuable faisait grief au fisc d’avoir de quelque manière excédé sa compétence et soutenait qu’il devait, par suite de cet excès, pouvoir recourir directement aux cours de justice, sans passer d’abord par les procédures de contestation prévues dans les textes législatifs.

La bande appelante prétend qu’il convient de suivre plutôt l’arrêt antérieur *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, où notre Cour a établi la doctrine de l’«autre recours approprié». Dans cette affaire, on avait exigé d’un étudiant qu’il abandonne ses études. La loi applicable prévoyait le droit de porter une telle décision en appel devant un «comité du conseil», qui était tenu d’«entendre et trancher» l’affaire. Le comité s’est réuni, a entendu les arguments de l’université, puis a rendu une décision défavorable à l’étudiant, sans toutefois l’avoir entendu. Même si la loi en question accordait un droit d’appel devant un autre tribunal, également chargé d’«entendre et trancher» les appels, l’étudiant ne s’en est pas prévalu. Il a plutôt saisi la Cour du Banc de la Reine d’une demande de *certiorari* et de *mandamus* visant la décision du comité du conseil. Le juge en chambre a fait droit à la demande, mais sa décision a été infirmée par la Cour d’appel de la Saskatchewan.

Devant notre Cour, l’étudiant lésé a soutenu que la violation des principes de justice naturelle par le comité du conseil rendait la décision de ce dernier nulle dès le départ. Par conséquent, il ne devrait pas avoir à suivre les voies d’appel jusqu’au prochain palier, mais devrait, au contraire, pouvoir s’adresser directement aux cours de justice. Le juge Beetz, au nom de la majorité, rejette ce point de vue, disant, à la p. 585:

142

143

144

In the case at bar, it cannot be doubted that the committee of the council had jurisdiction to hear and decide upon appellant's application or memorial. There was no want of jurisdiction. In the exercise of this jurisdiction, the committee of the council erred in failing to observe the rules of natural justice. While it can be said in a manner of speaking that such an error is "akin" to a jurisdictional error, it does not in my view entail the same type of nullity as if there had been a lack of jurisdiction in the committee. It simply renders the decision of the committee voidable at the instance of the aggrieved party and the decision remains appealable until quashed by a superior court or set aside by the senate. [Emphasis added.]

145 Beetz J. then went on to hold that the decision of the committee, even though rendered after a violation of the principles of natural justice, could have been appealed to the senate committee, which was also given the power to "hear and decide" the matter. Therefore, this process could have adequately dealt with the matter. For this reason, Beetz J. held that this alternative remedy should have been preferred, and that the Chambers Judge should have exercised his discretion in favour of not granting *certiorari* and *mandamus*.

146 It is important to observe that, in *Harelkin* unlike the later *Abel Skiver* decision, the majority found that the committee was acting within its jurisdiction, and the decision centred around the effect that the breach of natural justice had on the student's ability to appeal the decision to the senate committee. Although Beetz J. noted that a breach of natural justice is "'akin' to a jurisdictional error", such a breach does not entail the same kind of nullity.

147 Dickson J. (as he was then), in dissent, disagreed that the student had to use the appeal procedure set out in the Act, and held that he should have been allowed to apply directly to the courts for *certiorari* and *mandamus*. He wrote at pp. 604-5:

Il ne fait aucun doute qu'en l'espèce le comité du conseil avait compétence pour entendre et trancher la demande ou la requête de l'appelant. Il n'y avait pas absence de compétence. En exerçant cette compétence, le comité du conseil a erré en n'observant pas les règles de justice naturelle. Bien que d'un certain point de vue on puisse dire que cette erreur est «assimilable» à une erreur d'ordre juridictionnel, il ne s'ensuit pas que la décision est entachée de la même nullité que si le comité n'avait pas été compétent. La décision du comité est simplement annulable à la demande de la partie lésée et peut être portée en appel jusqu'à ce qu'elle soit annulée par une cour supérieure ou infirmée par le sénat. [Je souligne.]

Le juge Beetz poursuit en concluant que la décision du comité, même si elle a été rendue à la suite d'une violation des principes de justice naturelle, aurait pu être portée en appel devant le comité du sénat, qui était, lui aussi, investi du pouvoir d'«entendre et trancher» l'affaire. Ce processus était donc adéquat pour le règlement du litige. Pour ce motif, le juge Beetz a conclu qu'il aurait fallu privilégier cet autre recours et que le juge en chambre aurait dû, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser d'accorder le *certiorari* et le *mandamus*.

Il importe de faire remarquer que, dans l'arrêt *Harelkin*, contrairement à ce qui s'est passé dans l'arrêt subséquent *Abel Skiver*, les juges majoritaires ont conclu que le comité avait agi dans les limites de sa compétence, et l'arrêt portait surtout sur l'incidence que le manquement à la justice naturelle avait eue sur la capacité de l'étudiant de porter la décision en appel devant le comité du sénat. Bien que le juge Beetz ait indiqué qu'une violation de la justice naturelle est «assimilable» à une erreur d'ordre juridictionnel», cette violation n'entraîne pas le même type de nullité.

Le juge Dickson (plus tard Juge en chef), dissident, n'était pas d'avis que l'étudiant était tenu de recourir à la procédure d'appel prescrite dans la loi en question et a conclu qu'on aurait dû permettre à l'étudiant de saisir directement les cours de justice d'une demande de *certiorari* et de *mandamus*. Il écrit, aux pp. 604 et 605:

With respect, in my opinion, the Court of Appeal was in error in relying on any of these grounds, for these short reasons:

- (1) the principle of exclusion of *certiorari* in the absence of “special circumstances”, where there is a right of appeal, applies only to errors within jurisdiction;
- (2) a decision made without natural justice is not a decision within jurisdiction;
- (3) when a tribunal so acts without jurisdiction, *certiorari* will be granted *ex debito justitiae*, notwithstanding a right of appeal to another administrative tribunal.

The decision of the Court of Appeal rests on *Re Wilfong* [(1962), 37 W.W.R. 612 (Sask. C.A.)], to say that *certiorari* will generally be refused in the absence of special circumstances where there is a further right of appeal. But *Re Wilfong* itself expressly limited this principle to non-judicial error. *Re Wilfong* speaks only to the appropriate posture on judicial review when the error alleged is not jurisdictional and when there is a full appeal to the ordinary courts. . . . [Emphasis added.]

and at pp. 608-9 that:

[g]enerally speaking, the rule is that, if the error is jurisdictional, *certiorari* will issue *ex debito justitiae*, but if the error is error in law, then in the absence of a privative clause *certiorari* may issue. The discretion is broad when the error is non-judicial and there is an appeal to the courts, but virtually disappears when the error is jurisdictional and the right of appeal, if any, is to an administrative or domestic tribunal sitting in a purely appellate role. [Emphasis in original.]

Therefore, I do not agree with the Chief Justice that *Harelkin* stands for the proposition that the “adequate alternative remedy” principle applies even where there is a jurisdictional error. In fact, the majority in *Harelkin* go to some length to point out that this was not a jurisdictional error. The dissent by Dickson J. is based on the supposition that it was a jurisdictional error, and that as a result the

Avec égards, j’estime, pour les raisons suivantes, que la Cour d’appel a erré en se fondant sur l’un de ces motifs:

- (1) le principe du refus d’accorder le *certiorari* lorsqu’il n’y a pas de «circonstances spéciales» et qu’existe un droit d’appel, s’applique seulement aux erreurs commises dans les limites de la compétence;
- (2) une décision rendue sans égard aux principes de justice naturelle n’est pas dans les limites de la compétence;
- (3) lorsqu’un tribunal outrepassé ainsi sa compétence, un *certiorari* est accordé *ex debito justitiae*, même s’il existe un droit d’appel à un autre tribunal administratif.

La Cour d’appel s’est fondée sur l’arrêt *Re Wilfong* [(1962), 37 W.W.R. 612 (C.A. Sask.)] pour statuer qu’en l’absence de circonstances spéciales le *certiorari* est généralement refusé lorsqu’il existe un droit d’appel. L’arrêt *Re Wilfong* limite lui-même ce principe aux erreurs qui ne sont pas des erreurs de compétence. L’arrêt *Re Wilfong* traite seulement de l’attitude à adopter lors de révisions judiciaires lorsqu’on n’allègue pas une erreur d’ordre juridictionnel et qu’[il existe] un appel inconditionnel devant les tribunaux ordinaires. [Je souligne.]

Il ajoute, aux pp. 608 et 609:

De façon générale, s’il s’agit d’une erreur d’ordre juridictionnel, le *certiorari* est émis *ex debito justitiae*, mais s’il s’agit d’une erreur de droit, le *certiorari* peut être émis en l’absence d’une clause privative. Le pouvoir discrétionnaire est étendu lorsque l’erreur n’en est pas une d’ordre juridictionnel et qu’appel peut être interjeté devant les cours, mais disparaît de fait lorsqu’il s’agit d’une erreur d’ordre juridictionnel et que le droit d’appel, s’il en est, s’exerce devant un tribunal administratif ou interne qui agit comme juridiction d’appel. [En italique dans l’original.]

Je ne suis donc pas d’accord avec le Juge en chef pour dire que l’arrêt *Harelkin* établit l’applicabilité du principe de l’«autre recours approprié» même lorsqu’il y a erreur de compétence. De fait, les juges majoritaires dans l’arrêt *Harelkin* ont eu grand soin de souligner qu’on ne se trouvait pas en présence d’une erreur de compétence. Or, l’opinion dissidente du juge Dickson repose sur l’hypothèse selon laquelle il s’agissait bel et bien d’une erreur de compétence, qui entraînait en consé-

principle of adequate alternative remedies would not apply.

149 It is also noteworthy that Beetz J. wrote the majority opinions in both *Harelkin* and *Abel Skiver*, and that the former predated the latter by four years. As the author of the *Harelkin* decision, Beetz J. did not consider access to the courts in *Abel Skiver* to be barred by the presence of an appeal process. It seems clear that the distinction between the two cases is that in *Harelkin*, the error was a breach of natural justice, while in *Abel Skiver*, the assessment was *ultra vires* the municipality and therefore a question of jurisdiction.

150 *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, supports my conclusion that the adequate alternate remedies principle does not apply to a jurisdictional issue. The appellant brought an action in nullity under art. 33 of the *Code of Civil Procedure* to quash the by-laws and recover taxes wrongfully paid for certain years. It was ultimately held that a Superior Court judge has a discretion under the reforming jurisdiction of the Superior Court pursuant to art. 33. In the course of his reasons, Gonthier J. gave the following summary of *Abel Skiver* at pp. 346-47:

Taking into account the particular nature of the act, Beetz J. approached the question in the form of two assumptions. If the municipality used an incorrect method or an erroneous rule of valuation, a taxpayer who refrains from using or neglects to use the expeditious and special procedures provided by law will not be able to challenge the valuation roll (see *Shannon Realities, Ltd. v. Ville de St. Michel*, *supra*). If on the other hand it has valued a tax-exempt item for taxation purposes, its action will then be regarded as *ultra vires* and without jurisdiction and can be challenged in the ordinary superior courts of law (see *Donohue Bros. v. Corporation of the Parish of St. Etienne de La Malbaie*, *supra*). Having set forth these principles, Beetz J. considered the subject of the appeal. As the action asked the Court to vacate the valuation and collection rolls in respect of the appellant's land, which had been valued

quence l'inapplicabilité du principe de l'autre recours approprié.

Il y a lieu de faire remarquer en outre que c'est le juge Beetz qui a rédigé l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Harelkin* et dans l'arrêt *Abel Skiver*, et que le premier date de quatre ans avant le second. Quoiqu'il fût l'auteur de l'arrêt *Harelkin*, le juge Beetz n'a pas considéré l'existence d'un processus d'appel comme interdisant l'accès aux cours de justice dans l'affaire *Abel Skiver*. Il semble évident que la distinction entre les deux affaires consiste en ce que, dans l'affaire *Harelkin*, l'erreur constituait une violation de la justice naturelle, tandis que dans l'affaire *Abel Skiver*, la municipalité n'était pas autorisée à établir l'évaluation, de sorte qu'il s'agissait d'une question de compétence.

L'arrêt *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, vient appuyer ma conclusion que le principe de l'autre recours approprié ne s'applique pas à une question de compétence. L'appelante dans cette affaire a intenté, en vertu de l'art. 33 du *Code de procédure civile*, une action en nullité des règlements en cause et en répétition des taxes indûment payées pour certaines années. La Cour a finalement statué que la compétence de contrôle que possède la Cour supérieure en vertu de l'art. 33 confère un pouvoir discrétionnaire à un juge de ladite cour. En exposant ses motifs, le juge Gonthier résume comme suit l'arrêt *Abel Skiver*, aux pp. 346 et 347:

Tenant compte de la spécificité de l'acte, le juge Beetz a envisagé la question sous la forme de deux hypothèses. Si la municipalité a employé une méthode fautive ou un principe erroné d'évaluation, le contribuable qui s'abstient ou néglige d'avoir recours aux moyens expéditifs et spéciaux qui lui sont fournis par la loi, sera irrecevable à contester le rôle d'évaluation (voir *Shannon Realities, Ltd. v. Ville de St. Michel*, précité). Par contre, si elle a évalué pour fins d'imposition un objet exempt d'impôt, on tiendra alors que son geste est *ultra vires* et sans compétence et qu'il peut être attaqué devant les tribunaux supérieurs de droit commun (voir *Donohue Bros. v. Corporation of the Parish of St. Etienne de La Malbaie*, précité). Après avoir formulé ces principes, le juge Beetz considéra l'objet du pourvoi. Comme l'action visait à faire annuler les rôles d'évaluation et de perception quant à la terre de l'appelante qui avait été

as an ordinary immovable, whereas it should have been recognized as “land under cultivation” within the meaning of s. 523 of the *Cities and Towns Act*, he considered that the city had valued a tax-exempt property and so committed an *ultra vires* act as it had no jurisdiction over property of this kind. [Emphasis added.]

At page 372, Gonthier J. had this to say:

In my view, and in general terms, apart from a case where there is a total absence of jurisdiction, a judge hearing an application under art. 33 of the *Code of Civil Procedure* may refuse to grant the relief sought if, in view of the circumstances, including the importance of the alleged infringement of a right and the plaintiff’s behaviour, he considers it justified to do so. [Emphasis added.]

In this appeal, the only complaint from the respondents is that the land in issue is not “within the reserve”, and that the appeal tribunal therefore did not have jurisdiction to deal with the matter. In such a situation, I fail to see why a taxpayer in the respondents’ position should be required to proceed before a tribunal which has no jurisdiction to determine their complaint. Such an alternative “remedy” cannot be considered “adequate”. While I agree that, if the respondents had chosen to proceed before the appeal tribunal, the tribunal could have considered the matter, I do not think that this should be mandatory.

I disagree with the Chief Justice’s characterization of the case of *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49. That case does not involve any allegation of jurisdictional error. The sole issue in that case was whether the Auditor General could seek the assistance of the courts in attempting to gain access to certain documents related to the purchase of Petrofina by Petro-Canada. The Auditor General had requested these documents through the proper channels, and had been refused. The only recourse left to him in the *Auditor General Act* was to report to Parliament. The question was whether this process of reporting to Parliament constituted an “adequate alternative remedy”, or whether he should, in addition, have recourse to the courts. This Court decided that reporting to Parliament was an “adequate alternative remedy”, and that therefore the Auditor Gen-

évaluée en tant qu’immeuble ordinaire, alors qu’elle aurait dû être reconnue comme «terre en culture» au sens de l’art. 523 de la *Loi des cités et villes*, il estima que la ville avait évalué un bien exempt d’impôt et commis par là un acte *ultra vires* n’ayant pas compétence sur un bien de cette sorte. [Je souligne.]

Il ajoute à la p. 372:

À mon avis et de façon générale, sauf le cas d’absence totale de compétence, le juge saisi en vertu de l’art. 33 du *Code de procédure civile* peut refuser d’accorder le redressement recherché, si, eu égard aux circonstances dont notamment l’importance de l’atteinte au droit alléguée et le comportement du demandeur, il estime justifié de le faire. [Je souligne.]

En l’espèce, les intimées prétendent simplement que le terrain en cause n’est pas situé «dans la réserve» et que, par conséquent, le tribunal d’appel n’avait pas compétence en la matière. Cela étant, je vois mal pourquoi un contribuable dans la situation des intimées devrait être tenu de s’adresser à un tribunal qui n’a pas compétence pour régler la plainte. Un tel autre «recours» ne saurait être considéré comme «approprié». Je conviens certes que, si les intimées avaient choisi de recourir au tribunal d’appel, celui-ci aurait pu se pencher sur l’affaire, mais je ne crois pas que ce recours doive être obligatoire.

Mon opinion diverge de celle du Juge en chef en ce qui concerne la nature de l’arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l’Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49. Aucune erreur de compétence n’a été soulevée dans cette affaire. Seule se posait la question de savoir si le vérificateur général pouvait s’adresser aux cours de justice pour tenter d’obtenir la communication de certains documents relatifs à l’acquisition de Petrofina par Petro-Canada. Le vérificateur général avait demandé ces documents par les voies appropriées, mais s’était heurté à des refus. La *Loi sur le vérificateur général* ne lui laissait donc pas d’autre recours que de faire rapport au Parlement. La question était donc de savoir si ce processus consistant à présenter un rapport au Parlement constituait un «autre recours approprié», ou si le vérificateur général devait pouvoir en outre s’adresser aux cours de justice. Notre Cour a

151

152

eral could not seek production of the documents through the courts. As a result, no issue of jurisdiction arose, and it does not stand for the proposition that the adequate alternative remedies doctrine applies even in cases of jurisdictional error.

153 It is my opinion that the trial division judge erred in exercising his discretion by holding that the alternative remedy in this case was adequate when in fact the tribunal lacked jurisdiction to answer the only question raised. In such a situation, the respondents are entitled to proceed directly to the courts on an application for *certiorari*.

154 I would therefore dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA, GONTHIER and IACOBUCCI JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants Matsqui Indian Band and Matsqui Indian Band Council: Pape & Salter, Vancouver.

Solicitors for the appellants Siska Indian Band and Siska Indian Band Council, Kanaka Bar Indian Band and Kanaka Bar Indian Band Council, Nicomen Indian Band and Nicomen Indian Band Council, Shuswap Indian Band and Shuswap Indian Band Council, Skuppah Indian Band and Skuppah Indian Band Council, Spuzzum Indian Band and Spuzzum Indian Band Council: Cooper & Associates, Vancouver.

Solicitor for the respondents: Canadian Pacific Legal Services, Vancouver.

Solicitors for the intervener: Mandell, Pinder, Vancouver.

décidé que la présentation d'un rapport au Parlement était effectivement un «autre recours approprié» et qu'en conséquence le vérificateur général ne pouvait recourir aux cours de justice pour se faire communiquer les documents en question. Par conséquent, aucune question de compétence ne se posait et l'arrêt n'établit pas que le principe de l'autre recours approprié s'applique même dans les cas où il y a erreur de compétence.

À mon avis, le juge de la Section de première instance a commis une erreur en concluant, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, à l'existence d'un autre recours approprié en l'espèce alors qu'en réalité le tribunal d'appel n'avait pas compétence pour répondre à l'unique question soulevée. Dans ces circonstances, les intimées sont en droit de s'adresser directement aux cours de justice en demandant un bref de *certiorari*.

Je suis en conséquence d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA, GONTHIER et IACOBUCCI sont dissidents.

Procureurs des appelants la bande indienne de Matsqui et le conseil de la bande indienne de Matsqui: Pape & Salter, Vancouver.

Procureurs des appelants la bande indienne Siska et le conseil de la bande indienne Siska, la bande indienne Kanaka Bar et le conseil de la bande indienne Kanaka Bar, la bande indienne Nicomen et le conseil de la bande indienne Nicomen, la bande indienne de Shuswap et le conseil de la bande indienne de Shuswap, la bande indienne Skuppah et le conseil de la bande indienne Skuppah, la bande indienne de Spuzzum et le conseil de la bande indienne de Spuzzum: Cooper & Associates, Vancouver.

Procureur des intimées: Service du contentieux de Canadien Pacifique, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante: Mandell, Pinder, Vancouver.

**Winnipeg Condominium Corporation
No. 36 Appellant**

v.

Bird Construction Co. Ltd. Respondent

and

Smith Carter Partners Intervener

INDEXED AS: WINNIPEG CONDOMINIUM CORPORATION
NO. 36 v. BIRD CONSTRUCTION CO.

File No.: 23624.

1994: October 12; 1995: January 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Torts — Negligence — Economic loss — Building sold by developer after construction — Dangerous defect in building — Defect repaired to prevent serious damage or accident — Liability for cost of repair — Whether or not contractor liable in tort for economic loss to subsequent purchaser.

A land developer contracted with respondent to build an apartment building in accordance with plans and specifications prepared by the intervener (an architectural firm). Respondent subcontracted the masonry portion of the work. The building was converted into a condominium in October, 1978, when appellant became the registered subsequent owner of the land and building. In 1982, the appellant's directors became concerned about the masonry work on the exterior cladding of the building. They retained the architects (the intervener) and a firm of consulting engineers to inspect the building. The architects and engineers offered the opinion that the building was structurally sound. In 1989, a storey-high section of the cladding fell from the ninth storey level of the building. The appellant had further inspections undertaken which revealed structural defects in the

**Winnipeg Condominium Corporation
No. 36 Appelante**

c.

Bird Construction Co. Ltd. Intimée

et

Smith Carter Partners Intervenante

RÉPERTORIÉ: WINNIPEG CONDOMINIUM CORPORATION
NO. 36 c. BIRD CONSTRUCTION CO.

N° du greffe: 23624.

1994: 12 octobre; 1995: 26 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Responsabilité délictuelle — Négligence — Perte économique — Immeuble vendu par le promoteur après sa construction — Immeuble comportant un vice dangereux — Vice réparé afin de prévenir un préjudice ou un accident grave — Responsabilité à l'égard des frais de réparation — L'entrepreneur est-il responsable, sur le plan délictuel, d'une perte économique envers un acquéreur subséquent?

Un promoteur immobilier a conclu avec l'intimée un contrat en vue de la construction d'un immeuble d'habitation en conformité avec les plans et devis établis par l'intervenante (un cabinet d'architectes). L'intimée a confié les travaux de maçonnerie à un sous-entrepreneur. L'immeuble a été converti en condominium en octobre 1978, lorsque l'appelante est devenue propriétaire subséquente inscrite du terrain et de l'immeuble. En 1982, les administrateurs de l'appelante se sont inquiétés de la maçonnerie constituant le revêtement extérieur de l'immeuble. Ils ont retenu les services des architectes (l'intervenante) et d'un cabinet d'ingénieurs-conseils pour qu'ils inspectent l'immeuble. Les architectes et les ingénieurs se sont dits d'avis que l'armature de l'immeuble était solide. En 1989, une partie du revêtement, d'une hauteur d'un étage, est tombée du neuvième étage de l'immeuble. L'appelante a fait procéder à d'autres inspections qui ont révélé des vices dans l'armature de la maçonnerie. À la suite de ces inspections,

masonry work. Following these inspections, the entire cladding was replaced at the appellant's expense.

Appellant commenced an action in negligence against the respondent, the intervener and the subcontractor. The statement of claim detailed alleged inadequacies in design and workmanship, without assigning specific blame to one defendant or another. Respondent and the subcontractor filed notices of motion for summary judgment and notices of motion to strike the claim as disclosing no reasonable cause of action with the Manitoba Court of Queen's Bench. Both motions were dismissed. Respondent appealed to the Court of Appeal but the subcontractor did not. The appeal was dismissed with respect to the motion for summary judgment but allowed with respect to the motion to strike, and the statement of claim was struck out as against respondent. At issue in this appeal is whether a general contractor responsible for the construction of a building may be held tortiously liable for negligence to a subsequent purchaser of the building, who is not in contractual privity with the contractor, for the cost of repairing defects in the building arising out of negligence in its construction.

Held: The appeal should be allowed.

The Court of Appeal erred in deciding that the costs of repair claimed by appellant are not recoverable economic loss under the law of tort in Canada. The law has now progressed to the point where contractors (as well as subcontractors, architects and engineers) who take part in the design and construction of a building will owe a duty in tort to subsequent purchasers of the building if it can be shown that it was foreseeable that a failure to take reasonable care in constructing the building would create defects that pose a substantial danger to the health and safety of the occupants. Where negligence is established and such defects manifest themselves before any damage to persons or property occurs, they can be held liable for the reasonable cost of repairing the defects and putting the building back into a non-dangerous state.

In coming to its conclusion that the losses claimed by the appellant were not recoverable in tort, the Court of Appeal followed the reasoning of the House of Lords in

le revêtement a été complètement remplacé aux frais de l'appelante.

L'appelante a intenté une action pour négligence contre l'intimée, l'intervenante et le sous-entrepreneur. La déclaration énumérait les prétendus vices dans la conception de l'immeuble et dans l'exécution des travaux, sans toutefois blâmer expressément l'une ou l'autre partie défenderesse. L'intimée et le sous-entrepreneur ont déposé, devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, des avis de motion en vue d'un jugement sommaire et des avis de motion en radiation de la demande pour le motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action raisonnable. Les deux motions ont été rejetées. L'intimée, à la différence du sous-entrepreneur, a interjeté appel devant la Cour d'appel qui a rejeté l'appel quant à la motion en vue d'un jugement sommaire, mais l'a accueilli relativement à la motion en radiation et a radié la déclaration relativement à l'intimée. Il s'agit, en l'espèce, de savoir si l'entrepreneur général chargé de la construction d'un immeuble peut être jugé responsable de négligence en matière délictuelle envers l'acquéreur subséquent de l'immeuble qui n'a aucun lien contractuel avec l'entrepreneur, et être tenu, en conséquence, de rembourser les frais engagés pour réparer les vices de l'immeuble résultant de la négligence dont il a fait preuve en le construisant.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La Cour d'appel a eu tort de conclure que, suivant le droit canadien de la responsabilité délictuelle, les frais de réparation réclamés par l'appelante ne représentent pas une perte économique susceptible de donner lieu à indemnisation. Le droit en est rendu au stade où les entrepreneurs (ainsi que les sous-entrepreneurs, architectes et ingénieurs) qui participent à la conception et à la construction d'un immeuble auront envers les acquéreurs subséquents de celui-ci une obligation en matière délictuelle, s'il est possible de démontrer qu'il était prévisible que l'omission de faire preuve de diligence raisonnable lors de la construction de l'immeuble créerait des vices qui présentent un grave danger pour la santé et la sécurité de ses occupants. Lorsque l'existence de négligence est établie et que ces vices se manifestent avant que ne se produise un préjudice corporel ou matériel, ils peuvent être tenus responsables des frais raisonnables engagés pour réparer les vices et pour remettre l'immeuble dans un état où il ne présente plus de danger.

Pour conclure que les pertes visées par la réclamation de l'appelante ne pouvaient donner lieu à une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle, la Cour

D & F Estates Ltd. v. Church Commissioners for England. That decision should no longer be seen as having strong persuasive authority in Canadian tort law. First, it is inconsistent with recent Canadian decisions recognizing the possibility of concurrent contractual and tortious duties. Second, it is inconsistent with the continued application in Canada of the principles with respect to the recoverability of economic loss in tort established in *Anns v. Merton London Borough Council* and adopted by this Court in *City of Kamloops v. Nielsen*.

The losses claimed by appellant satisfy the two-part test for recoverability of economic loss established in *Anns* and *Kamloops*. First, it is reasonably foreseeable to contractors that, if they design or construct a building negligently and if that building contains latent defects as a result of that negligence, subsequent purchasers of the building may suffer personal injury or damage to other property when those defects manifest themselves. The reasonable likelihood that a defect in a building will cause injury to its inhabitants is also sufficient to ground a contractor's duty in tort to subsequent purchasers of the building for the cost of repairing the defect if that defect is discovered prior to any injury and if it poses a real and substantial danger to the inhabitants of the building. In coming to this conclusion, this Court adopts the reasoning of Laskin J. in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*. If a contractor can be held liable in tort where he or she constructs a building negligently and, as a result of that negligence, the building causes damage to persons or property, it follows that the contractor should also be held liable in cases where the dangerous defect is discovered and the owner of the building wishes to mitigate the danger by fixing the defect and putting the building back into a non-dangerous state. In both cases, the duty in tort serves to protect the bodily integrity and property interests of the inhabitants of the building.

Apart from the logical force of holding contractors liable for the cost of repair of dangerous defects, a strong underlying policy justification also exists for

d'appel a suivi le raisonnement adopté par la Chambre des lords dans l'arrêt *D & F Estates Ltd. c. Church Commissioners for England*. Cet arrêt ne devrait plus être considéré comme fort convaincant dans le droit canadien de la responsabilité délictuelle. Premièrement, il est inconciliable avec de récentes décisions canadiennes qui reconnaissent que des obligations contractuelles et des obligations en matière délictuelle peuvent coexister. Deuxièmement, il est incompatible avec l'application continue, au Canada, des principes régissant la possibilité d'obtenir l'indemnisation d'une perte économique, fondée sur la responsabilité délictuelle, établis dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council* et adoptés par notre Cour dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*.

Les pertes réclamées par l'appelante satisfont au critère à deux volets établi, dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*, pour déterminer la possibilité d'obtenir l'indemnisation d'une perte économique. En premier lieu, un entrepreneur peut raisonnablement prévoir que, s'il fait preuve de négligence dans la conception ou la construction d'un immeuble et si ce bâtiment renferme des vices latents résultant de cette négligence, un acquéreur subséquent de l'immeuble pourra subir des lésions corporelles ou que des dommages pourront être causés à d'autres biens lorsque ces vices se manifesteront. La probabilité raisonnable qu'un vice dans un immeuble causera un préjudice à ses occupants est également suffisante pour que l'entrepreneur ait, envers les acquéreurs subséquents de l'immeuble, l'obligation en matière délictuelle de les indemniser des frais de réparation du vice, si ce vice est découvert avant qu'un préjudice ne soit causé et s'il présente un danger réel et important pour les occupants de cet immeuble. En arrivant à cette conclusion, notre Cour adopte le raisonnement du juge Laskin dans l'affaire *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*. Si un entrepreneur peut voir engager sa responsabilité en matière délictuelle s'il fait preuve de négligence dans la construction d'un immeuble et que, par suite de cette négligence, l'immeuble cause des lésions corporelles ou des dommages matériels, il s'ensuit que sa responsabilité devrait également être engagée dans un cas où le vice dangereux est découvert et où le propriétaire de l'immeuble souhaite atténuer le danger en réparant ce vice et en remettant l'immeuble dans un état où il ne présente plus de danger. Dans l'un et l'autre cas, l'obligation en matière délictuelle sert à protéger l'intégrité physique ainsi que les intérêts matériels des occupants de l'immeuble.

Outre l'importance logique de tenir les entrepreneurs responsables des frais de réparation de vices dangereux, il existe une solide raison de principe d'imposer la res-

imposing liability in these cases. Maintaining a bar against recoverability for the cost of repair of dangerous defects provides no incentive for plaintiffs to mitigate potential losses and tends to encourage economically inefficient behaviour. Allowing recovery against contractors in tort for the cost of repair of dangerous defects thus serves an important preventative function by encouraging socially responsible behaviour.

The present case is distinguishable on a policy level from cases where the workmanship is merely shoddy or substandard but not dangerously defective. Tort law serves to encourage the repair of dangerous defects and thereby to protect the bodily integrity of inhabitants of buildings. By contrast, cases of shoddy or substandard workmanship bring into play the questions of quality of workmanship and fitness for purpose. These questions did not arise here. Accordingly, if respondent is found negligent at trial, appellant would be entitled to recover the reasonable cost of putting the building into a non-dangerous state but not the cost of any repairs that would serve merely to improve the quality, and not the safety, of the building.

Second, there are no policy considerations which are sufficiently compelling to negate the duty. There is no risk of liability to an indeterminate class because the potential class of claimants is limited to the very persons for whom the building is constructed: the inhabitants of the building. There is no risk of liability in an indeterminate amount because the amount of liability will always be limited by the reasonable cost of repairing the dangerous defect in the building and restoring that building to a non-dangerous state. There is little risk of liability for an indeterminate time because the contractor will only be liable for the cost of repair of dangerous defects during the useful life of the building. Practically speaking, the period in which the contractor may be exposed to liability for negligence will be much shorter than the full useful life of the building. With the passage of time, it will become increasingly difficult for owners of a building to prove at trial that any deterioration in the building is attributable to the initial negligence of the contractor and not simply to the inevitable wear and tear suffered by every building. Finally, given the fact that a subsequent purchaser is not the best placed to bear the risk of the emergence of latent defects, the doctrine of

responsabilité dans ces cas. Le maintien de l'impossibilité d'obtenir l'indemnisation des frais de réparation de vices dangereux n'incite aucunement les parties demanderesse à alléger les pertes éventuelles et tend à encourager un comportement économiquement inefficace. Donc, permettre qu'un entrepreneur puisse être poursuivi en matière délictuelle pour le paiement des frais de réparation de vices dangereux joue un rôle de prévention important en encourageant une conduite socialement responsable.

La présente affaire peut se distinguer, en principe, des cas où l'exécution des travaux est simplement de mauvaise qualité ou inférieure à la norme, mais ne comporte aucun vice dangereux. Le droit de la responsabilité délictuelle sert à encourager la réparation des vices dangereux et, partant, à protéger l'intégrité physique des occupants d'immeubles. Par contre, les cas où l'exécution des travaux est de mauvaise qualité ou inférieure à la norme soulèvent des questions de qualité de l'exécution des travaux et d'adaptation à la destination. Ces questions ne se posent pas en l'espèce. Donc, si l'intimée était jugée négligente en première instance, l'appelante aurait droit à l'indemnisation des frais raisonnables engagés pour mettre l'immeuble dans un état où il ne présente aucun danger, mais non à l'indemnisation des frais des réparations qui ne serviraient qu'à améliorer l'immeuble sur le plan qualitatif, mais non sur celui de la sécurité.

En second lieu, il n'y a pas de considérations de principe suffisamment sérieuses pour annuler l'obligation. Il n'y a pas de risque de responsabilité envers une catégorie indéterminée, parce que la catégorie de demandeurs éventuels se limite aux personnes mêmes pour lesquelles l'immeuble est construit, soit ses occupants. Il n'existe aucun risque de responsabilité pour un montant indéterminé puisque le montant de la responsabilité sera toujours limité par ce qu'il en coûte raisonnablement pour réparer le vice dangereux que comporte l'immeuble et pour remettre cet immeuble dans un état où il ne présente plus de danger. Il y a peu de risque de responsabilité pour une période indéterminée puisque l'entrepreneur ne sera responsable des frais de réparation des vices dangereux que pendant la vie utile de l'immeuble. Du point de vue pratique, la période au cours de laquelle l'entrepreneur peut voir engager sa responsabilité pour négligence sera beaucoup plus courte que la vie utile de l'immeuble. Les propriétaires d'un immeuble éprouveront, au fil des ans, de plus en plus de difficulté à établir au procès qu'une détérioration de leur immeuble est attribuable à la négligence initiale de l'entrepreneur et non pas simplement à l'usure inévitable que

caveat emptor should not serve to negate a contractor's duty in tort to subsequent purchasers.

subit n'importe quel bâtiment. Enfin, étant donné que ce n'est pas l'acquéreur subséquent qui est le mieux placé pour assumer le risque que des vices latents ne se manifestent, la règle *caveat emptor* ne devrait pas servir à annuler l'obligation en matière délictuelle qu'a l'entrepreneur envers les acquéreurs subséquents.

Cases Cited

Considered: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206; *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; **not followed:** *D & F Estates Ltd. v. Church Commissioners for England*, [1988] 2 All E.R. 992; *Murphy v. Brentwood District Council*, [1990] 2 All E.R. 908; **referred to:** *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Dutton v. Bognor Regis Urban District Council*, [1972] 1 Q.B. 373; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122; *Rothfield v. Manolagos*, [1989] 2 S.C.R. 1259; *Attorney General for Ontario v. Fatehi*, [1984] 2 S.C.R. 536; *Terlinde v. Neely*, 271 S.E.2d 768 (1980); *Drexel Properties, Inc. v. Bay Colony Club Condominium, Inc.*, 406 So.2d 515 (1981); *Bowen v. Paramount Builders (Hamilton) Ltd.*, [1977] 1 N.Z.L.R. 394; *Bryan v. Moloney*, Sup. Ct. Tasmania, No. A77/1993, October 6, 1993; *Lempke v. Dagenais*, 547 A.2d 290 (1988); *Richards v. Powercraft Homes, Inc.*, 678 P.2d 427 (1984); *Fraser-Reid v. Droumtsekas*, [1980] 1 S.C.R. 720; *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Aronsohn v. Mandara*, 484 A.2d 675 (1984); *Podkriznik v. Schwede*, [1990] 4 W.W.R. 220; *Vaughan v. Warner Communications Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Quebec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1442, 2118-2120.
Court of Queen's Bench Rules, Man. Reg. 553/88, Rules 20.01, 25.11.

Authors Cited

Barrett, Sidney R., Jr. "Recovery of Economic Loss in Tort for Construction Defects: A Critical Analysis" (1989), 40 *S.C. L. Rev.* 891.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206; *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; **arrêts non suivis:** *D & F Estates Ltd. c. Church Commissioners for England*, [1988] 2 All E.R. 992; *Murphy c. Brentwood District Council*, [1990] 2 All E.R. 908; **arrêts mentionnés:** *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Dutton c. Bognor Regis Urban District Council*, [1972] 1 Q.B. 373; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Rothfield c. Manolagos*, [1989] 2 R.C.S. 1259; *Procureur général de l'Ontario c. Fatehi*, [1984] 2 R.C.S. 536; *Terlinde c. Neely*, 271 S.E.2d 768 (1980); *Drexel Properties, Inc. c. Bay Colony Club Condominium, Inc.*, 406 So.2d 515 (1981); *Bowen c. Paramount Builders (Hamilton) Ltd.*, [1977] 1 N.Z.L.R. 394; *Bryan c. Moloney*, C.S. Tasmania, n° A77/1993, 6 octobre 1993; *Lempke c. Dagenais*, 547 A.2d 290 (1988); *Richards c. Powercraft Homes, Inc.*, 678 P.2d 427 (1984); *Fraser-Reid c. Droumtsekas*, [1980] 1 R.C.S. 720; *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Aronsohn c. Mandara*, 484 A.2d 675 (1984); *Podkriznik c. Schwede*, [1990] 4 W.W.R. 220; *Vaughan c. Warner Communications Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1442, 2118 à 2120.
Règles de la Cour du Banc de la Reine, règl. du Man. 553/88, règles 20.01, 25.11.

Doctrine citée

Barrett, Sidney R., Jr. «Recovery of Economic Loss in Tort for Construction Defects: A Critical Analysis» (1989), 40 *S.C. L. Rev.* 891.

Cooke, Sir Robin. "An Impossible Distinction" (1991), 107 *L.Q. Rev.* 46.

Feldthusen, Bruce. "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356.

Jobin, Pierre-Gabriel. *La vente dans le Code civil du Québec*. Cowansville: Yvon Blais, 1993.

Osborne, Philip H. "A Review of Tort Decisions in Manitoba 1990-1993", [1993] *Man. L.J.* 191.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1993), 85 *Man. R.* (2d) 81, 41 *W.A.C.* 81, 101 *D.L.R.* (4th) 699, 15 *C.C.L.T.* (2d) 1, 6 *C.L.R.* (2d) 1, [1993] 5 *W.W.R.* 673, striking out a statement of claim on allowing an appeal from a judgment of Galanchuk J. (1992), 84 *Man. R.* (2d) 23, dismissing an application to strike out or alternatively for summary judgment. Appeal allowed.

Kevin T. Williams and Paul Forsyth, for the appellants.

Sidney Green, Q.C., and *Murdoch MacKay, Q.C.*, for the respondent.

David I. Marr and Roger B. King, Q.C., for the interveners Smith Carter Partners.

The judgment of the Court was delivered by

¹ LA FOREST J. — May a general contractor responsible for the construction of a building be held tortiously liable for negligence to a subsequent purchaser of the building, who is not in contractual privity with the contractor, for the cost of repairing defects in the building arising out of negligence in its construction? That is the issue that was posed by a motion for summary judgment and a motion to strike out a claim as disclosing no reasonable cause of action argued before Galanchuk J. of the Manitoba Court of Queen's Bench pursuant to Rules 20.01 and 25.11 of the Manitoba *Court of Queen's Bench Rules*, *Man. Reg.* 553/88. Galanchuk J. dismissed the motions, but the Court of Appeal of Manitoba allowed an appeal from this decision and struck out the claim against the contractor on the grounds that the damages sought were for economic loss, which were not recover-

Cooke, Sir Robin. «An Impossible Distinction» (1991), 107 *L.Q. Rev.* 46.

Feldthusen, Bruce. «Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow» (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356.

Jobin, Pierre-Gabriel. *La vente dans le Code civil du Québec*. Cowansville: Yvon Blais, 1993.

Osborne, Philip H. «A Review of Tort Decisions in Manitoba 1990-1993», [1993] *R.D. Man.* 191.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1993), 85 *Man. R.* (2d) 81, 41 *W.A.C.* 81, 101 *D.L.R.* (4th) 699, 15 *C.C.L.T.* (2d) 1, 6 *C.L.R.* (2d) 1, [1993] 5 *W.W.R.* 673, qui a radié une déclaration en accueillant un appel contre un jugement du juge Galanchuk (1992), 84 *Man. R.* (2d) 23, qui avait rejeté une demande de radiation ou, subsidiairement, de jugement sommaire. Pourvoi accueilli.

Kevin T. Williams et Paul Forsyth, pour l'appellante.

Sidney Green, c.r., et *Murdoch MacKay, c.r.*, pour l'intimée.

David I. Marr et Roger B. King, c.r., pour l'intervenante Smith Carter Partners.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST — L'entrepreneur général chargé de la construction d'un immeuble peut-il être jugé responsable de négligence en matière délictuelle envers l'acquéreur subséquent de l'immeuble qui n'a aucun lien contractuel avec l'entrepreneur, et être tenu, en conséquence, de rembourser les frais engagés pour réparer les vices de l'immeuble résultant de la négligence dont il a fait preuve en le construisant? Telle est la question posée dans une motion en vue d'un jugement sommaire et une motion en radiation d'une demande pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action raisonnable, qui ont été présentées au juge Galanchuk de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba en vertu des règles 20.01 et 25.11 des *Règles de la Cour du Banc de la Reine* du Manitoba, règl. du Man. 553/88. Le juge Galanchuk a rejeté ces motions, mais la Cour d'appel du Mani-

able in the circumstances, and hence that the claim did not disclose a reasonable cause of action.

For reasons that will appear, I do not, with respect, share the views of the Court of Appeal; I agree with Galanchuk J. that the action should proceed to trial. The facts as set out before Galanchuk J. are contained in the appellant's amended statement of claim, the respondent's statement of defence and notice of motion. These facts are as follows.

Facts

On April 19, 1972, a Winnipeg land developer, Tuxedo Properties Co. Ltd. ("Tuxedo"), entered into a contract ("the General Contract") with a general contractor, Bird Construction Co. Ltd. ("Bird"), for the construction of a 15-storey, 94-unit apartment building. In the General Contract, Bird undertook to construct the building in accordance with plans and specifications prepared by the architectural firm of Smith Carter Partners ("Smith Carter"), with whom Tuxedo also had a contract. On June 5, 1972, Bird entered into a sub-contract with a masonry subcontractor, Kornovski & Keller Masonry Ltd. ("Kornovski & Keller"), under which the latter undertook to perform the masonry portion of the work specified under the General Contract. The work called for by the General Contract commenced in April, 1972 and the building was substantially completed by December, 1974.

The building was initially built and used as an apartment block, but was converted into a condominium in October, 1978, when Winnipeg Condominium Corporation No. 36 ("the Condominium Corporation") became the registered owner of the land and building. The facts surrounding the conversion were a subject of dispute between the parties, but during oral argument the appellant conceded for the purposes of this appeal that the

toba a accueilli l'appel interjeté contre cette décision et a radié la demande contre l'entrepreneur pour le motif qu'elle visait à obtenir des dommages-intérêts pour une perte économique qui ne pouvait pas donner lieu à indemnisation dans les circonstances, et que la demande ne révélait donc pas une cause d'action raisonnable.

Pour les raisons exposées ci-après, je ne puis en toute déférence souscrire à l'opinion de la Cour d'appel; je conviens avec le juge Galanchuk que l'action devrait être instruite en première instance. Les faits énoncés devant le juge Galanchuk figurent dans la déclaration modifiée de l'appelante ainsi que dans la défense et l'avis de motion de l'intimée. Ces faits sont les suivants.

Les faits

Le 19 avril 1972, un promoteur immobilier de Winnipeg, Tuxedo Properties Co. Ltd. («Tuxedo»), a conclu avec l'entrepreneur général Bird Construction Co. Ltd. («Bird») un contrat (le «contrat général») en vue de la construction d'un immeuble d'habitation de 15 étages dans lequel seraient aménagés 94 appartements. Bird s'engageait, dans le contrat général, à construire l'immeuble en conformité avec les plans et devis établis par le cabinet d'architectes Smith Carter Partners («Smith Carter»), avec lequel Tuxedo avait également signé un contrat. Le 5 juin 1972, Bird a passé avec un sous-entrepreneur en maçonnerie, Kornovski & Keller Masonry Ltd. («Kornovski & Keller»), un contrat de sous-traitance aux termes duquel celui-ci s'engageait à effectuer les travaux de maçonnerie que prévoyait le contrat général. Les travaux visés au contrat général ont commencé en avril 1972 et la construction de l'immeuble était essentiellement achevée en décembre 1974.

Initialement destiné à la location et effectivement utilisé à cette fin, l'immeuble a été converti en condominium en octobre 1978, lorsque la Winnipeg Condominium Corporation No. 36 (la «société condominiale») est devenue propriétaire inscrite du terrain et de l'immeuble. Les parties étaient en désaccord quant aux faits entourant la conversion, mais au cours des plaidoiries, l'appelante a reconnu, pour les fins du présent pourvoi,

Condominium Corporation was a subsequent owner of the building and was not the alter ego of the original owner. I shall accordingly deal with the appeal on the assumption that this was indeed the case.

5 In 1982, the Board of Directors of the Condominium Corporation became concerned about the state of the exterior cladding of the building (consisting of 4-inch thick slabs of stone), which had been installed by the subcontractor, Kornovski & Keller. The directors observed that some of the mortar had broken away and that cracks were developing in the stone work. As a result of these concerns, the Condominium Corporation retained a firm of structural engineers and the original architects, Smith Carter, to inspect the building. The engineers and Smith Carter recommended some minor remedial work but offered the opinion that the stonework on the building was structurally sound. The remedial work, costing \$8,100, was undertaken at the Condominium Corporation's expense in 1982.

6 On May 8, 1989, a storey-high section of the cladding, approximately twenty feet in length, fell from the ninth storey level of the building to the ground below. The Condominium Corporation retained engineering consultants who conducted further inspections. Following these inspections, the Condominium Corporation had the entire cladding removed and replaced at a cost in excess of \$1.5 million.

7 An action was commenced in negligence by the Condominium Corporation against Bird, Smith Carter and Kornovski & Keller. The Condominium Corporation, in its statement of claim, detailed alleged inadequacies in design and workmanship, without assigning specific blame to one defendant or another. Bird responded by filing a notice of motion for summary judgment and a motion to strike the Condominium Corporation's claim as disclosing no reasonable cause of action with the Manitoba Court of Queen's Bench. Galanchuk J. heard the motions, along with a similar one by the subcontractor. Smith Carter did not bring a motion of its own, but appeared and was allowed to sup-

que la société condominiale était un propriétaire subséquent de l'immeuble et non pas l'alter ego de la première propriétaire. Je vais donc examiner le pourvoi en tenant pour acquis qu'il en était effectivement ainsi.

En 1982, le conseil d'administration de la société condominiale s'est inquiété de l'état du revêtement extérieur de l'immeuble (composé de plaques de pierre de quatre pouces d'épaisseur) qu'avait installé le sous-entrepreneur Kornovski & Keller. Les administrateurs ont constaté que le mortier s'était détaché par endroits et que des fissures commençaient à apparaître dans le revêtement de pierre. En raison de ces inquiétudes, la société condominiale a retenu les services d'un cabinet d'ingénieurs de structure ainsi que ceux du cabinet d'architectes initial Smith Carter, pour qu'ils inspectent l'immeuble. Les ingénieurs et Smith Carter ont recommandé certaines réparations mineures, mais se sont dits d'avis que l'armature de la maçonnerie était solide. Les réparations ont été effectuées en 1982 et la société condominiale en a assumé le coût de 8 100 \$.

Le 8 mai 1989, une partie du revêtement, d'une hauteur d'un étage et d'une vingtaine de pieds de longueur, s'est détachée du neuvième étage de l'immeuble et est tombée sur le sol. La société condominiale a retenu les services d'ingénieurs-conseils qui ont procédé à d'autres inspections, à la suite desquelles la société a fait remplacer complètement le revêtement au coût de plus de 1,5 million de dollars.

La société condominiale a intenté une action pour négligence contre Bird, Smith Carter et Kornovski & Keller. Dans sa déclaration, la société condominiale a énuméré les prétendus vices dans la conception de l'immeuble et dans l'exécution des travaux, sans toutefois blâmer expressément l'une ou l'autre partie défenderesse. Bird a répondu en déposant, devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, une motion en vue d'un jugement sommaire et une motion en radiation de la demande de la société condominiale pour le motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action raisonnable. Le juge Galanchuk a entendu les motions en même temps qu'une motion similaire de la part du

port the motions of its co-defendants. Both motions were dismissed. Bird appealed to the Court of Appeal but the subcontractor did not. The appeal was dismissed with respect to the motion for summary judgment but allowed with respect to the motion to strike and the statement of claim was struck out as against Bird.

Judgments Below

Court of Queen's Bench for Manitoba (1992), 84 Man. R. (2d) 23 (Galanchuk J.)

Galanchuk J. dismissed Bird's motion for summary judgment and its motion to strike the Condominium Corporation's claim as disclosing no reasonable cause of action on the grounds that the Condominium Corporation's claim disclosed a reasonable cause of action and that the issues raised before him were genuine. He observed that the parties had raised real issues of credibility and had introduced conflicting evidence of sufficient complexity to warrant a trial. With respect to Bird's argument that the Condominium Corporation's loss was pure economic loss and therefore not recoverable against Bird, he held that that issue had to be dealt with by a trial judge and that the following question (at p. 28) would have to be answered at trial:

Is there a sufficient degree of foreseeability of harm and proximity of the parties to impose liability in all of the circumstances of this case to warrant the plaintiff's claim for recovery?

Court of Appeal (1993), 85 Man. R. (2d) 81 (Huband J.A., Scott C.J. and Philp J.A. concurring)

The Court of Appeal, we saw, allowed the appeal and struck out the Condominium Corporation's claim as against Bird. Huband J.A., writing for a unanimous court, decided that the expenses incurred by the Condominium Corporation in

sous-entrepreneur. Smith Carter n'a pas présenté elle-même de motion, mais elle a comparu et a été autorisée à appuyer celles de ses codéfenderesses, qui ont toutes les deux été rejetées. Bird, à la différence du sous-entrepreneur, a interjeté appel devant la Cour d'appel qui a rejeté l'appel quant à la motion en vue d'un jugement sommaire, mais l'a accueilli relativement à la motion en radiation et a radié la déclaration relativement à Bird.

Les juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine du Manitoba (1992), 84 Man. R. (2d) 23 (le juge Galanchuk)

Le juge Galanchuk a rejeté la motion de Bird en vue d'un jugement sommaire et sa motion en radiation de la demande de la société condominiale pour le motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action raisonnable, parce que la demande de la société condominiale révélait une cause d'action raisonnable et que les questions dont il était saisi étaient litigieuses. Il a fait remarquer que les parties avaient soulevé de véritables questions de crédibilité et avaient produit des éléments de preuve contradictoires suffisamment complexes pour justifier un procès. Quant à l'argument de Bird selon lequel la perte de la société condominiale était purement économique et, partant, non susceptible d'indemnisation par Bird, il a décidé que la question devait être examinée par un juge de première instance et qu'il faudrait répondre à la question suivante au procès (à la p. 28):

[TRADUCTION] Le préjudice était-il suffisamment prévisible et existait-il entre les parties un lien suffisamment étroit pour qu'il puisse y avoir imputation de responsabilité dans les circonstances de l'espèce et pour que soit justifiée la demande d'indemnisation de la demanderesse?

Cour d'appel (1993), 85 Man. R. (2d) 81 (le juge Huband, aux motifs duquel ont souscrit le juge en chef Scott et le juge Philp)

La Cour d'appel, comme nous l'avons vu, a accueilli l'appel et radié la demande de la société condominiale contre Bird. Le juge Huband a conclu, au nom d'une cour unanime, que les frais engagés par ladite société pour la réparation de

repairing the building were pure economic loss and not recoverable against Bird in tort. In reaching this decision, he found the decision by the House of Lords in *D & F Estates Ltd. v. Church Commissioners for England*, [1988] 2 All E.R. 992, to be directly on point. In that case, the House of Lords ruled that, in the absence of a contractual relationship, the cost of repairing a defective structure, where the defect is discovered before it causes personal injury or physical damage to other property, is not recoverable in negligence by a remote buyer of real property against the original contractor or builder. Applying this reasoning, Huband J.A. observed that, even if Bird's employees, rather than the subcontractor Kornovski & Keller, had affixed the exterior cladding, the Condominium Corporation would not have had a claim in negligence because the damages claimed for the cost of repairing the cladding would still have been purely economic in nature. In support of this conclusion, he quoted with approval the following passage from the reasons of Lord Bridge in *D & F Estates*, at p. 1006:

... liability can only arise if the defect remains hidden until the defective structure causes personal injury or damage to property other than the structure itself. If the defect is discovered before any damage is done, the loss sustained by the owner of the structure, who has to repair or demolish it to avoid a potential source of danger to third parties, would seem to be purely economic. Thus, if I acquire a property with a dangerously defective garden wall which is attributable to the bad workmanship of the original builder, it is difficult to see any basis in principle on which I can sustain an action in tort against the builder for the cost of either repairing or demolishing the wall. No physical damage has been caused. All that has happened is that the defect in the wall has been discovered in time to prevent damage occurring.

l'immeuble constituait une perte purement économique et n'étaient pas susceptibles d'indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle de Bird. En rendant cette décision, il a jugé directement pertinent l'arrêt de la Chambre des lords *D & F Estates Ltd. c. Church Commissioners for England*, [1988] 2 All E.R. 992, où les lords juges ont statué qu'en l'absence d'un lien contractuel, un acquéreur éloigné ne saurait intenter contre l'entrepreneur ou le constructeur initial une action pour négligence afin de se faire rembourser les frais engagés pour réparer une construction défectueuse lorsque le vice a été découvert avant qu'il ne cause des lésions corporelles ou encore des dommages à un autre bien. Appliquant ce raisonnement, le juge Huband a fait remarquer que, même si c'étaient les employés de Bird, et non pas ceux du sous-entrepreneur Kornovski & Keller, qui avaient installé le revêtement extérieur, la société condominiale n'aurait pas pu intenter une action pour négligence parce que les dommages-intérêts demandés pour les frais de réparation du revêtement auraient tout de même été de nature purement économique. À l'appui de cette conclusion, le juge Huband a cité, en l'approuvant, l'extrait suivant des motifs de lord Bridge dans *D & F Estates*, à la p. 1006:

[TRADUCTION] ... la responsabilité ne peut être engagée que si le vice demeure caché jusqu'à ce que la structure défectueuse cause des lésions corporelles ou encore des dommages à un autre bien que la structure elle-même. Si le vice est découvert avant qu'un dommage ne soit causé, il semblerait que la perte subie par le propriétaire de la structure, qui se voit obligé de la réparer ou de la démolir afin d'écartier un danger éventuel pour des tiers, soit purement économique. Ainsi, si je me porte acquéreur d'un bien-fonds dont le mur du jardin comporte un vice dangereux imputable à la malfaçon du constructeur initial, il est difficile de voir sur quel motif de principe je pourrais me fonder pour intenter contre ce dernier une action délictuelle en remboursement du coût de réparation ou de démolition du mur. Aucun préjudice physique n'a été causé. Il est simplement arrivé que le vice du mur a été découvert à temps pour empêcher un préjudice de survenir.

10

Huband J.A. found that the law as stated in *D & F Estates* was consistent with Canadian law. He expressed some concern about the fact that Lord Bridge and Lord Oliver in *D & F Estates* had

Le juge Huband a conclu que la règle de droit énoncée dans l'arrêt *D & F Estates* s'accordait avec le droit canadien. Il a dit s'inquiéter quelque peu de ce que, dans cet arrêt, lord Bridge et lord

expressly criticized the earlier decision of the House of Lords in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, in which Lord Wilberforce had set down a two-stage negligence test and had suggested, in an *obiter* passage, that liability might fall upon a contractor in similar circumstances to the case at bar. Huband J.A. observed that the application of the reasoning in *D & F Estates* by Canadian courts may be problematic because *D & F Estates* paved the way for the full repudiation of *Anns* by the Law Lords in *Murphy v. Brentwood District Council*, [1990] 2 All E.R. 908 (H.L.). By contrast, he noted, this Court explicitly declined, in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, to abandon *Anns*.

However, Huband J.A. resolved the problem by deciding that the result in this case would be the same under either the *Anns* or the *Murphy* approach. First, Huband J.A., at p. 90, found that the concept of *caveat emptor* negated any relationship of proximity as defined under the first stage of Lord Wilberforce's two-stage *Anns* approach:

The maxim, *caveat emptor*, operates as between purchaser and vendor. But the very existence of the principle instructs the potential purchaser to rely upon his own investigations, inspections and inquiries, and not to rely upon the fact that the vendor had retained Smith Carter Partners as architects, Bird as general contractor, and that Kornovski & Keller was one of the subcontractors, and since they are reputable firms, the integrity of the building can be safely assumed. The concept of "buyer beware" tells the potential purchaser that if it seeks greater protection than its own investigations, inspections and inquiries provide, it should seek appropriate warranties from the vendor or, if that cannot be bargained, to seek out an insurer to cover anticipated future risks.

Second, Huband J.A., at p. 86, found that the House of Lords in *D & F Estates* had set forth sufficiently compelling policy concerns to justify pre-

Oliver aient critiqué expressément l'arrêt antérieur de la Chambre des lords *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, dans lequel lord Wilberforce avait formulé un critère de négligence à deux volets et avait laissé entendre, dans une remarque incidente, que la responsabilité d'un entrepreneur pourrait être engagée dans des circonstances analogues à celles de la présente affaire. Le juge Huband a fait observer que l'application, par les tribunaux canadiens, du raisonnement de l'arrêt *D & F Estates* pourrait être problématique puisque cet arrêt a ouvert la voie au rejet total de l'arrêt *Anns* par les lords juges dans l'arrêt *Murphy c. Brentwood District Council*, [1990] 2 All E.R. 908 (H.L.). Par contre, a-t-il souligné, notre Cour a explicitement refusé d'abandonner l'arrêt *Anns*, dans l'arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021.

Le juge Huband a toutefois résolu le problème en décidant qu'en l'espèce l'issue serait identique, peu importe que l'on applique la méthode de l'arrêt *Anns* ou celle de l'arrêt *Murphy*. Le juge Huband conclut, en premier lieu, à la p. 90, que la notion *caveat emptor* annule tout lien étroit au sens du premier volet du critère énoncé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*:

[TRADUCTION] La maxime *caveat emptor* s'applique entre l'acquéreur et le vendeur. Mais, de par son existence même, ce principe enseigne à l'acheteur éventuel qu'il doit s'en remettre à ses propres investigations, inspections et enquêtes, plutôt que de s'en remettre au fait que le vendeur avait retenu les services des architectes Smith Carter Partners et de l'entrepreneur général Bird, et au fait que Kornovski & Keller était l'un des sous-entrepreneurs, et plutôt que de supposer que la bonne réputation de ces entreprises permet de conclure en toute quiétude que l'immeuble est exempt de vices. La maxime «que l'acheteur prenne garde» enseigne à l'acheteur éventuel que s'il cherche une protection plus étendue que celle résultant de ses propres investigations, inspections et enquêtes, il devrait demander au vendeur les garanties voulues ou, s'il ne peut pas les négocier, demander à un assureur de couvrir les risques futurs prévus.

En deuxième lieu, le juge Huband conclut, à la p. 86, que, dans l'arrêt *D & F Estates*, la Chambre des lords a exprimé des préoccupations de principe

cluding recovery under the second branch of the *Anns* test:

The great debate as to whether the *Anns* case was correctly decided and should be followed, or whether the reasoning in *Murphy* should be preferred will rage on. But in certain cases, I do not think that the difference in approach will yield a difference in result. In the *D & F Estates* case, the House of Lords did in fact consider whether there were factors which should negative, reduce or limit the scope of a duty of care owed by a building contractor to the subsequent lessee of the building, or a limitation on the damages to which a breach of that duty may give rise. The court found that considerations did exist which should limit the remedy. Lord Bridge observed that with respect to defective chattels, economic loss is recoverable in contract by a buyer or hirer of the chattel entitled to the benefit of a relevant warranty of quality, but economic loss is "not recoverable in tort by a remote buyer or hirer of the chattel". Lord Bridge concluded that the same law should apply in the field of real property and this need for consistency should indeed limit the breadth of a remedy for a breach of a duty of care.

Analysis

¹² This case gives this Court the opportunity once again to address the question of recoverability in tort for economic loss. In *Norsk, supra*, at p. 1049, I made reference to an article by Professor Feldthusen in which he outlined five different categories of cases where the question of recoverability in tort for economic loss has arisen ("Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at pp. 357-58), namely:

1. The Independent Liability of Statutory Public Authorities;
2. Negligent Misrepresentation;
3. Negligent Performance of a Service;

suffisamment sérieuses pour justifier d'empêcher l'indemnisation en vertu du second volet du critère de l'arrêt *Anns*:

[TRADUCTION] La grande polémique persistera quant à savoir si l'arrêt *Anns* est juste et devrait être suivi, ou s'il faudrait préférer le raisonnement adopté dans l'arrêt *Murphy*. Mais je ne crois pas que, dans certains cas, ces approches différentes produiront des résultats différents. Dans l'arrêt *D & F Estates*, la Chambre des lords a, en fait, examiné s'il existait des facteurs qui devraient annihiler, réduire ou limiter la portée d'une obligation de diligence qu'un entrepreneur en bâtiments a envers le locataire subséquent de l'immeuble ou s'il y avait des limites quant aux dommages-intérêts pouvant être accordés par suite du manquement à cette obligation. La cour a conclu qu'il existait effectivement des considérations qui devraient limiter la portée de la réparation. Lord Bridge a fait remarquer qu'en ce qui concerne les biens meubles défectueux, l'acheteur ou le locataire ayant droit au bénéfice d'une garantie de qualité pertinente peut, en vertu d'un contrat, se faire indemniser de la perte économique, mais pareille perte «ne permet pas à l'acheteur ou au locataire éloigné du bien meuble d'obtenir une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle». Lord Bridge a conclu que la même règle de droit devrait s'appliquer en matière immobilière et ce besoin d'uniformité devrait effectivement limiter la portée de la réparation accordée pour manquement à une obligation de diligence.

Analyse

En l'espèce, notre Cour a de nouveau l'occasion d'aborder la question de la possibilité d'obtenir l'indemnisation d'une perte économique, fondée sur la responsabilité délictuelle. Dans l'arrêt *Norsk*, précité, à la p. 1049, je me suis référé à un article du professeur Feldthusen où il énumère cinq catégories différentes de cas dans lesquels s'est posée cette même question («Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow» (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, aux pp. 357 et 358). Il s'agit des catégories suivantes:

[TRADUCTION]

1. La responsabilité indépendante des autorités publiques légales;
2. La déclaration inexacte faite par négligence;
3. La prestation négligente d'un service;

4. Negligent Supply of Shoddy Goods or Structures;
5. Relational Economic Loss.

I stressed in *Norsk* that the question of recoverability for economic loss must be approached with reference to the unique and distinct policy issues raised in each of these categories. That is because ultimately the issues concerning recovery for economic loss are concerned with determining the proper ambit of the law of tort, an exercise that must take account of the various situations where that question may arise. This case raises issues different from that in *Norsk*, which fell within the fifth category. The present case, which involves the alleged negligent construction of a building, falls partially within the fourth category, although subject to an important *caveat*. The negligently supplied structure in this case was not merely shoddy; it was dangerous. In my view, this is important because the degree of danger to persons and other property created by the negligent construction of a building is a cornerstone of the policy analysis that must take place in determining whether the cost of repair of the building is recoverable in tort. As I will attempt to show, a distinction can be drawn on a policy level between “dangerous” defects in buildings and merely “shoddy” construction in buildings and that, at least with respect to dangerous defects, compelling policy reasons exist for the imposition upon contractors of tortious liability for the cost of repair of these defects.

Traditionnellement, les tribunaux ont qualifié de «perte économique» les frais engagés par une partie demanderesse pour réparer un bien meuble ou un bâtiment défectueux, pour le motif que ces frais ne résultent pas de lésions corporelles ou d'un dommage causé à un bien autre que le bien meuble ou le bâtiment défectueux lui-même: voir *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189, at p. 1207. For my part, I would find it more congenial to deal directly with

4. La fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité;
5. La perte économique relationnelle.

J'ai souligné, dans l'arrêt *Norsk*, que la question de la possibilité d'obtenir l'indemnisation d'une perte économique doit être abordée en fonction des questions de principe uniques et distinctes qui se posent dans chacune de ces catégories. Cela tient à ce que, en dernière analyse, les questions touchant l'indemnisation d'une perte économique visent à déterminer la juste portée du droit de la responsabilité délictuelle, et il faut, à cette fin, tenir compte des différentes situations dans lesquelles la question peut se poser. Les questions soulevées en l'espèce diffèrent de celles de l'affaire *Norsk*, qui tombaient dans la cinquième catégorie. La présente affaire, qui met en cause la prétendue construction négligente d'un immeuble, relève en partie de la quatrième catégorie, sous réserve toutefois d'une importante restriction. La structure fournie avec négligence en l'espèce était non seulement de mauvaise qualité, mais encore dangereuse. Cela est important, selon moi, parce que la gravité du danger pour les personnes et d'autres biens résultant de la construction négligente d'un immeuble est une pierre angulaire de l'analyse de principe qui doit être effectuée pour déterminer si les frais de réparation de l'immeuble peuvent faire l'objet d'une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle. Comme je vais tenter de le démontrer, une distinction peut être faite, en principe, entre un immeuble qui comporte des vices «dangereux» et une construction qui est simplement «de mauvaise qualité», et, du moins en ce qui concerne les vices dangereux, il existe de sérieuses raisons de principe d'imposer aux entrepreneurs une responsabilité délictuelle pour les frais de réparation de ces vices.

Traditionnellement, les tribunaux ont qualifié de «perte économique» les frais engagés par une partie demanderesse pour réparer un bien meuble ou un bâtiment défectueux, pour le motif que ces frais ne résultent pas de lésions corporelles ou d'un dommage causé à un bien autre que le bien meuble ou le bâtiment défectueux lui-même: voir *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, à la p. 1207. Pour ma part, je préfère-

the policy considerations underlying that classification as was done in an analogous situation in *Dutton v. Bognor Regis Urban District Council*, [1972] 1 Q.B. 373 (C.A.), *per* Denning M.R. (at pp. 396-98), and Sachs L.J. (at pp. 403-4). However, I am content to deal with the issues in the terms in which the arguments were formulated. Adopting this traditional characterization as a convenient starting point for my analysis, I observe that the losses claimed by the Condominium Corporation in the present case fall quite clearly under the category of economic loss. In their statement of claim, the Condominium Corporation claim damages in excess of \$1.5 million from the respondent Bird, the subcontractor Kornovski & Keller and the architects Smith Carter, representing the cost of repairing the building subsequent to the collapse of the exterior cladding on May 8, 1989. The Condominium Corporation is not claiming that anyone was injured by the collapsing exterior cladding or that the collapsing cladding damaged any of its other property. Rather, its claim is simply for the cost of repairing the allegedly defective masonry and putting the exterior of the building back into safe working condition.

rais traiter directement des considérations de principe sous-jacentes à cette catégorisation, comme on l'a fait dans une situation analogue dans l'arrêt *Dutton c. Bognor Regis Urban District Council*, [1972] 1 Q.B. 373 (C.A.), le maître des rôles lord Denning (aux pp. 396 à 398) et le lord juge Sachs (aux pp. 403 et 404). Je me contente toutefois d'examiner les questions litigieuses en fonction des arguments qui ont été formulés. Prenant cette catégorisation traditionnelle comme point de départ pratique pour mon analyse, je fais remarquer que les pertes visées par la réclamation de la société condominiale dans la présente affaire tombent très clairement dans la catégorie de la perte économique. Dans sa déclaration, la société condominiale réclame à l'intimée Bird, au sous-entrepreneur Kornovski & Keller et au cabinet d'architectes Smith Carter des dommages-intérêts de plus de 1,5 million de dollars, représentant le coût des réparations effectuées après que le revêtement extérieur de l'immeuble se fut effondré le 8 mai 1989. La société condominiale ne prétend pas que la chute du revêtement a causé des lésions corporelles à quiconque ou endommagé quelque autre bien lui appartenant. Elle demande plutôt simplement à se faire indemniser des frais engagés pour réparer la maçonnerie qu'elle prétendait défectueuse et pour remettre l'extérieur de l'immeuble dans un état où il ne présenterait plus de danger.

14 Although most of the Condominium Corporation's submissions before this Court were directed toward establishing that the costs of repair were recoverable economic loss, counsel for the Condominium Corporation made a subsidiary claim that the losses in question could, in fact, be characterized as damage to property as opposed to pure economic loss. In *D & F Estates, supra*, at pp. 1006-7, Lord Bridge observed, in *obiter*, that:

... it may well be arguable that in the case of complex structures, . . . one element of the structure should be regarded for the purpose of the application of the principles under discussion as distinct from another element, so that damage to one part of the structure caused by a hidden defect in another part may qualify to be treated as damage to 'other property' . . .

Bien que la plupart des arguments avancés devant notre Cour par la société condominiale aient visé à prouver que les frais de réparation constituaient une perte économique pouvant donner lieu à indemnisation, son avocat a fait valoir subsidiairement que les pertes en question pouvaient, en fait, être considérées comme des dommages causés à des biens, plutôt que comme une perte purement économique. Dans l'arrêt *D & F Estates*, précité, aux pp. 1006 et 1007, lord Bridge fait cette remarque incidente:

[TRADUCTION] . . . on pourrait fort bien soutenir que, dans le cas de structures complexes, [. . .] un élément de la structure devrait être considéré, aux fins de l'application des principes analysés, comme distinct d'un autre élément, de sorte que le dommage causé à une partie de la structure par le vice caché d'une autre partie pourrait être assimilé à un dommage à un «autre bien» . . .

Counsel for the Condominium Corporation argued that the collapse of the cladding may have been attributable to the negligent installation of certain metal ties. Following the logic suggested by Lord Bridge, counsel argued that the loss suffered was not, in fact, economic loss but, rather, damage to "other property" and thus recoverable under the principles established in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). In other words, he sought to localize the defect in one part of the structure and to claim that the damage to the rest of the structure was "caused" in some manner by the defect.

I note at the outset that I do not find the Condominium Corporation's argument on this subsidiary point persuasive. In *Murphy*, *supra*, at pp. 926-28, Lord Bridge reconsidered and rejected the "complex structure" theory he had suggested in *D & F Estates*, criticizing the theory on the following basis (at p. 928):

The reality is that the structural elements in any building form a single indivisible unit of which the different parts are essentially interdependent. To the extent that there is any defect in one part of the structure it must to a greater or lesser degree necessarily affect all other parts of the structure. Therefore any defect in the structure is a defect in the quality of the whole and it is quite artificial, in order to impose a legal liability which the law would not otherwise impose, to treat a defect in an integral structure, so far as it weakens the structure, as a dangerous defect liable to cause damage to 'other property'.

A critical distinction must be drawn here between some part of a complex structure which is said to be a 'danger' only because it does not perform its proper function in sustaining the other parts and some distinct item incorporated in the structure which positively malfunctions so as to inflict positive damage on the structure in which it is incorporated. Thus, if a defective central heating boiler explodes and damages a house or a defective electrical installation malfunctions and sets the house on fire, I see no reason to doubt that the owner of the house, if he can prove that the damage was due to the negligence of the boiler manufacturer in the one case

L'avocat de la société condominiale a fait valoir que la chute du revêtement pouvait avoir été imputable à l'installation négligente de certaines attaches métalliques. Suivant le raisonnement proposé par lord Bridge, l'avocat a soutenu que la perte subie était en fait non pas une perte économique, mais plutôt un dommage causé à un «autre bien», qui pouvait donc donner lieu à indemnisation en vertu des principes établis dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). En d'autres termes, l'avocat a cherché à situer le vice dans une partie de la structure et à faire valoir que le dommage subi par le reste de la structure a été de quelque manière «causé» par ce vice.

Je souligne, au départ, que l'argument avancé par la société condominiale sur ce point subsidiaire ne me convainc guère. Dans l'arrêt *Murphy*, précité, aux pp. 926 à 928, lord Bridge a réexaminé et rejeté la théorie de la «structure complexe» qu'il avait proposée dans l'arrêt *D & F Estates*, formulant à l'égard de cette théorie la critique suivante (à la p. 928):

[TRADUCTION] En réalité, les éléments structurels de n'importe quel bâtiment forment un tout indivisible dont les différentes parties sont essentiellement interdépendantes. Si une partie de la structure comporte un vice, celui-ci a nécessairement une incidence plus ou moins grande sur chacune des autres parties. Tout vice de la structure compromet donc la qualité de l'ensemble, et il est tout à fait artificiel, dans le but d'imposer une responsabilité que la loi n'imposerait pas par ailleurs, de considérer un vice d'une structure intégrale, dans la mesure où il affaiblit cette structure, comme dangereux et susceptible d'endommager un «autre bien».

Une distinction cruciale doit être faite ici entre une partie quelconque d'une structure complexe que l'on dit «dangereuse» du seul fait qu'elle ne remplit pas bien son rôle de soutien des autres parties, et quelque élément distinct incorporé dans la structure, qui fonctionne indéniablement mal au point de causer des dommages à la structure dans laquelle il est incorporé. Ainsi, si une chaudière défectueuse, dans un système de chauffage central, explose et endommage une maison, ou si une installation électrique défectueuse fonctionne mal et cause un incendie dans la maison, je ne vois aucune raison de douter que le propriétaire des lieux, pour peu qu'il soit en mesure de prouver que les dommages ont résulté de la négligence du fabricant de la chaudière dans le premier cas, ou de l'entrepreneur électricien

or the electrical contractor in the other, can recover damages in tort on *Donoghue v. Stevenson* principles.

I am in full agreement with Lord Bridge's criticisms of the "complex structure" theory. In cases involving the recoverability of economic loss in tort, it is preferable for the courts to weigh the relevant policy issues openly. Since the use of this theory serves mainly to circumvent and obscure the underlying policy questions, I reject the use of the "complex structure" theory in cases involving the liability of contractors for the cost of repairing defective buildings.

16 Proceeding on the assumption, then, that the losses claimed in this case are purely economic, the sole issue before this Court is whether the losses claimed by the Condominium Corporation are the type of economic losses that should be recoverable in tort. In coming to its conclusion that the losses claimed by the Condominium Corporation are not recoverable in tort, the Manitoba Court of Appeal, we saw, followed the reasoning of the House of Lords in *D & F Estates*. In that case, the House of Lords found that the cost of repairing a defect in a building is not recoverable in negligence by a successor in title against the original contractor in the absence of a contractual relationship or a special relationship of reliance. I should say that the Court of Appeal might well have come to the same conclusion on the basis of the majority opinion in *Rivtow*, *supra*, an issue I will take up later. Here I shall dispose of the arguments relating to *D & F Estates*.

17 The facts in *D & F Estates* were as follows. The defendants were the main contractors hired by the owner of a piece of land to construct a block of flats between 1963 and 1965. The contractors hired a sub-contractor to carry out plastering work on the building which, it was later discovered, was

dans l'autre cas, peut obtenir une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle selon les principes de l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*.

Je souscris entièrement aux critiques formulées par lord Bridge à l'égard de la théorie de la «structure complexe». Dans les affaires concernant l'indemnisation d'une perte économique, fondée sur la responsabilité délictuelle, il vaut mieux que les tribunaux soupèsent ouvertement les questions de principe pertinentes. Puisque le recours à la théorie de la «structure complexe» sert surtout à contourner et à obscurcir les questions de principe sous-jacentes, je l'écarte dans les affaires mettant en cause la responsabilité des entrepreneurs en ce qui concerne les frais de réparation de bâtiments défectueux.

Alors si on tient pour acquis que les pertes dont la société condominiale cherche à se faire indemniser en l'espèce sont purement économiques, notre Cour n'a qu'à décider s'il s'agit du type de pertes économiques qui devraient ouvrir droit à l'indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle. Pour conclure que les pertes visées par la réclamation de la société condominiale ne peuvent donner lieu à une telle indemnisation, la Cour d'appel du Manitoba, comme nous l'avons vu, a suivi le raisonnement adopté par la Chambre des lords dans l'affaire *D & F Estates*, où il a été décidé que le détenteur subséquent du titre de propriété ne saurait, en l'absence d'un lien contractuel ou d'une relation de confiance particulière, intenter contre l'entrepreneur une action pour négligence en vue de se faire indemniser des frais engagés pour réparer un vice d'un immeuble. Je devrais dire que la Cour d'appel aurait bien pu parvenir à la même conclusion en se fondant sur l'opinion majoritaire dans l'affaire *Rivtow*, précitée, point sur lequel je reviendrai plus loin. Pour le moment, je vais trancher les arguments relatifs à l'arrêt *D & F Estates*.

Les faits de l'affaire *D & F Estates* sont les suivants. Les défendeurs étaient les entrepreneurs principaux engagés par le propriétaire d'un terrain pour y construire un immeuble d'habitation entre 1963 et 1965. Les entrepreneurs ont engagé un sous-entrepreneur pour exécuter les travaux de plâ-

performed negligently. In 1965, after the block was completed, the plaintiffs took a 98 year lease on a flat from the owner of the block. In 1980, the plaintiffs discovered that the plaster on the ceilings and on one wall was loose and that some of the plaster had fallen down. The plaintiffs had the remaining plaster hacked off and the areas affected were replastered and redecorated at the plaintiff's expense. The plaintiff sued the original contractor in tort for the cost of the repairs and the estimated cost of future remedial work. At trial, the judge awarded damages against the contractors in respect of cost of the remedial work on the grounds that the contractors had been negligent in supervising the plastering work. The Court of Appeal reversed the trial judge's decision, and the plaintiff appealed to the House of Lords.

The House of Lords dismissed the appeal on two principal grounds. First, they decided that any duty owed by a contractor to a home owner with respect to the quality of construction in a building must arise in contract, and not in tort. They based this conclusion upon a concern that allowing recoverability for the cost of repairing defects in buildings would have the effect of creating a non-contractual warranty of fitness; see *D & F Estates*, at p. 1007.

Second, they decided that a contractor can only be held liable in tort to subsequent purchasers of a building when the contractor's negligence causes physical injury to the purchasers, damage to their other property, or where a special relationship of reliance has developed between the contractor and the purchasers along the lines suggested in *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465. See *D & F Estates*, at p. 1014.

There was no contract between the plaintiff and the defendants in *D & F Estates*, and the Law

trage dans l'immeuble, lesquels, comme on s'en est rendu compte par la suite, ont été exécutés de façon négligente. En 1965, une fois l'immeuble terminé, les demandeurs ont signé avec le propriétaire de l'immeuble un bail de 98 ans pour un appartement. En 1980, les demandeurs ont constaté qu'il y avait du jeu dans le plâtre recouvrant les plafonds et un mur et que du plâtre s'était détaché par endroits. Les demandeurs ont fait enlever le reste du plâtre et les surfaces en question ont été replâtrées et repeintes à leurs frais. Ils ont intenté contre l'entrepreneur initial une action délictuelle en paiement du coût des réparations effectuées et du coût estimatif de réparations futures. En première instance, le juge a condamné les entrepreneurs à payer des dommages-intérêts pour le coût des travaux de réparation, pour le motif qu'ils s'étaient montrés négligents dans la surveillance des travaux de plâtrage. La Cour d'appel ayant infirmé la décision du juge de première instance, la partie demanderesse s'est pourvue devant la Chambre des lords.

La Chambre des lords a rejeté le pourvoi pour deux motifs principaux. En premier lieu, elle a décidé que toute obligation relative à la qualité de la construction d'un immeuble, que peut avoir un entrepreneur envers le propriétaire d'un logement, doit découler d'un contrat plutôt que d'une responsabilité délictuelle. Elle a fondé cette conclusion sur la crainte que permettre l'indemnisation des frais de réparation des vices d'un immeuble ait pour effet de créer une garantie non contractuelle de bon état; voir *D & F Estates*, à la p. 1007.

En deuxième lieu, elle a décidé qu'un entrepreneur ne peut être tenu responsable en matière délictuelle envers les acquéreurs subséquents d'un immeuble que si sa négligence cause des lésions corporelles à ces derniers ou des dommages à d'autres biens leur appartenant, ou s'il s'est développé entre l'entrepreneur et les acquéreurs un rapport de confiance particulier du genre de celui évoqué dans l'arrêt *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465. Voir *D & F Estates*, à la p. 1014.

Dans l'affaire *D & F Estates*, il n'y avait aucun contrat entre la partie demanderesse et les défen-

18

19

20

Lords found no special relationship of reliance on the facts of the case. Accordingly, they reasoned that the cost of repairing defective plaster fell under the category of “pure economic loss”. Since the negligence in that case did not result in damage to persons or property, they concluded that the plaintiff could not claim that expense against the contractor. Lord Bridge expressed the conclusion as follows, at p. 1006:

... liability can only arise if the defect remains hidden until the defective structure causes personal injury or damage to property other than the structure itself. If the defect is discovered before any damage is done, the loss sustained by the owner of the structure, who has to repair or demolish it to avoid a potential source of danger to third parties, would seem to be purely economic.

Lord Oliver came to a similar conclusion, at p. 1014:

... such loss is not in principle recoverable in tort unless the case can be brought within the principle of reliance established by *Hedley Byrne*. In the instant case the defective plaster caused no damage to the remainder of the building and in so far as it presented a risk of damage to other property or to the person of any occupant that was remediable simply by the process of removal.

21 Huband J.A. found the reasoning in *D & F Estates* to be compelling and of strong persuasive authority and, on that basis, came to the conclusion that the cost of repair of the defects in the building were not recoverable in tort by the Condominium Corporation against Bird. With respect, I come to a different conclusion. In my view, where a contractor (or any other person) is negligent in planning or constructing a building, and where that building is found to contain defects resulting from that negligence which pose a real and substantial danger to the occupants of the building, the reasonable cost of repairing the defects and putting the building back into a non-dangerous state are recoverable in tort by the occupants. The underlying rationale for this conclusion is that a person who participates in the construction of a large and permanent structure

deurs, et les lords juges n'ont dégagé des faits aucun rapport de confiance particulier. Ils ont donc estimé que les frais de réparation du plâtre défectueux tombaient dans la catégorie de la [TRADUCTION] «perte purement économique». Puisque la négligence dans cette affaire n'avait pas causé de lésions corporelles ni de dommages matériels, ils ont conclu que la partie demanderesse ne pouvait pas réclamer ces frais de l'entrepreneur. Lord Bridge formule ainsi cette conclusion, à la p. 1006:

[TRADUCTION] ... la responsabilité ne peut être engagée que si le vice demeure caché jusqu'à ce que la structure défectueuse cause des lésions corporelles ou encore des dommages à un autre bien que la structure elle-même. Si le vice est découvert avant qu'un dommage ne soit causé, il semblerait que la perte subie par le propriétaire de la structure, qui se voit obligé de la réparer ou de la démolir afin d'écartier un danger éventuel pour des tiers, soit purement économique.

Lord Oliver tire une conclusion analogue, à la p. 1014:

[TRADUCTION] ... pareille perte ne peut, en principe, donner lieu à une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle, à moins que ne s'applique le principe de confiance établi dans l'arrêt *Hedley Byrne*. En l'espèce, le plâtre défectueux n'a causé aucun dommage au reste de l'immeuble et, dans la mesure où il présentait un risque de dommage pour d'autres biens ou un risque de lésions corporelles pour un occupant, il suffisait simplement, pour y remédier, de l'enlever.

Le juge Huband a tenu pour impérieux et fort convaincant le raisonnement suivi dans l'arrêt *D & F Estates* et a conclu, pour ce motif, que la société condominiale ne pouvait, par voie d'action délictuelle, se faire indemniser par Bird des frais engagés pour réparer les vices de l'immeuble. En toute déférence, je parviens à une conclusion différente. À mon avis, lorsqu'un entrepreneur (ou toute autre personne) fait preuve de négligence dans la conception ou la construction d'un immeuble, et qu'on découvre dans cet immeuble des vices qui résultent de cette négligence et qui présentent un danger réel et important pour les occupants de l'immeuble, ces derniers peuvent tenter une action délictuelle en indemnisation des frais raisonnables engagés pour réparer les vices et pour remettre l'immeuble dans un état où il ne présente

which, if negligently constructed, has the capacity to cause serious damage to other persons and property in the community, should be held to a reasonable standard of care. Sir Robin Cooke expressed the rationale for this conclusion as follows (“An Impossible Distinction” (1991), 107 *L.Q. Rev.* 46, at p. 70):

The point is simply that, prima facie, he who puts into the community an apparently sound and durable structure, intended for use in all probability by a succession of persons, should be expected to take reasonable care that it is reasonably fit for that use and does not mislead. He is not merely exercising his freedom as a citizen to pursue his own ends. He is constructing, exploiting or sanctioning something for the use of others. Unless compelling grounds to the contrary can be made out, and subject to reasonable limitations as to time or otherwise, the natural consequences of failure to take due care should be accepted.

My conclusion that the type of economic loss claimed by the Condominium Corporation is recoverable in tort is therefore based in large part upon what seem to me to be compelling policy considerations. I shall elaborate in more detail upon these later in my reasons. However, before doing so, I think it important to clarify why the *D & F Estates* case should not, in my view, be seen as having strong persuasive authority in Canadian tort law as that law is currently developing. My reasons for coming to this conclusion are twofold: first, to the extent that the decision of the House of Lords in *D & F Estates* rests upon the assumption that liability in tort for the cost of repair of defective houses represents an unjustifiable intrusion of tort into the contractual sphere, it is inconsistent with recent Canadian decisions recognizing the possibility of concurrent contractual and tortious duties; second, to the extent that the *D & F Estates* decision formed part of a line of English cases leading ultimately to the rejection of *Anns*, it is

plus de danger. La raison d’être de cette conclusion est qu’une personne qui participe à la construction d’une grande structure permanente qui, si elle est construite de façon négligente, risque de causer un préjudice grave à d’autres personnes et à d’autres biens dans la collectivité, devrait se voir assujettie à une norme raisonnable de diligence. Sir Robin Cooke explique ainsi cette conclusion («An Impossible Distinction» (1991), 107 *L.Q. Rev.* 46, à la p. 70):

[TRADUCTION] Il reste simplement qu’à première vue on devrait s’attendre à ce que celui qui dote la collectivité d’une structure apparemment solide et durable, destinée, selon toute vraisemblance, à être utilisée successivement par plusieurs personnes, fasse preuve de diligence raisonnable pour que cette structure soit raisonnablement adaptée à cet usage et que personne ne soit induit en erreur à cet égard. Il ne fait pas qu’exercer sa liberté, en tant que citoyen, de poursuivre ses propres fins. Il se trouve à construire, à exploiter ou à sanctionner quelque chose qui est destiné à l’usage d’autrui. En l’absence de motifs sérieux de conclure le contraire et sous réserve de restrictions raisonnables notamment sur le plan des délais, on devrait accepter les conséquences naturelles de l’omission de faire preuve de diligence raisonnable.

Ma conclusion que le type de perte économique dont la société condominiale demande l’indemnisation en l’espèce ouvre effectivement droit à une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle repose en grande partie sur ce qui me semble être de sérieuses considérations de principe, que je préciserai davantage plus loin. Cependant, je crois qu’il importe préalablement d’expliquer pourquoi l’arrêt *D & F Estates* ne devrait pas, selon moi, être considéré comme fort convaincant dans le droit canadien de la responsabilité délictuelle, tel qu’il évolue actuellement. Deux motifs m’incitent à tirer cette conclusion: premièrement, dans la mesure où il repose sur l’hypothèse selon laquelle l’obligation en matière délictuelle de payer les frais de réparation de maisons défectueuses représente un empiètement injustifiable de la responsabilité délictuelle sur le domaine contractuel, l’arrêt *D & F Estates* de la Chambre des lords est inconciliable avec de récentes décisions canadiennes qui reconnaissent que des obligations contractuelles et

inconsistent with this Court's continued application of the principles established in *Anns*.

des obligations en matière délictuelle peuvent coexister. Deuxièmement, dans la mesure où il s'inscrit dans une suite de décisions anglaises qui ont abouti au rejet de l'arrêt *Anns*, l'arrêt *D & F Estates*, est incompatible avec l'application continue, par notre Cour, des principes établis dans l'arrêt *Anns*.

23

Turning to the first of these reasons, I observe that it is now well-established in Canada that a duty of care in tort may arise coextensively with a contractual duty. In *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, Le Dain J. explained the relationship between tort and contractual duties as follows, at pp. 204-5:

En ce qui concerne le premier de ces motifs, je fais remarquer qu'il est maintenant bien établi au Canada qu'une obligation de diligence en matière délictuelle et une obligation contractuelle peuvent coexister. Dans l'affaire *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, aux pp. 204 et 205, le juge Le Dain explique ainsi le rapport entre ces deux types d'obligations:

1. The common law duty of care that is created by a relationship of sufficient proximity, in accordance with the general principle affirmed by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, is not confined to relationships that arise apart from contract. Although the relationships in *Donoghue v. Stevenson*, *Hedley Byrne* and *Anns* were all of a non-contractual nature and there was necessarily reference in the judgments to a duty of care that exists apart from or independently of contract, I find nothing in the statements of general principle in those cases to suggest that the principle was intended to be confined to relationships that arise apart from contract. . . . [T]he question is whether there is a relationship of sufficient proximity, not how it arose. The principle of tortious liability is for reasons of public policy a general one.

1. L'obligation de diligence en *common law* qui, conformément au principe général énoncé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, résulte de l'existence de rapports suffisamment étroits entre les intéressés, ne se limite pas aux relations qui ne tirent pas leur origine d'un contrat. Bien que les liens dont il s'agissait dans les arrêts *Donoghue v. Stevenson*, *Hedley Byrne* et *Anns* aient été de nature non contractuelle et que l'on ait nécessairement parlé dans les jugements d'une obligation de diligence qui existe indépendamment d'un contrat, je ne vois rien dans les énoncés d'un principe général dans ces arrêts qui laisse entendre que l'application du principe devait se limiter à des liens qui prenaient naissance indépendamment d'un contrat. [. . .] [L]a question est de savoir s'il existe des rapports suffisamment étroits, et non pas de savoir comment ils ont pris naissance. Pour des raisons d'intérêt public, le principe de la responsabilité délictuelle est général.

This is not to say, of course, that a duty in tort arises out of a duty in contract. In *Rafuse*, Le Dain J. made it clear that, although duties in tort and contract may arise concurrently, the duty in tort must arise independently of the contractual duty. He stated, at p. 205:

Cela ne veut pas dire, évidemment, qu'une obligation en matière délictuelle découle d'une obligation contractuelle. Dans l'arrêt *Rafuse*, le juge Le Dain nous explique clairement que, si les obligations contractuelles et celles en matière délictuelle peuvent coexister, l'obligation en matière délictuelle doit prendre naissance indépendamment de l'obligation contractuelle. Voici ce qu'il affirme, à la p. 205:

2. What is undertaken by the contract will indicate the nature of the relationship that gives rise to the common law duty of care, but the nature and scope of the duty of care that is asserted as the foundation of the tortious liability must not depend on specific obligations or duties

2. Les engagements stipulés dans le contrat révèlent la nature des liens dont découle l'obligation de diligence en *common law*, mais la nature et la portée de l'obligation de diligence invoquée comme fondement de la responsabilité délictuelle ne doivent pas dépendre d'obliga-

created by the express terms of the contract. It is in that sense that the common law duty of care must be independent of the contract.

For the similar situation under Quebec law, see *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122, per L'Heureux-Dubé J., at pp. 165-67.

I emphasize the fact that contractual and tortious duties can arise concurrently in Canadian law because, in my view, the decision in *D & F Estates* was based at least in part upon the assumption that a duty on the part of contractors to take reasonable care in the construction of buildings can only arise in contract. In deciding that the contractor in that case could not be held liable in tort for the cost of repairing the defective plaster, Lord Bridge expressed a concern that the imposition of a tort duty upon a contractor to third parties would be to impose, in effect, a contractual duty in tort. He stated, at p. 1007:

To make [the contractor] so liable would be to impose on him for the benefit of those with whom he had no contractual relationship the obligation of one who warranted the quality of the plaster as regards materials, workmanship and fitness for purpose. I am glad to reach the conclusion that this is not the law.

However, in light of this Court's decision in *Rafuse*, I do not believe that Lord Bridge's concern should preclude conceptualizing Bird's duty in tortious terms. In my view, a contractor's duty to take reasonable care arises independently of any duty in contract between the contractor and the original property owner. The duty in contract with respect to materials and workmanship flows from the terms of the contract between the contractor and home owner. By contrast, the duty in tort with respect to materials and workmanship flows from the contractor's duty to ensure that the building meets a reasonable and safe standard of construction. For my part, I have little difficulty in accepting a distinction between these duties. The

tions ou de devoirs précis créés expressément par le contrat. C'est dans ce sens que l'obligation de diligence en *common law* doit être indépendante du contrat.

Pour la même situation sous le régime du droit québécois, voir l'arrêt *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, le juge L'Heureux-Dubé, aux pp. 165 à 167.

J'insiste sur le fait que les obligations contractuelles et celles en matière délictuelle peuvent coexister en droit canadien parce que, selon moi, l'arrêt *D & F Estates* est fondé, du moins en partie, sur l'hypothèse selon laquelle l'obligation des entrepreneurs de faire preuve de diligence raisonnable dans la construction d'immeubles ne peut découler que d'un contrat. En décidant, dans cette affaire, que l'entrepreneur ne pouvait être tenu responsable en matière délictuelle de payer les frais de réparation du plâtre défectueux, lord Bridge a dit craindre que l'imposition à l'entrepreneur d'une obligation en matière délictuelle envers les tiers reviendrait, en fait, à lui imposer une obligation contractuelle en matière de responsabilité délictuelle. Il dit, à la p. 1007:

[TRADUCTION] Imposer [à l'entrepreneur] une telle responsabilité reviendrait à lui imposer, au profit de personnes avec lesquelles il n'avait aucun lien contractuel, l'obligation qui incombe à celui qui se porte garant de la qualité du plâtre du point de vue des matériaux, de l'exécution du travail et de l'adaptation à son usage. Je suis heureux de conclure que ce n'est pas là la règle applicable.

Compte tenu toutefois de notre arrêt *Rafuse*, je ne crois pas que l'inquiétude exprimée par lord Bridge devrait nous empêcher d'envisager l'obligation de Bird sous l'angle de la responsabilité délictuelle. À mon avis, l'obligation de l'entrepreneur de faire preuve de diligence raisonnable prend naissance indépendamment de toute obligation contractuelle entre lui et le propriétaire initial. L'obligation contractuelle relativement aux matériaux et à l'exécution du travail découle des conditions du contrat intervenu entre l'entrepreneur et le propriétaire de la maison. Par contre, l'obligation en matière délictuelle à l'égard des matériaux et de l'exécution du travail résulte de l'obligation qu'a l'entrepreneur de veiller à ce que l'immeuble satis-

duty in tort extends only to reasonable standards of safe construction and the bounds of that duty are not defined by reference to the original contract. Certainly, for example, a contractor who enters into a contract with the original home owner for the use of high-grade materials or special ornamental features in the construction of the building will not be held liable to subsequent purchasers if the building does not meet these special contractual standards. However, such a contract cannot absolve the contractor from the duty in tort to subsequent owners to construct the building according to reasonable standards. This is important because, in my view, the unfortunate result of the reasoning in *D & F Estates* is that it leaves subsequent purchasers with no remedy against a contractor who constructs a building with substandard materials or substandard workmanship, and thereby puts subsequent purchasers at considerable risk.

fasse à une norme de construction raisonnable et sûre. Pour ma part, j'ai peu de difficulté à admettre une distinction entre ces obligations. L'obligation en matière délictuelle s'applique seulement aux normes raisonnables de sécurité en matière de construction et les limites de cette obligation ne se définissent pas par référence au contrat initial. Il est certain, par exemple, que l'entrepreneur qui conclut avec le premier propriétaire de la maison un contrat stipulant l'utilisation de matériaux de haute qualité ou d'articles décoratifs spéciaux dans la construction de la maison ne sera pas déclaré responsable envers les acquéreurs subséquents si l'immeuble ne satisfait pas à ces normes particulières prévues au contrat. Ce contrat ne saurait toutefois dégager l'entrepreneur de l'obligation en matière délictuelle qu'il a envers les propriétaires subséquents de construire le bâtiment selon des normes raisonnables. Cela est important parce que, d'après moi, le raisonnement de l'arrêt *D & F Estates* a pour conséquence regrettable que les acquéreurs subséquents se verront sans recours face à l'entrepreneur qui, dans la construction d'un bâtiment, utilise des matériaux de qualité inférieure ou exécute les travaux d'une façon non conforme aux normes, et qui expose ainsi les acquéreurs subséquents à un risque considérable.

26

Thus, the fact that Bird negotiated a contract with Tuxedo, the original owner of the building, does not insulate Bird from a separate duty to the current owners of the building. This duty arises out of the danger created by the work and not the specifications contained in the contract. An analogy can be drawn, in this respect, with this Court's decision in *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206. In that case, an engineering firm had contracted with the province of British Columbia for the drawing up of specifications for a road building project. There were errors in the specifications and a construction company, which had entered into a contract with the province for the building of the road, sued the engineering firm in tort, alleging negligent misrepresentation. This Court decided that the engineering firm could be held liable to the construction company in the absence of a contract. In so ruling, McLachlin J., at pp. 217-18, had the following to

Donc, le fait que Bird ait négocié un contrat avec Tuxedo, le premier propriétaire de l'immeuble en cause, ne la soustrait pas à une obligation distincte envers les propriétaires actuels de l'immeuble. Cette obligation découle du danger résultant des travaux et non des stipulations du contrat. À cet égard, on peut faire un parallèle avec notre arrêt *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206, où un cabinet d'ingénieurs avait conclu avec la province de la Colombie-Britannique un contrat pour l'établissement de plans et devis relativement à un projet de construction de route. Les plans et devis comportaient des erreurs et une société de construction, qui avait passé avec la province un contrat pour construire la route, a intenté contre le cabinet d'ingénieurs une action délictuelle pour déclaration inexacte faite par négligence. Notre Cour a décidé que le cabinet d'ingénieurs pouvait être jugé responsable envers la société de construc-

say about the effect of a duty in contract upon any duty owed to third persons in tort:

Another way of putting the argument that the contract terminates the duty of care between the contractor and the engineers, is to say that once the contractor enters into a contract with the province which deals with the matter of design, the contract ousts all tort duties. Where the parties to the contract have themselves defined their obligations by contract, it may be argued that the contract must prevail over a different duty which tort law might impose, on the principle that people are free to determine their own civil rights and responsibilities. Subject to this limitation, however, the presence of a contract does not bar the right to sue in tort: *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12. In this case, the contract is not between the plaintiff and the defendant. Moreover, for the reasons given above, it does not purport to limit the tort duty which is owed by the defendant engineering firm to the contractor. Accordingly, the argument that the parties have defined their obligations by the contract, thereby ousting tort obligations, cannot succeed.

The second reason that the *D & F Estates* decision should not be regarded as strong persuasive authority in the Canadian context is that the approaches taken by English and Canadian courts with respect to the recoverability of economic loss have, in recent years, diverged significantly. The decision by the House of Lords in *D & F Estates* was the penultimate step in a path of reasoning followed by the Law Lords culminating in *Murphy*, where they overruled their earlier decision in *Anns* and re-established a broad bar against recovery for pure economic loss in tort. This is a path this Court has chosen not to follow.

The divergence in approach between this Court and the House of Lords relates in large part to the question whether courts should impose what, in

tion en l'absence d'un contrat. En décidant ainsi, le juge McLachlin dit ceci, aux pp. 217 et 218, concernant l'incidence d'une obligation contractuelle sur toute obligation en matière délictuelle envers des tiers:

Une autre façon d'énoncer l'argument selon lequel le contrat met fin à l'obligation de diligence entre l'entrepreneur et les ingénieurs consiste à affirmer qu'une fois que l'entrepreneur signe avec la province un contrat portant sur la question des plans, ce contrat élimine toutes les obligations en matière délictuelle. Lorsque les parties au contrat ont défini elles-mêmes leurs obligations dans le contrat, on peut soutenir que le contrat doit l'emporter sur une obligation différente que le droit de la responsabilité délictuelle pourrait imposer, en tenant pour acquis que les gens sont libres de déterminer leurs propres droits et responsabilités civils. Sous réserve de cette restriction toutefois, l'existence d'un contrat n'empêche pas d'intenter une action fondée sur la responsabilité délictuelle: *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12. En l'espèce, le contrat n'a pas été conclu entre la partie demanderesse et la partie défenderesse. En outre, pour les motifs susmentionnés, il n'a pas pour objet de limiter l'obligation en matière délictuelle que la partie défenderesse, le cabinet d'ingénieurs, a envers l'entrepreneur. Par conséquent, l'argument selon lequel les parties ont défini leurs obligations au moyen du contrat, éliminant ainsi leurs obligations en matière délictuelle, ne saurait tenir.

La deuxième raison pour laquelle l'arrêt *D & F Estates* ne devrait pas être considéré comme fort convaincant dans le contexte canadien tient à ce qu'au cours des dernières années les points de vue adoptés par les tribunaux anglais et canadiens ont divergé sensiblement en ce qui concerne la possibilité d'obtenir l'indemnisation de pertes économiques. L'arrêt *D & F Estates* de la Chambre des lords représente l'avant-dernière étape d'un cheminement qui a abouti à l'arrêt *Murphy*, dans lequel les lords juges ont renversé leur précédent arrêt *Anns* et rétabli une large interdiction générale de l'indemnisation d'une perte purement économique, fondée sur la responsabilité délictuelle. C'est là une voie que notre Cour a choisi d'éviter.

La divergence des points de vue de notre Cour et de la Chambre des lords se rapporte dans une large mesure à la question de savoir s'il convient

Norsk, I called a “broad exclusionary rule” against recovery for economic loss in tort. In *Norsk*, I discussed the development of the rule against recovery for economic loss in tort at common law and observed that, in its broad formulation, that rule was said to exclude all claims in negligence for pure economic loss in the absence of property loss or personal injury loss (at pp. 1054-61). I then made the following observation, at pp. 1060-61:

A new stage in the development of the law on economic loss opened with the great case of *Hedley Byrne v. Heller*, *supra*. The speeches of the Law Lords were principally concerned with the problem of liability for negligent words, rather than with the issue of economic loss itself. . . .

Only two of the Lords in *Hedley Byrne*, Lord Hodson and Lord Devlin, dealt specifically with the issue of economic loss. Both rejected the broad exclusionary rule. It was clear that henceforth economic loss was recoverable at least in some circumstances. With *Hedley Byrne* to guide the way, the broad rule came increasingly under attack in a variety of situations during this third phase.

The divergent attacks upon the broad rule after *Hedley Byrne* were synthesized in Lord Wilberforce’s well-known and influential decision in *Anns*, *supra*, where the House of Lords found a local council liable in negligence to a successor in title for a failure to inspect the negligently constructed foundations of a building to ensure that it complied with local by-laws. In his reasons, at pp. 751-52, Lord Wilberforce rejected the traditional broad exclusionary rule and instead proposed the following general approach to cases involving economic loss in tort:

. . . the position has now been reached that in order to establish that a duty of care arises in a particular situa-

que les tribunaux imposent ce que j’ai appelé, dans l’arrêt *Norsk*, une «règle d’exclusion de portée générale» interdisant l’indemnisation d’une perte économique, fondée sur la responsabilité délictuelle. Dans l’arrêt *Norsk*, j’ai traité de l’évolution de la règle de common law interdisant l’indemnisation d’une perte économique, fondée sur la responsabilité délictuelle et j’ai fait remarquer qu’on disait que, dans sa formulation générale, cette règle excluait, en l’absence d’un préjudice matériel ou corporel, toute demande fondée sur la négligence visant à obtenir l’indemnisation d’une perte purement économique (aux pp. 1054 à 1061). Je fais ensuite l’observation suivante, aux pp. 1060 et 1061:

La grande affaire *Hedley Byrne c. Heller*, précitée, a marqué le début d’une nouvelle phase de l’évolution du droit en matière de perte économique. Les lords juges se sont principalement intéressés au problème de la responsabilité résultant de paroles négligentes, plutôt qu’à la question de la perte économique elle-même. . . .

Dans l’affaire *Hedley Byrne*, seulement deux des juges, lord Hodson et lord Devlin, ont traité expressément de la question de la perte économique. Tous les deux ont rejeté la règle d’exclusion de portée générale. Il était clair que dorénavant la perte économique pourrait donner lieu à indemnisation au moins dans certaines circonstances. Avec l’arrêt *Hedley Byrne* comme guide, la règle générale a été de plus en plus contestée dans diverses situations pendant cette troisième phase.

Les attaques divergentes lancées contre la règle de portée générale à la suite de l’arrêt *Hedley Byrne* ont été synthétisées dans les motifs bien connus et influents de lord Wilberforce dans l’affaire *Anns*, précitée, où la Chambre des lords a jugé un conseil local responsable envers le détenteur subséquent du titre de propriété parce que le conseil avait fait preuve de négligence en omettant d’inspecter les fondations d’un immeuble, construites de façon négligente, afin de s’assurer qu’elles étaient conformes aux règlements locaux. Lord Wilberforce rejette dans ses motifs, aux pp. 751 et 752, la règle d’exclusion traditionnelle de portée générale et propose de la remplacer par la façon générale suivante d’aborder les cas de perte économique en matière délictuelle:

[TRADUCTION] . . . [les arrêts en question] ont établi le principe selon lequel, lorsqu’il s’agit de prouver qu’il

tion, it is not necessary to bring the facts of that situation within those of previous situations in which a duty of care has been held to exist. Rather the question has to be approached in two stages. First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter — in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise . . .

Applying this test, Lord Wilberforce came to the conclusion in *Anns*, at pp. 759-60, that the cost of repairing a dangerous defect in a building and putting the building back into a non-dangerous state could, in principle, be characterized as recoverable economic loss in tort. In coming to this conclusion, Lord Wilberforce was influenced by the dissenting opinion of Laskin J. (as he then was) in *Rivtow*, *supra*. In *Rivtow*, a barge charterer who had purchased several defective barge cranes through a distributor brought a claim in negligence against the manufacturer for the cost of repair of two defective cranes installed on one of its barges. The charterer had decided to repair the cranes after one of the cranes on another barge collapsed owing to a failure in the rear legs, killing the crane operator. As a result, the barge had to be taken out of service for repairs in the busiest part of the logging season. The majority in *Rivtow* found that the plaintiff had a valid claim because the manufacturer, having knowledge of the defects in the cranes, had failed to warn the plaintiff about the defects prior to the accident. Accordingly, the majority found the manufacturer liable in tort for the loss of extra profit caused by the manufacturer's failure to warn promptly in a slack period, but explicitly rejected the plaintiff's claim for the cost of repairing the damage to the defective cranes themselves. However, Laskin J., in dissent, took a different approach. While agreeing with the majority that

existe une obligation de diligence dans une situation donnée, il n'est pas nécessaire de démontrer que les faits de cette situation sont semblables aux faits de situations antérieures où il a été jugé qu'une telle obligation existait. Il faut plutôt aborder cette question en deux étapes. En premier lieu, il faut se demander s'il existe, entre l'auteur allégué de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage pour que le manque de diligence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne, auquel cas il existe à première vue une obligation de diligence. Si on répond par l'affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s'il existe des facteurs qui devraient annihiler, réduire ou limiter la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages-intérêts pouvant être accordés par suite du manquement à cette obligation . . .

Applicant ce critère, lord Wilberforce en vient à la conclusion, aux pp. 759 et 760 de l'arrêt *Anns*, que les frais engagés pour réparer un vice dangereux dans un immeuble et remettre ce dernier dans un état où il ne présente plus de danger pouvaient en principe être qualifiés de perte économique susceptible de donner lieu à indemnisation en matière délictuelle. Lord Wilberforce a été influencé en cela par l'opinion dissidente du juge Laskin (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Rivtow*, précité. Dans *Rivtow*, un affrèteur de chaland, qui avait acheté à un distributeur plusieurs grues de chaland défectueuses, a intenté contre le fabricant une action fondée sur la négligence en vue de se faire indemniser des frais de réparation de deux grues défectueuses installées sur un de ses chalands. L'affrèteur avait décidé de faire réparer les grues après qu'une de celles installées à bord d'un autre chaland se fut effondrée du fait que ses pieds arrière avaient cédé, accident qui avait coûté la vie au grutier. Le chaland a donc dû être mis hors service pour réparations pendant la période la plus active de l'année dans l'industrie du bois. La Cour à la majorité, dans l'affaire *Rivtow*, a conclu au bien-fondé de la réclamation de la demanderesse parce que le fabricant, qui connaissait les défauts des grues, n'en avait pas informé la demanderesse avant l'accident. Par conséquent, la Cour à la majorité a déclaré le fabricant responsable en matière délictuelle du manque à gagner causé par

there had been a breach of a duty to warn, Laskin J. observed that he would also have found the manufacturer liable for the cost of repairing the defective article. He noted that, if the defective crane had caused personal injury or damage to property, then, under the traditional *Donoghue* analysis, the manufacturer would have been liable. He then made the following argument, at p. 1217:

Should it then be any less liable for the direct economic loss to the appellant resulting from the faulty crane merely because the likelihood of physical harm, either by way of personal injury to a third person or property damage to the appellant, was averted by the withdrawal of the crane from service so that it could be repaired?

Lord Wilberforce in *Anns* found Laskin J.'s reasoning persuasive in coming to his own conclusions that the cost of repair for a dangerous defect in a building could be recoverable in tort. He stated, at pp. 759-60:

If classification is required, the relevant damage is in my opinion material, physical damage, and what is recoverable is the amount of expenditure necessary to restore the dwelling to a condition in which it is no longer a danger to the health or safety of persons occupying and possibly (depending on the circumstances) expenses arising from necessary displacement. On the question of damages generally I have derived much assistance from the judgment (dissenting on this point, but of strong persuasive force) of Laskin J. in the Canadian Supreme Court case of *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*.

30 It appears, however, that the decision in *Anns* was the high water mark for recovery of economic loss in tort in England. Subsequently, the Law Lords have retreated from the broad approach to

son omission de prévenir promptement la demande pendant une période creuse, mais elle a expressément rejeté la réclamation par la demanderesse des frais de réparation des grues défectueuses elles-mêmes. Cependant, le juge Laskin, dissident, a adopté un point de vue différent. Tout en convenant avec la Cour à la majorité qu'il y avait eu manquement à l'obligation d'avertir, le juge Laskin a souligné qu'il aurait également déclaré le fabricant responsable des frais de réparation de l'article défectueux. Si, a-t-il fait remarquer, la grue défectueuse avait causé un préjudice corporel ou matériel, la responsabilité du fabricant aurait été alors engagée, selon l'analyse traditionnelle de l'arrêt *Donoghue*. Le juge Laskin pose alors la question suivante, à la p. 1217:

Devrait-elle alors être moins responsable envers l'appelante de la perte économique directe résultant de la grue défectueuse pour le simple motif que la probabilité des dommages physiques, qu'ils soient sous forme de blessures causées à un tiers ou de dommages matériels à l'appelante, a été évitée par le retrait de la grue du service afin de la réparer?

Dans l'affaire *Anns*, lord Wilberforce a jugé convaincant le raisonnement du juge Laskin, en concluant lui-même que les frais de réparation d'un vice dangereux d'un immeuble peuvent faire l'objet d'une indemnisation fondée sur la responsabilité délictuelle. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 759 et 760:

[TRADUCTION] S'il faut le catégoriser, le dommage subi est, à mon sens, matériel, et ce qui peut faire l'objet d'une indemnisation est le montant qui a dû être dépensé pour remettre le logement dans un état où il ne présente plus de danger pour la santé ou la sécurité de ses occupants, et peut-être aussi (selon les circonstances) les dépenses résultant de la nécessité de se loger ailleurs. En ce qui concerne la question des dommages-intérêts en général, les motifs (exprimant une dissidence sur ce point, mais fort convaincants) du juge Laskin de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works* m'ont été d'un grand secours.

Il appert toutefois que l'arrêt *Anns* représente le point culminant en Angleterre pour ce qui est de l'indemnisation d'une perte économique, fondée sur la responsabilité délictuelle. Par la suite, les

recoverability in tort for economic loss suggested by Lord Wilberforce. It is clear that the *D & F Estates* decision played an important part in this retreat. In *D & F Estates*, Lord Oliver, at pp. 1011-12, made the following criticism of the approach adopted by Lord Wilberforce in *Anns*:

... it is, I think now entirely clear that the vendor of a defective building who is also the builder enjoys no immunity from the ordinary consequences of his negligence in the course of constructing the building, but beyond this and so far as the case was concerned with the extent of or limitations on his liability for common law negligence divorced from statutory duty, Lord Wilberforce's observations were, I think, strictly obiter. My Lords, so far as they concern such liability in respect of damage which has actually been caused by the defective structure other than by direct physical damage to persons or other property, I am bound to say that, with the greatest respect to their source, I find them difficult to reconcile with any conventional analysis of the underlying basis of liability in tort for negligence. A cause of action in negligence at common law which arises only when the sole damage is the mere existence of the defect giving rise to the possibility of damage in the future, which crystallises only when that damage is imminent, and the damages for which are measured, not by the full amount of the loss attributable to the defect but by the cost of remedying it only to the extent necessary to avert a risk of physical injury, is a novel concept. Regarded as a cause of action arising not from common law negligence but from breach of a statutory duty, there is a logic in so limiting it as to conform with the purpose for which the statutory duty was imposed, that is to say the protection of the public from injury to health or safety. But there is, on that footing, no logic in extending liability for a breach of statutory duty to cases where the risk of injury is a risk of injury to property only, nor, as it seems to me, is there any logic in importing into a pure common law claim in negligence against a builder the limitations which are directly related only to breach of a particular statutory duty. For my part, therefore, I think the correct analysis, in principle, to be simply that, in a case where no question of breach of statutory duty arises, the builder of a house or other structure is liable at common law for negligence only where actual damage, either to person or to property,

lords juges ont délaissé la façon générale, proposée par lord Wilberforce, d'aborder la possibilité d'obtenir l'indemnisation d'une perte économique, fondée sur la responsabilité délictuelle. Il est évident que l'arrêt *D & F Estates* a joué un rôle important à cet égard. Lord Oliver formule, aux pp. 1011 et 1012 de cet arrêt, la critique suivante relative à la méthode adoptée par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*:

[TRADUCTION] ... je crois qu'il ne fait plus aucun doute que le vendeur d'un bâtiment défectueux, qui en est aussi le constructeur, ne jouit d'aucune immunité contre les conséquences ordinaires de la négligence dont il a fait preuve dans la construction du bâtiment, mais outre cela et dans la mesure où l'affaire concernait l'étendue ou les limites de la responsabilité du vendeur résultant de sa négligence en common law, considérée indépendamment de l'obligation découlant de la loi, les observations de lord Wilberforce n'étaient, je crois, qu'une opinion incidente. Vos Seigneuries, pour autant que ces observations portent sur la responsabilité à l'égard du dommage qui a effectivement été causé par la structure défectueuse, mais qui ne constitue pas un préjudice subi directement par des personnes ou par d'autres biens, force m'est d'affirmer, en toute déférence pour leur auteur, que je les trouve difficilement conciliables avec toute analyse conventionnelle du fondement de la responsabilité délictuelle résultant de la négligence. C'est un nouveau concept que celui d'une cause d'action fondée sur la négligence en common law, qui ne prend naissance que dans un cas où l'unique préjudice consiste dans la seule existence du défaut dont résulte la possibilité d'un futur préjudice, et qui se concrétise seulement lorsque ce préjudice est imminent et relativement à laquelle les dommages-intérêts se calculent non pas en fonction de la pleine valeur de la perte imputable au défaut, mais selon ce qu'il en coûte pour y remédier dans la seule mesure nécessaire pour écarter tout risque de préjudice physique. Si cette cause d'action est considérée comme découlant non pas de la négligence en common law, mais du manquement à une obligation légale, il y a une certaine logique à ce que sa portée soit limitée de manière à ce qu'il y ait conformité avec l'objet de l'imposition de l'obligation légale, c'est-à-dire la protection du public contre ce qui peut compromettre sa santé ou sa sécurité. Il n'y a toutefois, dans cette optique, aucune logique à étendre la responsabilité résultant du manquement à une obligation légale aux cas où le risque de préjudice ne porte que sur des biens, et il n'est pas non plus davantage logique, me semble-t-il, d'introduire, dans ce qui constitue purement une action

results from carelessness on his part in the course of construction.

In *D & F Estates*, Lord Bridge also expressed doubts about the *Anns* decision and explicitly rejected Laskin J.'s dissenting reasoning in *Rivtow* in favour of the majority reasoning (at p. 1006).

³¹ The reasons given by Lord Oliver and Lord Bridge in *D & F Estates* were a signal that the days of the *Anns* test in England were numbered. This became apparent in *Murphy*, *supra*, where the Law Lords explicitly rejected the two-part test suggested by Lord Wilberforce in *Anns* and restored the traditional broad exclusionary rule against recovery, in the absence of a special relationship of reliance, for pure economic loss in tort. In their reasons in *Murphy*, Lord Keith and Lord Bridge both made it clear that the reasoning in the 1988 *D & F Estates* decision played an influential role in their Lordships' decision to overrule *Anns*. In *Murphy*, Lord Bridge noted, at p. 925, that "the reasoning of the speeches in *D & F Estates* . . . has gone far to question the principles on which the [*Anns*] doctrine rests". Similarly, Lord Keith stated, at p. 923:

In my opinion there can be no doubt that *Anns* has for long been widely regarded as an unsatisfactory decision. In relation to the scope of the duty owed by a local authority it proceeded on what must, with due respect to its source, be regarded as a somewhat superficial examination of principle and there has been extreme difficulty, highlighted most recently by the speeches in the

de common law pour négligence intentée contre le constructeur, les restrictions qui ne se rapportent directement qu'au manquement à une obligation légale particulière. Quant à moi, j'estime donc qu'en principe l'analyse correcte est simplement la suivante: dans un cas où il n'est question d'aucun manquement à une obligation légale, le constructeur d'une maison ou d'une autre structure ne voit engager sa responsabilité pour négligence en common law que si un préjudice — corporel ou matériel — résulte effectivement de son manque de diligence dans la construction.

Dans l'affaire *D & F Estates*, lord Bridge a lui aussi exprimé des doutes concernant l'arrêt *Anns*, et il a explicitement préféré le raisonnement de la majorité au raisonnement dissident du juge Laskin dans l'arrêt *Rivtow* (à la p. 1006).

Les motifs de lord Oliver et de lord Bridge dans l'affaire *D & F Estates* annonçaient, que les jours du critère de l'arrêt *Anns* étaient comptés en Angleterre. Cela est devenu évident dans l'arrêt *Murphy*, précité, où les lords juges ont explicitement rejeté le critère à deux volets proposé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns* et ont rétabli la règle d'exclusion traditionnelle de portée générale interdisant, en l'absence d'un rapport spécial de confiance, l'indemnisation d'une perte purement économique, fondée sur la responsabilité délictuelle. Dans les motifs qu'ils ont rédigés dans l'affaire *Murphy*, lord Keith et lord Bridge ont tous deux précisé que le raisonnement suivi dans l'arrêt *D & F Estates* de 1988 avait influé sur la décision des lords juges de renverser l'arrêt *Anns*. Dans l'arrêt *Murphy*, lord Bridge fait remarquer, à la p. 925, que [TRADUCTION] «le raisonnement des discours tenus dans l'affaire *D & F Estates* [. . .] met grandement en doute les principes sur lesquels repose le principe [de l'arrêt *Anns*]». De même, lord Keith dit, à la p. 923:

[TRADUCTION] À mon avis, il ne peut y avoir aucun doute que l'arrêt *Anns* est, depuis longtemps, généralement considéré comme insatisfaisant. En ce qui concerne la portée de l'obligation des autorités locales, il est fondé sur ce qui doit, en toute déférence pour le tribunal qui l'a rendu, être considéré comme un examen de principe quelque peu superficiel, et il s'est avéré extrêmement difficile, comme il est ressorti tout récemment des discours tenus dans l'affaire *D & F Estates*, de

D & F Estates case, in ascertaining on exactly what basis of principle it did proceed.

By contrast, in respect of both the appropriate test with regard to the recoverability of economic loss and the recoverability of the cost for repairing dangerous defects, this Court has chosen not to take the path followed by the House of Lords in *D & F Estates* and *Murphy*. In the first place, this Court has not followed the House of Lords in repudiating the two-part test established by Lord Wilberforce in *Anns*. The approach proposed by Lord Wilberforce in *Anns* was adopted by this Court in *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, where Wilson J., at pp. 10-11, suggested the following slightly modified version of the *Anns* test:

- (1) is there a sufficiently close relationship between the parties . . . so that, in the reasonable contemplation of [one person], carelessness on its part might cause damage to [the other] person? If so,
- (2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

Subsequently, the *Anns* approach was employed by this Court in *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259, at pp. 1266, 1285 and, most recently, in *Norsk, supra*, where this Court chose not to follow the Law Lords in retreating from the approach adopted in *Anns* and *Kamloops*. I made this clear in *Norsk*, at p. 1054:

. . . I fully support this Court's rejection of the broad bar on recovery of pure economic loss in *Rivtow* and *Kamloops*. I would stress again the need to take into account the specific characteristics of each case.

Similarly, McLachlin J., at p. 1155, stated the following in *Norsk*:

I conclude that, from a doctrinal point of view, this Court should continue on the course charted in *Kamloops* rather than reverting to the narrow exclusionary rule as the House of Lords did in *Murphy*.

déterminer exactement sur quel principe l'arrêt *Anns* était en fait fondé.

Par contre, pour ce qui est du critère approprié concernant la possibilité d'obtenir l'indemnisation d'une perte économique et celle d'obtenir l'indemnisation des frais de réparation des défauts dangereux, notre Cour a décidé de ne pas suivre la voie empruntée par la Chambre des lords dans les arrêts *D & F Estates* et *Murphy*. En premier lieu, notre Cour, à la différence de la Chambre des lords, n'a pas rejeté le critère à deux volets établi par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*. La méthode préconisée par lord Wilberforce a été adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, où le juge Wilson propose, aux pp. 10 et 11, cette version légèrement modifiée du critère de l'arrêt *Anns*:

- 1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties [. . .] pour qu'une personne ait pu raisonnablement prévoir que [son] manque de diligence pourrait causer des dommages à [l'autre] personne? Dans l'affirmative,
- 2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

Par la suite, notre Cour a recouru à la méthode de l'arrêt *Anns* dans l'arrêt *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259, aux pp. 1266 et 1285, et tout récemment, dans l'arrêt *Norsk*, précité, où elle a décidé de ne pas suivre les lords jugés dans leur abandon de la méthode adoptée dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*. C'est ce que je précise, à la p. 1054 de l'arrêt *Norsk*:

. . . j'endosse pleinement le rejet par notre Cour de l'interdiction générale de l'indemnisation de la perte purement économique dans les affaires *Rivtow* et *Kamloops*. Je soulignerais de nouveau la nécessité de tenir compte des caractéristiques particulières de chaque cas.

De même, le juge McLachlin tient les propos suivants, à la p. 1155 de l'arrêt *Norsk*:

Je conclus que, du point de vue doctrinal, notre Cour devrait continuer dans la direction fixée dans l'arrêt *Kamloops* plutôt que de revenir à la règle stricte d'exclusion comme l'a fait la Chambre des lords dans l'arrêt *Murphy*.

33

Secondly, in recent years, members of this Court have, in *dicta*, expressed considerable sympathy for Laskin J.'s reasoning in *Rivtow*. In *Kamloops*, Wilson J. observed that the reasoning in *Anns* was more compatible with the reasoning in Laskin J.'s dissent in *Rivtow* than with the majority reasoning. At page 33, she stated:

In any event, the majority judgment of this Court in *Rivtow* stands until such time as it may be reconsidered by a full panel of the Court.

Shortly thereafter, in *Attorney General for Ontario v. Fatehi*, [1984] 2 S.C.R. 536, at pp. 544-45, the Court observed that the law as stated in *Rivtow* was "uncertain" and that "*Rivtow* has been variously applied or rejected by the courts of this country". Finally, in *Norsk*, I had occasion to comment upon Laskin J.'s dissent and stated, at pp. 1067-1068, that "Laskin J.'s concern with safety and the prevention of further damage is justified", and at p. 1065, that:

In Laskin J.'s view, the courts must be careful to avoid giving redress in tort for "safe but shoddy" products. Where the products are unsafe, however, tort may have a role: prevention of threatened harm resulting directly in economic loss should not be treated differently from post-injury treatment.

McLachlin J. made a similar observation, at p. 1161:

One might fasten on the fact that damaging the bridge raised the danger of physical injury to CN's property. CN's property — its trains — were frequently on the bridge and stood to be damaged by an accident involving the bridge. Whether they were in fact damaged is immaterial to the question of proximity. What is important is that this danger indicates a measure of closeness which has traditionally been held to establish the proximity necessary to found liability in tort for pure economic loss. However, to found the decision on this criterion would be to affirm the minority position of Laskin and Hall JJ. in *Rivtow* that danger of physical loss is sufficient to found liability. I note that the majority's

En second lieu, au cours des dernières années, des membres de notre Cour ont, dans des opinions incidentes, manifesté beaucoup de sympathie pour le raisonnement du juge Laskin dans l'affaire *Rivtow*. Dans l'arrêt *Kamloops*, le juge Wilson fait observer que le raisonnement de l'arrêt *Anns* se concilie davantage avec le raisonnement adopté par le juge Laskin dans ses motifs de dissidence dans l'affaire *Rivtow* qu'avec le raisonnement de la Cour à la majorité. Elle affirme, à la p. 33:

De toute façon, cette Cour est liée par le jugement de la majorité dans l'arrêt *Rivtow* jusqu'à ce que la Cour siégeant au complet ait l'occasion de réétudier la question.

Peu après, dans l'arrêt *Procureur général de l'Ontario c. Fatehi*, [1984] 2 R.C.S. 536, aux pp. 544 et 545, notre Cour fait remarquer que le droit énoncé dans *Rivtow* est «incertain» et que «l'arrêt *Rivtow* a été appliqué ou rejeté de diverses manières par les tribunaux canadiens». Enfin, dans l'arrêt *Norsk*, j'ai eu l'occasion de commenter la dissidence du juge Laskin et j'ai affirmé, à la p. 1068, que «le juge Laskin a raison de se soucier de la sécurité et de la prévention d'autres dommages» et, à la p. 1065, que:

Selon le juge Laskin, les tribunaux doivent veiller à ne pas accorder de réparation fondée sur la responsabilité délictuelle pour des produits «sûrs mais de mauvaise de qualité». Lorsque les produits ne sont pas sûrs, cependant, la responsabilité délictuelle peut jouer un rôle: la prévention de la menace de préjudice entraînant directement une perte économique ne devrait pas faire l'objet d'un traitement différent de celui dont fait l'objet la perte économique survenant après un préjudice.

Le juge McLachlin fait une observation similaire, à la p. 1161:

On peut s'attacher au fait que les dommages causés au pont ont engendré le danger de causer un préjudice physique aux biens du CN. Les biens du CN — ses trains — empruntaient souvent le pont et risquaient d'être endommagés par un accident impliquant le pont. Le fait qu'ils aient été endommagés ou non est sans rapport avec la question de l'existence d'un lien étroit. Ce qui importe, c'est que ce danger indique un degré de proximité qui a habituellement été retenu pour établir l'existence du lien étroit nécessaire pour établir la responsabilité délictuelle pour perte purement économique. Cependant, fonder la décision sur ce critère reviendrait à entériner la position minoritaire des juges Laskin et Hall dans l'arrêt *Rivtow*,

restriction of recovery of economic loss to the duty to warn has been doubted. Wilson J. in *Kamloops* noted that the problem of concurrent liability in contract and tort may have played a major role in the majority decision in *Rivtow*, and (at p. 34) that "as in the case of *Hedley Byrne*, we will have to await the outcome of a developing jurisprudence around that decision also". MacGuigan J.A. below stated at p. 166: "In my observation, courts will always find sufficient proximity where there is physical danger to the plaintiff's property". However it is not necessary to address that issue in this case since other factors clearly indicate the necessary proximity.

I conclude, therefore, that the *D & F Estates* decision is not of strong persuasive authority in the Canadian context. Accordingly, the question arising in this appeal must be resolved with reference to the test developed in *Anns* and *Kamloops*. I will now proceed, applying this test, to discuss whether the costs of repair claimed by the Condominium Corporation are the type of economic loss that should be recoverable in tort.

Was There a Sufficiently Close Relationship Between the Parties so that, in the Reasonable Contemplation of Bird, Carelessness on its Part Might Cause Damage to a Subsequent Purchaser of the Building such as the Condominium Corporation?

In my view, it is reasonably foreseeable to contractors that, if they design or construct a building negligently and if that building contains latent defects as a result of that negligence, subsequent purchasers of the building may suffer personal injury or damage to other property when those defects manifest themselves. A lack of contractual privity between the contractor and the inhabitants at the time the defect becomes manifest does not make the potential for injury any less foreseeable. Buildings are permanent structures that are commonly inhabited by many different persons over

selon laquelle le danger de préjudice physique est suffisant pour établir la responsabilité. Je souligne que la restriction, par la majorité, de l'indemnisation de la perte économique aux cas où il y avait obligation d'avertir a été mise en doute. Dans l'arrêt *Kamloops*, le juge Wilson a fait observer que le problème de la responsabilité concurrente en matières contractuelle et délictuelle a peut-être joué un rôle important dans l'opinion majoritaire de l'affaire *Rivtow* et (à la p. 34) que, «comme dans l'arrêt *Hedley Byrne*, il nous faudra attendre de voir dans quel sens ira l'évolution de la jurisprudence qui se développe autour de cette décision». Le juge MacGuigan de la Cour d'appel fédérale dit, à la p. 166: «Selon ce que j'ai pu observer, les tribunaux trouveront toujours un lien suffisamment étroit lorsqu'il y a un danger physique à l'égard des biens du demandeur.» Il n'est toutefois pas nécessaire d'aborder cette question en l'espèce vu que d'autres facteurs montrent clairement l'existence du lien étroit nécessaire.

Je conclus donc que l'arrêt *D & F Estates* n'est pas fort convaincant dans le contexte canadien. Par conséquent, la question qui se pose en l'espèce doit être tranchée en fonction du critère établi dans les arrêts *Anns* et *Kamloops*. Appliquant ce critère, je vais maintenant examiner si les frais de réparation réclamés par la société condominiale constituent le type de perte économique qui devrait pouvoir donner lieu à indemnisation en matière délictuelle.

Existait-il entre les parties un lien suffisamment étroit pour que Bird eût pu raisonnablement prévoir qu'un manque de diligence de sa part serait susceptible de causer un préjudice à un acquéreur subséquent de l'immeuble, comme la société condominiale?

À mon avis, un entrepreneur peut raisonnablement prévoir que, s'il fait preuve de négligence dans la conception ou la construction d'un immeuble et si ce bâtiment renferme des vices latents résultant de cette négligence, un acquéreur subséquent de l'immeuble pourra subir des lésions corporelles ou que des dommages pourront être causés à d'autres biens lorsque ces vices se manifesteront. L'absence de lien contractuel entre l'entrepreneur et ceux qui occupent l'immeuble au moment où le vice se manifeste ne rend pas moins prévisible le risque de préjudice. Les immeubles

34

35

their useful life. By constructing the building negligently, contractors (or any other person responsible for the design and construction of a building) create a foreseeable danger that will threaten not only the original owner, but every inhabitant during the useful life of the building. As noted by the Supreme Court of South Carolina, in *Terlinde v. Neely*, 271 S.E.2d 768 (1980), at p. 770:

The key inquiry is foreseeability, not privity. In our mobile society, it is clearly foreseeable that more than the original purchaser will seek to enjoy the fruits of the builder's efforts. The plaintiffs, being a member of the class for which the home was constructed, are entitled to a duty of care in construction commensurate with industry standards. In the light of the fact that the home was constructed as speculative, the home builder cannot reasonably argue he envisioned anything but a class of purchasers. By placing this product into the stream of commerce, the builder owes a duty of care to those who will use his product, so as to render him accountable for negligent workmanship.

36 In my view, the reasonable likelihood that a defect in a building will cause injury to its inhabitants is also sufficient to ground a contractor's duty in tort to subsequent purchasers of the building for the cost of repairing the defect if that defect is discovered prior to any injury and if it poses a real and substantial danger to the inhabitants of the building. In coming to this conclusion, I adopt the reasoning of Laskin J. in *Rivtow*, which I find highly persuasive. If a contractor can be held liable in tort where he or she constructs a building negligently and, as a result of that negligence, the building causes damage to persons or property, it follows that the contractor should also be held liable in cases where the dangerous defect is discovered and the owner of the building wishes to mitigate the danger by fixing the defect and putting the building back into a non-dangerous state. In both

sont des structures permanentes qui sont généralement habitées par bien des personnes différentes au cours de leur vie utile. En construisant l'immeuble de façon négligente, l'entrepreneur (ou toute autre personne responsable de la conception et de la construction d'un immeuble) crée un danger prévisible qui menacera non seulement le premier propriétaire, mais quiconque l'habitera au cours de sa vie utile. Comme l'a fait remarquer la Cour suprême de la Caroline du Sud dans la décision *Terlinde c. Neely*, 271 S.E.2d 768 (1980), à la p. 770:

[TRADUCTION] La question clé est celle de la prévisibilité et non pas celle de l'existence d'un lien contractuel. Dans notre société caractérisée par la mobilité, il est manifestement prévisible que ce n'est pas seulement le premier acquéreur qui cherchera à profiter des fruits du labeur du constructeur. Les demandeurs, en raison de leur appartenance à la catégorie de personnes pour lesquelles la maison a été construite, ont droit à ce que le constructeur soit soumis à une obligation de diligence proportionnée aux normes applicables dans le secteur en question. Comme la maison a été construite à des fins spéculatives, le constructeur ne saurait raisonnablement prétendre avoir envisagé autre chose qu'une catégorie d'acheteurs. Du moment qu'il met ce produit sur le marché, le constructeur a, envers les futurs usagers de son produit, une obligation de diligence qui engage sa responsabilité en cas de travaux d'exécution effectués de façon négligente.

Selon moi, la probabilité raisonnable qu'un vice dans un immeuble causera un préjudice à ses occupants est également suffisante pour que l'entrepreneur ait, envers les acquéreurs subséquents de l'immeuble, l'obligation en matière délictuelle de les indemniser des frais de réparation du vice, si ce vice est découvert avant qu'un préjudice ne soit causé et s'il présente un danger réel et important pour les occupants de cet immeuble. En arrivant à cette conclusion, j'adopte le raisonnement du juge Laskin dans l'affaire *Rivtow*, que je trouve fort convaincant. Si un entrepreneur peut voir engager sa responsabilité en matière délictuelle s'il fait preuve de négligence dans la construction d'un immeuble et que, par suite de cette négligence, l'immeuble cause des lésions corporelles ou des dommages matériels, il s'ensuit que sa responsabilité devrait également être engagée dans un cas où

cases, the duty in tort serves to protect the bodily integrity and property interests of the inhabitants of the building. See *Dutton*, *supra*, at p. 396, per Lord Denning M.R.

Apart from the logical force of holding contractors liable for the cost of repair of dangerous defects, there is also a strong underlying policy justification for imposing liability in these cases. Under the law as developed in *D & F Estates* and *Murphy*, the plaintiff who moves quickly and responsibly to fix a defect before it causes injury to persons or damage to property must do so at his or her own expense. By contrast, the plaintiff who, either intentionally or through neglect, allows a defect to develop into an accident may benefit at law from the costly and potentially tragic consequences. In my view, this legal doctrine is difficult to justify because it serves to encourage, rather than discourage, reckless and hazardous behaviour. Maintaining a bar against recoverability for the cost of repair of dangerous defects provides no incentive for plaintiffs to mitigate potential losses and tends to encourage economically inefficient behaviour. The Fourth District Court of Appeal for Florida in *Drexel Properties, Inc. v. Bay Colony Club Condominium, Inc.*, 406 So.2d 515 (1981), at p. 519, explained the problem in the following manner:

Why should a buyer have to wait for a personal tragedy to occur in order to recover damages to remedy or repair defects? In the final analysis, the cost to the developer for a resulting tragedy could be far greater than the cost of remedying the condition.

Woodhouse J. in *Bowen v. Paramount Builders (Hamilton) Ltd.*, [1977] 1 N.Z.L.R. 394, at p. 417, described the problem in similar terms:

It would seem only common sense to take steps to avoid a serious loss by repairing a defect before it will cause

le vice dangereux est découvert et où le propriétaire de l'immeuble souhaite atténuer le danger en réparant ce vice et en remettant l'immeuble dans un état où il ne présente plus de danger. Dans l'un et l'autre cas, l'obligation en matière délictuelle sert à protéger l'intégrité physique ainsi que les intérêts matériels des occupants de l'immeuble. Voir l'arrêt *Dutton*, précité, à la p. 396, le maître des rôles lord Denning.

Outre l'importance logique de tenir les entrepreneurs responsables des frais de réparation de vices dangereux, il existe une solide raison de principe d'imposer la responsabilité dans ces cas. Suivant la règle de droit établie dans les arrêts *D & F Estates* et *Murphy*, le demandeur qui entreprend promptement et d'une façon responsable de réparer un vice avant qu'il ne cause des lésions corporelles ou des dommages matériels doit le faire à ses propres frais. Par contre, le demandeur qui, intentionnellement ou par négligence, permet qu'un vice dégénère en accident peut bénéficier, en droit, des conséquences coûteuses et éventuellement tragiques. Voilà, à mon sens, un principe de droit difficilement justifiable puisqu'il sert à encourager plutôt qu'à décourager un comportement inconsidéré et dangereux. Le maintien de l'impossibilité d'obtenir l'indemnisation des frais de réparation de vices dangereux n'incite aucunement les parties demandereses à alléger les pertes éventuelles et tend à encourager un comportement économiquement inefficace. Dans l'affaire *Drexel Properties, Inc. c. Bay Colony Club Condominium, Inc.*, 406 So.2d 515 (1981), à la p. 519, la Fourth District Court of Appeal de la Floride explique ainsi le problème:

[TRADUCTION] Pourquoi un acheteur devrait-il avoir à attendre qu'il se produise une tragédie personnelle pour se faire indemniser des frais de réparation des vices? En dernière analyse, une tragédie résultant de ces vices risque de coûter bien plus cher au promoteur que ce qu'il lui aurait fallu payer pour y remédier.

Le juge Woodhouse, dans la décision *Bowen c. Paramount Builders (Hamilton) Ltd.*, [1977] 1 N.Z.L.R. 394, à la p. 417, décrit le problème de façon analogue:

[TRADUCTION] Il semblerait seulement conforme au bon sens que l'on prenne des mesures pour éviter une perte

physical damage; and rather extraordinary if the greater loss when the building fall down could be recovered from the careless builder but the cost of timely repairs could not.

Allowing recovery against contractors in tort for the cost of repair of dangerous defects thus serves an important preventative function by encouraging socially responsible behaviour.

38 This conclusion is borne out by the facts of the present case, which fall squarely within the category of what I would define as a "real and substantial danger". It is clear from the available facts that the masonry work on the Condominium Corporation's building was in a sufficiently poor state to constitute a real and substantial danger to inhabitants of the building and to passers-by. The piece of cladding that fell from the building was a storey high, was made of 4" thick Tyndall stone, and dropped nine storeys. Had this cladding landed on a person or on other property, it would unquestionably have caused serious injury or damage. Indeed, it was only by chance that the cladding fell in the middle of the night and caused no harm. In this light, I believe that the Condominium Corporation behaved responsibly, and as a reasonable home owner should, in having the building inspected and repaired immediately. Bird should not be insulated from liability simply because the current owner of the building acted quickly to alleviate the danger that Bird itself may well have helped to create.

39 Counsel for Bird submitted that, although the Condominium Corporation behaved reasonably in fixing the defects in the masonry, Bird should not be held liable for the cost of repairs the Corporation incurred in fixing the defective masonry. In support of this submission, counsel for Bird relied upon Lord Keith's argument in *Murphy, supra*, that the decision to repair a dangerous defect in a building is analogous to a decision to discard a defective article. In either case, Lord Keith noted,

grave en réparant un vice avant qu'il ne cause un dommage matériel. Il semblerait plutôt exceptionnel que le constructeur négligent puisse être tenu à l'indemnisation de la perte plus grande résultant de l'écroulement de l'immeuble, mais non du coût des réparations effectuées à temps.

Donc, permettre qu'un entrepreneur puisse être poursuivi en matière délictuelle pour le paiement des frais de réparation de vices dangereux joue un rôle de prévention important en encourageant une conduite socialement responsable.

Cette conclusion est étayée par les faits de la présente affaire qui tombent carrément dans la catégorie de ce que j'appellerais un «danger réel et important». Il est évident, d'après les faits qui nous ont été soumis, que la maçonnerie de l'immeuble appartenant à la société condominiale était en assez piètre état pour constituer un danger réel et important pour les occupants de cet immeuble et pour les passants. Le morceau de revêtement qui s'est détaché de l'immeuble était une plaque de pierre de Tyndall de quatre pouces d'épaisseur, d'une hauteur d'un étage, qui est tombée neuf étages plus bas. Nul doute que, si ce morceau de revêtement était tombé sur une personne ou sur un autre bien, il aurait causé un préjudice grave. En fait, ce n'est que par hasard que l'incident s'est produit au milieu de la nuit et qu'aucun préjudice n'a été causé. Dans ces circonstances, je crois que la société condominiale a agi de façon responsable et en propriétaire raisonnable de maison en faisant inspecter et réparer l'immeuble sur-le-champ. Bird ne devrait pas échapper à toute responsabilité du seul fait que la propriétaire actuelle de l'immeuble a agi rapidement pour atténuer le danger que Bird a peut-être bien elle-même contribué à créer.

L'avocat de Bird a fait valoir que, même si la société condominiale a agi raisonnablement en réparant les vices de la maçonnerie, Bird ne devrait pas être tenue responsable des frais de réparation ainsi engagés. L'avocat a invoqué, à l'appui de cet argument, le raisonnement de lord Keith qui a dit, dans l'arrêt *Murphy*, précité, que la décision de réparer un vice dangereux dans un immeuble est analogue à celle de se défaire d'un article défectueux. Dans un cas comme dans l'autre, souligne

at p. 918, the cost of repair cannot be characterized as a recoverable loss because the owner of the defective article may simply discard it and thereby remove the danger:

It is difficult to draw a distinction in principle between an article which is useless or valueless and one which suffers from a defect which would render it dangerous in use but which is discovered by the purchaser in time to avert any possibility of injury. The purchaser may incur expense in putting right the defect, or, more probably, discard the article. In either case the loss is purely economic.

While Lord Keith's argument has some appeal on the basis of abstract logic, I do not believe it is sufficient to preclude imposing liability on contractors for the cost of repairing dangerous defects. The weakness of the argument is that it is based upon an unrealistic view of the choice faced by home owners in deciding whether to repair a dangerous defect in their home. In fact, a choice to "discard" a home instead of repairing the dangerous defect is no choice at all: most home owners buy a home as a long term investment and few home owners, upon discovering a dangerous defect in the home, will choose to abandon or sell the building rather than to repair the defect. Indeed, in most cases, the cost of fixing a defect in a house or building, within the reasonable life of that house or building, will be far outweighed by the cost of replacing the house or buying a new one. This was certainly demonstrated in this case by the fact that the Condominium Corporation incurred costs of over \$1.5 million in repairing the building rather than choosing to abandon or sell the building. I conclude therefore that contractors ought reasonably to foresee that subsequent purchasers of the building will incur expenses to repair dangerous defects created by their negligence during the useful life of the building.

Given the clear presence of a real and substantial danger in this case, I do not find it necessary to consider whether contractors should also in princi-

ple lord Keith, à la p. 918, les frais de réparation ne sauraient être qualifiés de perte susceptible de donner lieu à indemnisation parce que le propriétaire de l'article défectueux peut simplement s'en défaire et écarter ainsi le danger:

[TRADUCTION] Il est difficile d'établir une distinction de principe entre un article inutile ou sans valeur et un article ayant une déféctuosité qui le rendrait dangereux à utiliser mais que l'acheteur découvre à temps pour éviter toute possibilité de blessure. L'acheteur peut engager des frais pour réparer le défaut ou, plus vraisemblablement, il peut se défaire de l'article en question. Dans les deux cas, il s'agit d'une perte purement économique.

Quoique l'argument de lord Keith présente un certain attrait sur le plan de la logique abstraite, je ne le crois pas suffisant pour soustraire un entrepreneur à la responsabilité d'indemniser les frais de réparation de vices dangereux. La faiblesse de cet argument réside dans le fait qu'il se fonde sur une conception irréaliste du choix qu'ont à faire les propriétaires de maison en décidant s'ils répareront un vice dangereux dans leur maison. En fait, le choix de «se défaire» d'une maison au lieu de la réparer n'est absolument pas un choix: la plupart des propriétaires acquièrent leur maison à titre de placement à long terme et rares sont ceux qui, après avoir découvert que leur maison comporte un vice dangereux, choisiront de l'abandonner ou de la vendre plutôt que de réparer le vice en question. Dans la plupart des cas, en effet, il en coûte moins — et de loin — de réparer le vice d'une maison ou d'un immeuble pendant sa vie utile raisonnable que de remplacer ce bâtiment ou d'en acheter un autre. C'est ce qu'a certainement démontré, en l'espèce, le fait que la société condominiale a engagé des frais de plus de 1,5 million de dollars pour réparer l'immeuble en cause plutôt que de l'abandonner ou de le vendre. Je conclus, en conséquence, qu'un entrepreneur devrait raisonnablement prévoir que les acquéreurs subséquents d'un immeuble engageront des dépenses pour réparer des vices dangereux qui résulteront de sa négligence et qui se manifesteront au cours de la vie utile de l'immeuble.

Comme il y avait manifestement un danger réel et important en l'espèce, je ne juge pas nécessaire d'examiner si un entrepreneur devrait en principe

ple be held to owe a duty to subsequent purchasers for the cost of repairing non-dangerous defects in buildings. It was not raised by the parties. I note that appellate courts in New Zealand (in *Bowen, supra*), Australia (*Bryan v. Moloney*, Sup. Ct. Tasmania, No. A77/1993, October 6, 1993) and in numerous American states (e.g., *Lempke v. Dagenais*, 547 A.2d 290 (N.H. Sup. Ct. 1988); *Richards v. Powercraft Homes, Inc.*, 678 P.2d 427 (Ariz. Sup. Ct. 1984) (*en banc*); *Terlinde, supra*) have all recognized some form of general duty of builders and contractors to subsequent purchasers with regard to the reasonable fitness and habitability of a building. In Quebec, it is also now well-established that contractors, subcontractors, engineers and architects owe a duty to successors in title in immovable property for economic loss suffered as a result of faulty construction, design and workmanship (see arts. 1442, 2118-2120 of the *Civil Code of Quebec*, S.Q. 1991, c. 64; Pierre-Gabriel Jobin, *La vente dans le Code civil du Québec* (1993), at pp. 79 and 142). However, it is right to note that from the tone of Dickson J.'s reasons in *Fraser-Reid v. Droumtsekas*, [1980] 1 S.C.R. 720, at pp. 729-31, he would appear to be cool to the idea, though he found it unnecessary to canvass the point. For my part, I would require argument more squarely focused on the issue before entertaining this possibility.

être assujéti également à une obligation envers les acquéreurs subséquents en ce qui concerne les frais de réparation des vices non dangereux d'un immeuble. Ce point n'a pas été soulevé par les parties. Je souligne toutefois que les tribunaux d'appel en Nouvelle-Zélande (dans l'arrêt *Bowen*, précité), en Australie (*Bryan c. Moloney*, C.S. Tasmanie, n° A77/1993, 6 octobre 1993) et dans de nombreux États américains (p. ex., *Lempke c. Dagenais*, 547 A.2d 290 (C.S.N.H. 1988), *Richards c. Powercraft Homes, Inc.*, 678 P.2d 427 (C.S. Ariz. 1984) (*in banco*), *Terlinde*, précité) ont tous reconnu que les constructeurs et les entrepreneurs ont envers tous les acquéreurs subséquents une forme d'obligation générale de garantir qu'un immeuble est raisonnablement en bon état et habitable. Au Québec, il est maintenant bien établi que les entrepreneurs, sous-entrepreneurs, ingénieurs et architectes ont envers les propriétaires successifs d'un bien immeuble une obligation relative à la perte économique résultant de vices de construction et de conception et de malfaçons (voir les art. 1442 et 2118 à 2120 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64; Pierre-Gabriel Jobin, *La vente dans le Code civil du Québec* (1993), aux pp. 79 et 142). Toutefois, il est juste de signaler que, d'après le ton de ses motifs dans l'affaire *Fraser-Reid c. Droumtsekas*, [1980] 1 R.C.S. 720, aux pp. 729 à 731, c'est là une idée à laquelle le juge Dickson n'était pas très réceptif, quoiqu'il n'ait pas estimé nécessaire d'examiner ce point. Pour ma part, il me faudrait une argumentation plus directement axée sur la question pour que je puisse envisager cette possibilité.

42

Without entering into this question, I note that the present case is distinguishable on a policy level from cases where the workmanship is merely shoddy or substandard but not dangerously defective. In the latter class of cases, tort law serves to encourage the repair of dangerous defects and thereby to protect the bodily integrity of inhabitants of buildings. By contrast, the former class of cases bring into play the questions of quality of workmanship and fitness for purpose. These questions do not arise here. Accordingly, it is sufficient for present purposes to say that, if Bird is found negligent at trial, the Condominium Corporation

Sans me lancer dans un examen de la question, je fais remarquer que la présente affaire peut se distinguer, en principe, des cas où l'exécution des travaux est simplement de mauvaise qualité ou inférieure à la norme, mais ne comporte aucun vice dangereux. Pour ce qui est de cette dernière catégorie, le droit de la responsabilité délictuelle sert à encourager la réparation des vices dangereux et, partant, à protéger l'intégrité physique des occupants d'immeubles. Par contre, la première catégorie de cas soulève des questions de qualité de l'exécution des travaux et d'adaptation à la destination. Ces questions ne se posent pas en l'es-

would be entitled on this reasoning to recover the reasonable cost of putting the building into a non-dangerous state, but not the cost of any repairs that would serve merely to improve the quality, and not the safety, of the building.

I conclude that the law in Canada has now progressed to the point where it can be said that contractors (as well as subcontractors, architects and engineers) who take part in the design and construction of a building will owe a duty in tort to subsequent purchasers of the building if it can be shown that it was foreseeable that a failure to take reasonable care in constructing the building would create defects that pose a substantial danger to the health and safety of the occupants. Where negligence is established and such defects manifest themselves before any damage to persons or property occurs, they should, in my view, be liable for the reasonable cost of repairing the defects and putting the building back into a non-dangerous state.

Are There Any Considerations that Ought to Negate (a) the Scope of the Duty and (b) the Class of Persons to Whom it is Owed or (c) the Damages to which a Breach of it May Give Rise?

There are two primary and interrelated concerns raised by the recognition of a contractor's duty in tort to subsequent purchasers of buildings for the cost of repairing dangerous defects. The first is that warranties respecting quality of construction are primarily contractual in nature and cannot be easily defined or limited in tort. Sidney Barrett, in "Recovery of Economic Loss in Tort for Construction Defects: A Critical Analysis" (1989), 40 *S.C. L. Rev.* 891, at p. 941, makes this argument in the following terms:

pece. Il suffit donc, pour les présentes fins, de dire que, si Bird était jugée négligente en première instance, la société condominiale aurait droit, suivant ce raisonnement, à l'indemnisation des frais raisonnables engagés pour mettre l'immeuble dans un état où il ne présente aucun danger, mais non à l'indemnisation des frais des réparations qui ne serviraient qu'à améliorer l'immeuble sur le plan qualitatif, mais non sur celui de la sécurité.

Je conclus que le droit canadien en est rendu au stade où on peut affirmer que les entrepreneurs (ainsi que les sous-entrepreneurs, architectes et ingénieurs) qui participent à la conception et à la construction d'un immeuble auront envers les acquéreurs subséquents de celui-ci une obligation en matière délictuelle, s'il est possible de démontrer qu'il était prévisible que l'omission de faire preuve de diligence raisonnable lors de la construction de l'immeuble créerait des vices qui présentent un grave danger pour la santé et la sécurité de ses occupants. Lorsque l'existence de négligence est établie et que ces vices se manifestent avant que ne se produise un préjudice corporel ou matériel, ils devraient, à mon sens, être responsables des frais raisonnables engagés pour réparer les vices et pour remettre l'immeuble dans un état où il ne présente plus de danger.

Existe-t-il des facteurs qui devraient annihiler a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages-intérêts pouvant être accordés par suite du manquement à cette obligation?

La reconnaissance qu'un entrepreneur a, envers les acquéreurs subséquents d'un immeuble, une obligation en matière délictuelle de les indemniser des frais de réparation des vices dangereux suscite deux craintes fondamentales et étroitement liées. La première est que les garanties relatives à la qualité de la construction ne soient de nature essentiellement contractuelle et ne puissent pas être facilement définies ou limitées en matière délictuelle. Dans «Recovery of Economic Loss in Tort for Construction Defects: A Critical Analysis» (1989), 40 *S.C. L. Rev.* 891, à la p. 941, Sidney Barrett formule cet argument de la manière suivante:

43

44

Perhaps more than any other industry, the construction industry is “vitaly enmeshed in our economy and dependent on settled expectations”. The parties involved in a construction project rely on intricate, highly sophisticated contracts to define the relative rights and responsibilities of the many persons whose efforts are required — owner, architect, engineer, general contractor, subcontractor, materials supplier — and to allocate among them the risk of problems, delays, extra costs, unforeseen site conditions, and defects. Imposition of tort duties that cut across those contractual lines disrupts and frustrates the parties’ contractual allocation of risk and permits the circumvention of a carefully negotiated contractual balance among owner, builder, and design professional.

45 The second concern is that the recognition of such a duty interferes with the doctrine of *caveat emptor* which, as this Court affirmed in *Fraser-Reid, supra*, at p. 723, “has lost little of its pristine force in the sale of land”. The doctrine of *caveat emptor* dictates that, in the absence of an express warranty, there is no implied warranty of fitness for human habitation upon the purchase of a house already completed at the time of sale. Huband J.A. of the Manitoba Court of Appeal relied on this doctrine in concluding that no duty in tort could be owed to subsequent purchasers of a building. He presented the argument, at p. 90, as follows:

The maxim, *caveat emptor*, operates as between purchaser and vendor. But the very existence of the principle instructs the potential purchaser to rely upon his own investigations, inspections and inquiries The concept of “buyer beware” tells the potential purchaser that if it seeks greater protection than its own investigations, inspections and inquiries provide, it should seek appropriate warranties from the vendor or, if that cannot be bargained, to seek out an insurer to cover anticipated future risks.

46 In my view, these concerns are both merely versions of the more general and traditional concern that allowing recovery for economic loss in tort

[TRADUCTION] Peut-être plus que n’importe lequel autre, le secteur de la construction «s’intègre de façon vitale dans notre économie et dépend de l’existence d’attentes certaines.» Ceux qui participent à la réalisation d’un projet de construction comptent sur des contrats détaillés et fort complexes pour préciser les droits et responsabilités relatifs des nombreuses personnes — propriétaire, architecte, ingénieur, entrepreneur général, sous-entrepreneur, fournisseur de matériaux — dont les efforts doivent être conjugués, et pour répartir entre eux les risques de problèmes, de retards, de frais supplémentaires, de conditions imprévues sur le chantier et de défauts. Imposer des obligations en matière délictuelle qui coupent à travers ces limites contractuelles a pour effet de perturber et de contrecarrer la répartition du risque effectuée par les parties dans leur contrat, et permet de contourner un équilibre contractuel soigneusement négocié entre le propriétaire, le constructeur et le concepteur professionnel.

La seconde crainte est que la reconnaissance d’une telle obligation ne s’oppose à la règle *caveat emptor* qui, comme l’affirme notre Cour dans l’arrêt *Fraser-Reid*, précité, à la p. 723, «n’a guère perdu de sa force d’antan en ce qui a trait à la vente de biens-fonds». Suivant la règle *caveat emptor*, en l’absence d’une garantie expresse, il n’existe pas de garantie implicite qu’une maison déjà parachevée au moment de la vente est habitable. Le juge Huband de la Cour d’appel du Manitoba s’est appuyé sur cette règle pour conclure à l’inexistence d’une obligation en matière délictuelle envers les acquéreurs subséquents d’un immeuble, point de vue qu’il a exposé de la façon suivante, à la p. 90:

[TRADUCTION] La maxime *caveat emptor* s’applique entre l’acquéreur et le vendeur. Mais, de par son existence même, ce principe enseigne à l’acheteur éventuel qu’il doit s’en remettre à ses propres investigations, inspections et enquêtes [. . .] La maxime «que l’acheteur prenne garde» enseigne à l’acheteur éventuel que s’il cherche une protection plus étendue que celle résultant de ses propres investigations, inspections et enquêtes, il devrait demander au vendeur les garanties voulues ou, s’il ne peut pas les négocier, demander à un assureur de couvrir les risques futurs prévus.

À mon sens, ces craintes ne sont que des variantes de celle plus générale et traditionnelle que, si l’indemnisation de la perte économique est

will subject a defendant to what Cardozo C.J. in *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y.C.A. 1931), at p. 444, called “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class.” In light of the fact that most buildings have a relatively long useful life, the concern is that a contractor will be subject potentially to an indeterminate amount of liability to an indeterminate number of successive owners over an indeterminate time period. The doctrines of privity of contract and *caveat emptor* provide courts with a useful mechanism for limiting liability in tort. But the problem, as I will now attempt to demonstrate, is that it is difficult to justify the employment of these doctrines in the tort context in any principled manner apart from their utility as mechanisms for limiting liability.

The Concern with Overlap Between Tort and Contract Duties

Turning to the first concern, a duty on the part of contractors to take reasonable care in the construction of buildings can, in my view, be conceptualized in the absence of contract and will not result in indeterminate liability to the contractor. As I mentioned earlier, this Court has recognized that a tort duty can arise concurrently with a contractual duty, so long as that tort duty arises independently of the contractual duty; see *Rafuse, supra*; *Edgeworth, supra*. As I see it, the duty to construct a building according to reasonable standards and without dangerous defects arises independently of the contractual stipulations between the original owner and the contractor because it arises from a duty to create the building safely and not merely according to contractual standards of quality. It must be remembered that we are speaking here of a duty to construct the building according to reasonable standards of safety in such a manner that it does not contain dangerous defects. As this duty arises independently of any contract, there is no logical reason for allowing the contractor to rely upon a contract made with the original

permise en matière délictuelle, le défendeur ne se voie assujéti à ce que le juge en chef Cardozo, dans la décision *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (C.A.N.Y. 1931), à la p. 444, qualifie de [TRADUCTION] «responsabilité pour un montant indéterminé pour un temps indéterminé à l’égard d’une catégorie indéterminée.» Étant donné que la plupart des immeubles ont une vie utile relativement longue, on craint que l’entrepreneur puisse être assujéti à une responsabilité pour un montant indéterminé envers un nombre indéterminé de propriétaires successifs pendant une période indéterminée. Or, les théories du lien contractuel et du *caveat emptor* constituent pour les tribunaux un moyen pratique de limiter la responsabilité délictuelle. Mais, comme je vais maintenant tenter de le démontrer, le problème réside dans le fait que, indépendamment de leur utilité comme moyens de limiter la responsabilité, l’application de ces théories dans le contexte délictuel est difficile à justifier sur le plan des principes.

La crainte de chevauchement des obligations contractuelles et de celles en matière délictuelle

En ce qui concerne la première crainte, l’obligation de l’entrepreneur de faire preuve de diligence raisonnable dans la construction d’un immeuble peut, à mon avis, se concevoir en l’absence d’un contrat et n’entraînera pas une responsabilité indéterminée de sa part. Comme je l’ai déjà mentionné, notre Cour a reconnu qu’une obligation en matière délictuelle peut coexister avec une obligation contractuelle, pour peu qu’elle prenne naissance indépendamment de celle-ci; voir les arrêts *Rafuse* et *Edgeworth*, précités. D’après moi, l’obligation de construire un immeuble en conformité avec des normes raisonnables et de manière à ce qu’il soit exempt de tout vice dangereux existe indépendamment des stipulations contractuelles entre le premier propriétaire et l’entrepreneur, puisqu’elle découle de l’obligation de construire un immeuble conformément aux exigences de la sécurité et non pas simplement aux normes de qualité contractuelles. Il faut se rappeler qu’il est question ici de l’obligation de construire l’immeuble selon des normes raisonnables de sécurité et de telle manière qu’il ne comporte aucun vice dangereux. Puisque

owner to shield him or her from liability to subsequent purchasers arising from a dangerously constructed building. This point was forcefully made by Richmond P. in *Bowen, supra*, at p. 407:

It is clear that a builder or architect cannot defend a claim in negligence made against him by a third person by saying that he was working under a contract for the owner of the land. He cannot say that the only duty which he owed was his contractual duty to the owner. Likewise he cannot say that the nature of his contractual duties to the owner sets a limit to the duty of care which he owes to third parties. As regards this latter point it is, for example, obvious that a builder who agreed to build a house in a manner which he knows or ought to know will prove a source of danger to third parties cannot say, in answer to a claim by third parties, that he did all that the owner of the land required him to do.

In the same case, Woodhouse J., at p. 419, made a similar point in the following terms:

... I do not consider the courts need be astute to protect those prepared to undertake jerry-building or shoddy work against the reasonable claims of innocent third parties merely because their bad work was done to a deliberate pattern or by arrangement. The recognition of a duty situation does not depend upon overcoming some initial bias in favour of excluding it. Instead, the principle described by Lord Atkin "... ought to apply unless there is some justification or valid explanation for its exclusion": *Dorset Yacht Co Ltd v Home Office* [1970] AC 1004, 1027. ... I do not regard a private contractual arrangement for an inefficient design or for an unworkmanlike or inadequate type of construction as any sort of "justification or valid explanation" for releasing the builder from his duty to those who otherwise could look to him for relief.

cette obligation existe indépendamment de tout contrat, il n'y a aucune raison logique de permettre que l'entrepreneur invoque son contrat avec le premier propriétaire pour se soustraire à toute responsabilité envers les acquéreurs subséquents, découlant du fait que l'immeuble a été construit d'une manière qui le rend dangereux. C'est ce que souligne vigoureusement le président Richmond dans l'arrêt *Bowen*, précité, à la p. 407:

[TRADUCTION] De toute évidence, un constructeur ou un architecte ne saurait invoquer, comme défense à une action pour négligence intentée contre lui par un tiers, qu'il exécutait un contrat conclu avec le propriétaire du terrain. Il ne saurait affirmer qu'il n'a aucune autre obligation que son obligation contractuelle envers le propriétaire. Il ne saurait non plus soutenir que la nature de ses obligations contractuelles envers le propriétaire vient limiter la portée de son obligation de diligence envers des tiers. Pour ce qui est de ce dernier point, il est évident, par exemple, que le constructeur qui s'est engagé à construire une maison d'une manière qui, il le sait ou devrait le savoir, constituera un danger pour des tiers ne saurait opposer à une réclamation par des tiers qu'il a fait tout ce qu'avait exigé le propriétaire du terrain.

À la page 419 de la même affaire, le juge Woodhouse exprime un point de vue analogue:

[TRADUCTION] ... je ne crois pas que les tribunaux doivent, du simple fait que les travaux ont été mal exécutés conformément à un plan ou à une entente délibérés, s'ingénier à protéger, contre les réclamations raisonnables de tiers innocents, les personnes disposées à effectuer des travaux de construction bon marché ou de mauvaise qualité. La reconnaissance qu'une situation fait naître une obligation ne tient pas au fait d'écarter quelque parti pris initial contre l'existence d'une obligation. Au contraire, le principe de lord Atkin «... devrait s'appliquer sauf s'il existe une raison ou une explication valable justifiant son exclusion»: *Dorset Yacht Co Ltd c Home Office* [1970] AC 1004, à la p. 1027 [...]. Selon moi, une entente contractuelle privée prévoyant une conception inefficace, la malfaçon ou un type de construction inadéquat ne constitue d'aucune manière «une raison ou une explication valable» justifiant de dégager le constructeur de son obligation envers ceux qui autrement pourraient se tourner vers lui pour se faire dédommager.

The tort duty to construct a building safely is thus a circumscribed duty that is not parasitic upon any contractual duties between the contractor and

L'obligation en matière délictuelle de construire un immeuble conformément aux exigences de la sécurité est donc une obligation de portée res-

the original owner. Seen in this way, no serious risk of indeterminate liability arises with respect to this tort duty. In the first place, there is no risk of liability to an indeterminate class because the potential class of claimants is limited to the very persons for whom the building is constructed: the inhabitants of the building. The fact that the class of claimants may include successors in title who have no contractual relationship with the contractors does not, in my view, render the class of potential claimants indeterminate. As noted by the New Jersey Supreme Court in *Aronsohn v. Mandara*, 484 A.2d 675 (1984), at p. 680, “[t]he contractor should not be relieved of liability for unworkmanlike construction simply because of the fortuity that the property on which he did the construction has changed hands”.

Secondly, there is no risk of liability in an indeterminate amount because the amount of liability will always be limited by the reasonable cost of repairing the dangerous defect in the building and restoring that building to a non-dangerous state. Counsel for Bird advanced the argument that the cost of repairs claimed for averting a danger caused by a defect in construction could, in some cases, be disproportionate to the actual damage to persons or property that might be caused if that defect were not repaired. For example, he expressed concern that a given plaintiff could claim thousands of dollars in damage for a defect which, if left unrepaired, would cause only a few dollars damage to that plaintiff's other property. However, in my view, any danger of indeterminacy in damages is averted by the requirement that the defect for which the costs of repair are claimed must constitute a real and substantial danger to the inhabitants of the building, and the fact that the inhabitants of the building can only claim the reasonable cost of repairing the defect and mitigating the danger. The burden of proof will always fall on the plaintiff to demonstrate that there is a serious risk to safety, that the risk was caused by the con-

treinte qui n'est tributaire d'aucune obligation contractuelle de l'entrepreneur envers le premier propriétaire. Considérée ainsi, cette obligation en matière délictuelle ne présente aucun risque grave d'entraîner une responsabilité indéterminée. En premier lieu, il n'y a pas de risque de responsabilité envers une catégorie indéterminée, parce que la catégorie de demandeurs éventuels se limite aux personnes mêmes pour lesquelles l'immeuble est construit, soit ses occupants. Le fait que la catégorie de demandeurs puisse comprendre des propriétaires subséquents qui n'ont aucun lien contractuel avec les entrepreneurs n'a pas pour résultat, à mon avis, de rendre indéterminée la catégorie de demandeurs éventuels. Comme l'a fait remarquer la Cour suprême du New Jersey dans l'affaire *Aronsohn c. Mandara*, 484 A.2d 675 (1984), à la p. 680, [TRADUCTION] «[l]'entrepreneur ne devrait pas se voir déchargé de toute responsabilité découlant de la malfaçon du simple fait que le hasard a voulu que le bien-fonds sur lequel il a effectué les travaux de construction a changé de mains».

En deuxième lieu, il n'existe aucun risque de responsabilité pour un montant indéterminé puisque le montant de la responsabilité sera toujours limité par ce qu'il en coûte raisonnablement pour réparer le vice dangereux que comporte l'immeuble et pour remettre cet immeuble dans un état où il ne présente plus de danger. L'avocat de Bird a fait valoir que le coût des réparations effectuées pour parer à un danger résultant d'un vice de construction pouvait, dans certains cas, être disproportionné au préjudice corporel ou matériel qui pourrait être réellement subi si ce vice n'était pas réparé. L'avocat a dit s'inquiéter, par exemple, de ce qu'un demandeur donné puisse réclamer des dommages-intérêts s'élevant à des milliers de dollars pour un vice qui, s'il n'était pas réparé, ne causerait que pour quelques dollars de dommages à ses autres biens. J'estime cependant que tout risque d'indétermination des dommages est écarté par l'exigence que le vice à l'origine de la demande de remboursement de frais de réparation présente un danger réel et important pour les occupants de l'immeuble, et par le fait que ces derniers ne peuvent réclamer que les frais raisonnables de réparation engagés pour réparer le vice et atténuer le dan-

tractor's negligence, and that the repairs are required to alleviate the risk.

50 Finally, there is little risk of liability for an indeterminate time because the contractor will only be liable for the cost of repair of dangerous defects during the useful life of the building. Practically speaking, I believe that the period in which the contractor may be exposed to liability for negligence will be much shorter than the full useful life of the building. With the passage of time, it will become increasingly difficult for owners of a building to prove at trial that any deterioration in the building is attributable to the initial negligence of the contractor and not simply to the inevitable wear and tear suffered by every building; for a similar view, see Sachs L.J. in *Dutton*, *supra*, at p. 405.

The Caveat Emptor Concern

51 Turning to the second concern, *caveat emptor* cannot, in my view, serve as a complete shield to tort liability for the contractors of a building. In *Fraser-Reid*, *supra*, this Court relied on the doctrine of *caveat emptor* in rejecting a claim by a buyer of a house for the recognition of an implied warranty of fitness for human habitation. However, the Court explicitly declined to address the question of whether *caveat emptor* serves to negate a duty in tort (pp. 726-27). Accordingly, the question remains at large in Canadian law and must be resolved on the level of principle.

52 In *Fraser-Reid*, Dickson J. (as he then was) observed that the doctrine of *caveat emptor* stems from the *laissez-faire* attitudes of the eighteenth and nineteenth centuries and the notion that purchasers must fend for themselves in seeking protection by express warranty or by independent examination of the premises (at p. 723). The assumption underlying the doctrine is that the pur-

ger. Il incombera toujours au demandeur de prouver qu'il existe un risque grave pour la sécurité, que ce risque résulte de la négligence de l'entrepreneur et que des réparations s'imposent pour atténuer le risque.

Enfin, il y a peu de risque de responsabilité pour une période indéterminée puisque l'entrepreneur ne sera responsable des frais de réparation des vices dangereux que pendant la vie utile de l'immeuble. Du point de vue pratique, je crois que la période au cours de laquelle l'entrepreneur peut voir engager sa responsabilité pour négligence sera beaucoup plus courte que la vie utile de l'immeuble. Les propriétaires d'un immeuble éprouveront, au fil des ans, de plus en plus de difficulté à établir au procès qu'une détérioration de leur immeuble est attribuable à la négligence initiale de l'entrepreneur et non pas simplement à l'usure inévitable que subit n'importe quel bâtiment; pour un point de vue analogue, voir les propos du lord juge Sachs dans l'arrêt *Dutton*, précité, à la p. 405.

La crainte relative à la règle caveat emptor

En ce qui concerne la deuxième crainte, la règle *caveat emptor* ne saurait, selon moi, soustraire complètement à la responsabilité délictuelle les entrepreneurs qui ont construit un immeuble. Dans l'arrêt *Fraser-Reid*, précité, notre Cour s'est fondée sur la règle *caveat emptor* pour rejeter la demande de l'acheteur d'une maison visant à faire reconnaître l'existence d'une garantie implicite que la maison était habitable. La Cour a toutefois expressément refusé d'aborder la question de savoir si la règle *caveat emptor* sert à annuler toute obligation en matière délictuelle (aux pp. 726 et 727). Par conséquent, cette question reste entière en droit canadien et c'est sur le plan des principes qu'il faut la trancher.

Dans l'arrêt *Fraser-Reid*, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a fait remarquer que la règle *caveat emptor* découle des attitudes de laisser-faire des XVIII^e et XIX^e siècles et de la notion que les acheteurs doivent se débrouiller tout seuls en cherchant à se protéger au moyen d'une garantie expresse ou d'un examen des lieux par un expert (à la p. 723). L'hypothèse sous-jacente à la règle

chaser of a building is better placed than the seller or builder to inspect the building and to bear the risk that latent defects will emerge necessitating repair costs. However, in my view, this is an assumption which (if ever valid) is simply not responsive to the realities of the modern housing market. In *Lempke, supra*, at p. 295, the Supreme Court of New Hampshire made reference to a number of policy factors that strongly militate against the rigid application of the doctrine of *caveat emptor* with regard to tort claims for construction defects:

First, "(c)ommon experience teaches that latent defects in a house will not manifest themselves for a considerable period of time . . . after the original purchaser has sold the property to a subsequent unsuspecting buyer." . . .

Second, our society is rapidly changing.

"We are an increasingly mobile people; a builder-vendor should know that a house he builds might be resold within a relatively short period of time and should not expect that the warranty will be limited by the number of days that the original owner holds onto the property."

. . . Furthermore, "the character of society has changed such that the original buyer is not in a position to discover hidden defects. . . ."

Third, like an initial buyer, the subsequent purchaser has little opportunity to inspect and little experience and knowledge about construction. "Consumer protection demands that those who buy homes are entitled to rely on the skill of a builder and that the house is constructed so as to be reasonably fit for its intended use." . . .

Fourth, the builder/contractor will not be unduly taken unaware by the extension of the warranty to a subsequent purchaser. "The builder already owes a duty to construct the home in a workmanlike manner. . . ." . . . And extension to a subsequent purchaser, within a reasonable time, will not change this basic obligation.

caveat emptor veut que l'acquéreur d'un immeuble soit mieux placé que le vendeur ou le constructeur pour l'inspecter et pour assumer le risque que ne se manifestent des vices latents qui nécessiteront l'engagement de frais pour les réparer. Je suis cependant d'avis que cette hypothèse (si jamais elle est valable) ne tient tout simplement pas compte des réalités du marché moderne du logement. Dans la décision *Lempke*, précitée, la Cour suprême du New Hampshire évoque, à la p. 295, un certain nombre de considérations de principe qui militent fortement contre l'application stricte de la règle *caveat emptor* aux demandes relatives à des vices de construction, fondées sur la responsabilité délictuelle:

[TRADUCTION] Premièrement, «(l)'expérience commune démontre que les vices latents d'une maison ne se manifestent qu'à long terme [. . .] après que le premier acheteur a vendu la propriété à un preneur qui ne se doute de rien» . . .

Deuxièmement, nous vivons dans une société qui évolue rapidement.

«Nous sommes un peuple de plus en plus mobile; un constructeur-vendeur devrait savoir qu'une maison qu'il construit pourrait être revendue à relativement brève échéance et ne devrait pas s'attendre à ce que la garantie soit limitée par le nombre de jours pendant lesquels la propriété est détenue par le premier propriétaire.»

. . . Qui plus est, «la nature de notre société a changé, si bien que le premier acquéreur n'est pas en mesure de déceler des vices cachés. . . .»

Troisièmement, tout comme le premier acquéreur, l'acquéreur subséquent n'a guère l'occasion de procéder à une inspection et n'a que peu d'expérience et de connaissances en construction. «Il est impératif, pour la protection du consommateur, que celui qui achète une maison puisse se fier à la compétence d'un constructeur et que la maison soit construite de manière à être raisonnablement adaptée à sa destination.» . . .

Quatrièmement, le constructeur-entrepreneur ne sera pas indûment pris au dépourvu si la garantie est étendue à un acquéreur subséquent. «Il incombe déjà au constructeur de construire la maison selon les règles de l'art. . . .» [. . .] Cette obligation fondamentale ne change pas du fait que la garantie est transférée à un acquéreur subséquent dans un délai raisonnable.

Fifth, arbitrarily interposing a first purchaser as a bar to recovery "might encourage sham first sales to insulate builders from liability."

Philip H. Osborne makes the further point in "A Review of Tort Decisions in Manitoba 1990-1993", [1993] *Man. L.J.* 191, at p. 196, that contractors and builders, because of their knowledge, skill and expertise, are in the best position to ensure the reasonable structural integrity of buildings and their freedom from latent defect. In this respect, the imposition of liability on builders provides an important incentive for care in the construction of buildings and a deterrent against poor workmanship.

Cinquièmement, si on retenait arbitrairement comme empêchement à l'indemnisation le fait qu'il ne s'agit pas du premier propriétaire, cela «risquerait de favoriser des ventes initiales factices destinées à écarter la responsabilité du constructeur.»

De plus, Philip H. Osborne signale dans «A Review of Tort Decisions in Manitoba 1990-1993», [1993] *R.D. Man.* 191, à la p. 196, que les entrepreneurs et les constructeurs sont, en raison de leurs connaissances, compétence et expertise, les mieux placés pour garantir l'intégrité structurale raisonnable des immeubles et leur exemption de tout vice latent. À cet égard, le fait que leur responsabilité soit engagée incite grandement les constructeurs à faire preuve de diligence dans la construction d'immeubles et contribue à décourager la malfaçon.

53

My conclusion that a subsequent purchaser is not the best placed to bear the risk of the emergence of latent defects is borne out by the facts of this case. It is significant that, when cracking first appeared in the mortar of the building in 1982, the Condominium Corporation actually hired Smith Carter, the original architect of the building, along with a firm of structural engineers, to assess the condition of the mortar work and exterior cladding. These experts failed to detect the latent defects that appear to have caused the cladding to fall in 1989. Thus, although it is clear that the Condominium Corporation acted with diligence in seeking to detect hidden defects in the building, they were nonetheless unable to detect the defects or to foresee the collapse of the cladding in 1989. This, in my view, illustrates the unreality of the assumption that the purchaser is better placed to detect and bear the risk of hidden defects. For this Court to apply the doctrine of *caveat emptor* to negate Bird's duty in tort would be to apply a rule that has become completely divorced, in this context at least, from its underlying rationale.

Les faits de la présente affaire viennent confirmer ma conclusion que ce n'est pas l'acquéreur subséquent qui est le mieux placé pour assumer le risque que des vices latents ne se manifestent. Il est révélateur que, lorsque des fissures ont commencé à apparaître dans le mortier de l'immeuble en 1982, la société condominiale a en fait retenu les services de Smith Carter, soit le cabinet d'architectes qui avait conçu l'immeuble, et d'un cabinet d'ingénieurs de structure, pour évaluer l'état du mortier et du revêtement extérieur. Ces experts n'ont pas décelé les vices latents qui semblent avoir été à l'origine de la chute d'une partie du revêtement en 1989. Donc, bien qu'il soit évident que la société condominiale a agi diligemment en cherchant à déceler les vices cachés de l'immeuble, elle a néanmoins été incapable de les déceler ou de prévoir la chute du revêtement qui s'est produite en 1989. Voilà qui, à mon avis, démontre combien il est irréaliste de supposer que l'acheteur est mieux placé pour déceler les vices latents et en assumer le risque. Si notre Cour appliquait la règle *caveat emptor* pour annuler l'obligation de Bird en matière délictuelle, elle se trouverait à appliquer une règle qui, dans ce contexte du moins, n'a plus aucun rapport avec sa raison d'être fondamentale.

Conclusion

I conclude, then, that no adequate policy considerations exist to negate a contractor's duty in tort to subsequent purchasers of a building to take reasonable care in constructing the building, and to ensure that the building does not contain defects that pose foreseeable and substantial danger to the health and safety of the occupants. In my view, the Manitoba Court of Appeal erred in deciding that Bird could not, in principle, be held liable in tort to the Condominium Corporation for the reasonable cost of repairing the defects and putting the building back into a non-dangerous state. These costs are recoverable economic loss under the law of tort in Canada.

The Manitoba Court of Appeal affirmed the trial judge's dismissal of the motion for summary judgment but allowed the appeal from the trial judge's decision with respect to the motion to strike on the grounds that Bird's claim did not disclose a reasonable cause of action. As I have decided that Bird's claim discloses a reasonable cause of action, I would accordingly order the case to proceed to trial. I am also in agreement with both the trial judge and the Court of Appeal that this matter should not be resolved on a motion for summary judgment. In *Podkriznik v. Schwede*, [1990] 4 W.W.R. 220 (Man. C.A.), Twaddle J.A. made it clear, at p. 224, that a court considering a motion for summary judgment under Rule 20 of the Manitoba Queen's Bench Rules must take a "hard look at the merits of an action" (quoting from *Vaughan v. Warner Communications Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242 (H.C.), at p. 247) and determine whether there is a "real chance" that the action will be successful. In my view, Galanchuk J. was correct in concluding that there are genuine issues for trial in this case. In particular, there are conflicting allegations regarding Bird's participation in the construction and planning of the building, which disposes of the principal argument made on behalf of the respondent at the hearing. Issues such as

Conclusion

Je conclus donc à l'absence de considérations de principe suffisantes pour annuler l'obligation en matière délictuelle qu'un entrepreneur a, envers les acquéreurs subséquents d'un immeuble, de faire preuve de diligence raisonnable en le construisant, et de veiller à ce qu'il ne renferme aucun vice qui présente un danger prévisible et important pour la santé et la sécurité de ses occupants. Selon moi, c'est à tort que la Cour d'appel du Manitoba a conclu que Bird ne pouvait, en principe, être jugée responsable en matière délictuelle envers la société condominiale, relativement aux frais raisonnables engagés pour réparer les vices et remettre l'immeuble dans un état où il ne présenterait plus de danger. Suivant le droit canadien de la responsabilité délictuelle, ces frais représentent une perte économique susceptible de donner lieu à indemnisation.

La Cour d'appel du Manitoba a confirmé le rejet, par le juge de première instance, de la motion en vue d'un jugement sommaire, mais elle a accueilli l'appel interjeté contre sa décision relative à la motion en radiation pour le motif que la demande de Bird ne révélait aucune cause d'action raisonnable. Comme j'ai décidé que la demande de Bird révèle une cause d'action raisonnable, je suis d'avis d'ordonner que l'affaire soit instruite en première instance. Je conviens également avec le juge de première instance et la Cour d'appel que l'affaire ne devrait pas être tranchée en fonction d'une motion en vue d'un jugement sommaire. Dans l'arrêt *Podkriznik c. Schwede*, [1990] 4 W.W.R. 220 (C.A. Man.), le juge Twaddle précise, à la p. 224, qu'un tribunal saisi d'une motion en vue d'un jugement sommaire, fondée sur la règle 20 des *Règles de la Cour du Banc de la Reine* du Manitoba doit [TRADUCTION] «s'interroger sérieusement sur le bien-fondé de l'action» (citant la décision *Vaughan c. Warner Communications Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242 (H.C.), à la p. 247) et déterminer s'il existe une [TRADUCTION] «possibilité réelle» que l'action soit couronnée de succès. D'après moi, le juge Galanchuk a eu raison de conclure à l'existence de questions litigieuses en l'espèce. En particulier, il y a des allégations contra-

54

55

whether the work on the building was negligently performed, or whether Bird was negligent in the hiring of suitable subcontractors, or whether the danger was substantial and foreseeable can be considered at trial. This Court is not in a position to resolve these questions at this stage in the proceedings. Nor, despite the respondent's argument, is it necessary to reconsider the well-established principles regarding the vicarious liability of contractors for the work of sub-contractors. The appellant at no time raised this issue in this Court. The issue it raised was whether the Court of Appeal erred in its conclusion that the appellant's action in tort failed because the damages sought were not recoverable economic loss.

dictoires concernant la participation de Bird à la construction et à la conception de l'immeuble, ce qui règle l'argument principal avancé pour le compte de l'intimée à l'audience. Il est possible d'examiner notamment, au procès, si les travaux relatifs à l'immeuble ont été exécutés avec négligence, si Bird a fait preuve de négligence dans le choix de sous-entrepreneurs compétents, ou encore si le danger était important et prévisible. Notre Cour n'est pas en mesure de résoudre ces questions à ce stade des procédures. Quoi que prétende l'intimée, il n'est pas non plus nécessaire de reconsidérer les principes bien établis concernant la responsabilité du fait d'autrui des entrepreneurs relativement aux travaux exécutés par les sous-entrepreneurs. L'appelante n'a, à aucun moment, soulevé cette question devant nous. La question qu'elle a soulevée était de savoir si la Cour d'appel avait commis une erreur en concluant que l'action délictuelle de l'appelante devait être rejetée pour le motif qu'elle visait à obtenir des dommages-intérêts pour une perte économique qui ne pouvait pas donner lieu à indemnisation.

56

I would allow the appeal, reverse the decision of the Court of Appeal and make the following orders: that the losses alleged in the statement of claim, to the extent that they may be found to constitute pure economic loss flowing from the negligence of the respondent, be recoverable from the respondent, and that the order of the learned motions judge, that the within action proceed to trial against the respondent Bird Construction Co. Ltd. with respect to the remaining issues raised in the statement of claim, be reinstated. The appellant is entitled to its costs throughout.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rendre les deux ordonnances suivantes: que les pertes alléguées dans la déclaration puissent donner lieu à indemnisation par l'intimée, dans la mesure où il est possible de conclure qu'elles constituent une perte purement économique qui découle de la négligence de cette dernière, et que soit rétablie l'ordonnance du juge des requêtes que l'action contre l'intimée Bird Construction Co. Ltd. soit instruite en première instance relativement aux autres questions soulevées dans la déclaration. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Appeal allowed.

Pourvoi accueilli.

Solicitors for the appellant: Taylor, McCaffrey, Winnipeg.

Procureurs de l'appelante: Taylor, McCaffrey, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Inkster, Christie, Hughes, MacKay, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée: Inkster, Christie, Hughes, MacKay, Winnipeg.

Solicitors for the intervener: Campbell, Marr, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante: Campbell, Marr, Winnipeg.

**Mayfield Investments Ltd., operating as the
Mayfield Inn** *Appellant*

v.

**Gillian Stewart and Keith Stewart, and
Stuart David Pettie** *Respondents*

and between

**Gillian Stewart and Keith
Stewart** *Appellants*

v.

**Mayfield Investments Ltd., operating as the
Mayfield Inn, and Stuart David
Pettie** *Respondents*

INDEXED AS: STEWART v. PETTIE

File No.: 23739.

1994: October 13; 1995: January 26.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,
McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Torts — Negligence — Duty of care — Foreseeability — Causation — Commercial host serving alcoholic beverages — Person served involved in car accident — Passenger seriously injured — Whether commercial host met standard of care required of a vendor of alcohol — Whether commercial host negligent in failing to take any steps to ensure that the driver did not drive on leaving its premises — Whether relaxed standard for proof of causation.

After an evening of dinner and live theatre at the Mayfield Inn, a passenger in a car driven by her brother was seriously injured when he crashed the vehicle after losing control on slippery road conditions. His driving had been appropriate to the conditions. The driver's blood alcohol level, however, was well above the legal limit an hour after the accident. He had been drinking throughout the evening and the commercial host was aware of his condition when he left in that the same

**Mayfield Investments Ltd., faisant affaires
sous le nom de Mayfield Inn** *Appelante*

c.

**Gillian Stewart et Keith Stewart, et Stuart
David Pettie** *Intimés*

et entre

Gillian Stewart et Keith Stewart *Appellants*

c.

**Mayfield Investments Ltd., faisant affaires
sous le nom de Mayfield Inn, et Stuart
David Pettie** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: STEWART c. PETTIE

N° du greffe: 23739.

1994: 13 octobre; 1995: 26 janvier.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,
McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Prévisibilité — Lien de causalité — Hôte commercial servant des boissons alcoolisées — Client impliqué dans un accident d'automobile — Passagère grièvement blessée — L'hôte commercial a-t-il satisfait à la norme de diligence requise d'un vendeur d'alcool? — L'hôte commercial a-t-il fait preuve de négligence en ne prenant pas de dispositions pour s'assurer que le conducteur ne conduirait pas en quittant les lieux? — La norme de preuve du lien de causalité est-elle assouplie?

Après avoir dîné et assisté à une pièce de théâtre au Mayfield Inn, la passagère d'une automobile conduite par son frère a été grièvement blessée au moment où ce dernier a fait faire une embardée à son véhicule après en avoir perdu la maîtrise sur une chaussée glissante. Il avait bien conduit dans les circonstances. Une heure après l'accident, le taux d'alcoolémie du conducteur excédait toutefois de beaucoup la limite permise. Il avait bu pendant toute la soirée et l'hôte commercial connais-

waitress had served him all evening and had kept a running total of his tab. The passengers in the car had allowed the driver to drive, notwithstanding the availability of sober drivers in the party. In addition, the injured woman knew how much her brother had had to drink and how he reacted when intoxicated. No evidence was tendered as to what she or the other passengers would have done had the commercial host intervened.

The plaintiffs were unsuccessful at trial as against Mayfield Investments Ltd., but the trial judge awarded a provisional 10 percent against them in the event he was overturned on appeal and found the driver negligent, but not grossly negligent. The Court of Appeal allowed the appeal and found Mayfield negligent but did not otherwise disturb the trial judge's judgment. Mayfield Investments Ltd. appealed and the Stewarts cross-appealed the finding that the driver was not grossly negligent in his driving. At issue here was whether the commercial host met the standard of care required of a vendor of alcohol and whether it was negligent in failing to take any steps to ensure that the driver did not drive on leaving its premises. Two secondary issues, dealing with contributory negligence and gross negligence, did not arise.

Held: The appeal should be allowed; the cross-appeal should be dismissed.

A duty of care exists between alcohol-serving establishments and their patrons who are unable to look after themselves after becoming intoxicated. The establishment may be required to prevent an intoxicated patron from driving where it is apparent that he or she intends to drive. A duty is also owed to third parties who might reasonably be expected to come into contact with the intoxicated patron, and to whom that patron may pose some risk. A sufficient degree of proximity existed here between the commercial host and the injured passenger giving rise to a duty of care between them. The fact that she was in the vehicle driven by the patron rather than the passenger or driver of another vehicle was irrelevant for purposes of duty of care. The duty of care arose because she was a member of a class of persons who

sait son état au moment où il a quitté, puisque la même serveuse l'avait servi toute la soirée et avait tenu une addition cumulative de toutes les consommations qu'il avait commandées. Les passagers de l'automobile avaient permis au conducteur de prendre le volant, même si le groupe comptait des conducteurs sobres. En outre, la victime connaissait la quantité d'alcool que son frère avait consommée et la façon dont il réagissait lorsqu'il était ivre. Aucune preuve n'a été produite quant à savoir ce qu'elle-même ou les autres passagers auraient fait si l'hôte commercial était intervenu.

Les demandeurs n'ont pas obtenu gain de cause au procès contre Mayfield Investments Ltd., mais le juge de première instance a évalué la part de responsabilité de cette dernière à 10 pour 100 au cas où son jugement serait écarté en appel et il a conclu que, bien que négligent, le conducteur n'avait pas fait preuve de négligence grave. La Cour d'appel a accueilli l'appel et conclu que Mayfield avait été négligente, sans par ailleurs modifier la décision du juge de première instance. Mayfield Investments Ltd. a formé un pourvoi principal et les Stewart ont formé un pourvoi incident à l'encontre de la conclusion que le conducteur n'avait pas fait preuve de négligence grave dans la conduite de l'automobile. Il s'agit ici de déterminer si l'hôte commercial a satisfait à la norme de diligence requise d'un vendeur d'alcool et s'il a fait preuve de négligence en ne prenant pas de dispositions pour s'assurer que le conducteur ne conduirait pas en quittant les lieux. Deux questions secondaires, portant sur la négligence contributive et la négligence grave, ne se posent pas.

Arrêt: Le pourvoi principal est accueilli; le pourvoi incident est rejeté.

Les établissements qui servent de l'alcool ont une obligation de diligence envers leurs clients qui s'enivrent au point d'être incapables de prendre soin d'eux-mêmes. L'établissement peut être tenu d'empêcher un client ivre de prendre le volant lorsqu'il appert que celui-ci a l'intention de le faire. Une obligation existe également à l'égard des tiers dont on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'ils entrent en contact avec le client ivre, et que ce dernier peut exposer à un certain risque. En l'espèce, il y avait un lien suffisamment étroit entre l'hôte commercial et la passagère blessée pour qu'il existe entre elles une obligation de diligence. Aux fins de l'obligation de diligence, il n'importe pas qu'elle ait été une passagère du véhicule conduit par le client plutôt qu'une passagère ou la conductrice d'un autre véhicule. L'obligation de diligence naît du fait qu'elle faisait partie d'une catégorie de personnes que l'on pou-

could be expected to be on the highway. It is this class of persons to whom the duty is owed.

The question of whether a duty of care exists is a question of the relationship between the parties, not a question of conduct. The question of what conduct is required to satisfy the duty is a question of the appropriate standard of care. Commercial vendors of alcohol unquestionably owe a general duty of care to persons who can be expected to use the highways.

Liability here did not flow from the mere fact that the commercial host may have over-served the patron. Injury to a class of persons must be foreseeable as a result of the impugned conduct. The mere fact that an individual is over-imbibing does not necessarily lead, by itself, to any risk of harm to third parties. The commercial host will be required to take some action only if there is some foreseeable risk of harm to the patron or to a third party.

Notwithstanding legislation prohibiting the serving of alcohol to persons who are apparently intoxicated, no clear violation of liquor control legislation occurred here, given the fact that the patron was not exhibiting any signs of intoxication. Moreover, being in violation of legislation alone does not ground liability.

The reluctance of the courts to impose liability for a failure to take some positive action has been tempered where some "special relationship" between the parties warrants the imposition of a positive duty. Two questions must be answered: whether the defendant was required, in the circumstances, to take any positive steps at all, and if so, whether the steps taken discharged that burden.

The mere existence of a "special relationship" between vendors of alcohol and the motoring public, without more, does not necessarily permit the imposition of a positive obligation to act. Every person who enters a bar or restaurant is in an invitor-invitee relationship with the establishment and is therefore in a "special relationship" with that establishment. The existence of this relationship does not preclude a commercial host from considering other relevant factors in determining whether in the circumstances positive steps are necessary. Although the circumstances will often warrant the imposition of a positive obligation to act, no action will be required in the absence of foreseeability which is the *sine qua non* of tortious liability.

vait s'attendre à trouver sur la route. C'est envers cette catégorie de personnes que l'obligation existe.

La question de savoir s'il existe une obligation de diligence relève de la relation entre les parties, et non d'un comportement. La question de savoir quel comportement est requis pour satisfaire à l'obligation touche à la norme de diligence appropriée. Les débits d'alcool ont indubitablement une obligation générale de diligence envers les personnes dont on peut s'attendre à ce qu'elles prennent la route.

La responsabilité en l'espèce ne découle pas du seul fait que l'hôte commercial a pu trop servir à boire au client. Le préjudice causé à une catégorie de personnes doit être une conséquence prévisible du comportement attaqué. Le seul fait qu'un individu boive trop n'entraîne pas nécessairement, en soi, un risque de préjudice pour des tiers. Ce n'est que si le client ou un tiers risque de subir un préjudice que l'hôte commercial sera tenu de prendre des mesures.

Même si la législation sur les alcools interdit de servir quiconque est apparemment ivre, il n'est pas évident que la loi sur les alcools a été violée en l'espèce puisque le client ne montrait aucun signe d'ivresse. En outre, la violation de la loi ne justifie pas en soi l'imposition d'une responsabilité.

La réticence des tribunaux à juger quelqu'un responsable en raison de son omission de prendre des mesures positives s'est atténuée dans les cas où il existait entre les parties une «relation spéciale» justifiant l'imposition d'une obligation positive. Il faut répondre à deux questions: la défenderesse était-elle tenue, dans les circonstances, de prendre des mesures positives et, dans l'affirmative, les mesures prises l'ont-elle libérée du fardeau qui lui incombait?

La seule existence d'une «relation spéciale» entre les vendeurs d'alcool et les automobilistes, sans plus, ne permet pas nécessairement d'imposer une obligation positive d'agir. Quiconque entre dans un bar ou un restaurant a des rapports de personne invitante à personne invitée avec l'établissement et a donc une «relation spéciale» avec celui-ci. L'existence de cette relation n'empêche pas un hôte commercial de tenir compte d'autres facteurs pertinents pour déterminer si, dans les circonstances, des mesures positives sont requises. Bien que les circonstances justifient souvent l'imposition d'une obligation positive d'agir, aucune mesure ne sera requise en l'absence de prévisibilité qui est la condition *sine qua non* de la responsabilité délictuelle.

The commercial host here took no steps to ensure its patron did not drive. None of its employees asked if the patron intended to drive or suggested any alternative. The fact that it remained "vigilant" and maintained "careful observation" of its patron could not be equated with taking positive steps. The circumstances, however, were not such that a reasonably prudent establishment would have foreseen that the patron would drive, and therefore should have taken steps to prevent this. The commercial host knew that some of the party were sober and could reasonably assume one of them would drive. It did not need to enquire as to who was driving.

The plaintiff in a tort action has the burden of proving each of the elements of the claim on the balance of probabilities, including proving that the defendant's impugned conduct actually caused the loss complained of. An evidentiary gap exists here because no evidence was tendered as to whether the sober passengers would have come to the same or a different conclusion had the commercial host intervened in some way. Nothing unusual or difficult exists here to bring into play the rule allowing for a less onerous proof of causation because of some inherent difficulty in proving causation. Indeed, it was the injured person who could have provided this information and did not. The inference, which was not negated by evidence led, is that her decision would have been no different even if she had been informed by the commercial host of all the circumstances.

Cases Cited

Considered: *Jordan House Ltd. v. Menow*, [1974] S.C.R. 239; *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186; *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Sambell v. Hudago Enterprises Ltd.*, [1990] O.J. No. 2494 (QL); *Hague v. Billings* (1989), 48 C.C.L.T. 192 (Ont. H.C.), aff'd in part (1993), 13 O.R. (3d) 298 (C.A.); **referred to:** *Schmidt v. Sharpe* (1983), 27 C.C.L.T. 1; *Canada Trust Co. v. Porter* (1980), 2 A.C.W.S. (2d) 428; *Gibbons v. Yates*, Ont. Co. Ct., June 17, 1982, unreported; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Arland v. Taylor*, [1955] O.R. 131;

En l'espèce, l'hôte commercial n'a pris aucune mesure pour s'assurer que son client ne conduirait pas. Aucun de ses employés n'a demandé si le client comptait prendre le volant, ni proposé d'autres solutions. Le fait d'être demeuré «vigilant» et d'avoir exercé une «surveillance attentive» de son client ne pouvait être assimilé à des mesures positives. Toutefois, les circonstances n'étaient pas telles qu'un établissement raisonnablement prudent aurait prévu que le client prendrait le volant, et aurait donc dû prendre des mesures pour l'en empêcher. L'hôte commercial savait que certains membres du groupe étaient sobres, et pouvait raisonnablement présumer que l'un d'eux conduirait. Il n'était pas tenu de demander qui conduisait.

Dans une action délictuelle, le demandeur a le fardeau de prouver chacun des éléments de la demande selon la prépondérance des probabilités. Il doit établir, notamment, que le comportement attaqué du défendeur a vraiment causé la perte dont il se plaint. Il y a déficience de la preuve en l'espèce du fait qu'aucune preuve n'a été produite quant à savoir si les passagers sobres auraient tiré une conclusion identique ou différente si l'hôte commercial était intervenu de quelque façon. Dans la présente affaire, il n'y a rien d'inhabituel ou de difficile qui justifie d'appliquer la règle permettant d'alléger le fardeau de prouver le lien de causalité parce qu'il est difficile en soi de prouver l'existence d'un lien de causalité. En fait, la personne qui pouvait fournir cette information était la victime, et elle ne l'a pas fait. Il faut en conclure, ce qui n'est pas contredit par la preuve produite, que sa décision n'aurait pas été différente si l'hôte commercial l'avait informée de toute la situation.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Jordan House Ltd. c. Menow*, [1974] R.C.S. 239; *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186; *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Sambell c. Hudago Enterprises Ltd.*, [1990] O.J. No. 2494 (QL); *Hague c. Billings* (1989), 48 C.C.L.T. 192 (H.C. Ont.), conf. en partie par (1993), 13 O.R. (3d) 298 (C.A.); **arrêts mentionnés:** *Schmidt c. Sharpe* (1983), 27 C.C.L.T. 1; *Canada Trust Co. c. Porter* (1980), 2 A.C.W.S. (2d) 428; *Gibbons c. Yates*, C. cté Ont., 17 juin 1982, inédit; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Arland c.*

Gouge v. Three Top Investment Holdings Inc., [1994] O.J. No. 751 (QL); *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311.

Statutes and Regulations Cited

Contributory Negligence Act, R.S.A. 1980, c. C-23.
Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, c. H-7.
Liquor Licence Act, R.S.O. 1980, c. 244, s. 53.

Authors Cited

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1993), 141 A.R. 4, 46 W.A.C. 4, 10 Alta. L.R. (3d) 113, [1993] 7 W.W.R. 320, 16 C.C.L.T. (2d) 197, 44 M.V.R. (2d) 165, allowing in part an appeal from a judgment of Agrios J. (1991), 2 Alta. L.R. (3d) 97, [1992] 4 W.W.R. 532. Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

Daniel W. Hagg, Q.C., and *Allan A. Greber*, for the appellant/cross-respondent Mayfield Investments Ltd.

J. Philip Warner, Q.C., and *Doris I. Wilson*, for the respondents/cross-appellants Gillian Stewart and Keith Stewart.

Written submission only by *Peter R. Chomicki, Q.C.*, for the respondent/cross-respondent Stuart David Pettie.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — On December 8, 1985, Gillian Stewart, her husband Keith Stewart, her brother Stuart Pettie, and his wife Shelley Pettie went to the Stage West, a dinner theatre in Edmonton for an evening of dinner and live theatre. Before the evening was finished tragedy had struck. After leaving Stage West at the conclusion of the evening a minor single vehicle accident left Gillian Stewart a quadriplegic. Among others, she sued Mayfield Investments Ltd. (Mayfield), the owner of Stage West claiming contribution for her injuries. This appeal is to decide whether on the facts

Taylor, [1955] O.R. 131; *Gouge c. Three Top Investment Holdings Inc.*, [1994] O.J. No. 751 (QL); *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311.

Lois et règlements cités

Contributory Negligence Act, R.S.A. 1980, ch. C-23.
Highway Traffic Act, R.S.A. 1980, ch. H-7.
Liquor Licence Act, R.S.O. 1980, ch. 244, art. 53.

Doctrine citée

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1993), 141 A.R. 4, 46 W.A.C. 4, 10 Alta. L.R. (3d) 113, [1993] 7 W.W.R. 320, 16 C.C.L.T. (2d) 197, 44 M.V.R. (2d) 165, qui a accueilli en partie un appel contre un jugement du juge Agrios (1991), 2 Alta. L.R. (3d) 97, [1992] 4 W.W.R. 532. Pourvoi principal accueilli; pourvoi incident rejeté.

Daniel W. Hagg, c.r., et *Allan A. Greber*, pour l'appelante-intimée dans le pourvoi incident Mayfield Investments Ltd.

J. Philip Warner, c.r., et *Doris I. Wilson*, pour les intimés-appellants dans le pourvoi incident Gillian Stewart et Keith Stewart.

Argumentation écrite seulement par *Peter R. Chomicki, c.r.*, pour l'intimé dans les pourvois principal et incident Stuart David Pettie.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le 8 décembre 1985, Gillian Stewart, son époux Keith Stewart, son frère Stuart Pettie et l'épouse de ce dernier, Shelley Pettie, se sont rendus au café-théâtre Stage West à Edmonton, où ils devaient dîner et assister à une pièce de théâtre. Ce soir-là fut marqué d'une tragédie. Après avoir quitté le Stage West à la fin de la soirée, un petit accident impliquant un seul véhicule a laissé Gillian Stewart tétraplégique. Elle a notamment poursuivi Mayfield Investments Ltd. (Mayfield), propriétaire de Stage West, en faisant valoir que celle-ci avait contribué à ses blessures. Le

of this case the principles of commercial host liability, first established by this Court in *Jordan House Ltd. v. Menow*, [1974] S.C.R. 239, apply to impose liability on Mayfield.

I. The Facts

2 Gillian Stewart and her sister-in-law, Shelley Pettie, were both employed by Dispensaries Limited. For its 1985 Christmas party, Dispensaries Limited paid the price of admission for its employees and their spouses and friends to attend a performance at Stage West, a dinner theatre operated in Edmonton by the appellant, Mayfield Investments Ltd., and located at the Mayfield Inn. The admission price included the dinner and performance, but did not include the cost of alcohol consumed.

3 The two sisters-in-law, with their husbands, went to the dinner theatre together in Stuart Pettie's car, with Stuart Pettie driving. They arrived at the dinner theatre around 6:00 p.m., and were seated by a hostess at a table which they selected from a group of tables which had been set aside for the approximately 60 people in the Dispensaries Limited group.

4 The dinner theatre was organized with a full buffet dinner to be followed at 7:45 p.m. by a three-act play. In addition, cocktail waitresses provided table service of alcohol. The Stewart and Pettie table was served by the same waitress all evening, and she kept a running total of all alcohol ordered, which she then presented at the end of the evening for payment. Waitresses would take drink orders during dinner and before the play started, and would also take drink orders during the two intermissions. No orders were taken while the play was in progress.

5 Stuart Pettie and Keith Stewart each ordered several drinks over the course of the evening, ordering the first drinks before dinner, and, in addition, ordering drinks after dinner but before Act I, and then during each of the two intermissions. Their wives, on the other hand, had no alco-

pourvoi vise à déterminer si, compte tenu des faits de l'affaire, les principes de la responsabilité de l'hôte commercial, établis pour la première fois dans l'arrêt de notre Cour *Jordan House Ltd. c. Menow*, [1974] R.C.S. 239, s'appliquent pour imputer une part de responsabilité à Mayfield.

I. Les faits

Gillian Stewart et sa belle-sœur Shelley Pettie travaillaient toutes deux pour Dispensaries Limited. Pour sa réception de Noël 1985, Dispensaries Limited a payé, à ses employés et à leurs conjoints et amis, le droit d'entrée à un spectacle au Stage West, un café-théâtre exploité à Edmonton par l'appelante Mayfield Investments Ltd., et situé au Mayfield Inn. Ce droit d'entrée couvrait le dîner et le spectacle, mais pas le coût des consommations.

Les deux belles-sœurs et leurs époux se sont rendus au café-théâtre ensemble dans l'automobile appartenant à Stuart Pettie et conduite par celui-ci. Ils sont arrivés au café-théâtre vers 18 h, ont été accompagnés par une hôtesse à leur table qu'ils ont choisie parmi celles qui avaient été réservées pour environ 60 personnes du groupe de Dispensaries Limited.

Le café-théâtre offrait un buffet complet, suivi à 19 h 45 d'une pièce de théâtre en trois actes. Les serveuses servaient les consommations aux tables. Les Stewart et les Pettie ont été servis toute la soirée par la même serveuse qui a tenu une addition cumulative de toutes les consommations commandées, puis l'a présentée à la fin de la soirée. Les serveuses ont pris les commandes de consommations pendant le dîner, avant le début de la pièce et également pendant les deux intermissions. Aucune commande n'a été prise pendant le déroulement de la pièce.

Stuart Pettie et Keith Stewart ont tous deux commandé plusieurs verres pendant la soirée, avant le dîner, puis après, avant le premier acte et pendant chacune des deux intermissions. Leurs épouses, quant à elles, n'ont consommé aucune boisson alcoolisée de toute la soirée. Elles étaient

hol during the entire evening. They were present at the table during the entire course of the evening, while the drinks were ordered, served, and consumed. Gillian Stewart's testimony was clear that she knew, at least in general terms, the amount that Stuart Pettie had to drink during the evening.

Stuart Pettie was drinking "double" rum and cokes throughout the evening. The trial judge found that he drank five to seven of these drinks, or 10 to 14 ounces of liquor. The trial judge also found that despite the amount that he had to drink, Stuart Pettie exhibited no signs of intoxication. This appearance was deceiving, however, as he was intoxicated by the end of the evening.

The group left the dinner theatre around 11:00 p.m. Once out in the parking lot, they had a discussion amongst themselves about whether or not Stuart Pettie was fit to drive, given the fact that he had been drinking. Neither his wife, nor his sister (who acknowledged that she knew what her brother was like when he was drunk), had any concerns about letting Stuart Pettie drive. All four therefore got into the car and started home, with Stuart Pettie driving, Keith Stewart in the front passenger seat, and their spouses in the back seat.

That particular December night in Edmonton there was a frost which made the roads unusually slippery. The trial judge found that Pettie was driving slower than the speed limit (50 km/h in a 60 km/h zone), and also accepted the evidence of Gillian Stewart that he was driving properly, safely and cautiously in the circumstances. Despite his caution, Stuart Pettie suddenly lost momentary control of the vehicle. The car swerved to the right, hopped the curb, and struck a light pole and noise abatement wall which ran alongside the road. Three of the four persons in the vehicle suffered no serious injuries. Gillian Stewart, however, who was not wearing a seat belt, was thrown across the car, struck her head, and was rendered a quadriplegic.

assises à la table pendant toute la soirée, au moment où les verres ont été commandés, servis et consommés. Il est clair, selon le témoignage de Gillian Stewart, qu'elle connaissait, du moins de façon générale, la quantité d'alcool consommée par Stuart Pettie pendant la soirée.

Ce dernier a consommé des rhum coca «doubles» tout au long de la soirée. Le juge de première instance a conclu qu'il avait bu entre cinq et sept verres, soit entre 10 et 14 onces d'alcool. Le juge a également conclu qu'en dépit de la quantité d'alcool consommé, Stuart Pettie ne montrait aucun signe d'ivresse. Cette apparence était toutefois trompeuse puisque, à la fin de la soirée, il était ivre.

Le groupe a quitté le café-théâtre vers 23 h. Une fois dans le stationnement, ils ont eu une discussion quant à savoir si Stuart Pettie était apte à conduire étant donné qu'il avait bu. Ni son épouse ni sa sœur (qui a reconnu qu'elle connaissait bien l'état de son frère lorsqu'il était ivre) n'avaient quelque inquiétude à laisser Stuart Pettie conduire. Tous les quatre sont donc montés dans l'auto et ont pris le chemin du retour à la maison avec Stuart Pettie au volant, Keith Stewart assis à ses côtés, et leurs épouses qui prenaient place à l'arrière.

Pendant cette nuit de décembre, à Edmonton, le gel avait rendu les routes inhabituellement glissantes. Le juge de première instance a conclu que Pettie conduisait à une vitesse inférieure à la limite permise (50 km/h dans une zone de 60 km/h), et il a également accepté le témoignage de Gillian Stewart selon lequel il conduisait bien, prudemment et diligemment dans les circonstances. En dépit de sa prudence, Stuart Pettie a soudainement perdu momentanément la maîtrise de son véhicule. Après avoir fait une embardée vers la droite, le véhicule a sauté le bord de la route pour aller heurter un lampadaire et un mur de réduction du bruit longeant la route. Trois des quatre passagers du véhicule n'ont subi aucune blessure grave, alors que Gillian Stewart, qui ne portait pas de ceinture de sécurité, a été projetée à travers l'automobile et s'est cogné la tête. Elle en est restée tétraplégique.

6

7

8

- 9 The expert testimony at trial was that had she been wearing her seat belt (which was not required in Alberta in 1985) her injuries would have been prevented.
- Selon le témoignage d'expert produit au procès, si elle avait porté la ceinture de sécurité (dont le port n'était pas obligatoire en Alberta en 1985), elle n'aurait pas subi de telles blessures.
- 10 About an hour after the accident, Stuart Pettie registered blood alcohol readings of .190 and .200. The trial judge found that, while it is not clear what his blood alcohol reading would have been at the time of the accident, he was, without a doubt, intoxicated, and that his blood alcohol content would have been certainly over .1.
- Environ une heure après l'accident, Stuart Pettie a inscrit des taux d'alcoolémie de 0,19 et de 0,2. Le juge de première instance a conclu que, même s'il est impossible de savoir clairement quel aurait été son taux d'alcoolémie au moment de l'accident, il était sans aucun doute ivre, et son taux d'alcoolémie aurait certainement excédé 0,1.
- 11 The Stewarts brought an action against Stuart Pettie, Mayfield, and the City of Edmonton. The action as against Stuart Pettie was settled, with Stuart Pettie admitting gross negligence (as was necessary under then-existing legislation covering gratuitous passengers). The action as against the City of Edmonton was settled prior to trial. The plaintiffs were unsuccessful at trial as against Mayfield Investments Ltd., but the trial judge awarded a provisional 10 percent against them in the event he was overturned on appeal. He also assessed 25 percent against Gillian Stewart for contributory negligence for failing to wear her seat belt. Finally, the trial judge found that Pettie's driving, while negligent, was not grossly negligent.
- Les Stewart ont poursuivi Stuart Pettie, Mayfield et la ville d'Edmonton. L'action intentée contre Stuart Pettie a été réglée, ce dernier admettant avoir fait preuve de négligence grave (selon les exigences de la législation alors en vigueur sur les passagers à titre gratuit). L'action intentée contre la ville d'Edmonton a été réglée avant le procès. Les demandeurs n'ont pas obtenu gain de cause au procès contre Mayfield Investments Ltd., mais le juge de première instance a évalué la part de responsabilité de cette dernière à 10 pour 100 au cas où son jugement serait écarté en appel. Il a également imputé à Gillian Stewart 25 pour 100 de la responsabilité pour la négligence contributive dont elle avait fait preuve en ne portant pas la ceinture de sécurité. Enfin, le juge de première instance a conclu que, bien qu'il ait conduit négligemment, Pettie n'avait pas fait preuve de négligence grave.
- 12 The Court of Appeal allowed the appeal and found that Mayfield was negligent. They did not, however, disturb the trial judge's apportionment, or his finding on the contributory negligence or gross negligence issues. Mayfield Investments Ltd. sought and was granted leave to appeal to this Court, and the Stewarts sought and were granted leave to cross-appeal the finding that Stuart Pettie was not grossly negligent in this driving.
- La Cour d'appel a accueilli l'appel et conclu que Mayfield avait été négligente. Elle n'a toutefois pas modifié l'imputation de la responsabilité établie par le juge de première instance, ni sa conclusion sur les questions de négligence contributive ou de négligence grave. Mayfield Investments Ltd. a obtenu l'autorisation de pourvoi devant notre Cour et les Stewart ont demandé avec succès l'autorisation de pourvoi incident à l'encontre de la conclusion que Stuart Pettie n'avait pas fait preuve de négligence grave dans la conduite de l'automobile.

II. The Courts Below

Alberta Court of Queen's Bench (1991), 2 Alta. L.R. (3d) 97

Agrios J. found no liability on the part of Mayfield. He said that, in order for Mayfield to be liable, there would have to be some combination of circumstances such as visible intoxication and knowledge that Pettie was going to drive. Here, Pettie was not obviously intoxicated, and, even if he was, he was in the company of a sober wife and sister, who were fully aware of the circumstances. If they were not concerned, it is unreasonable to expect that Mayfield should have been. Therefore, Mayfield was under no obligation to intervene.

Agrios J. then found that Pettie was not grossly negligent in his driving, and assessed Gillian Stewart's contributory negligence for failing to wear her seat belt at 25 percent.

Alberta Court of Appeal (1993), 10 Alta. L.R. (3d) 113

Writing for herself and Irving J.A., Hetherington J.A. said that the waitress should have known Pettie was becoming intoxicated, since she knew how much he had to drink. The waitress should also have known that he might leave by car, but she made no inquiries about whether he planned to drive. Mayfield breached two duties of care by serving Pettie past the point of intoxication and then by failing to take any steps to ensure that no harm came to third parties. Hetherington J.A. said that the presence of a sober wife and sister did not affect the foreseeability of the fact that Pettie might drive.

Kerans J.A., writing a separate concurring judgment, said that the judge erred in finding that Pettie had been placed in the care of his sober wife and sister. The fact that Pettie was sitting with sober people is irrelevant without inquiries being

II. Les juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (1991), 2 Alta. L.R. (3d) 97

Le juge Agrios n'a imputé aucune part de responsabilité à Mayfield. Pour que cette dernière soit responsable, a-t-il affirmé, il devrait exister un ensemble de circonstances comme l'état d'ivresse apparent de Pettie et le fait de savoir que ce dernier allait prendre le volant. En l'espèce, Pettie n'était pas manifestement ivre et, même s'il l'avait été, il était accompagné de son épouse et de sa sœur qui étaient sobres et tout à fait conscientes de la situation. Si elles n'étaient pas inquiètes, il était déraisonnable de s'attendre à ce que Mayfield le soit. Par conséquent, celle-ci n'était pas tenue d'intervenir.

Le juge Agrios a ensuite conclu que Pettie n'avait pas fait preuve de négligence grave au volant et il a évalué à 25 pour 100 la responsabilité de Gillian Stewart pour la négligence contributive dont elle avait fait preuve en ne portant pas la ceinture de sécurité.

Cour d'appel de l'Alberta (1993), 10 Alta. L.R. (3d) 113

S'exprimant en son propre nom et en celui du juge Irving, madame le juge Hetherington a indiqué que la serveuse aurait dû savoir que Pettie s'enivrait puisqu'elle savait quelle quantité d'alcool il avait consommé. Elle aurait dû également savoir qu'il risquait de partir en auto, mais elle n'a pas demandé s'il comptait conduire. Mayfield a manqué à deux obligations de diligence en servant Pettie jusqu'à ce qu'il soit ivre, puis en omettant de prendre des mesures pour s'assurer qu'aucun tiers ne subirait un préjudice. Le juge Hetherington a affirmé que la présence de l'épouse et de la sœur, toutes deux sobres, n'a rien changé à la prévisibilité que Pettie pourrait prendre le volant.

Le juge Kerans a, dans des motifs distincts mais concordants, conclu que le juge avait commis une erreur en décidant que Pettie avait été confié aux soins de son épouse et de sa sœur sobres. Il est sans importance que Pettie ait été accompagné de

13

14

15

16

made as to the relationship between them. The server ought to have known that Pettie was intoxicated and that there was a risk that he might cause harm to third parties as a result. There was a foreseeable risk that Pettie might drive, and no inquiries were made to check this. The presence of the two sober people cannot relieve Mayfield of liability, since there was no evidence that Mayfield knew they had all come together in the same vehicle. Had intervention been made, it likely would have been effective to deter Stuart Pettie from driving.

personnes sobres, si on ne se renseigne pas sur la relation qui existait entre eux. La serveuse aurait dû savoir que Pettie était ivre et qu'il risquait donc de causer un préjudice à des tiers. Il y avait un risque prévisible que Pettie prenne le volant, mais personne ne s'est renseigné à cet égard. La présence de deux personnes sobres ne saurait dégager Mayfield de toute responsabilité puisqu'il n'y a aucune preuve qu'elle savait qu'ils étaient tous venus ensemble à bord du même véhicule. Si elle était intervenue, elle aurait probablement réussi à dissuader Stuart Pettie de prendre le volant.

- 17 Finally, in supplemental reasons, the Court of Appeal declined to interfere with the trial judge's finding that Stuart Pettie was not grossly negligent, or with his apportionment of liability.

Enfin, dans des motifs complémentaires, la Cour d'appel a refusé de modifier la conclusion du juge de première instance selon laquelle Stuart Pettie n'avait fait preuve d'aucune négligence grave, ou encore son partage de la responsabilité.

III. Issues

III. Les questions en litige

- 18 There was one main issue argued and two secondary issues. The main issue is:

Une question principale et deux questions secondaires ont été débattues. La question principale est la suivante:

1. Did Mayfield Investments Ltd. meet the standard of care required of a vendor of alcohol, or was it negligent in failing to take any steps to ensure that Stuart Pettie did not drive after leaving Stage West?

1. Mayfield Investments Ltd. a-t-elle satisfait à la norme de diligence requise d'un vendeur d'alcool, ou a-t-elle fait preuve de négligence en ne prenant pas des dispositions pour s'assurer que Stuart Pettie ne conduirait pas en quittant le Stage West?

- 19 The two secondary issues, which arise only if the appeal is dismissed, are:

Les deux questions secondaires, qui ne se posent que si le pourvoi est rejeté, sont les suivantes:

2. Did the Trial Judge and the Court of Appeal make a proper determination and assessment on the Plaintiff's contributory negligence?
3. Did the Trial Judge err in finding that Stuart Pettie was not grossly negligent? This question is necessitated by the legislative provisions of the Alberta *Highway Traffic Act*, R.S.A. 1980, c. H-7, and the Alberta *Contributory Negligence Act*, R.S.A. 1980, c. C-23, as they existed at the time of the accident.

2. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont-ils bien déterminé et évalué la négligence contributive de la demanderesse?
3. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant que Stuart Pettie n'avait pas fait preuve de négligence grave? Cette question se pose en raison des dispositions de la *Highway Traffic Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, ch. H-7, et de la *Contributory Negligence Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, ch. C-23, en vigueur à l'époque de l'accident.

IV. Analysis1. *Was Mayfield Investments Ltd. negligent in failing to take any steps to ensure that Stuart Pettie did not drive after leaving Stage West?*

This Court has not previously considered a case involving the liability of a commercial host where the plaintiff was not the person who became inebriated in the defendant's establishment. In both *Jordan House Ltd. v. Menow*, *supra*, and *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 1186, it was the plaintiff who became drunk and as a consequence was unable to look after himself.

There are a number of lower court decisions in which commercial establishments have been found liable to third parties injured by a patron who had become inebriated in their establishment. See *Schmidt v. Sharpe* (1983), 27 C.C.L.T. 1 (Ont. H.C.); *Canada Trust Co. v. Porter* (1980), 2 A.C.W.S. (2d) 428 (Ont. C.A.); *Gibbons v. Yates*, Ont. Co. Ct., June 17, 1982, unreported; *Sambell v. Hudago Enterprises Ltd.*, [1990] O.J. No. 2494 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) (QL); and *Hague v. Billings* (1989), 48 C.C.L.T. 192 (Ont. H.C.), *aff'd* in part (1993), 13 O.R. (3d) 298 (C.A.).

The present appeal is one in which a third party is claiming against the commercial host. This raises the question of whether the establishment owed any duty of care to that third party. If a duty of care is found to exist, then it is necessary to consider what standard of care was necessary and whether that standard was met.

Another consideration is whether there was a causal connection between the defendant's allegedly negligent conduct and the damage suffered by the plaintiff.

A. Duty of Care

The "modern" approach to determining the existence of a duty of care is that established by the House of Lords in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, and adopted by

IV. Analyse1. *Mayfield Investments Ltd. a-t-elle fait preuve de négligence en ne prenant pas des dispositions pour s'assurer que Stuart Pettie ne conduirait pas en quittant le Stage West?*

Notre Cour n'a jamais eu à se pencher sur une affaire soulevant la responsabilité d'un hôte commercial, où le demandeur n'était pas la personne qui s'était enivrée dans l'établissement du défendeur. Dans les deux arrêts *Jordan House Ltd. c. Menow*, précité, et *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 1186, c'était le demandeur qui s'était enivré et qui, par conséquent, n'était pas apte à prendre soin de lui-même.

Dans un certain nombre de décisions de juridictions inférieures, des établissements commerciaux ont été jugés responsables envers des tiers blessés par un client qui s'était enivré chez eux. Voir *Schmidt c. Sharpe* (1983), 27 C.C.L.T. 1 (H.C. Ont.); *Canada Trust Co. c. Porter* (1980), 2 A.C.W.S. (2d) 428 (C.A. Ont.); *Gibbons c. Yates*, C. cté Ont., 17 juin 1982, inédit; *Sambell c. Hudago Enterprises Ltd.*, [1990] O.J. No. 2494 (C. de l'Ont. (Div. gén.)) (QL); et *Hague c. Billings* (1989), 48 C.C.L.T. 192 (H.C. Ont.), *conf. en partie* par (1993), 13 O.R. (3d) 298 (C.A.).

Dans le présent pourvoi, il est question d'un tiers qui intente une action contre l'hôte commercial. Cela soulève la question de savoir si l'établissement avait une obligation de diligence envers ce tiers. Dans l'affirmative, il est alors nécessaire d'examiner quelle norme de diligence était requise et si elle a été respectée.

Il convient également de se demander s'il existait un lien de causalité entre le comportement de la défenderesse qui aurait été négligent, et le préjudice subi par la demanderesse.

A. Obligation de diligence

La façon «moderne» de déterminer s'il existe une obligation de diligence a été établie par la Chambre des lords dans *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, et adoptée par

20

21

22

23

24

this Court in *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, at pp. 10-11. This test, as established by Wilson J. in *Kamloops*, paraphrasing *Anns* is:

- (1) is there a sufficiently close relationship between the parties . . . so that, in the reasonable contemplation of the authority, carelessness on its part might cause damage to that person? If so,
- (2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

25 This approach has been approved in *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, and *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159. The basis of the test is the historic case of *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, which established the "neighbour principle": that actors owe a duty of care to those whom they ought reasonably have in contemplation as being at risk when they act.

26 In *Jordan House Ltd. v. Menow*, *supra*, it was established that a duty of care exists between alcohol-serving establishments and their patrons who become intoxicated, with the result that they were unable to look after themselves. The plaintiff, who was a well-known patron of that bar, became intoxicated and began annoying customers. He was ejected from the bar, even though the waiters and employees of the bar knew that, in order to get home, he would have to walk along a busy highway. While doing so, he was struck by a car. Laskin J. (as he then was) said that the bar owed a duty of care to Menow not to place him in a situation where he was at risk of injury. He said (at pp. 247-48):

If the hotel's only involvement was the supplying of the beer consumed by Menow, it would be difficult to support the imposition of common law liability upon it for injuries suffered by Menow after being shown the door of the hotel and after leaving the hotel. . . . The hotel, however, was not in the position of persons in general who see an intoxicated person who appears to be unable to control his steps. It was in an invitor-invitee relationship with Menow as one of its patrons, and it was aware,

notre Cour dans *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, aux pp. 10 et 11. Ce critère, que le juge Wilson a établi, dans l'arrêt *Kamloops*, en paraphrasant l'arrêt *Anns*, est le suivant:

- 1) y-a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties [. . .] pour que les autorités aient pu raisonnablement prévoir que leur manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause? Dans l'affirmative,
- 2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

Cette méthode a été approuvée dans les arrêts *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, et *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159. Elle trouve son origine dans l'arrêt historique *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562, où a été établi le «principe du prochain» selon lequel ceux qui agissent ont une obligation de diligence envers les personnes qui, selon ce qu'ils doivent raisonnablement prévoir, sont en péril lorsqu'ils agissent.

Dans l'arrêt *Jordan House Ltd. c. Menow*, précité, il a été établi que les établissements qui servent de l'alcool ont une obligation de diligence envers leurs clients qui s'enivrent au point d'être incapables de prendre soin d'eux-mêmes. Le demandeur, qui était un client bien connu du bar, s'est enivré et s'est mis à ennuyer d'autres clients. Il a été expulsé des lieux même si les serveurs et autres employés du bar savaient que, pour entrer chez lui, il devrait marcher le long d'une route très fréquentée. Chemin faisant, il a été heurté par une automobile. Le juge Laskin (plus tard Juge en chef), a affirmé que le bar avait, envers Menow, l'obligation de diligence de ne pas le placer dans une situation où il risquerait de subir un préjudice. Il dit, aux pp. 247 et 248:

Si la seule participation de l'hôtel avait consisté à fournir la bière consommée par Menow, il serait difficile de lui imputer une responsabilité en common law pour les blessures subies par Menow après qu'on l'eut mis à la porte de l'hôtel. [. . .] L'hôtel, cependant, n'était pas dans la situation d'une personne quelconque en présence d'un homme en état d'ébriété qui semble incapable de se diriger où il veut. Ses rapports avec Menow, qui était un de ses clients, étaient des rapports de personne invi-

through its employees, of his intoxicated condition, a condition which, on the findings of the trial judge, it fed in violation of applicable liquor licence and liquor control legislation. There was a probable risk of personal injury to Menow if he was turned out of the hotel to proceed on foot on a much-travelled highway passing in front of the hotel.

There is, in my opinion, nothing unreasonable in calling upon the hotel in such circumstances to take care to see that Menow is not exposed to injury because of his intoxication.

Laskin J. held that the hotel had breached the duty owed to Menow by turning him out of the hotel in circumstances in which they knew that he would have to walk along the highway. The risk to Menow that the hotel's actions created was foreseeable. The hotel was therefore found to be liable for one-third of Menow's injuries.

It is a logical step to move from finding that a duty of care is owed to patrons of the bar to finding that a duty is also owed to third parties who might reasonably be expected to come into contact with the patron, and to whom the patron may pose some risk. It is clear that a bar owes a duty of care to patrons, and as a result, may be required to prevent an intoxicated patron from driving where it is apparent that he intends to drive. Equally such a duty is owed, in that situation, to third parties who may be using the highways. In fact, it is the same problem which creates the risk to the third parties as creates the risk to the patron. If the patron drives while intoxicated and is involved in an accident, it is only chance which results in the patron being injured rather than a third party. The risk to third parties from the patron's intoxicated driving is real and foreseeable.

In this case, there was a sufficient degree of proximity between Mayfield Investments Ltd. and Gillian Stewart that a duty of care existed between them. The more difficult question is what was the standard of care and whether or not it was breached.

tante à personne invitée et, par ses employés, il était au courant de l'état d'ébriété de Menow, état que, d'après les conclusions du juge de première instance, il a aggravé en contravention des lois applicables sur les permis de vente d'alcool et sur la régie des alcools. Il existait un risque probable de blessures personnelles pour Menow s'il se faisait expulser de l'hôtel et devait s'en aller à pied sur le chemin public très fréquenté qui passait devant l'hôtel.

À mon avis, il n'y a rien de déraisonnable à requérir l'hôtel, dans ces conditions, de veiller à ce que Menow ne soit pas exposé à des blessures du fait de son état d'ébriété.

Le juge Laskin a conclu que l'hôtel avait manqué à son obligation envers Menow en l'expulsant alors que les employés savaient qu'il aurait à marcher le long de la route en question. Le risque auquel les actions de l'hôtel ont exposé Menow était prévisible. Il a donc été jugé responsable pour un tiers des blessures subies par Menow.

Il n'y a qu'un pas logique à franchir entre conclure que le bar a une obligation de diligence envers les clients et conclure que cette obligation vaut également à l'égard des tiers dont on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'ils entrent en contact avec le client, et que ce dernier peut exposer à un certain risque. Il est évident qu'un bar a une obligation de diligence envers ses clients et que, partant, il peut être tenu d'empêcher un client ivre de prendre le volant lorsqu'il appert que celui-ci a l'intention de le faire. Une telle obligation existe aussi, en pareil cas, envers les tiers susceptibles de prendre la route. En fait, le risque auquel sont exposés les tiers, et celui auquel est exposé le client, découlent du même problème. Si le client conduit en état d'ébriété et est impliqué dans un accident, ce n'est que le hasard qui fait que c'est lui qui est blessé plutôt qu'un tiers. Le risque auquel le client ivre au volant expose les tiers est réel et prévisible.

En l'espèce, il y avait un lien suffisamment étroit entre Mayfield Investments Ltd. et Gillian Stewart pour qu'il existe entre elles une obligation de diligence. Il est toutefois plus difficile de déterminer la norme de diligence applicable et si il y a eu manquement à celle-ci.

27

28

29

30 Before moving to the standard of care test, two points deserve comment. In so far as the existence of a duty of care is concerned it is irrelevant that Gillian Stewart was a passenger in the vehicle driven by the patron rather than the passenger or driver of another vehicle, other than for ancillary purposes such as contributory negligence. The duty of care arises because Gillian Stewart was a member of a class of persons who could be expected to be on the highway. It is this class of persons to whom the duty is owed.

31 On the second point, the respondents argue that Mayfield Investments Ltd. owed two duties of care to Gillian Stewart: first, not to serve Stuart Pettie past the point of intoxication, and second, having served him past the point of intoxication, to take positive steps to ensure that he did not drive a car. The respondents say that Mayfield breached both duties, and therefore should be liable to Gillian Stewart for her injuries.

32 I believe this argument confuses the existence of the duty of care with the standard of care required of Mayfield. The question of whether a duty of care exists is a question of the relationship between the parties, not a question of conduct. The question of what conduct is required to satisfy the duty is a question of the appropriate standard of care. The point is made by Fleming in his book *The Law of Torts* (8th ed. 1992), at pp. 105-6:

The general standard of conduct required by law is a necessary complement of the legal concept of "duty". There is not only the question "Did the defendant owe a duty to be careful?" but also "What precisely was required of him to discharge it?" Indeed, it is not uncommon to encounter formulations of the standard of care in terms of "duty", as when it is asserted that a motorist is under a duty to keep a proper lookout or give a turn signal. But this method of expression is best avoided. In the first place, the duty issue is already sufficiently complex without fragmenting it further to cover an endless series of details of conduct. "Duty" is more appropriately reserved for the problem of whether the

Avant de passer au critère de la norme de diligence, il y a lieu de faire deux commentaires. Dans la mesure où l'existence d'une obligation de diligence est en cause, il n'importe pas que Gillian Stewart ait été une passagère du véhicule conduit par le client plutôt qu'une passagère ou la conductrice d'un autre véhicule, si ce n'est pour des fins accessoires comme la question de la négligence contributive. L'obligation de diligence naît du fait que Gillian Stewart faisait partie d'une catégorie de personnes que l'on pouvait s'attendre à trouver sur la route. C'est envers cette catégorie de personnes que l'obligation existe.

Quant au second point, les intimés soutiennent que Mayfield Investments Ltd. avait deux obligations de diligence envers Gillian Stewart: premièrement, celle de ne pas servir Stuart Pettie jusqu'à ce qu'il soit ivre et, deuxièmement, après l'avoir servi jusqu'à ce qu'il soit ivre, celle de prendre des mesures positives pour s'assurer qu'il ne conduirait pas. Les intimés soutiennent que Mayfield a manqué aux deux obligations et qu'elle devrait donc être tenue responsable des blessures de Gillian Stewart.

Je crois que cet argument confond l'existence de l'obligation de diligence avec la norme de diligence requise de la part de Mayfield. La question de savoir s'il existe une obligation de diligence relève de la relation entre les parties, et non d'un comportement. La question de savoir quel comportement est requis pour satisfaire à l'obligation touche à la norme de diligence appropriée. C'est ce que Fleming indique dans son ouvrage intitulé *The Law of Torts* (8^e éd. 1992), aux pp. 105 et 106:

[TRADUCTION] La norme générale de comportement requise par la loi est un complément nécessaire de la notion juridique d'«obligation». Non seulement s'agit-il de savoir si «le défendeur avait l'obligation d'être diligent», mais également «ce que, précisément, il devait faire pour s'acquitter de cette obligation». En fait, il n'est pas rare que la norme de diligence soit formulée comme une «obligation», comme lorsque l'on affirme qu'un automobiliste est tenu d'être vigilant ou de signaler ses virages. Mais il est préférable d'éviter cette formulation. Premièrement, la question de l'obligation est déjà suffisamment complexe sans qu'on la fractionne encore plus pour viser une série sans fin de détails rela-

relation between the parties (like manufacturer and consumer or occupier and trespasser) warrants the imposition upon one of an obligation of care for the benefit of the other, and it is more convenient to deal with individual conduct in terms of the legal standard of what is required to meet that obligation. Secondly, it is apt to obscure the division of functions between judge and jury. It is for the court to determine the existence of a duty relationship and to lay down in general terms the standard of care by which to measure the defendant's conduct; it is for the jury to translate the general into a particular standard suitable for the case in hand and to decide whether that standard has been attained.

There is no question that commercial vendors of alcohol owe a general duty of care to persons who can be expected to use the highways. To paraphrase Wilson J. in *City of Kamloops v. Nielsen*, it clearly ought to be in the reasonable contemplation of such people that carelessness on their part might cause injury to such third parties. It remains to determine what standard of care is necessary to discharge the duty.

B. Standard of Care

Laskin J. said in *Jordan House Ltd. v. Menow*, *supra*, at p. 247, "The common law assesses liability for negligence on the basis of breach of a duty of care arising from a foreseeable and unreasonable risk of harm to one person created by the act or omission of another." The respondents argued, and the Court of Appeal agreed, that Mayfield was negligent because they (a) served Stuart Pettie past the point of intoxication, and (b) failed to take any steps to prevent harm from coming to himself or a third person once he was intoxicated.

I doubt that any liability can flow from the mere fact that Mayfield may have over-served Pettie. To hold that over-serving Pettie *per se* is negligent is to ignore the fact that injury to a class of persons must be foreseeable as a result of the impugned conduct. I fail to see how the mere fact that an individual is over-imbibing can lead, by itself, to

tifs au comportement. L'«obligation» est plus justement réservée à la question de savoir si la relation entre les parties (comme le fabricant et le consommateur ou l'occupant et l'intrus) justifie l'imposition à l'une de l'obligation de diligence au profit de l'autre. En outre, il convient davantage de considérer le comportement individuel en fonction de la norme juridique de ce qui est requis pour satisfaire à cette obligation. Deuxièmement, il convient d'embrouiller le partage des fonctions entre le juge et le jury. Il appartient à la cour de déterminer l'existence d'une relation découlant d'une obligation et de définir en termes généraux la norme de diligence qui servira à apprécier le comportement du défendeur; il appartient au jury de convertir la norme générale en une norme particulière applicable à l'affaire donnée et de déterminer si cette norme a été respectée.

Il n'y a pas de doute que les débits d'alcool ont une obligation générale de diligence envers les personnes dont on peut s'attendre à ce qu'elles prennent la route. Pour paraphraser les propos du juge Wilson dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, il est évident que ces gens devaient raisonnablement prévoir que leur manque de diligence pourrait causer des dommages à ces tiers. Reste à déterminer quelle norme de diligence est requise pour s'acquitter de cette obligation.

B. Norme de diligence

Le juge Laskin affirme, à la p. 247 de l'arrêt *Jordan House Ltd. c. Menow*, précité, que «[l]a common law fixe la responsabilité pour négligence à partir d'un manquement à une obligation de diligence découlant d'un risque de préjudice prévisible et indu à une personne du fait de l'action ou omission d'un tiers». Les intimés font valoir, et la Cour d'appel en convient, que Mayfield a été négligente parce que a) elle a servi Stuart Pettie jusqu'à ce qu'il soit ivre et que b) elle n'a pas pris des dispositions pour empêcher Pettie de se blesser ou de blesser un tiers une fois qu'il fut ivre.

Je doute que quelque responsabilité puisse découler du seul fait que Mayfield a pu trop servir à boire à Pettie. Conclure que c'est faire preuve de négligence que de trop servir à boire à Pettie revient à ignorer le fait que le préjudice causé à une catégorie de personnes doit être une conséquence prévisible du comportement attaqué. Je ne

33

34

35

any risk of harm to third parties. It is only if there is some foreseeable risk of harm to the patron or to a third party that Mayfield and others in their position will be required to take some action. This standard of care is the second “duty” identified by the respondents and the Court of Appeal.

36 It is true that applicable liquor control legislation in Alberta, and across the country, prohibits serving alcohol to persons who are apparently intoxicated. Counsel for the respondents pressed that point in argument. There are, however, two problems with this argument. The first is that it is not clear that there was any violation of liquor control legislation in this case, given the fact that Pettie was apparently not exhibiting any signs of intoxication. Moreover, even if it could be said that Mayfield was in violation of legislation, this fact alone does not ground liability: *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205. Without a reasonably foreseeable risk of harm to him or a third party, the fact of over-serving Pettie is an innocuous act. Therefore, liability on the part of Mayfield, if it is to be found, must be in their failure to take any affirmative action to prevent the reasonably foreseeable risk to Gillian Stewart.

37 Historically, the courts have been reluctant to impose liability for a failure by an individual to take some positive action. This reluctance has been tempered in recent years where the relationship between the parties is such that the imposition of such an obligation has been warranted. In those cases, there has been some “special relationship” between the parties warranting the imposition of a positive duty. *Jordan House Ltd. v. Menow*, *supra*, was such a case.

38 A similar positive obligation was found to exist in *Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, *supra*. The plaintiff entered a “tubing” competition put on by the defendant ski-hill. Before the race, the plaintiff became drunk in the ski-hill’s bar, and by the time he was to race, was visibly intoxicated. The organizers of the race suggested that he not compete, but permitted him to do so nevertheless.

vois pas comment le seul fait qu’un individu boive trop puisse entraîner, en soi, quelque risque de préjudice pour des tiers. Ce n’est que si le client ou un tiers risque de subir un préjudice que Mayfield et les autres établissements dans sa situation seront tenus de prendre des mesures. Cette norme de diligence est la seconde «obligation» définie par les intimés et la Cour d’appel.

Il est vrai que la législation sur les alcools applicable en Alberta et partout au pays interdit de servir quiconque est apparemment ivre. L’avocat des intimés a insisté sur ce point dans sa plaidoirie. Cet argument soulève toutefois deux difficultés. La première découle du fait qu’il n’est pas évident que la loi sur les alcools a été violée en l’espèce puisque Pettie ne montrait apparemment aucun signe d’ivresse. En outre, même si l’on pouvait dire que Mayfield a violé la loi, cela ne justifie pas en soi l’imposition d’une responsabilité: *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205. En l’absence d’un risque raisonnablement prévisible que Pettie ou un tiers subisse un préjudice, le fait de trop servir à boire à Pettie est un acte inoffensif. Par conséquent, si on conclut que Mayfield est responsable, ce doit être en raison de son omission de prendre des mesures positives en vue d’éviter le risque raisonnablement prévisible auquel était exposée Gillian Stewart.

Historiquement, les tribunaux se sont montrés réticents à juger quelqu’un responsable en raison de son omission de prendre des mesures positives. Cette réticence s’est atténuée au cours des dernières années dans les cas où la relation entre les parties est telle que l’imposition d’une telle obligation est justifiée. Dans ces cas, il existait entre les parties une «relation spéciale» qui justifiait l’imposition d’une obligation positive. L’arrêt *Jordan House Ltd. c. Menow*, précité, en est un exemple.

On a conclu à l’existence d’une obligation positive semblable dans l’arrêt *Crocker c. Sundance Northwest Resorts Ltd.*, précité. Le demandeur s’était inscrit à une course de chambres à air organisée par le centre de ski défendeur. Avant la course, le demandeur s’est enivré au bar du centre de ski et, au moment de prendre le départ, il était visiblement ivre. Les organisateurs lui ont suggéré

As a result, he was thrown from his tube, and rendered a quadriplegic.

In finding liability on the part of the owner Sundance, Wilson J. noted that courts have increasingly required a duty to act where there is a “special relationship” between the parties. Canadian courts have been willing to expand the kinds of relationships to which a positive duty to act attaches. Wilson J. reviewed cases where the courts will require a positive action on the part of the defendant, and said at p. 1197:

The common thread running through these cases is that one is under a duty not to place another person in a position where it is foreseeable that the person could suffer injury.

Wilson J. said that, given the fact that the activity was under Sundance’s full control and was promoted by it for commercial gain, Sundance was under a positive obligation as the promoter of a dangerous sport to take all reasonable steps to prevent a visibly incapacitated person from participating. She concluded that these precautions were not taken.

It is apparent from Wilson J.’s reasoning that there are two questions to be answered. The first is whether the defendant was required, in the circumstances, to take any positive steps at all. If this is answered in the affirmative, the next question is whether the steps taken by the defendants were sufficient to discharge the burden placed on them.

There is no dispute that neither the appellant nor anyone on its behalf took any steps to ensure that Stuart Pettie did not drive. Mayfield suggested that they remained “vigilant” and maintained “careful observation” of Stuart Pettie, and that this should be sufficient. However, remaining “vigilant” is not the same as taking positive steps, and it is common ground that none of Mayfield’s employees made inquiries about whether Stuart Pettie intended to drive or suggested any alternative. Therefore, if

de se retirer de la course, mais l’ont néanmoins laissé faire. Éjecté de la chambre à air, il s’est blessé et est devenu tétraplégique.

En imputant une responsabilité au propriétaire Sundance, le juge Wilson a fait remarquer que, de plus en plus, les tribunaux imposent une obligation d’agir lorsqu’il existe une «relation spéciale» entre les parties. Les tribunaux canadiens se sont montrés disposés à élargir les genres de relations auxquelles se rattache une obligation positive d’agir. Après avoir examiné des cas où les tribunaux exigent une action positive de la part du défendeur, le juge Wilson affirme, à la p. 1197:

Ces affaires ont ceci de commun qu’une personne a l’obligation de ne pas exposer autrui à un risque de blessure prévisible.

Le juge Wilson a ajouté que, puisque l’activité était complètement contrôlée par Sundance qui en faisait la promotion à des fins commerciales, celle-ci avait l’obligation positive, à titre de promoteur d’un sport dangereux, de prendre toutes les mesures raisonnables pour empêcher la participation d’une personne qui n’était manifestement pas en possession de tous ses moyens. Elle a conclu que ces précautions n’avaient pas été prises.

Il ressort du raisonnement du juge Wilson qu’il faut répondre à deux questions. Il s’agit premièrement de savoir si la défenderesse était tenue, dans les circonstances, de prendre des mesures positives. Dans l’affirmative, il faut ensuite se demander si les mesures prises par la défenderesse étaient suffisantes pour la libérer du fardeau qui lui incombait.

On ne conteste pas que ni l’appelante ni personne agissant pour son compte n’a pris de mesures pour s’assurer que Stuart Pettie ne conduirait pas. Mayfield a indiqué qu’elle était demeurée [TRADUCTION] «vigilante» et avait exercé une «surveillance attentive» de Stuart Pettie, et que cela devrait être suffisant. Toutefois, demeurer «vigilant» ne signifie pas prendre des mesures positives, et tous reconnaissent qu’aucun des employés de Mayfield n’a demandé si Stuart Pettie comptait

39

40

41

42

Mayfield is to avoid liability, it will have to be on the basis that, on the facts of this case, Mayfield had no obligation to take any positive steps to ensure that Stuart Pettie did not drive.

43 As mentioned, there are lower court decisions which hold that a special relationship exists between beverage rooms and members of the motoring public. In the result they will be liable to an injured third party for failing to take adequate steps to prevent an intoxicated patron from driving. In *Hague v. Billings*, *supra*, a highly intoxicated driver visited two different bars before becoming involved in an accident in which one person was killed and another seriously injured. After the first bar had refused to serve him more than one beer because he was obviously intoxicated, he went to the second bar. The second bar continued to serve the driver even though he was clearly intoxicated. They also failed to make any attempt to learn if, on leaving he planned to drive.

44 The trial judge followed the Ontario Court of Appeal's earlier decision in *Canada Trust Co. v. Porter*, *supra*, which held that the duty prescribed in s. 53 of the *Liquor Licence Act*, R.S.O. 1980, c. 244, and the common law duty were co-extensive. This section provided a statutory cause of action against a vendor of alcohol for injury or damage caused by a patron who became intoxicated in that establishment. The trial judge in *Hague v. Billings* found no liability on the part of the first bar, since they refused to serve the driver after discovering that he was intoxicated. The second bar was held to be liable, as they had not stopped serving the driver, even though he was obviously intoxicated. In addition they made no attempt to discover whether he planned to drive, even though the bar was located on a highway and the only practical way to get there was to drive. While the apportionment of liability was varied, this decision was affirmed on appeal.

prendre le volant, ni proposé d'autres solutions. Par conséquent, si Mayfield est déchargée de toute responsabilité, ce doit être parce que, d'après les faits de la présente affaire, elle n'était pas tenue de prendre des mesures positives pour s'assurer que Stuart Pettie ne conduirait pas.

Comme je l'ai mentionné, il existe des décisions de tribunaux d'instance inférieure où on a conclu qu'il existe une relation spéciale entre les bars et les automobilistes. En conséquence, les bars seront responsables envers un tiers blessé s'ils n'ont pas pris des mesures adéquates pour empêcher un client en état d'ébriété de prendre le volant. Dans l'arrêt *Hague c. Billings*, précité, un conducteur en état d'ébriété avancé s'était rendu à deux différents bars avant d'avoir un accident dans lequel une personne a été tuée et une autre, gravement blessée. Après que le premier bar eut refusé de lui servir plus d'une bière parce qu'il était de toute évidence en état d'ébriété, il s'est rendu au second bar. À cet endroit, on a continué à le servir même s'il était manifestement ivre. Les employés n'ont pas tenté de savoir si, au moment de quitter, il avait l'intention de prendre le volant.

Le juge de première instance a suivi l'arrêt antérieur de la Cour d'appel de l'Ontario *Canada Trust Co. c. Porter*, précité, où on a conclu que l'obligation prescrite à l'art. 53 de la *Liquor Licence Act*, R.S.O. 1980, ch. 244, et l'obligation de common law avaient la même portée. Cette disposition établissait un droit d'action contre un vendeur d'alcool pour les blessures ou dommages causés par un client qui s'était enivré dans son établissement. Le juge de première instance, dans *Hague c. Billings*, n'a conclu à aucune responsabilité de la part du premier bar puisqu'on y avait refusé de servir le conducteur après avoir découvert qu'il était ivre. Le second bar a été jugé responsable parce qu'on n'y avait pas arrêté de servir l'automobiliste même s'il était manifestement ivre. En outre, on n'y avait pas tenté de savoir s'il comptait prendre le volant, même si le bar était situé le long d'une route et que la seule façon pratique de s'y rendre était en automobile. Bien que le partage de la responsabilité ait été modifié, la décision a été confirmée en appel.

Similarly, in *Sambell v. Hudago Enterprises Ltd.*, *supra*, the driver became drunk in the defendant's bar, and injured a passenger in his vehicle. As in *Porter*, *supra*, the trial judge in *Sambell* held that s. 53 of the Ontario *Liquor Licence Act* provides a statutory action against bars for people injured as a result of a patron of the bar becoming drunk. He also held that there was a parallel liability at common law (*per* Gauthreau J.):

I feel that they are liable both under the Liquor License Act and at common law. There is a high standard of care imposed on a tavern and its staff. The Squire Tavern people were oblivious to their duty. They knew these people were driving. They knew or should have known that they were intoxicated. They added to the level of intoxication by serving them more. I think that the standard maintained by the Squire was too low. Drinks would only be refused if the person was "too loud, starting arguments, knocking over drinks or falling down". It appears that the key to the instructions given to the waitresses was whether the patron was creating problems for the staff or upsetting other patrons. This is not enough.

The law is clear that at common law a tavern owner also owes a duty to take positive action to protect patrons and others from the dangers of intoxication.

The decisions of the Ontario Courts in this area may have been influenced by the existence of provincial legislation. The case at bar, being from Alberta must in the absence of comparable legislation, be decided on the common law.

There is little difficulty with the proposition, supported by the above cases, that the necessary "special relationship" exists between vendors of alcohol and the motoring public. This is no more than a restatement of the fact, already mentioned, that a general duty of care exists between establishments in Mayfield's position and persons using the highways.

I do, however, have difficulty accepting the proposition that the mere existence of this "special relationship", without more, permits the imposition

De même, dans la décision *Sambell c. Hudago Enterprises Ltd.*, précitée, le conducteur s'était enivré au bar de la défenderesse et avait blessé un passager de son véhicule. Comme dans l'affaire *Porter*, précitée, le juge de première instance, dans *Sambell*, a conclu que l'art. 53 de la *Liquor Licence Act* de l'Ontario autorise les personnes blessées par un client qui s'est enivré dans un bar à intenter une action contre le bar en question. Il a également conclu qu'il existait une responsabilité parallèle en common law (le juge Gauthreau):

[TRADUCTION] J'estime qu'ils sont responsables à la fois en vertu de la *Liquor Licence Act* et de la common law. Les tavernes et leurs employés sont assujettis à une norme élevée de diligence. Les employés de la taverne Squire ne se sont pas souciés de l'obligation qui leur incombait. Ils savaient que ces personnes conduisaient. Ils savaient ou auraient dû savoir qu'elles étaient ivres. Ils ont aggravé leur état d'ébriété en continuant à les servir. À mon sens, la norme appliquée par le Squire était trop basse. On n'y refusait de servir que si la personne était «trop bruyante, si elle semait la pagaille, si elle renversait des verres ou tombait». Il appert que les directives données aux serveuses visaient essentiellement le client qui créait des difficultés au personnel ou qui ennuyait les autres clients. Cela n'est pas suffisant.

Il est clair en common law que l'hôtelier est également tenu de prendre des mesures positives pour protéger les clients et les tiers des dangers de l'ivresse.

Il se peut que les décisions des tribunaux ontariens dans ce domaine aient été influencées par l'existence d'une loi provinciale. Le présent pourvoi, qui nous vient de l'Alberta, doit, en l'absence d'une loi comparable, être tranché sous le régime de la common law.

La proposition, appuyée par la jurisprudence susmentionnée voulant que la «relation spéciale» nécessaire existe entre les vendeurs d'alcool et les automobilistes, pose peu de difficulté. Ce n'est rien de plus qu'un rappel du fait, déjà mentionné, qu'une obligation générale de diligence existe entre les établissements dans la situation de Mayfield et les personnes qui prennent la route.

Il m'est toutefois difficile d'accepter la proposition voulant que la seule existence de cette «relation spéciale», sans plus, permette d'imposer une

45

46

47

48

of a positive obligation to act. Every person who enters a bar or restaurant is in an invitor-invitee relationship with the establishment, and is therefore in a "special relationship" with that establishment. However, it does not make sense to suggest that, simply as a result of this relationship, a commercial host cannot consider other relevant factors in determining whether in the circumstances positive steps are necessary.

49 The existence of this "special relationship" will frequently warrant the imposition of a positive obligation to act, but the *sine qua non* of tortious liability remains the foreseeability of the risk. Where no risk is foreseeable as a result of the circumstances, no action will be required, despite the existence of a special relationship. The respondents argue that Mayfield should have taken positive action, even though Mayfield knew that the driver was with three other people, two of whom were sober, and it was reasonable to infer from all of the circumstances that the group was travelling together.

50 One of the primary purposes of negligence law is to enforce reasonable standards of conduct so as to prevent the creation of reasonably foreseeable risks. In this way, tort law serves as a disincentive to risk-creating behaviour. To impose liability even where the risk which materialized was not reasonably foreseeable is to lay a portion of the loss at the feet of a party who has, in the circumstances, acted reasonably. Tort law does not require the wisdom of Solomon. All it requires is that people act reasonably in the circumstances. The "reasonable person" of negligence law was described by Laidlaw J.A. in this way in *Arland v. Taylor*, [1955] O.R. 131 (C.A.), at p. 142:

He is not an extraordinary or unusual creature; he is not superhuman; he is not required to display the highest skill of which anyone is capable; he is not a genius who can perform uncommon feats, nor is he possessed of unusual powers of foresight. He is a person of normal intelligence who makes prudence a guide to his conduct.

obligation positive d'agir. Quiconque entre dans un bar ou un restaurant a des rapports de personne invitante à personne invitée avec l'établissement et a donc une «relation spéciale» avec celui-ci. Toutefois, il est insensé de dire que, du simple fait de cette relation, un hôte commercial ne peut pas tenir compte d'autres facteurs pertinents pour déterminer si, dans les circonstances, des mesures positives sont requises.

L'existence de cette «relation spéciale» justifiera souvent l'imposition d'une obligation positive d'agir, mais la condition *sine qua non* de la responsabilité délictuelle demeure la prévisibilité du risque. Si aucun risque n'est prévisible dans les circonstances, aucune mesure n'est requise, malgré l'existence d'une relation spéciale. Les intimés soutiennent que Mayfield aurait dû prendre des mesures positives même si elle savait que le conducteur était accompagné de trois autres personnes, dont deux étaient sobres, et qu'il était raisonnable d'inférer de toutes les circonstances que le groupe se déplaçait ensemble.

L'un des objectifs premiers du droit en matière de négligence est l'application de normes raisonnables de comportement de manière à empêcher la création de risques raisonnablement prévisibles. Ainsi, le droit de la responsabilité délictuelle sert à dissuader d'adopter un comportement qui crée un risque. Imposer une responsabilité même si le risque qui s'est matérialisé n'était pas raisonnablement prévisible revient à attribuer une partie de la perte à quelqu'un qui, dans les circonstances, a agi raisonnablement. Le droit de la responsabilité délictuelle ne requiert pas la sagesse de Salomon. Il demande uniquement que les gens agissent raisonnablement dans les circonstances. La «personne raisonnable» du droit en matière de négligence a été décrite ainsi par le juge Laidlaw de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Arland c. Taylor*, [1955] O.R. 131, à la p. 142:

[TRADUCTION] Elle n'est pas une créature exceptionnelle ou hors du commun; elle n'est pas surhumaine; elle n'a pas à faire preuve de la plus grande aptitude que quelqu'un puisse avoir; elle n'est pas un génie capable de réaliser des prouesses inhabituelles et elle ne possède pas non plus des pouvoirs exceptionnels de prévoyance.

He does nothing that a prudent man would not do and does not omit to do anything a prudent man would do. He acts in accord with general and approved practice. His conduct is guided by considerations which ordinarily regulate the conduct of human affairs. His conduct is the standard "adopted in the community by persons of ordinary intelligence and prudence."

Obviously, the fact that tragedy has befallen Gillian Stewart cannot, in itself, lead to a finding of liability on the part of Mayfield. The question is whether, before 11:00 p.m. on December 8, 1985, the circumstances were such that a reasonably prudent establishment should have foreseen that Stuart Pettie would drive, and therefore should have taken steps to prevent this.

I agree with the Court of Appeal that Mayfield cannot escape liability simply because Stuart Pettie was apparently not exhibiting any visible signs of intoxication. The waitress kept a running tab, and knew that Pettie had consumed 10 to 14 ounces of alcohol over a five-hour period. On the basis of this knowledge alone, she either knew or should have known that Pettie was becoming intoxicated, and this is so whether or not he was exhibiting visible symptoms.

However, I disagree with the Court of Appeal that the presence of the two sober women at the table cannot act to relieve Mayfield of liability. Laskin J. in *Jordan House Ltd. v. Menow*, *supra*, made it clear that the hotel's duty to Menow in that case could have been discharged by making sure "that he got home safely by taking him under its charge or putting him under the charge of a responsible person . . ." (p. 249, emphasis added). Had Pettie been alone and intoxicated, Mayfield could have discharged its duty as established in *Jordan House Ltd. v. Menow* by calling Pettie's wife or sister to take charge of him. How, then, can Mayfield be liable when Pettie was already in their charge, and they knew how much he had had to drink? While it is technically true that Stuart Pettie

Il s'agit d'une personne douée d'une intelligence normale qui fait de la prudence sa norme de conduite. Elle ne fait rien qu'une personne prudente ne ferait pas et n'omet rien de ce qu'une personne prudente ferait. Elle agit conformément à la pratique générale approuvée. Son comportement est guidé par des considérations qui régissent ordinairement la conduite des affaires de l'être humain. Son comportement constitue la norme «adoptée dans la collectivité par les personnes douées d'une intelligence normale qui font preuve d'une prudence normale.»

De toute évidence, le fait que la tragédie se soit abattue sur Gillian Stewart ne saurait en soi entraîner une conclusion de responsabilité de la part de Mayfield. La question est de savoir si, avant 23 h le 8 décembre 1985, les circonstances étaient telles qu'un établissement raisonnablement prudent aurait dû prévoir que Stuart Pettie prendrait le volant, et aurait donc dû prendre des mesures pour l'en empêcher.

Je conviens avec la Cour d'appel que Mayfield ne peut échapper à toute responsabilité uniquement parce que Stuart Pettie ne montrait apparemment aucun signe visible d'ivresse. La serveuse a tenu une addition cumulative et elle savait que Pettie avait consommé 10 à 14 onces d'alcool dans un intervalle de cinq heures. En raison de ce seul élément de connaissance, elle savait ou aurait dû savoir que Pettie s'enivrait, peu importe qu'il en ait exhibé ou non des symptômes.

Cependant, je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la présence de deux femmes sobres à la table ne peut avoir pour effet de décharger Mayfield de toute responsabilité. Dans l'arrêt *Jordan House Ltd. c. Menow*, précité, le juge Laskin a précisé que, dans cette affaire, l'hôtelier aurait pu s'acquitter de son obligation envers Menow en veillant à ce «que celui-ci arrive chez lui sans encombre en en prenant soin lui-même ou en le confiant à une personne responsable. . .» (p. 249, je souligne). Si Pettie avait été seul et ivre, Mayfield aurait pu s'acquitter de l'obligation qui lui incombait en vertu de l'arrêt *Jordan House Ltd. c. Menow*, en appelant son épouse ou sa sœur pour qu'elles s'occupent de lui. Comment donc Mayfield peut-elle être responsable alors que celles-ci

51

52

53

was not “put into” the care of his sober wife and sister, this is surely a matter of semantics. He was already in their care, and they knew how much he had to drink. It is not reasonable to suggest in these circumstances that Mayfield had to do more.

54 Mayfield would have known that the group arrived together, that they spent the evening together, and that they left together. In addition, they would have known that they were part of the Dispensaries Limited company Christmas party, and that two sober adults were present at the table when the drinks were ordered and consumed. In the circumstances, it was reasonable for Mayfield to assume that the four people at the table were not travelling separately, and it was reasonable for Mayfield to assume that one of the two sober people who were at the table would either drive or find alternative transportation.

55 The trial judge was correct in concluding on these facts that it was not necessary for Mayfield to enquire who was driving or that it would have made any difference if they had. It was not reasonably foreseeable that Stuart Pettie would be driving when a sober wife and sister were present with full knowledge of the circumstances.

56 I agree that establishments which serve alcohol must either intervene in appropriate circumstances or risk liability, and that this liability cannot be avoided where the establishment has intentionally structured the environment in such a way as to make it impossible to know whether intervention is necessary. Such was the situation in *Canada Trust Co. v. Porter, supra*, where the alcohol was served from behind a bar and it was impossible for the establishment either to monitor the amount consumed or to determine whether intervention was necessary. A similar situation arose in *Gouge v. Three Top Investment Holdings Inc.*, [1994] O.J. No. 751 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) (QL), where the plaintiff attended a company Christmas party which had a “cash bar”, over-indulged, and then

s’occupaient déjà de Pettie et qu’elles savaient combien il avait bu? S’il est vrai en théorie que Stuart Pettie n’a pas été «confié» aux soins de son épouse et de sa sœur sobres, ce n’est sûrement là qu’une question de sémantique. Il était déjà sous leur responsabilité et elles savaient combien il avait bu. Il n’est pas raisonnable de laisser entendre, dans ces circonstances, que Mayfield devait faire plus.

Mayfield aurait su que les membres du groupe étaient arrivés ensemble, qu’ils avaient passé la soirée ensemble et qu’ils avaient quitté ensemble. En outre, elle aurait su qu’ils participaient à la réception de Noël offerte par Dispensaries Limited, et que deux personnes adultes sobres étaient présentes à la table lorsque les verres ont été commandés et consommés. Dans les circonstances, Mayfield pouvait raisonnablement présumer que les quatre personnes à la table ne se déplaçaient pas séparément et que l’une des deux personnes sobres assises à la table conduirait ou trouverait un autre moyen de transport.

Le juge de première instance a eu raison de conclure, à partir de ces faits, que Mayfield n’était pas tenue de demander qui conduisait, ou que cela n’aurait fait aucune différence si elle l’avait fait. On ne pouvait pas raisonnablement prévoir que Stuart Pettie conduirait alors qu’il était accompagné de son épouse et de sa sœur qui, toutes deux sobres, connaissaient parfaitement la situation.

Je conviens, d’une part, que les débits d’alcool doivent, lorsque les circonstances l’exigent, intervenir ou risquer de voir leur responsabilité engagée, et d’autre part, qu’il est impossible d’échapper à cette responsabilité lorsque l’établissement a délibérément aménagé les lieux de façon à ne pouvoir savoir si une intervention est requise. C’était le cas dans *Canada Trust Co. c. Porter*, précité, où l’alcool était servi derrière le bar, d’où il était impossible pour l’établissement de vérifier la quantité d’alcool consommé ou de déterminer si une intervention était nécessaire. Une situation semblable s’est présentée dans *Gouge c. Three Top Investment Holdings Inc.*, [1994] O.J. No. 751 (C. de l’Ont. (Div. gén.)) (QL), où le demandeur, qui assistait à la réception de Noël d’une compa-

was involved in an accident. In such circumstances, it would not be open to the establishment to claim that they could not foresee the risk created when the inability to foresee the risk was the direct result of the way the serving environment was structured.

However that was not the situation here. Mayfield was aware of the circumstances in which Stuart Pettie was drinking. In the environment of the case at bar, it was not reasonable for them to intervene.

On the facts of this case I conclude that Mayfield Investments Ltd. did not breach the duty of care they owed to Gillian Stewart. On this basis I would allow the appeal.

C. Causation

An equally compelling reason to allow this appeal flows from the absence of proof of causation.

The plaintiff in a tort action has the burden of proving each of the elements of the claim on the balance of probabilities. This includes proving that the defendant's impugned conduct actually caused the loss complained of.

Here, the appellant claims that the respondents have not proved that the failure of Mayfield to intervene actually caused the injuries to Gillian Stewart. They point to the conversation that took place in the parking lot after the group left Stage West, and argue that, even if Mayfield had intervened in some way, Gillian Stewart and Shelley Pettie addressed the issue of Stuart Pettie's fitness to drive in the parking lot after leaving the Mayfield Inn, and came to an independent determination on this point.

Kerans J.A., in a separate concurring judgment in the Court of Appeal, resolved this issue as follows, at p. 124:

gnie, où il y avait un «bar payant», a trop bu et a ensuite été impliqué dans un accident. Dans pareil cas, l'établissement ne pourrait prétendre qu'il ne pouvait prévoir le risque créé dans le cas où son incapacité de le prévoir résultait directement de la façon dont l'endroit où l'on servait la boisson avait été aménagé.

Ce n'était cependant pas le cas en l'espèce. Mayfield connaissait les circonstances dans lesquelles Stuart Pettie buvait. Dans le contexte de la présente affaire, il n'était pas raisonnable qu'elle intervienne.

Compte tenu des faits de la présente affaire, je conclus que Mayfield Investments Ltd. n'a pas manqué à son obligation de diligence envers Gillian Stewart. Pour ce motif, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

C. Lien de causalité

L'absence de lien de causalité constitue une raison tout aussi sérieuse d'accueillir le pourvoi.

Dans une action délictuelle, le demandeur a le fardeau de prouver chacun des éléments de la demande selon la prépondérance des probabilités. Il doit établir, notamment, que le comportement attaqué du défendeur a vraiment causé la perte dont il se plaint.

En l'espèce, l'appelante soutient que les intimés n'ont pas établi que l'omission de Mayfield d'intervenir a effectivement causé les blessures de Gillian Stewart. Elle souligne la conversation qui a eu lieu dans le stationnement, après que le groupe eut quitté le Stage West, et fait valoir que, même si Mayfield était intervenue de quelque façon, Gillian Stewart et Shelley Pettie s'étaient demandées si Stuart Pettie était apte à conduire dans le stationnement après avoir quitté le Mayfield Inn, et avaient pris une décision indépendante à cet égard.

Dans des motifs distincts mais concordants, le juge Kerans de la Cour d'appel tranche ainsi la question, à la p. 124:

57

58

59

60

61

62

Had the server made the sort of comment I just suggested, I am of the view that the conversation relied upon would have come to a different conclusion. . . . Her intervention, in my view, probably would have made the difference.

63 (Hetherington J.A., writing for the majority in the Court of Appeal, did not comment on the question of whether Gillian Stewart and Shelley Pettie would have decided to let Stuart Pettie drive even if Mayfield had intervened.)

64 With respect, this statement is based on pure speculation. The fact is that there is no evidence on the question of whether Gillian Stewart and Shelley Pettie would have come to the same or a different conclusion had Mayfield intervened in some way. We are therefore left with an evidentiary gap on this issue.

65 There has progressively been developments in tort law which lessen the burden facing a plaintiff in trying to prove that the defendant's actions actually caused the loss complained of. See *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311. This makes the plaintiff's task less onerous where there is some inherent difficulty in proving causation with scientific accuracy, or where the facts surrounding causation lie uniquely within the knowledge of the defendant.

66 However, that is not the situation here. There is nothing unusual or difficult in this case about proving causation. Nor do the facts lie particularly within the knowledge of the defendant. The person who had the obligation and could have provided some evidence, if such existed, on whether intervention by Mayfield would have made any difference was the injured Gillian Stewart. She testified at the trial, but not on this point. This leaves the inference that had she been asked if Mayfield's had intervened, that is to advise her of facts already known to her that would have made any difference to her decision to have Pettie drive, her answer would have been no.

[TRADUCTION] Si la serveuse avait fait le genre de commentaire que j'ai suggéré, je suis d'avis que la conversation invoquée aurait eu une issue différente . . . À mon avis, son intervention aurait probablement fait la différence.

(Le juge Hetherington, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, n'a fait aucun commentaire sur la question de savoir si Gillian Stewart et Shelley Pettie auraient quand même laissé Stuart Pettie prendre le volant si Mayfield était intervenue.)

En toute déférence, cet énoncé repose sur une pure conjecture. Il s'avère qu'il n'y a aucune preuve quant à savoir si Gillian Stewart et Shelley Pettie auraient tiré une conclusion identique ou différente si Mayfield était intervenue de quelque façon. Il y a donc déficience de la preuve sur ce point.

En raison d'une évolution progressive du droit de la responsabilité délictuelle, il y a allègement du fardeau dont doit s'acquitter le demandeur qui tente de prouver que les actions du défendeur ont effectivement causé la perte alléguée. Voir *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311. La tâche du demandeur est ainsi moins ardue lorsqu'il est difficile en soi de prouver l'existence d'un lien de causalité avec une précision scientifique, ou lorsque seul le défendeur connaît les faits entourant le lien de causalité.

Or, ce n'est pas le cas en l'espèce. La preuve du lien de causalité n'a rien d'inhabituel ou de difficile dans la présente affaire. Les faits ne relèvent pas non plus particulièrement de la connaissance de la défenderesse. La personne qui avait l'obligation et la possibilité de fournir quelque preuve, à supposer qu'une telle preuve existait, sur la question de savoir si l'intervention de Mayfield aurait fait une différence, était la victime Gillian Stewart. Elle a témoigné au procès, mais pas sur ce point. Il faut donc en conclure que, si on lui avait demandé si l'intervention de Mayfield pour l'informer de faits qu'elle connaissait déjà aurait fait une différence dans sa décision de laisser Pettie conduire, sa réponse aurait été négative.

That answer would accord with the circumstances. The respondent Stewart, in the company of an equally sober sister-in-law, concluded that Pettie was competent to drive. The courts should not interfere in such decisions freely made.

This is not a case where the fact of causation is so patently obvious as to require no proof. Nor is it a case where there is a natural inference of causation from established facts, such that the defendant has to lead evidence negating causation. It is a case where there is no evidence to indicate that Gillian Stewart and Shelley Pettie would have reached any other conclusion than the one they reached even if Mayfield had intervened.

I would therefore also allow this appeal on the basis that the plaintiffs have failed to discharge the onus placed on them to show that Mayfield's failure to intervene actually caused Gillian Stewart's injuries.

Given the fact that I do not find any liability on the part of Mayfield Investments Ltd., it is unnecessary to address the issues relating to Gillian Stewart's contributory negligence, or whether the fact that Stuart Pettie drove while intoxicated could be said to be, in itself, gross negligence.

V. Disposition

I would allow the appeal and dismiss the action against Mayfield Investments Ltd. with costs throughout.

I would dismiss the cross-appeal by Gillian Stewart and Keith Stewart against the finding by the courts below that Stuart Pettie was not grossly negligent.

Appeal allowed with costs; cross-appeal dismissed.

Cette réponse serait conforme aux circonstances. L'intimé Stewart, en compagnie d'une belle-sœur tout aussi sobre, a conclu que Pettie était apte à conduire. Les tribunaux ne devraient pas intervenir dans de telles décisions prises librement.

En l'espèce, le lien de causalité n'est pas si manifestement évident qu'il ne requiert aucune preuve. Il ne s'agit pas non plus d'un cas où des faits établis permettent de conclure naturellement à l'existence d'un lien de causalité, de sorte qu'il incomberait à la défenderesse de produire une preuve contraire. C'est un cas où il n'y a aucune preuve que Gillian Stewart et Shelley Pettie auraient tiré une conclusion différente si Mayfield était intervenue.

Je suis donc d'avis d'accueillir également le pourvoi pour le motif que les demandeurs ne se sont pas acquittés du fardeau qui leur incombait d'établir que l'omission d'intervenir de Mayfield a effectivement causé les blessures de Gillian Stewart.

Vu ma conclusion à l'absence de responsabilité de la part de Mayfield Investments Ltd., il est inutile d'aborder la question de la négligence contributive de Gillian Stewart, ou celle de savoir si le fait que Stuart Pettie a conduit alors qu'il était ivre pourrait en lui-même être considéré comme une négligence grave.

V. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'action contre Mayfield Investments Ltd., avec dépens dans toutes les cours.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident que Gillian Stewart et Keith Stewart ont formé contre la conclusion des tribunaux d'instance inférieure que Stuart Pettie n'a pas fait preuve de négligence grave.

Pourvoi principal accueilli avec dépens; pourvoi incident rejeté.

67

68

69

70

71

72

Solicitors for the appellant/cross-respondent Mayfield Investments Ltd.: Bryan & Company, Edmonton.

Solicitors for the respondents/cross-appellants Gillian Stewart and Keith Stewart: Bishop & McKenzie, Edmonton.

Solicitors for the respondent/cross-respondent Stuart David Pettie: Chomicki, Baril, Edmonton.

Procureurs de l'appelante-intimée dans le pourvoi incident Mayfield Investments Ltd.: Bryan & Company, Edmonton.

Procureurs des intimés-appellants dans le pourvoi incident Gillian Stewart et Keith Stewart: Bishop & McKenzie, Edmonton.

Procureurs de l'intimé dans les pourvois principal et incident Stuart David Pettie: Chomicki, Baril, 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 2, 1995 Vol. 1

2^e cahier, 1995 Vol. 1

Cited as [1995] 1 S.C.R. 157-313

Renvoi [1995] 1 R.C.S. 157-313

Published pursuant to the Supreme Court Act by

ANNE ROLAND, L.L.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

Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)..... 157

Labour relations — Unfair labour practices — Interference — Justification — CBC forcing journalist to choose between his position as union president and his position as radio host following publication of his article against free trade in union newspaper — Canada Labour Relations Board deciding CBC's action constituting unfair labour practice under s. 94(1)(a) of Canada Labour Code and rejecting CBC's journalistic policy as justification for its action — Whether Board's decision should be set aside — Standard of review applicable to Board's decision.

Judicial review — Standard of review — Interpretation of external statute — Standard of review applicable where administrative tribunal interprets external statute — Whether administrative tribunal entitled to curial deference.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviséurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviséurs techniques
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CHRISTINE CHARTRAND, LL.B.

Secrétaíres
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. Bernshaw..... 254

Droit criminel — Véhicules à moteur — Ordre de soumettre un échantillon d'haleine — Test de détection routier — Policier autorisé à ordonner à un conducteur de soumettre «immédiatement» un échantillon d'haleine pour un test de détection — Un «échec» fournit-il en soi des motifs raisonnables d'ordonner un alcootest? — Un policier doit-il déterminer le moment de la dernière consommation ou attendre 15 minutes avant de faire subir un test de détection? — Le terme «immédiatement» signifie-t-il tout de suite ou peut-il comporter un délai de 15 minutes? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(2), (3).

R. c. Dunn..... 226

Droit criminel — Détermination de la peine — Appel de la sentence — Disposition relative à la sentence modifiée après le prononcé de la sentence mais avant le jugement en appel de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Bernshaw..... 254

Criminal law — Motor vehicles — Demand for breath sample — Roadside screening test — Police officer authorized to demand that driver provide breath sample “forthwith” for screening test — Whether “fail” result per se provides reasonable and probable grounds to demand breathalyzer — Whether officer must ascertain when driver consumed last drink or wait at least 15 minutes before administering screening test — Whether “forthwith” means immediately or whether it may encompass 15-minute delay — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(2), (3).

R. v. Dunn 226

Criminal law — Sentencing — Appeal from sentence — Sentencing provision amended after sentence pronounced but before judgment made on appeal from sentence — Interpretation Act (s. 44(e)) providing for imposition of reduced punishment where punishment reduced by new enactment — Whether or not judicial decisions on appeals from sentence encompassed by Interpretation Act provision — Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 44(e) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 100 (rep. & sub. c. 27 (1st Suppl.), s. 14, and later rep. & sub. by S.C. 1991, c. 40, s. 12(1)).

SOMMAIRE (Fin)

sentence — Loi d'interprétation (art. 44e)) prévoyant la réduction des sanctions dont l'allègement est prévu par la modification d'un texte de loi — Les décisions judiciaires rendues sur les appels de sentences sont-elles visées par la Loi d'interprétation? — Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 44e) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 100 (abr. & rempl. par ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 14, et ch. 1 (4^e suppl.), art. 18 (ann. I, n^o 4), par la suite abr. & rempl. par L.C. 1991, ch. 40, art. 12(1)).

Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail) 157

Relations de travail — Pratiques déloyales — Intervention — Justification — SRC forçant un journaliste à choisir entre son poste d'animateur d'une émission radiophonique et la présidence d'un syndicat à la suite de la parution dans un bulletin du syndicat d'un article qu'il avait rédigé contre le libre-échange — Conseil canadien des relations du travail décidant que la mesure prise par la SRC constituait une pratique déloyale de travail en vertu de l'art. 94(1)a) du Code canadien du travail et rejetant la politique journalistique de la SRC à titre de justification de cette mesure — La décision du Conseil devrait-elle être annulée? — Norme de contrôle applicable à la décision du Conseil.

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Interprétation d'une loi autre qu'une loi constitutive — Norme de contrôle applicable à l'interprétation par un tribunal administratif d'une loi autre que sa loi constitutive — Le tribunal administratif a-t-il droit à la retenue judiciaire?

Canadian Broadcasting Corporation *Appellant*

v.

Canada Labour Relations Board *Respondent*

and

Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists *Respondent*

and

Dale Goldhawk *Respondent*

INDEXED AS: CANADIAN BROADCASTING CORP. v. CANADA (LABOUR RELATIONS BOARD)

File No.: 23142.

1994: March 14; 1995: January 27.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Labour relations — Unfair labour practices — Interference — Justification — CBC forcing journalist to choose between his position as union president and his position as radio host following publication of his article against free trade in union newspaper — Canada Labour Relations Board deciding CBC's action constituting unfair labour practice under s. 94(1)(a) of Canada Labour Code and rejecting CBC's journalistic policy as justification for its action — Whether Board's decision should be set aside — Standard of review applicable to Board's decision.

Judicial review — Standard of review — Interpretation of external statute — Standard of review applicable where administrative tribunal interprets external statute — Whether administrative tribunal entitled to curial deference.

The respondent G was the host of a current affairs radio program on CBC and the president of the union

Société Radio-Canada *Appelante*

c.

Conseil canadien des relations du travail *Intimé*

et

Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists *Intimée*

et

Dale Goldhawk *Intimé*

RÉPERTOIRE: SOCIÉTÉ RADIO-CANADA c. CANADA (CONSEIL DES RELATIONS DU TRAVAIL)

N° du greffe: 23142.

1994: 14 mars; 1995: 27 janvier.

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

Relations de travail — Pratiques déloyales — Intervention — Justification — SRC forçant un journaliste à choisir entre son poste d'animateur d'une émission radiophonique et la présidence d'un syndicat à la suite de la parution dans un bulletin du syndicat d'un article qu'il avait rédigé contre le libre-échange — Conseil canadien des relations du travail décidant que la mesure prise par la SRC constituait une pratique déloyale de travail en vertu de l'art. 94(1)a) du Code canadien du travail et rejetant la politique journalistique de la SRC à titre de justification de cette mesure — La décision du Conseil devrait-elle être annulée? — Norme de contrôle applicable à la décision du Conseil.

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Interprétation d'une loi autre qu'une loi constitutive — Norme de contrôle applicable à l'interprétation par un tribunal administratif d'une loi autre que sa loi constitutive — Le tribunal administratif a-t-il droit à la retenue judiciaire?

L'intimé G était animateur à la SRC d'une tribune téléphonique nationale traitant de l'actualité et président

which represents writers, journalists and performers. Under the union's by-laws, the president is also its official spokesperson. In the midst of an election campaign in which free trade was a central issue, G wrote an article against free trade in the union newspaper. The CBC was concerned that his article and his public involvement as president of the union violated the CBC's journalistic policy requiring impartiality of journalists. It was agreed that, as an interim measure, G would cease hosting his program until after election day. After the election, G offered to relinquish his duties as the union's spokesperson, while remaining its president, in order to accommodate the CBC's concerns. The CBC rejected the offer and forced him to choose between his job as host of a radio program and his role as the president of the union. G resigned as union president and resumed hosting his radio program. The union filed a complaint with the Canada Labour Relations Board, alleging that the CBC had interfered with the activities of a trade union, contrary to s. 94(1)(a) of the *Canada Labour Code*. A majority of the Board upheld the complaint. The majority found that G's article was a union activity protected by s. 94(1)(a) and concluded that the CBC committed an unfair labour practice in forcing him to choose between the two positions and that the CBC's journalistic policy did not justify its action. The Federal Court of Appeal dismissed the CBC's application for judicial review.

Held (McLachlin J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Cory, Iacobucci and Major JJ.: The proper standard of judicial review to be applied to the Board's decision that the CBC had committed an unfair labour practice is one of patent unreasonableness. The issue of whether there was interference with the administration of a trade union and the representation of employees by that union, when the CBC asked G to choose between his position as union president and his position as radio host, is a question of law that Parliament intended to be answered by the Board, and not by the courts. It is a central part of the issue of whether there has been an unfair labour practice, and as such forms part of the question which Parliament, through the Code, has given the Board the exclusive jurisdiction to resolve. This jurisdiction encompasses the authority to develop a test for when such interference is established, and to define the scope of the concepts of "administration" of a union and "representation" of employees. The

du syndicat qui représente les auteurs, les journalistes et les artistes. Le règlement intérieur du syndicat prévoit que son président est en même temps son porte-parole officiel. En plein milieu d'une campagne électorale où l'un des principaux enjeux était le libre-échange, G a rédigé un article contre le libre-échange qui a paru dans le bulletin du syndicat. La SRC craignait que G, par son article et par ses interventions publiques en tant que président du syndicat, n'ait violé la politique journalistique de la SRC, qui exigeait l'impartialité des journalistes. Il a été convenu, à titre de mesure provisoire, que G cesserait d'animer son émission jusqu'au lendemain des élections. Après les élections, dans une tentative d'apaiser les inquiétudes de la SRC, G a offert d'abandonner ses fonctions de porte-parole du syndicat, tout en en conservant la présidence. La SRC a rejeté cette offre et l'a forcé à choisir entre son poste d'animateur à la radio et la présidence du syndicat. G a démissionné de la présidence du syndicat et a repris ses fonctions d'animateur d'émission radiophonique. Le syndicat a déposé auprès du Conseil canadien des relations du travail une plainte reprochant à la SRC de s'être ingérée dans les activités d'un syndicat, contrairement à l'al. 94(1)a) du *Code canadien du travail*. Le Conseil à la majorité a accueilli la plainte. Les membres formant la majorité ont conclu que l'article de G était une activité syndicale protégée par l'al. 94(1)a), que la SRC s'était livrée à une pratique déloyale de travail en le forçant à choisir entre les deux postes, et que la politique journalistique de la SRC ne justifiait pas la mesure qu'elle a prise. La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la SRC.

Arrêt (le juge McLachlin est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, Iacobucci et Major: La norme qu'il convient d'appliquer au contrôle judiciaire de la décision du Conseil voulant que la SRC se soit livrée à une pratique déloyale de travail est celle du caractère manifestement déraisonnable. La question de savoir si la SRC est intervenue dans l'administration d'un syndicat et dans la représentation des employés par celui-ci quand elle a demandé à G de choisir entre la présidence du syndicat et son poste d'animateur d'émission radiophonique est une question de droit à laquelle le Parlement a voulu que ce soit le Conseil qui réponde et non pas les cours de justice. Cette question représente un aspect fondamental de celle de savoir s'il y a eu une pratique déloyale de travail et constitue en tant que telle un élément de la question qui relève de la compétence exclusive que le Parlement, par le truchement du Code, a conférée au Conseil. Cette compétence comporte le pouvoir d'établir un critère permettant de déterminer ce

test developed by the Board to adjudicate the s. 94(1)(a) claims involves (1) a characterization of the activities of the union and a determination as to whether there has been employer interference with them; and (2), if such interference is made out by the union, whether there was justification for the interference. To use this analytical framework to segregate the first part of the test and label it jurisdictional ignores the fact that this issue is part of the substance of the s. 94(1)(a) determination. It is also akin to an endorsement of the preliminary questions doctrine, which this Court in recent decisions has declined to adopt as a useful test for delineating jurisdiction. Support for the conclusion that this determination is not jurisdictional in nature is found in a functional analysis of the *Canada Labour Code* as a whole. A broad privative clause is combined with wide powers in the Board to deal with questions put before it. Moreover, the terms at issue in this appeal are not specifically defined in the Code and the Board has developed an extensive jurisprudence to determine whether an allegation of a violation of s. 94(1)(a) has been sustained. By virtue of its specialized expertise, the Board is uniquely suited to that determination and courts should defer to that expertise unless it can be said that the Board's decision was patently unreasonable.

As a general rule, curial deference need not be shown to an administrative tribunal in its interpretation of a general public statute other than its constituting legislation, although in cases where the external statute is linked to the tribunal's mandate and is frequently encountered by it, a measure of deference may be appropriate. This does not mean, however, that every time an administrative tribunal encounters an external statute in the course of its determination, the decision as a whole becomes open to review on a standard of correctness. The tribunal may have to be correct in an isolated interpretation of external legislation, but the standard of review of the decision as a whole, if that decision is otherwise within its jurisdiction, will be one of patent unreasonableness. The correctness of the interpretation of the external statute may affect the overall reasonableness of the decision. Whether this is the case will depend on the impact of the statutory provision on the outcome of the decision as a whole. Here, the fact that the CBC is a creation of, and is governed by, an external statute — the *Broadcasting Act* — does not raise the overall standard of review to one of correctness, even

qui constitue une telle intervention, et de définir la portée des concepts d'«administration» d'un syndicat et de «représentation» des employés. Le critère établi par le Conseil pour le règlement des demandes fondées sur l'al. 94(1)a) consiste (1) à qualifier les activités syndicales et à déterminer s'il y a eu intervention de l'employeur dans celles-ci, et (2), du moment que le syndicat établit l'existence d'une telle intervention, à se demander si cette intervention était justifiée. Se servir de ce cadre analytique pour isoler le premier volet du critère et pour conclure qu'il se rapporte à la compétence ne tient pas compte du fait que cette question fait partie de l'essence d'une décision fondée sur l'al. 94(1)a). Cela tient également d'une approbation de la théorie des questions préliminaires que notre Cour, dans des arrêts récents, a refusé d'adopter comme critère utile pour délimiter la compétence. La conclusion que cette décision n'a rien à voir avec la compétence est appuyée par une analyse fonctionnelle du *Code canadien du travail* dans son ensemble. À une clause privative générale sont conjugués les vastes pouvoirs du Conseil de trancher les questions qu'on lui soumet. De plus, les termes ici en cause ne sont pas expressément définis dans le Code et une abondante jurisprudence du Conseil s'applique pour déterminer si l'existence d'une violation de l'al. 94(1)a) a été établie. En raison de ses connaissances spécialisées, le Conseil est particulièrement apte à déterminer cela et les tribunaux devraient s'en remettre à cette expertise, à moins que la décision du Conseil ne puisse être qualifiée de manifestement déraisonnable.

D'une manière générale, la retenue judiciaire ne s'impose pas à l'égard de l'interprétation, par un tribunal administratif, d'une loi générale d'intérêt public qui n'est pas sa loi constitutive, bien qu'une certaine retenue puisse être indiquée dans des cas où la loi non constitutive se rapporte au mandat du tribunal et où celui-ci est souvent appelé à l'examiner. Cependant, cela ne veut pas dire que chaque fois qu'un tribunal administratif examine une autre loi en rendant sa décision, celle-ci devient dans l'ensemble sujette à un contrôle fondé sur la norme du caractère correct. Le tribunal peut être soumis à la norme du caractère correct dans l'interprétation isolée d'une loi autre que sa loi constitutive, mais la norme de contrôle applicable à l'ensemble de la décision, à supposer que celle-ci soit par ailleurs conforme à la compétence du Conseil, sera celle du caractère manifestement déraisonnable. La justesse de l'interprétation de la loi non constitutive pourra influencer sur le caractère raisonnable global de la décision, mais cela tiendra à l'effet de la disposition législative en question sur la décision dans son ensemble. Ce n'est pas parce que la SRC, en l'espèce, est créée et régie par une loi autre que

though no deference will be shown to the Board in its interpretation of the provisions of that statute.

The Board's delineation of the relevance of external statutory imperatives in its s. 94(1)(a) analysis is within its jurisdiction. Moreover, the Board's treatment of the relationship between the *Broadcasting Act*, or the related journalistic policy, and the obligations imposed on the CBC by the *Canada Labour Code* was not in error. The general requirement in the *Broadcasting Act* to provide a balanced information service must be interpreted in a way that is consistent with the specific obligations contained in the Code. The Board's own analytical framework for s. 94(1)(a) contemplates such an accommodation. The journalistic policy itself, however, does not enjoy the status of legislation. It is an internal management directive promulgated by the CBC based on its own interpretation of its obligations under the *Broadcasting Act*. This policy cannot oust the CBC's legal obligations as found in the *Canada Labour Code*.

The Board's decision that the CBC had interfered with the administration of a trade union or the representation of employees by that union was not patently unreasonable. The Board, while recognizing that s. 94(1)(a) has its limits, found that the publication by a union and its officer of an article in a union newsletter expressing an opinion that a government economic policy constituted a threat or a benefit to its members was protected by s. 94(1)(a). Given the context, the extension of the content protection was not wholly unwarranted. The substance of the article was not aimed at the employer, but rather at gathering support from members for the union's official position. Further, the decision of the majority was arrived at in a principled manner and was not irrational. The Board was entitled to apply the law as found in existing decisions to new and analogous facts. It is not unreasonable to find a connection between the collective bargaining relationship and the activities of unions as they relate to external social issues affecting their members.

Alternatively, the Board also found that the CBC's action in refusing to accept G's offer that he retain his position as union president while no longer serving as its spokesperson had the effect of preventing any broad-

la loi constitutive du Conseil — la *Loi sur la radiodiffusion* — qu'il faut hausser la norme globale de contrôle à celle du caractère correct de la décision, même si aucune retenue ne sera manifestée à l'égard de l'interprétation de cette autre loi par le Conseil.

Le Conseil a compétence pour définir la pertinence d'impératifs d'autres lois pour les fins de son analyse fondée sur l'al. 94(1)a). Par ailleurs, le Conseil n'a commis aucune erreur dans son traitement du rapport entre la *Loi sur la radiodiffusion* ou la politique journalistique connexe et les obligations que le *Code canadien du travail* impose à la SRC. L'obligation générale, imposée dans la *Loi sur la radiodiffusion*, d'offrir des services équilibrés qui renseignent doit s'interpréter d'une manière conciliable avec les obligations précises du Code. Le cadre analytique que le Conseil a lui-même établi pour l'application de l'al. 94(1)a) prévoit ce genre de conciliation. Cependant, la politique journalistique même n'est pas un texte législatif. Il s'agit d'une directive de gestion interne établie par la SRC en fonction de sa propre interprétation des obligations que lui impose la *Loi sur la radiodiffusion*. Cette politique ne saurait éliminer les obligations que le *Code canadien du travail* impose à la SRC.

La décision du Conseil selon laquelle la SRC s'est ingérée dans l'administration d'un syndicat ou dans la représentation des employés par celui-ci n'est pas manifestement déraisonnable. Tout en reconnaissant que l'al. 94(1)a) a ses limites, le Conseil a conclu que cette disposition protégeait la publication par un syndicat et un de ses dirigeants, dans un bulletin syndical, d'un article exprimant l'opinion qu'une politique économique du gouvernement constituait une menace pour les membres du syndicat ou leur était avantageuse. Dans ce contexte, l'élargissement de la protection accordée au contenu de l'article n'était pas tout à fait injustifié. L'article ne s'adressait pas essentiellement à l'employeur, mais avait plutôt pour but d'obtenir l'appui des membres pour la position officielle du syndicat. De plus, la décision du Conseil à la majorité était fondée sur des principes et n'était pas irrationnelle. Le Conseil avait le droit d'appliquer à des faits nouveaux et analogues les règles de droit se dégageant de la jurisprudence. Il n'est pas déraisonnable de conclure à l'existence d'un lien entre la relation de négociation collective et les activités syndicales relatives à des questions sociales extrinsèques qui touchent leurs membres.

Subsidiairement, le Conseil a aussi décidé que la mesure de la SRC, lorsqu'elle a refusé d'accepter l'offre, par G, de conserver la présidence du syndicat, mais de ne plus en être le porte-parole, avait pour effet d'em-

cast journalist from being the president of the union, and thus affected the right of the union to choose its president from among its entire membership. This act alone amounted to a violation of the Code. On any standard of review, the Board was entitled to find that the election of whichever person the union members wish to have as their president is an activity that falls within the concept of "administration" of a trade union or "representation" of employees by that union.

Finally, the Board's conclusion that the CBC had failed to show a valid and compelling business justification for its interference is not unreasonable. The Board considered the journalistic policy but did not find that it compelled the CBC to take the action that it did in order to fulfil its requirement of impartiality. Even if there were obligations relating to impartiality imposed by the *Broadcasting Act* on the CBC, they were not determinative, given the Board's finding that there was no causal connection between the requirement of impartiality and the continued presidency of G.

Per Gonthier J.: Subject to the comment of L'Heureux-Dubé J., the reasons of Iacobucci J. were agreed with.

Per L'Heureux-Dubé J.: Subject to the following comment, Iacobucci J.'s reasons were substantially agreed with. An administrative tribunal protected by a full privative clause, as is the Board, is entitled to curial deference in its interpretation of an external statute. The interpretation of an external statute cannot be characterized as a jurisdictional question as such. Consequently, denying curial deference to such a tribunal in this respect seems inconsistent with the jurisprudence of this Court concerning the standard of review of decisions of these tribunals. The Board's interpretation of an external statute thus has no effect on the appropriate standard of judicial review, which, in this case, is one of patent unreasonableness since the decision reached by the Board is entirely within its jurisdiction.

Per La Forest J.: This case raises a very narrow issue. The alternative ground upon which Iacobucci J. supports the Board's decision is agreed with and there is no reason to interfere with the Board's finding with respect to the absence of justification.

pêcher tout journaliste de la radio ou de la télévision de devenir président du syndicat et ainsi de porter atteinte au droit du syndicat de choisir son président parmi tous ses membres. Cet acte constituait à lui seul une violation du Code. Peu importe la norme de contrôle retenue, le Conseil était en droit de conclure que l'élection de toute personne que les membres du syndicat souhaitent avoir comme président est une activité qui ressortit au concept de l'«administration» d'un syndicat ou de la «représentation» des employés par celui-ci.

Enfin, la conclusion du Conseil que la SRC n'a pas justifié son intervention par des motifs valables et impérieux liés au service n'est pas déraisonnable. Le Conseil a examiné la politique journalistique, mais il a conclu qu'elle ne contraignait pas la SRC à prendre la mesure qu'elle a prise pour s'acquitter de son obligation d'impartialité. Même si la *Loi sur la radiodiffusion* imposait à la SRC des obligations en matière d'impartialité, celles-ci n'étaient nullement déterminantes étant donné la conclusion du Conseil à l'absence de tout lien de causalité entre cette exigence et le maintien de G à la présidence.

Le juge Gonthier: Les motifs du juge Iacobucci sont acceptés, sous réserve du commentaire du juge L'Heureux-Dubé.

Le juge L'Heureux-Dubé: Sous réserve du commentaire ci-après, les motifs du juge Iacobucci sont acceptés pour l'essentiel. Un tribunal administratif protégé par une clause privative étanche, comme l'est le Conseil, a droit à la retenue judiciaire dans son interprétation d'une loi autre que sa loi constitutive. L'interprétation par un tribunal d'une loi qui n'est pas sa loi constitutive ne peut comme telle être qualifiée de question juridictionnelle. En conséquence, ne pas faire preuve de retenue judiciaire envers les décisions d'un tel tribunal à cet égard apparaît incompatible avec la jurisprudence de notre Cour en ce qui concerne la norme de contrôle judiciaire des décisions de ces tribunaux. Ainsi, le fait que le Conseil ait interprété une loi qui n'est pas sa loi constitutive n'a absolument aucun effet sur la norme de contrôle judiciaire qui, dans notre cas, est celle du caractère manifestement déraisonnable puisque la décision qu'il a rendue en est une qui est à l'intérieur de sa compétence.

Le juge La Forest: La présente affaire soulève une question très restreinte. Le motif subsidiaire sur lequel le juge Iacobucci se fonde pour appuyer la décision du Conseil est accepté et il n'y a aucune raison de modifier la conclusion du Conseil relativement à l'absence de justification.

Per Sopinka J.: The pragmatic and functional approach is to be used to ascertain whether Parliament intended that the determination of the matters included within s. 94(1)(a) of the *Canada Labour Code* be left to the Board or whether the section was a provision intended to limit the Board's jurisdiction. In making this determination, the focus is not on whether the union's activity in opposing free trade was intended by Parliament to be included in s. 94(1)(a), but rather on what activity in general Parliament intended to include in the section and its possible reach if not interpreted correctly in accordance with the legislative intention. Given the range of union activity which could be the subject of a complaint under s. 94(1)(a), much of which has little or nothing to do with the purposes of the Code, Parliament cannot have intended to leave it to the Board to determine which part of this activity can be swept into its jurisdiction so as to enable it to subject an employer to sanctions for engaging in "unfair labour practices". Accordingly, s. 94(1)(a) is a provision intended to limit the Board's jurisdiction and the standard of review applicable to the Board's decision is correctness.

The alternative ground upon which Iacobucci J. supports the Board's decision, however, is agreed with and there is no reason to interfere with the Board's finding with respect to the absence of justification.

Per McLachlin J. (dissenting): The functional test is question-specific and must be applied to each question which the Board considered, and the appropriate standard of review must then be applied to its answers. This requirement is not obviated by the fact that a question is part of the substance of the dispute, nor by the fact that it may be "preliminary" or jurisdictional.

The first question the Board was required to consider was whether the union's statements on political matters outside the collective bargaining context were protected by s. 94(1)(a) of the *Canada Labour Code*. A functional analysis clearly demonstrates that the interpretation of the ambit of s. 94(1)(a) lies at the core of the Board's mandate and was intended by Parliament to be left to the Board, notwithstanding that the question goes to the Board's power or "jurisdiction". A court can therefore only interfere with the Board's conclusion that G's statements were protected by the Code if its conclusion is patently unreasonable. This conclusion is patently unreasonable from the perspective of both the purpose of the Code and the authorities. The purpose of the Code

Le juge Sopinka: Il faut se servir de l'analyse pragmatique et fonctionnelle pour établir si le législateur a voulu laisser au Conseil le soin de déterminer les questions visées par l'al. 94(1)a) du *Code canadien du travail* ou si cette disposition visait à restreindre la compétence du Conseil. Aux fins de cette détermination, il faut mettre l'accent non pas sur la question de savoir si le législateur a voulu que l'activité que le syndicat a exercée en s'opposant au libre-échange soit visée par l'al. 94(1)a), mais plutôt sur celle de savoir quelle activité le législateur a-t-il voulu viser par cet alinéa et quelle en est la portée possible s'il n'est pas interprété conformément à l'intention du législateur. Compte tenu de la gamme d'activités syndicales qui sont susceptibles de donner lieu à une plainte fondée sur l'al. 94(1)a) et dont la plupart n'ont rien ou à peu près rien à voir avec les fins du Code, le législateur ne peut avoir voulu laisser au Conseil le soin de déterminer sur laquelle de ces activités il peut avoir compétence de façon à pouvoir imposer des sanctions à un employeur qui s'est livré à des «pratiques déloyales de travail». En conséquence, l'al. 94(1)a) vise à restreindre la compétence du Conseil et la norme de contrôle applicable à sa décision est celle du caractère correct.

Cependant, le motif subsidiaire sur lequel le juge Iacobucci se fonde pour appuyer la décision du Conseil est accepté et il n'y a aucune raison de modifier la conclusion du Conseil relativement à l'absence de justification.

Le juge McLachlin (dissidente): Le critère de l'analyse fonctionnelle s'applique à des questions précises et il faut appliquer ce critère à chaque question examinée par le Conseil, et la norme de contrôle appropriée doit alors être appliquée aux réponses qui lui sont données. Cette exigence n'est pas écartée du fait qu'une question touche le fond du litige, ni du fait qu'il peut s'agir d'une question de «condition préalable» ou de compétence.

Le Conseil devait tout d'abord examiner si les déclarations du syndicat sur des questions politiques en dehors du contexte de la négociation collective étaient protégées par l'al. 94(1)a) du *Code canadien du travail*. Une analyse fonctionnelle établit clairement que l'interprétation de la portée de l'al. 94(1)a) est au cœur du mandat du Conseil et que le législateur a voulu qu'il assume cette tâche, même si la question touche au pouvoir ou à la «compétence» du Conseil. Une cour de justice ne peut donc modifier la conclusion du Conseil, selon laquelle les déclarations de G étaient protégées par le Code, que si elle est manifestement déraisonnable. Cette conclusion est manifestement déraisonnable, tant du point de vue de l'objet même du Code que de celui

is to promote and preserve the collective bargaining system and the protection provided by s. 94(1)(a) to employees who speak out is confined to that purpose. Thus, only union statements relating to the collective bargaining process fall within the ambit of s. 94(1)(a) protection; statements made for personal or political reasons are not protected. The courts have made the same distinction. In arriving at the conclusion that all statements of union officials are protected by the Code, except those which are abusive, the majority of the Board failed to address the real issue and made an unsupportable conclusion. The inclusion of all non-abusive union statements within the ambit of s. 94(1)(a) is not a rational extension of the law into analogous areas but rather an attempt to take protection into areas where there is neither precedent nor practical justification for protection.

On the question of interference with a union activity, the applicable standard of review is also patent unreasonability. Had the CBC's action in putting G to a choice between continuing as union president and continuing as host of his program been in response of a statement made by G in the course of collective bargaining, it would clearly have constituted interference with a union activity under s. 94(1)(a).

Finally, assuming the CBC interfered with a union activity protected by the Code, the standard of review applicable to the Board's conclusion on the question of the justifiability of the CBC's conduct under its statutory regime is correctness. This question is outside the special competence of the Board, which has no expertise in interpreting this *Broadcasting Act* or its regulatory regime. Given the CBC's obligation under the *Broadcasting Act* to maintain the perception of impartiality in its public affairs broadcasts, the majority of the Board erred in finding that the legislation, policy and administrative review process governing the CBC did not justify it in interfering. In treating the CBC as a private enterprise governed only by a flexible management directive which must yield to the superior legal demands of s. 94(1)(a), the Board failed to consider the special obligation imposed on the CBC by law. The CBC policy was

de la jurisprudence. Le Code a pour objet de promouvoir et de préserver le système de négociation collective, et la protection qu'offre l'al. 94(1)a) aux employés qui font des déclarations se limite à cet objet. En conséquence, seules les déclarations du syndicat relatives au processus de négociation collective sont visées par la protection de l'al. 94(1)a); les déclarations faites à des fins personnelles ou politiques ne sont pas protégées. Les cours de justice ont établi la même distinction. Lorsqu'il est arrivé à la conclusion que toutes les déclarations de dirigeants syndicaux sont protégées par le Code, sauf si elles sont abusives, le Conseil à la majorité n'a pas abordé la véritable question en litige et a tiré une conclusion insoutenable. Soutenir que toutes les déclarations syndicales non abusives sont protégées par l'al. 94(1)a) constitue non pas une extension rationnelle du droit à des domaines analogues, mais une tentative d'appliquer la protection à des domaines où il n'existe ni précédent, ni motif pratique de le faire.

En ce qui concerne la question de l'intervention dans une activité syndicale, la norme de contrôle applicable est également celle du caractère manifestement déraisonnable. Si, lorsqu'elle a demandé à G de choisir entre la présidence du syndicat et son poste d'animateur, la SRC s'était trouvée à réagir à une déclaration que G aurait faite pendant des négociations collectives, il y aurait clairement eu intervention dans les activités du syndicat au sens de l'al. 94(1)a).

Enfin, en supposant que la SRC est intervenue dans une activité syndicale protégée par le Code, la norme de contrôle applicable à la conclusion du Conseil sur la question de savoir si la conduite de la SRC est justifiable selon le régime législatif auquel elle est assujettie est celle du caractère correct. La question ne relève pas de la compétence spéciale du Conseil qui n'a aucune expertise dans l'interprétation de la *Loi sur la radiodiffusion* ou de son régime de réglementation. Compte tenu de l'obligation que la SRC a, en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, de maintenir une apparence d'impartialité dans ses émissions d'affaires publiques, le Conseil à la majorité a commis une erreur lorsqu'il a conclu que la loi, la politique et le processus de contrôle administratif régissant la SRC ne justifiaient pas cette intervention de sa part. En traitant la SRC comme une entreprise privée régie seulement par une directive de gestion souple qui doit céder le pas aux exigences supérieures de l'al. 94(1)a) du Code, le Conseil n'a pas tenu compte de

capable of being considered a “compelling reason” for interfering with the activity of the union.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Distinguished: *Almeida v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 1 F.C. 266; *Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. v. United Steelworkers of America* (1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384; **referred to:** *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *Canadian Broadcasting Corp.* (1991), 86 di 92; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police v. Ontario Nurses' Association* (1990), 41 O.A.C. 148; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *Saskatchewan Joint Board, Retail, Wholesale and Department Store Union v. MacDonalds Consolidated Ltd.* (1985), 43 Sask. R. 260; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Wentworth County Board of Education v. Wentworth Women Teachers' Assn.* (1991), 80 D.L.R. (4th) 558; *Ontario Nurses' Assn. v. Etobicoke General Hospital* (1993), 14 O.R. (3d) 40; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Quan v. Canada (Treasury Board)*, [1990] 2 F.C. 191; *McDonnell Douglas Canada Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 498; *Canada Post Corp.* (1987), 71 di 215; *Canada Post Corp.* (1988), 75 di 189.

By L'Heureux-Dubé J.

Distinguished: *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; **referred to:** *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor*

l'obligation spéciale que la loi impose à la SRC. La politique de la SRC pouvait constituer un «motif impérieux» d'intervenir dans les activités du syndicat.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Distinction d'avec les arrêts: *Almeida c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 1 C.F. 266; *Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. c. United Steelworkers of America* (1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384; **arrêts mentionnés:** *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Société Radio-Canada* (1991), 86 di 92; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police c. Ontario Nurses' Association* (1990), 41 O.A.C. 148; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *Saskatchewan Joint Board, Retail, Wholesale and Department Store Union c. MacDonalds Consolidated Ltd.* (1985), 43 Sask. R. 260; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Wentworth County Board of Education c. Wentworth Women Teachers' Assn.* (1991), 80 D.L.R. (4th) 558; *Ontario Nurses' Assn. c. Etobicoke General Hospital* (1993), 14 O.R. (3d) 40; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Quan c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1990] 2 C.F. 191; *McDonnell Douglas Canada Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 498; *Société canadienne des postes* (1987), 71 di 215; *Société canadienne des postes* (1988), 75 di 189.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Distinction d'avec l'arrêt: *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; **arrêts mentionnés:** *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société*

Corp., [1979] 2 S.C.R. 227; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048.

By Sopinka J.

Referred to: *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048.

By McLachlin J. (dissenting)

U.E.S., Local 298 v. Bibeault, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Almeida v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 1 F.C. 266; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. v. United Steelworkers of America* (1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384; *MacMillan Bloedel Ltd. v. British Columbia Hydro & Power Authority* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 273; *British Columbia Hydro & Power Authority and Int'l Brotherhood of Electrical Workers, Locals 258 and 213*, [1976] 2 C.L.R.B.R. 410; *Re Inco Ltd. and United Steelworkers of America, Local 6166* (1978), 86 D.L.R. (3d) 407 (Man. C.A.), aff'g (1977), 81 D.L.R. (3d) 469 (Man. Q.B.); *Health Labour Relations Association and Hospital Employees' Union, Local No. 180* (1983), 3 C.L.R.B.R. (N.S.) 390; *Metro Transit Operating Co. v. Independant Canadian Transit Union, Local 3*, 83 C.L.L.C. ¶ 16,054; *Re United Glass & Ceramic Workers of North America and Domglas Ltd.* (1978), 85 D.L.R. (3d) 118; *British Broadcasting Corp. v. Hearn*, [1978] 1 All E.R. 111; *Mercury Communications Ltd. v. Scott-Garner*, [1984] 1 All E.R. 179 (C.A.); *Associated Newspapers Group Ltd. v. Flynn* (1970), 10 K.I.R. 17; *Luce v. London Borough of Bexley*, [1990] I.R.L.R. 422; *Canada Post Corp.* (1987), 71 di 215; *Québecair/Air Québec* (1987), 72 di 44; *Canada Post Corp.* (1988), 75 di 189; *Wardair Canada Inc.* (1988), 76 di 103; *Cadillac Fairview Corp. v. R.W.D.S.U.* (1989), 71 O.R. (2d) 206; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *Saskatchewan Joint Board, Retail, Wholesale and Department Store Union v. MacDonalds Consolidated Ltd.* (1985), 43 Sask. R. 260; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Re Canadian Broadcasting Corp. and National Association of Broadcast Employees and Technicians* (1973), 4 L.A.C. (2d) 263.

des alcools du Nouveau-Brunswick, [1979] 2 R.C.S. 227; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt mentionné: *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

U.E.S., local 298 c. Bibeault, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Almeida c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 1 C.F. 266; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. c. United Steelworkers of America* (1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384; *MacMillan Bloedel Ltd. c. British Columbia Hydro & Power Authority* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 273; *British Columbia Hydro & Power Authority and Int'l Brotherhood of Electrical Workers, Locals 258 and 213*, [1976] 2 C.L.R.B.R. 410; *Re Inco Ltd. and United Steelworkers of America, Local 6166* (1978), 86 D.L.R. (3d) 407 (C.A. Man.), conf. (1977), 81 D.L.R. (3d) 469 (B.R. Man.); *Health Labour Relations Association and Hospital Employees' Union, Local No. 180* (1983), 3 C.L.R.B.R. (N.S.) 390; *Metro Transit Operating Co. c. Independant Canadian Transit Union, Local 3*, 83 C.L.L.C. ¶ 16,054; *Re United Glass & Ceramic Workers of North America and Domglas Ltd.* (1978), 85 D.L.R. (3d) 118; *British Broadcasting Corp. c. Hearn*, [1978] 1 All E.R. 111; *Mercury Communications Ltd. c. Scott-Garner*, [1984] 1 All E.R. 179 (C.A.); *Associated Newspapers Group Ltd. c. Flynn* (1970), 10 K.I.R. 17; *Luce c. London Borough of Bexley*, [1990] I.R.L.R. 422; *Société canadienne des postes* (1987), 71 di 215; *Québecair/Air Québec* (1987), 72 di 44; *Société canadienne des postes* (1988), 75 di 189; *Wardair Canada Inc.* (1988), 76 di 103; *Cadillac Fairview Corp. c. R.W.D.S.U.* (1989), 71 O.R. (2d) 206; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *Saskatchewan Joint Board, Retail, Wholesale and Department Store Union c. MacDonalds Consolidated Ltd.* (1985), 43 Sask. R. 260; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Re Canadian Broadcasting Corp. and National Association of Broadcast Employees and Technicians* (1973), 4 L.A.C. (2d) 263.

Statutes and Regulations Cited

- Broadcasting Act*, R.S.C., 1985, c. B-9, s. 3.
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, Part I "preamble", ss. 8(1), 18, 22 [am. 1990, c. 8, s. 56], 94(1)(a), (3), 96, 97(1), 98(1), (4), 99.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4)(c) [ad. 1990, c. 8, s. 5].

Authors Cited

- Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).
 Arthurs, Harry William, et al. *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.
 Bryden, Philip L. "Administrative Law — Review for Jurisdictional Error — Labour Board Decision Held to be Patently Unreasonable: *United Association of Journeymen and Apprentices of the Pipefitting Industry v. W.W. Lester (1978) Ltd.*" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 580.
Citrine's Trade Union Law, 3rd ed. By M. A. Hickling. London: Stevens & Sons Ltd., 1967.
 Gall, Peter A. "Judicial Review of Labour Tribunals: A Functional Approach", in *Proceedings of the Administrative Law Conference*, held at the University of British Columbia, Faculty of Law, on October 18 and 19, 1979. Vancouver: U.B.C. Law Review, 1981, 305.
 MacLauchlan, H. Wade. "Reconciling Curial Deference with a Functional Approach in Substantive and Procedural Judicial Review" (1993), 7 *C.J.A.L.P.* 1.
Sweet & Maxwell's Encyclopedia of Employment Law, vol. 2. London: Sweet & Maxwell, 1992 (loose-leaf).
 Weiler, Paul. *Reconcilable Differences*. Toronto: Carswell, 1980.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1992] 2 F.C. 665, 92 D.L.R. (4th) 316, 141 N.R. 116, 92 C.L.L.C. ¶ 14,035, dismissing a CBC's application to review and set aside a decision of the Canada Labour Relations Board (1990), 83 di 102, 91 C.L.L.C. ¶ 16,007. Appeal dismissed, McLachlin J. dissenting.

Roy L. Heenan and Tom Brady, for the appellant.

Lois et règlements cités

- Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, partie I «préambule», art. 8(1), 18, 22 [mod. 1990, ch. 8, art. 56], 94(1)a), (3), 96, 97(1), 98(1), (4), 99.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4)c) [aj. 1990, ch. 8, art. 5].
Loi sur la radiodiffusion, L.R.C. (1985), ch. B-9, art. 3.

Doctrine citée

- Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).
 Arthurs, Harry William, et al. *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.
 Bryden, Philip L. «Administrative Law — Review for Jurisdictional Error — Labour Board Decision Held to be Patently Unreasonable: *United Association of Journeymen and Apprentices of the Pipefitting Industry v. W.W. Lester (1978) Ltd.*» (1992), 71 *R. du B. can.* 580.
Citrine's Trade Union Law, 3rd ed. By M. A. Hickling. London: Stevens & Sons Ltd., 1967.
 Gall, Peter A. «Judicial Review of Labour Tribunals: A Functional Approach», in *Proceedings of the Administrative Law Conference*, held at the University of British Columbia, Faculty of Law, on October 18 and 19, 1979. Vancouver: U.B.C. Law Review, 1981, 305.
 MacLauchlan, H. Wade. «Reconciling Curial Deference with a Functional Approach in Substantive and Procedural Judicial Review» (1993), 7 *C.J.A.L.P.* 1.
Sweet & Maxwell's Encyclopedia of Employment Law, vol. 2. London: Sweet & Maxwell, 1992 (loose-leaf).
 Weiler, Paul. *Reconcilable Differences*. Toronto: Carswell, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1992] 2 C.F. 665, 92 D.L.R. (4th) 316, 141 N.R. 116, 92 C.L.L.C. ¶ 14,035, qui a rejeté une demande de la SRC visant le contrôle et l'annulation d'une décision du Conseil canadien des relations du travail (1990), 83 di 102, 91 C.L.L.C. ¶ 16,007. Pourvoi rejeté, le juge McLachlin est dissidente.

Roy L. Heenan et Tom Brady, pour l'appelante.

Peter C. Engelmann and Johane Tremblay, for the respondent the Canada Labour Relations Board.

Paul J. Falzone and Aubrey E. Golden, Q.C., for the respondents the Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists and Dale Goldhawk.

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

IACOBUCCI J. — The Canadian Broadcasting Corporation (“CBC”) seeks judicial review of the decision of the Canada Labour Relations Board that the CBC interfered with the activities of the respondent trade union, the Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists (“ACTRA”), in contravention of s. 94(1)(a) of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2.

I. Facts

The membership of ACTRA is divided into three guilds: writers, journalists and performers. ACTRA, like many unions, takes official positions on various issues. For example, it supports the Canadian content rule for broadcasters. It apparently also opposes free trade. ACTRA has an official newsletter, *ACTRASCOPE*, which is distributed to its 10,000 members across Canada.

ACTRA’s by-laws provide that the president of ACTRA is also to be its official spokesperson. In 1988 the president of ACTRA was a journalist, Dale Goldhawk. Goldhawk had been hired by the CBC in January 1988 to host a national weekly open-line current affairs radio program, *Cross Country Checkup*. At the time of his hiring, the CBC was aware that he was the president of ACTRA.

In the late summer of 1988, Goldhawk wrote an article in “The President Reports” column of the fall issue of *ACTRASCOPE*. Under the title “Election brings the trade debate to a boil”, he took a

Peter C. Engelmann et Johane Tremblay, pour l’intimé le Conseil canadien des relations du travail.

Paul J. Falzone et Aubrey E. Golden, c.r., pour les intimés l’Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists et Dale Goldhawk.

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

LE JUGE IACOBUCCI — La Société Radio-Canada («SRC») demande le contrôle judiciaire de la décision du Conseil canadien des relations du travail voulant que la SRC se soit ingérée dans les activités du syndicat intimé, l’Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists («ACTRA»), contrairement à l’al. 94(1)a) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2.

I. Les faits

Les membres de l’ACTRA se répartissent en trois guildes: celle des auteurs, celle des journalistes et celle des artistes. Comme bien des syndicats, l’ACTRA prend officiellement position sur diverses questions. Elle appuie, par exemple, la règle du contenu canadien applicable aux radiodiffuseurs. Il semble aussi qu’elle s’oppose au libre-échange. L’ACTRA publie un bulletin officiel, *ACTRASCOPE*, qui est distribué à ses 10 000 membres partout au Canada.

Le règlement intérieur de l’ACTRA prévoit que son président est en même temps son porte-parole officiel. En 1988, c’était le journaliste Dale Goldhawk qui était président de l’ACTRA. En janvier 1988, la SRC avait engagé Goldhawk comme animateur de *Cross Country Checkup*, une tribune téléphonique nationale traitant de l’actualité, qui passait hebdomadairement à la radio. La SRC savait, quand elle l’a engagé, qu’il était président de l’ACTRA.

À la fin de l’été de 1988, Goldhawk a rédigé un article intitulé «Election brings the trade debate to a boil», qui a paru dans le numéro d’automne d’*ACTRASCOPE* sous la rubrique «The President

strong position against the Free Trade Agreement then being negotiated with the United States. In the article he attacked the agreement and invited membership of ACTRA to mount a campaign in opposition. At the time of the publication of the article, the country was in the midst of an election campaign in which free trade was a central issue.

⁵ In November 1988, the existence of Goldhawk's column was made known to the general public in a newspaper article written by Charles Lynch, a journalist and long-standing member of ACTRA. Lynch's article, entitled "Free trade: foes are alive and well and working for the CBC", was published in the *Ottawa Citizen* and the *Vancouver Province*. In his article, Lynch argued that the listening public was entitled to on-air disclosure of Goldhawk's role in ACTRA and the union's position on free trade.

⁶ Lynch's article was brought to the attention of the area head of current affairs for the CBC Radio. This prompted a series of meetings between Goldhawk and representatives of the CBC to determine the appropriate course of action. At issue was whether Goldhawk's article, and his public involvement as president of ACTRA, violated the Journalistic Policy of the CBC. It was agreed that, as an interim measure, Goldhawk would cease hosting *Cross Country Checkup* until after election day. Goldhawk simultaneously withdrew from any further public involvement on behalf of ACTRA.

⁷ After the election, Goldhawk offered to relinquish his duties as ACTRA's spokesperson, while remaining its president, in order to accommodate the concerns of the CBC. This offer was rejected. The CBC told Goldhawk that he had to choose between his job as host of *Cross Country Checkup* and his role as the president of ACTRA. Goldhawk resigned as ACTRA president and resumed hosting his radio program.

⁸ The union filed a complaint with the respondent Canada Labour Relations Board, alleging viola-

Reports». Dans son article, il a pris énergiquement position contre l'accord de libre-échange que le Canada était alors en train de négocier avec les États-Unis, attaquant l'accord et invitant les membres de l'ACTRA à faire campagne pour s'y opposer. Au moment de la parution de l'article, le pays se trouvait en plein milieu d'une campagne électorale où l'un des principaux enjeux était justement le libre-échange.

En novembre 1988, le grand public a été mis au courant de l'existence de l'article de Goldhawk grâce à un article de journal de Charles Lynch, journaliste et membre de longue date de l'ACTRA. L'article de Lynch, intitulé «Free trade: foes are alive and well and working for the CBC», a paru dans l'*Ottawa Citizen* et le *Vancouver Province*. Selon Lynch, les auditeurs avaient le droit d'être informés sur les ondes du rôle de Goldhawk au sein de l'ACTRA et de la position de celle-ci relativement au libre-échange.

Le directeur régional des actualités à la radio de la SRC a été informé de l'article de Lynch. Cela a mené à une série de rencontres entre Goldhawk et des représentants de la SRC afin de décider de la ligne de conduite à adopter. Il s'agissait de savoir si Goldhawk, par son article et par ses interventions publiques en tant que président de l'ACTRA, avait violé la politique journalistique de la SRC. Il a été convenu, à titre de mesure provisoire, que Goldhawk cesserait d'animer *Cross Country Checkup* jusqu'au lendemain des élections. Goldhawk a en même temps mis fin à ses interventions publiques au nom de l'ACTRA.

Après les élections, dans une tentative d'apaiser les inquiétudes de la SRC, Goldhawk a offert d'abandonner ses fonctions de porte-parole de l'ACTRA tout en conservant la présidence. Cette offre a été rejetée. La SRC a dit à Goldhawk qu'il lui fallait choisir entre son poste d'animateur de *Cross Country Checkup* et la présidence de l'ACTRA. Goldhawk a donc démissionné de la présidence de l'ACTRA et a repris les fonctions d'animateur de son émission radiophonique.

Le syndicat a déposé auprès de l'intimé, le Conseil canadien des relations du travail, une plainte

tions by the CBC of ss. 94(1)(a), 94(3)(a)(i), 94(3)(b), 94(3)(e) and 96 of the Code. A majority of the Board found that the CBC had violated s. 94(1)(a) of the *Canada Labour Code*, and a declaration to that effect was issued: (1990), 83 di 102, 91 C.L.L.C. ¶ 16,007. The Federal Court of Appeal unanimously dismissed the CBC's application for judicial review: [1992] 2 F.C. 665, 92 D.L.R. (4th) 316, 141 N.R. 116, 92 C.L.L.C. ¶ 14,035. The CBC now appeals to this Court.

II. Relevant Statutory Provisions

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2

8. (1) Every employee is free to join the trade union of his choice and to participate in its lawful activities.

22. (1) Subject to this Part, every order or decision of the Board is final and shall not be questioned or reviewed in any court, except in accordance with the *Federal Court Act* on the grounds referred to in paragraph 18.1(4)(a), (b) or (e) of that Act.

(2) Except as permitted by subsection (1), no order, decision or proceeding of the Board made or carried on under or purporting to be made or carried on under this Part shall

(a) be questioned, reviewed, prohibited or restrained, or

(b) be made the subject of any proceedings in or any process of any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise,

on any ground, including the ground that the order, decision or proceeding is beyond the jurisdiction of the Board to make or carry on or that, in the course of any proceeding, the Board for any reason exceeded or lost its jurisdiction.

94. (1) No employer or person acting on behalf of an employer shall

(a) participate in or interfere with the formation or administration of a trade union or the representation of employees by a trade union;

reprochant à la SRC d'avoir violé l'al. 94(1)a), le sous-al. 94(3)a)(i), les al. 94(3)b) et 94(3)e) ainsi que l'art. 96 du Code. Le Conseil à la majorité a conclu que la SRC avait violé l'al. 94(1)a) du *Code canadien du travail* et il a fait une déclaration dans ce sens: (1990), 83 di 102, 91 C.L.L.C. ¶ 16,007. La Cour d'appel fédérale a rejeté à l'unanimité la demande de contrôle judiciaire de la SRC, [1992] 2 C.F. 665, 92 D.L.R. (4th) 316, 141 N.R. 116, 92 C.L.L.C. ¶ 14,035, d'où le pourvoi de cette dernière devant notre Cour.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2

8. (1) L'employé est libre d'adhérer au syndicat de son choix et de participer à ses activités licites.

22. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les ordonnances ou les décisions du Conseil sont définitives et ne sont susceptibles de contestation ou de révision par voie judiciaire que pour les motifs visés aux alinéas 18.1(4)a), b) ou e) de la *Loi sur la Cour fédérale* et dans le cadre de cette loi.

(2) Sauf exception prévue au paragraphe (1), l'action — décision, ordonnance ou procédure — du Conseil, dans la mesure où elle est censée s'exercer dans le cadre de la présente partie, ne peut, pour quelque motif, y compris celui de l'excès de pouvoir ou de l'incompétence à une étape quelconque de la procédure:

a) être contestée, révisée, empêchée ou limitée;

b) faire l'objet d'un recours judiciaire, notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition, ou de *quo warranto*.

94. (1) Il est interdit à tout employeur et à quiconque agit pour son compte:

a) de participer à la formation ou à l'administration d'un syndicat ou d'intervenir dans l'une ou l'autre ou dans la représentation des employés par celui-ci.

(3) No employer or person acting on behalf of an employer shall

(a) refuse to employ or to continue to employ or suspend, transfer, lay off or otherwise discriminate against any person with respect to employment, pay or any other term or condition of employment or intimidate, threaten or otherwise discipline any person, because the person

(i) is or proposes to become, or seeks to induce any other person to become, a member, officer or representative of a trade union or participates in the promotion, formation or administration of a trade union,

(b) impose any condition in a contract of employment that restrains, or has the effect of restraining, an employee from exercising any right conferred on him by this Part;

(e) seek, by intimidation, threat of dismissal or any other kind of threat, by the imposition of a financial or other penalty or by any other means, to compel a person to refrain from becoming or to cease to be a member, officer or representative of a trade union. . . .

96. No person shall seek by intimidation or coercion to compel a person to become or refrain from becoming or to cease to be a member of a trade union.

98. . . .

(4) Where a complaint is made in writing . . . in respect of an alleged failure by an employer or any person acting on behalf of an employer to comply with subsection 94(3), the written complaint is itself evidence that such failure actually occurred and, if any party to the complaint proceedings alleges that such failure did not occur, the burden of proof thereof is on that party.

III. Judgments Below

Canada Labour Relations Board (1990), 83 di 102

(3) Il est interdit à tout employeur et à quiconque agit pour son compte:

a) de refuser d'employer ou de continuer à employer une personne, ou encore de la suspendre, muter ou mettre à pied, ou de faire à son égard des distinctions injustes en matière d'emploi, de salaire ou d'autres conditions d'emploi, de l'intimider, de la menacer ou de prendre d'autres mesures disciplinaires à son encontre pour l'un ou l'autre des motifs suivants:

(i) elle adhère à un syndicat ou en est un dirigeant ou représentant — ou se propose de le faire ou de le devenir, ou incite une autre personne à le faire ou à le devenir —, ou contribue à la formation, la promotion ou l'administration d'un syndicat,

b) d'imposer, dans un contrat de travail, une condition visant à empêcher ou ayant pour effet d'empêcher un employé d'exercer un droit que lui reconnaît la présente partie;

e) de chercher, notamment par intimidation, par menace de congédiement ou par l'imposition de sanctions pécuniaires ou autres, à obliger une personne soit à s'abstenir ou à cesser d'adhérer à un syndicat ou d'occuper un poste de dirigeant ou de représentant syndical . . .

96. Il est interdit à quiconque de chercher, par des menaces ou des mesures coercitives, à obliger une personne à adhérer ou à s'abstenir ou cesser d'adhérer à un syndicat.

98. . . .

(4) Dans toute plainte faisant état d'une violation, par l'employeur ou une personne agissant pour son compte, du paragraphe 94(3), la présentation même d'une plainte écrite constitue une preuve de la violation; il incombe dès lors à la partie qui nie celle-ci de prouver le contraire.

III. Les juridictions inférieures

Conseil canadien des relations du travail (1990), 83 di 102

Majority (Vice-Chairman Serge Brault and Member Linda Parsons)

At the outset of their extensive reasons, the majority stated that the issue to be decided was whether the *Canada Labour Code* was violated when Goldhawk was asked to choose between his position as a radio host and his position as president of the union.

On the issue of the burden of proof, the majority noted that s. 98(4) of the Code placed the onus of proof on the employer in respect of all of the sections invoked except ss. 94(1)(a) and 96. The majority pointed out that a distinction could also be drawn between s. 94(1)(a), and the other sections invoked by the union, in respect of the issue of motive. To succeed under s. 94(1)(a), it was not necessary for a complainant to establish anti-union *animus* on the part of the employer. Rather, this provision called for an objective test which focused on the effect of the employer's actions on the legitimate rights of employees or their unions.

The majority added, however, that not every difficulty encountered by a union in its formation and administration would give rise to a finding that s. 94(1)(a) had been violated. The Board would instead apply a balancing test, which considered whether the adverse impact on union activity was counterbalanced by a "sufficient or legitimate managerial, entrepreneurial, or collective bargaining justification" (p. 128). In cases where the balance was equal, motive would be the determining factor.

In defining what amounted to a "legitimate management interest", it was clear that the detrimental effect on entrepreneurial interests had to be real and to constitute more than a minor annoyance or inconvenience to the employer. The majority summarized the test to be applied under s. 94(1)(a) in the following terms (at p. 131):

Décision majoritaire (le vice-président Serge Brault et le membre Linda Parsons)

Au début de ses longs motifs, le Conseil à la majorité a précisé qu'il s'agissait de décider si la SRC a enfreint le *Code canadien du travail* en demandant à Goldhawk de choisir entre son poste d'animateur d'émission radiophonique et la présidence du syndicat.

En ce qui concerne le fardeau de la preuve, le Conseil à la majorité a noté qu'aux termes du par. 98(4) du Code il incombait à l'employeur à l'égard de toutes les dispositions invoquées, sauf l'al. 94(1)a) et l'art. 96. Le Conseil à la majorité a souligné qu'une distinction pouvait également être faite, relativement à la question de l'intention, entre l'al. 94(1)a) et les autres dispositions invoquées par le syndicat. Il n'était pas nécessaire, pour que le plaignant ait gain de cause en vertu de l'al. 94(1)a), qu'il établisse l'existence d'un sentiment antisyndical chez l'employeur. Au contraire, cet alinéa exigeait l'application d'un critère objectif axé sur l'effet des mesures de l'employeur sur les droits légitimes des employés ou de leurs syndicats.

Le Conseil à la majorité a toutefois ajouté que ce ne sont pas toutes les difficultés auxquelles les syndicats peuvent faire face dans leur formation et leur administration qui permettraient de conclure à la violation de l'al. 94(1)a). Le Conseil appliquerait plutôt un critère de l'équilibre des intérêts, consistant à examiner si une «justification suffisante ou légitime pour des motifs administratifs ou commerciaux, ou aux fins de la négociation collective» (p. 128) venait faire contrepoids aux répercussions défavorables sur les activités syndicales. Dans les cas où les intérêts en présence étaient égaux, le mobile serait le facteur déterminant.

Pour ce qui était de définir ce qui constituait un «intérêt légitime de la direction», il était évident que la conséquence néfaste pour les intérêts commerciaux de l'employeur devait être réelle et représenter plus qu'un ennui ou un inconvénient mineur. Le Conseil à la majorité résume ainsi, à la p. 131, le critère à appliquer aux fins de l'al. 94(1)a):

9

10

11

12

In brief, under the Canada Labour Code, an employer's actions that actually interfere with employee solicitation on the job will indeed be subject to a balancing test and will be found illegal pursuant to section 94(1)(a) unless **compelling** and **exceptional** circumstances justify such bans. Other kinds of employer's decisions that actually interfere with the rights protected under section 94(1)(a) will be assessed on the basis that the Code takes precedence over any employer rule. . . .

Bref, en vertu du Code canadien du travail, tous les gestes d'un employeur qui constituent une ingérence réelle dans les activités syndicales de sollicitation d'adhésions sur les lieux de travail seront jugés selon la règle de l'équilibre des intérêts et considérés illégaux aux termes de l'alinéa 94(1)a), à moins que des circonstances **impérieuses** et **exceptionnelles** ne les justifient. En revanche, les autres gestes de l'employeur qui portent effectivement atteinte aux droits protégés en vertu de l'alinéa 94(1)a) seront jugés selon la règle qui veut que le Code l'emporte sur tout règlement établi par l'employeur . . .

- 13 The majority considered whether Goldhawk was engaged in a lawful union activity contemplated by the Code when he signed his article in *ACTRASCOPE*. The majority recognized that s. 94(1)(a) could not serve as an umbrella for all union activities. The activity in which Goldhawk participated was the signing of an article in a union newspaper as spokesperson for that union. It was the role of the Board to decide whether ACTRA as a union and Goldhawk as a union official were entitled to statutory protection in this situation. The majority answered this question in the affirmative, and commented (at p. 133):

In the instant case, Mr. Goldhawk's article was published in the union's newsletter and was aimed at a limited union readership. It seems reasonable to assume that under the Code a union president may at least say to his troops verbally or in writing what he can say to the public at large.

Le Conseil à la majorité s'est demandé si Goldhawk se livrait à une activité syndicale licite au sens du Code lorsqu'il a signé son article dans *ACTRASCOPE*. Il a reconnu que l'al. 94(1)a) ne pouvait servir à protéger toutes les activités syndicales. L'activité à laquelle a participé Goldhawk était la signature, en sa qualité de porte-parole syndical, d'un article paru dans le bulletin du syndicat. Le Conseil était donc appelé à décider si l'ACTRA, en tant que syndicat, et Goldhawk, en tant que dirigeant syndical, avaient droit à la protection du Code dans ces circonstances. Le Conseil à la majorité a répondu à cette question par l'affirmative en faisant les observations suivantes, à la p. 133:

Dans la présente affaire, l'article de M. Goldhawk a été publié dans le bulletin du syndicat, et il était destiné à un auditoire limité, composé des membres du syndicat. Il semble raisonnable de supposer que le Code autorise le président d'un syndicat au moins à dire oralement ou par écrit à ses troupes ce qu'il peut dire au grand public.

- 14 The majority noted that the *Broadcasting Act*, R.S.C., 1985, c. B-9 (as it then read), provided that Goldhawk was not a public servant. His labour relations were to be governed by the same provisions of the Code as those of persons working for private broadcasters. After reviewing numerous previous decisions of the Board, the majority (at p. 137) referred to *Canada Post Corp.* (1988), 75 di 189, where the Board set out the following guidelines on the right of a union officer to speak publicly:

Il a souligné qu'aux termes de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.R.C. (1985), ch. B-9 (telle qu'elle se lisait à l'époque), Goldhawk n'était pas un fonctionnaire. Ses relations du travail devaient être régies par les mêmes dispositions du Code que celles du personnel des radiodiffuseurs privés. Ayant passé en revue de nombreuses décisions antérieures du Conseil, les membres formant la majorité se réfèrent, à la p. 137, à la décision *Société canadienne des postes* (1988), 75 di 189, où le Conseil établit les lignes directrices suivantes relativement au droit d'un dirigeant syndical de s'exprimer publiquement:

[The statement] would have to be relevant to the policies, interests and concerns of the union as such, although it would not have to be something virtually scripted by the union and followed slavishly by the officer. The protection of the Code would not extend to a union officer who used his or her position to make public comments concerning an employer in furtherance of a personal or other objective which could not be linked to the interests of the collectivity.

Statements which were malicious or recklessly untrue would lose the protection of the Code.

The majority noted that all but one of the decisions cited by the parties dealt with public statements aimed directly at the employer. They made it clear that the right of union officials to make such statements flowed from the Code, and that officials acting in good faith could expect statutory protection that was not necessarily granted to all employees. This jurisprudence, however, was of limited application in the present case, since it concerned an article published by a union official in a union newspaper in a context where he was gathering support within the union for a position it had officially adopted. The majority concluded (at pp. 144-45):

When a union finds that a government economic policy such as free trade constitutes a threat or a benefit to its membership, an article on that subject appearing in a union publication is indeed a lawful union activity under the Code.

For the majority, for a union of artists and performers who work in an often highly subsidized industry to take a position on a Free Trade Agreement is as legitimate as it is for the Teamsters Union to express their opinion on deregulation in the transportation industry.

Further, the fact that Mr. Goldhawk's role as a spokesperson was determined by ACTRA in its by-laws is protected under the right of unions to adopt their own constitutions and rules protected by section 94(1)(a) of the Code. . . .

La déclaration doit se rapporter aux lignes de conduite, aux intérêts et aux préoccupations du syndicat en tant que tel, mais il n'est pas nécessaire qu'elle ait pour ainsi dire été préparée par le syndicat et que le représentant s'y conforme à la lettre. La protection fournie par le Code ne s'étend pas au représentant syndical qui s'est prévalu de sa situation pour faire des commentaires publics au sujet d'un employeur en vue de promouvoir un objectif personnel ou autre qui ne peut pas être relié à l'intérêt de la collectivité.

Les déclarations malveillantes ou celles faites sans se soucier de la vérité ne bénéficieraient pas de la protection du Code.

Le Conseil à la majorité a fait remarquer qu'à une seule exception près toutes les décisions citées par les parties portaient sur des déclarations publiques dirigées directement contre l'employeur. Il a précisé que le droit des dirigeants syndicaux de faire de telles déclarations découlait du Code et que les dirigeants qui agissaient de bonne foi pouvaient s'attendre à une protection légale dont tous les employés ne bénéficiaient pas nécessairement. Cette jurisprudence n'avait toutefois qu'une application limitée en l'espèce, étant donné qu'il s'agissait d'un article publié par un dirigeant syndical dans un bulletin syndical et dans le contexte d'une campagne visant à obtenir l'appui des membres pour une position officielle du syndicat. Le Conseil à la majorité statue ceci, aux pp. 144 et 145:

Bref, lorsqu'un syndicat juge qu'une politique économique du gouvernement, comme le libre-échange, est dangereuse ou avantageuse pour ses membres, la parution dans une publication syndicale d'un article sur ce sujet est bel et bien une activité syndicale licite au sens du Code.

Pour la majorité, le fait pour un syndicat d'artistes et de comédiens qui œuvrent dans un secteur souvent largement subventionné de prendre position sur un accord de libre-échange est aussi légitime que le serait pour le syndicat des Teamsters le fait de prendre position sur la déréglementation du secteur des transports.

En outre, le fait que le rôle de porte-parole de M. Goldhawk a été défini par ACTRA dans ses règlements internes est protégé en vertu du droit des syndicats d'adopter leurs propres statuts et autres règles, en vertu de l'alinéa 94(1)a) du Code . . .

16 The majority found that the choice given to Goldhawk, to resign his post with ACTRA or to lose his job with the CBC, was not tainted with anti-union *animus*, and therefore no violation of ss. 94(3)(a)(i), 94(3)(e) or 96 could be established. ACTRA does not dispute this finding.

17 Turning to the justification part of the s. 94(1)(a) test, the majority noted that the question was not whether the CBC's Journalistic Policy was reasonable, as arbitration boards in other situations had found, but whether it was legal to apply it to Goldhawk in the circumstances. The particular application of the Policy had to be compatible with the CBC's statutory obligations under the Code. The majority considered whether the CBC had shown compelling business reasons for its decision. They noted that if the bargaining unit represented by ACTRA had been composed solely of on-air journalists, the union would have been paralysed. In holding that a violation of s. 94(1)(a) had been established, the Board concluded (at pp. 147-48):

Past experience within the CBC shows that other means, such as on-air disclosure, were used to ensure the public's right to impartiality. Further, we do not see how Mr. Goldhawk's forced resignation made him less identifiable with a controversial issue than before. In fact, it could be argued at least in the eyes of some, that he was sacrificed to free trade and in that sense that he is still very much identified with the issue, regardless of his resigning his union office.

18 The majority found that Mr. Goldhawk's article was related to the interests of the collectivity of the union and was neither reckless nor maliciously untrue. The effect of the CBC's decision was to prevent a CBC journalist from being the president of ACTRA. That alone constituted a violation of the Code. Moreover, on an application of the balancing test, it was clear that the CBC did not try to reconcile its own legitimate business interests with those of Goldhawk as a union member. It failed to show any convincing causal relationship between

Le Conseil à la majorité a conclu que ce n'était pas un sentiment antisyndical qui avait poussé la SRC à faire choisir Goldhawk entre son poste au sein de l'ACTRA et son emploi chez la SRC, et qu'aucune violation du sous-al. 94(3)(a)(i), de l'al. 94(3)(e) ou de l'art. 96 n'avait pu être établie. Cette conclusion n'est pas contestée par l'ACTRA.

Passant ensuite à l'élément justification que comporte le critère de l'al. 94(1)(a), le Conseil à la majorité a précisé que la question était non pas de savoir si, comme l'avaient conclu des conseils d'arbitrage dans d'autres situations, la politique journalistique de la SRC était raisonnable, mais bien de savoir si elle pouvait légalement s'appliquer à Goldhawk dans les circonstances. L'application particulière de la politique devait être compatible avec les obligations imposées à la SRC par le Code. Le Conseil à la majorité a examiné si la décision de la SRC était justifiée par des motifs commerciaux impérieux. Si l'unité de négociation représentée par l'ACTRA n'avait été composée que de journalistes de la radio et de la télévision, a-t-il fait remarquer, le syndicat aurait été paralysé. En concluant que l'existence d'une violation de l'al. 94(1)(a) avait été établie, le Conseil dit, aux pp. 147 et 148:

Dans le passé, la [SRC] a utilisé d'autres moyens, tels qu'une divulgation en ondes, pour garantir le droit du public à l'impartialité de ses journalistes. Surtout, nous ne voyons pas en quoi la démission forcée de M. Goldhawk a pu moins le dissocier plus qu'auparavant d'une question controversée. Certains pourraient même soutenir que M. Goldhawk a été sacrifié sur l'autel du libre-échange, et qu'en ce sens il demeure associé de très près à cette question, sans égard à sa démission comme président du syndicat.

Le Conseil à la majorité a conclu que l'article de M. Goldhawk était lié aux intérêts des membres du syndicat dans leur ensemble et qu'il n'était ni téméraire ni malveillant. La décision de la SRC a eu pour effet d'empêcher un de ses journalistes d'être président de l'ACTRA. Cela constituait en soi une violation du Code. De plus, l'application du critère de l'équilibre des intérêts révélait clairement que la SRC n'avait pas tenté de concilier ses intérêts légitimes liés au service avec ceux de Goldhawk en tant que syndiqué. Elle n'a pas

its image of impartiality and Goldhawk's continuing to hold office as ACTRA president. The majority found a violation of s. 94(1)(a) of the Code, and issued a declaration and accompanying cease and desist order.

Dissent (Member Evelyn Bourassa)

The dissenting member agreed with the factual findings of the majority, including the finding of an absence of anti-union *animus*. However, she disagreed with the conclusion of the majority that the CBC had interfered with the activities of a trade union. The protection afforded by the unfair labour practice provisions of the Code did not extend to all lawful activities of a trade union, and she would have characterized the activities for which the union sought protection as purely political activities. The free trade debate was not an issue between ACTRA and the CBC in the context of their collective bargaining relationship or their general labour relations.

The dissenting member noted that the Canada Labour Relations Board had jurisdiction over the activities of trade unions in so far as those activities concerned the union's role as bargaining agent for employees involved in federal works, undertakings or businesses. Trade unions themselves were not federal undertakings. Therefore, an interpretation of the Code that would extend its application to activities outside of the collective bargaining relationship seemed to her unwarranted in light of the constitutional uncertainty surrounding the authority of Parliament and of the federal Board over trade unions *per se*.

The dissenting member asserted that the position of the majority ignored the reality of today's unions, which involve themselves in many situations that do not relate to collective bargaining. Such activities were legitimate, in the sense that they were not illegal, but they were not protected by the Code. She distinguished the cases cited by the majority, and noted that even these cases pointed out that the public statements under scru-

prouvé de manière le moins convaincante en quoi le fait pour Goldhawk de conserver son poste de président de l'ACTRA portait atteinte à l'image d'impartialité de la SRC. Le Conseil à la majorité a donc conclu à la violation de l'al. 94(1)a) du Code et a fait une déclaration assortie d'une ordonnance de ne pas faire.

La dissidence (le membre Evelyn Bourassa)

Le membre dissident a souscrit aux conclusions de fait du Conseil à la majorité, dont celle concernant l'absence de sentiment antisyndical. Elle n'a toutefois pas souscrit à sa conclusion que la SRC s'était ingérée dans les activités d'un syndicat. La protection accordée par les dispositions du Code relatives aux pratiques déloyales de travail ne s'étendait pas à toutes les activités licites d'un syndicat, et elle aurait qualifié de purement politiques les activités que le syndicat cherchait à faire protéger. Le débat sur le libre-échange n'était pas inscrit à l'ordre du jour des discussions entre l'ACTRA et la SRC dans le contexte de leur relation de négociation collective, ou dans le contexte global de leurs relations du travail.

Le membre dissident a noté que le Conseil canadien des relations du travail a compétence sur les activités des syndicats dans la mesure où celles-ci sont liées à leur rôle d'agents négociateurs d'employés qui travaillent dans le cadre d'une entreprise fédérale. Les syndicats eux-mêmes ne sont pas des entreprises fédérales. Par conséquent, une interprétation du Code qui le rendrait applicable à des activités débordant la relation de négociation collective lui paraissait injustifiée étant donné l'incertitude constitutionnelle qui entoure la compétence du Parlement et de l'organisme fédéral sur les syndicats eux-mêmes.

D'après le membre dissident, le Conseil à la majorité n'a pas tenu compte de la réalité des syndicats d'aujourd'hui qui s'impliquent dans bien des domaines qui n'ont rien à voir avec la négociation collective. Quoique légitimes en ce sens qu'elles n'étaient pas entachées d'illégalité, ces activités ne bénéficiaient pas de la protection du Code. Elle a fait des distinctions d'avec les décisions citées par le Conseil à la majorité et a souligné qu'il ressor-

19

20

21

tiny had to relate to collective bargaining matters. As for the *Canada Post Corp.* cases ((1987), 71 di 215 and (1988), 75 di 189), they did not involve an employer who was involved in the sensitive areas of communications and broadcast journalism.

22 The dissenting member therefore declined to deal with the complaint on the merits, but did note that the concern of the CBC regarding its impartiality was not just a legitimate concern, it was a matter with which it had to be concerned. Its unique role as a broadcaster with a mandate to promote national unity, and its role as a public broadcaster receiving a significant portion of its budget from public funds, demanded that the CBC maintain the highest standards of impartiality. She would have dismissed the complaint.

Federal Court of Appeal, [1992] 2 F.C. 665 (Pratte, Desjardins and Décarý JJ.A.)

23 Desjardins J.A. set out the findings of the Board and noted that the applicant's position was that the Board had exceeded its jurisdiction by applying the unfair labour practice provisions of the Code to protect political activities by the union that were wholly divorced from collective bargaining, by wrongly interpreting or failing to apply the provisions of the *Broadcasting Act* and of CBC's Journalistic Policy, and by giving an unreasonable interpretation to s. 94(1)(a).

24 Desjardins J.A. held that the Board was within its jurisdiction when it embarked on its consideration of whether the CBC had engaged in an unfair labour practice. She stated (at p. 678):

The act of coercing the president of a union to resign because of statements made in his capacity as president and spokesperson of that union can reasonably be viewed *prima facie* as an act of interference with the administration of a trade union within the meaning of paragraph 94(1)(a) of the *Canada Labour Code*.

tait même de ces décisions que les déclarations publiques examinées devaient se rapporter à des questions de négociation collective. Pour ce qui est des décisions concernant la *Société canadienne des postes* ((1987), 71 di 215 et (1988), 75 di 189), elles ne concernaient pas un employeur œuvrant dans les domaines délicats des communications et de la radiodiffusion.

Le membre dissident a donc refusé de se pencher sur la question du bien-fondé de la plainte, mais a tout de même fait remarquer que le souci d'impartialité de la SRC était non seulement un souci légitime, mais bien un souci qu'elle se devait d'avoir. Son rôle unique de radiodiffuseur ayant pour mandat de promouvoir l'unité nationale et son rôle de service de radiodiffusion public financé en grande partie sur les deniers publics exigeaient que la SRC ait les normes d'impartialité les plus strictes qui soient. Le membre dissident aurait rejeté la plainte.

Cour d'appel fédérale, [1992] 2 C.F. 665 (les juges Pratte, Desjardins et Décarý)

Le juge Desjardins a exposé les conclusions du Conseil et a fait remarquer que, d'après la requérante, celui-ci avait outrepassé sa compétence en appliquant les dispositions du Code relatives aux pratiques déloyales de travail pour protéger des activités politiques du syndicat qui n'avaient absolument rien à voir avec la négociation collective, en n'appliquant pas ou en interprétant erronément les dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* et de la politique journalistique de la SRC, et en donnant une interprétation déraisonnable à l'al. 94(1)(a).

Le juge Desjardins a conclu que le Conseil avait respecté les limites de sa compétence en examinant la question de savoir si la SRC s'était livrée à des pratiques déloyales de travail. Voici ce qu'elle affirme, à la p. 678:

Le fait de forcer le président d'un syndicat à démissionner à cause de déclarations faites en sa qualité de président et de porte-parole de ce syndicat peut raisonnablement être considéré à première vue comme une intervention dans l'administration d'un syndicat au sens de l'alinéa 94(1)(a) du *Code canadien du travail*.

Therefore, the burden shifted to the CBC to show that there were compelling and justifiable business reasons warranting its action.

In the view of Desjardins J.A., it was at best unclear whether the CBC's Journalistic Policy, as formulated, was mandated by the *Broadcasting Act*. The CRTC had never made compliance with this policy a condition of the renewal of the CBC's licence. The most that could be said about the Journalistic Policy was that it represented a management directive from the CBC to its employees in an effort to comply with its special mandate.

Desjardins J.A. concluded (at pp. 679-80):

The test applied by the Board then requires that a close causal relationship between the employer's reason and action be established. In the case at bar, the reasons advanced by the CBC, namely the violation of its Journalistic Policy, were canvassed by the Board, a majority of which found that it did not justify the action taken by the CBC. Whether or not I agree with the view of the majority, it is one which was within its domain to reach and which was not reached in a patently unreasonable manner.

She distinguished the cases cited by the appellant as relating to the issue of jurisdiction under labour legislation, not to the balancing of competing legitimate interests, and dismissed the appeal.

IV. Issues

There are basically two issues in this appeal. The first concerns the scope of the Board's jurisdiction in the application of s. 94(1)(a) of the *Canada Labour Code*. The second is whether the Board committed a jurisdictional error in holding that the actions of the CBC amounted to an unjustified interference with the administration of a trade union in violation of s. 94(1)(a). While the appellant alleges that the Board's interpretation and application of the *Broadcasting Act* and the Journalistic Policy of the CBC was improper, this

Il incombait donc à la SRC de démontrer l'existence de motifs impérieux et légitimes liés au service et justifiant la mesure qu'elle avait prise.

De l'avis du juge Desjardins, en mettant les choses au mieux, on ne savait pas avec certitude si, telle que formulée, la politique journalistique de la SRC respectait le cadre de la *Loi sur la radiodiffusion*. Le CRTC n'a jamais assujéti le renouvellement de la licence de la SRC à l'observation de cette politique. Le plus qu'on pût dire au sujet de la politique journalistique était qu'elle représentait une directive que la direction de la SRC donnait à son personnel dans le but de respecter sa mission spéciale.

Le juge Desjardins conclut, aux pp. 679 et 680:

Le critère appliqué par le Conseil exige ensuite que l'on établisse l'existence d'un lien de causalité étroit entre le mobile de l'employeur et la mesure qu'il a prise. En l'espèce, les motifs avancés par la [SRC], à savoir la violation de sa politique journalistique, ont été analysés par le Conseil qui a conclu, à la majorité, qu'elle ne justifiait pas la mesure prise par la [SRC]. Que je sois ou non d'accord avec l'opinion de la majorité, j'estime qu'il lui était loisible d'en venir à cette conclusion, qui n'a pas été tirée de façon manifestement déraisonnable.

Elle a distingué la présente affaire d'avec les décisions citées par l'appelante, en faisant valoir que ces dernières portaient sur la question de compétence sous le régime de lois du travail et non la mise en équilibre d'intérêts légitimes divergents, et elle a rejeté l'appel.

IV. Les questions en litige

Il y a essentiellement deux questions en litige en l'espèce. La première concerne l'étendue de la compétence du Conseil aux fins de l'application de l'al. 94(1)a) du *Code canadien du travail*. La seconde est de savoir si le Conseil a commis une erreur de compétence en concluant que les mesures de la SRC constituaient une intervention injustifiée dans l'administration d'un syndicat, contrairement à l'al. 94(1)a). Bien que l'appelante allègue que le Conseil a mal interprété et appliqué la *Loi sur la radiodiffusion* et la politique journalistique de la

25

26

27

issue is subsumed within, and can be considered in the context of, these broader questions.

V. Analysis

A. *The Standard of Review*

1. General Principles

28

The first step in the judicial review of an administrative tribunal's decision is to determine the appropriate standard of review. As was noted in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at pp. 589-90:

There exist various standards of review with respect to the myriad of administrative agencies that exist in our country. The central question in ascertaining the standard of review is to determine the legislative intent in conferring jurisdiction on the administrative tribunal. In answering this question, the courts have looked at various factors. Included in the analysis is an examination of the tribunal's role or function. Also crucial is whether or not the agency's decisions are protected by a privative clause. Finally, of fundamental importance, is whether or not the question goes to the jurisdiction of the tribunal involved.

Having regard to these and other factors, the courts have developed a spectrum that ranges from the standard of patent unreasonableness at one extreme to that of correctness at the other. In this regard see generally: H. Wade MacLauchlan, "Reconciling Curial Deference with a Functional Approach in Substantive and Procedural Judicial Review" (1993), 7 *C.J.A.L.P.* 1.

29

Generally speaking, where the tribunal whose decision is under review is protected by a broad privative clause, its decision is subject to review on a standard of patent unreasonableness. However, this is only true so long as the tribunal has not committed a jurisdictional error. Jurisdictional questions addressed by the tribunal are independently reviewed on a correctness standard. An error on such a jurisdictional question will result in the entire decision of the tribunal being set aside.

SRC, il s'agit là d'un point qui est compris dans ces questions plus générales et qui peut être examiné dans leur contexte.

V. Analyse

A. *La norme de contrôle*

1. Principes généraux

La première étape du contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal administratif consiste à déterminer la norme de contrôle appropriée. Comme on l'a souligné dans l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, aux pp. 589 et 590:

Il existe diverses normes de contrôle applicables à la myriade d'organismes administratifs qui existent au Canada. Dans l'examen de la norme de contrôle applicable, il faut avant tout déterminer quelle était l'intention du législateur lorsqu'il a conféré compétence au tribunal administratif. Pour répondre à cette question, les tribunaux ont examiné divers facteurs, dont le rôle ou la fonction du tribunal. Il est également essentiel de savoir si les décisions de l'organisme sont protégées par une clause privative. Enfin, il est d'une importance fondamentale de savoir si la question touche la compétence du tribunal concerné.

Compte tenu de ces facteurs notamment, les tribunaux ont conçu une gamme de normes de contrôle qui va de celle du caractère manifestement déraisonnable jusqu'à celle du caractère correct. À ce propos, voir, d'une manière générale, H. Wade MacLauchlan, «Reconciling Curial Deference with a Functional Approach in Substantive and Procedural Judicial Review» (1993), 7 *C.J.A.L.P.* 1.

En général, la norme de contrôle applicable à la décision du tribunal qui est protégé par une clause privative générale est celle du caractère manifestement déraisonnable. Toutefois, il en est ainsi seulement dans la mesure où il n'y a pas eu d'erreur de compétence de la part du tribunal en question. Les questions de compétence abordées par le tribunal sont examinées indépendamment selon la norme du caractère correct. Une erreur commise au sujet d'une telle question de compétence entraînera l'annulation de l'ensemble de la décision.

In distinguishing jurisdictional questions from questions of law within a tribunal's jurisdiction, this Court has eschewed a formalistic approach. Rather, it has endorsed a "pragmatic and functional analysis", to use the words of Beetz J. in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048. In that decision Beetz J. noted, at p. 1088, that it was relevant for the reviewing court to examine:

... not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal.

The goal is to determine whether the legislature intended that the question in issue be ultimately decided by the tribunal, or rather by the courts.

2. Application of General Principles to this Appeal

This framework has been applied by this Court in the labour relations context in numerous decisions, including: *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614 ("PSAC No. 1"); *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; and *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941 ("PSAC No. 2"). The labour relations tribunal, in its federal and provincial manifestations, is a classic example of an administrative body which is both highly specialized and highly insulated from review. Decisions of the federal Board are protected by a broad private clause, found in s. 22 of the Code. The Canada Labour Relations Board must develop a coherent and workable structure for the application of the numerous statutory provisions which govern the labour relations of the employers and employees whose operations fall within federal jurisdiction. In order for these workers and their employers to receive rapid resolution of their disputes in a manner which can be rationalized with their other rights and duties under the *Canada Labour Code*, the decisions of the Board cannot routinely be

En distinguant les questions de compétence des questions de droit relevant de la compétence d'un tribunal administratif, notre Cour a écarté une approche formaliste et a plutôt privilégié une «analyse pragmatique et fonctionnelle», pour reprendre l'expression du juge Beetz dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048. À la page 1088 de cet arrêt, le juge Beetz fait remarquer qu'il convient que la cour qui procède au contrôle examine:

... non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal.

Il s'agit de déterminer si le législateur a voulu que ce soit le tribunal administratif ou bien les cours de justice qui tranchent ultimement la question en litige.

2. Application des principes généraux à la présente affaire

Notre Cour a appliqué cette méthode dans de nombreux arrêts en matière de relations du travail, dont *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614 («AFPC n° 1»), *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, et *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941 («AFPC n° 2»). Le tribunal des relations du travail, qu'on trouve aux niveaux fédéral et provincial, est un exemple classique d'organisme administratif qui est à la fois hautement spécialisé et, dans une très grande mesure, à l'abri de tout contrôle. Les décisions de l'organisme fédéral jouissent de la protection de la clause privative générale que renferme l'art. 22 du Code. Le Conseil canadien des relations du travail doit concevoir un régime cohérent et pratique pour l'application des nombreuses dispositions législatives qui régissent les relations du travail des employeurs et employés dont les activités sont du ressort fédéral. Pour que les différends entre ces travailleurs et leurs employeurs puissent se régler rapidement et d'une manière conciliable avec leurs autres droits et obligations

overturned by the courts whenever they disagree with the Board's treatment of an isolated issue. Thus the applicable standard of judicial review is one of patent unreasonableness so long as the Board has not committed a jurisdictional error.

32 The appellant CBC argued before this Court that the decision by the Board that employer restrictions on the purely political speech of an employee, in his capacity as a union official, could give rise to a finding of an unfair labour practice within s. 94(1)(a) of the Code, was a jurisdiction-limiting decision that should be reviewed on a standard of correctness. In my view, however, this is too narrow a characterization of the question before the Board, and casts the issue in a way which pre-determines certain aspects of it. The Board itself characterized the issue before it in much simpler and, I believe, more accurate, terms (at p. 124):

What is in question is whether the Code was violated when, on or about November 22, 1988, Mr. Goldhawk was asked to choose between his position as host of "Cross Country Checkup" and his position as president of ACTRA. That is the issue.

33 In its s. 94(1)(a) determination, the Board was first required to decide whether the activities of the union that were affected by the ultimatum given to Goldhawk that he resign as president or lose his job as an on-air host were part of the administration of a trade union or representation by the union of its members. The question is not whether purely political statements by a union constitute administration of, or representation by, a union. The question is whether the ability of the union to elect from its entire membership the person who would be its president and its spokesperson on political as well as collective bargaining issues was part of the administration of, or representation of employees by, a trade union.

aux termes du *Code canadien du travail*, les décisions du Conseil ne doivent pas pouvoir être systématiquement annulées par les cours de justice chaque fois que ces dernières désapprouvent la façon dont le Conseil a tranché une question donnée. Ainsi, la norme de contrôle judiciaire applicable est celle du caractère manifestement déraisonnable à moins que le Conseil n'ait commis une erreur de compétence.

L'appelante, la SRC, a soutenu devant notre Cour que la décision du Conseil, selon laquelle les restrictions imposées par l'employeur aux propos purement politiques que peut tenir un employé, en sa qualité de dirigeant syndical, pourraient être considérées comme une pratique déloyale de travail au sens de l'al. 94(1)a) du Code, est une décision restrictive de compétence qui devrait faire l'objet d'un contrôle fondé sur la norme du caractère correct. J'estime toutefois que cela revient à caractériser en termes trop stricts la question soumise au Conseil et à la formuler d'une manière qui en prédétermine certains aspects. Le Conseil lui-même décrit, à la p. 124, de façon beaucoup plus simple et, selon moi, plus exacte la question dont il est saisi:

Il s'agit plutôt de savoir si le Code a été enfreint, le 22 novembre 1988, quand on a demandé à M. Goldhawk de choisir entre son emploi d'animateur de «Cross Country Checkup» et son poste de président d'ACTRA. C'est là la question que nous devons trancher.

En tranchant une question fondée sur l'al. 94(1)a), le Conseil devait d'abord déterminer si les activités syndicales visées par l'ultimatum enjoignant Goldhawk de démissionner de la présidence sous peine de perdre son poste d'animateur d'émission radiophonique, faisaient partie de l'administration d'un syndicat ou de la représentation de ses membres par celui-ci. Il s'agit de savoir non pas si les déclarations purement politiques d'un syndicat constituent ce genre d'administration ou de représentation, mais plutôt si la capacité du syndicat d'élire parmi tous ses membres la personne qui sera à la fois son président et son porte-parole sur des questions politiques et de négociation collective, fait partie de cette administration ou représentation.

With this in mind, we are asked to decide, in the face of the appellant's admission that the Board had jurisdiction in the narrow sense to enter into an inquiry as to whether the CBC had committed an unfair labour practice, whether the interpretation and definition of the concepts of "administration" and "representation" were jurisdictional questions. The starting point in this analysis must be the recognition that, when dealing with a tribunal as specialized as the Canada Labour Relations Board, inherent in whose functioning is the need to resolve disputes quickly and with finality, courts should be reluctant to characterize a provision as jurisdictional unless it is clear that it should be so labelled: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 ("CUPE"), at p. 233.

It is instructive to compare the situation in this appeal with that facing the Board in *PSAC No. 1, supra*, where the proper standard of review was squarely in issue. That case concerned a decision of the Public Service Staff Relations Board that certain teachers working in a federal penitentiary were "employees" of the Public Service within the meaning of the *Public Service Staff Relations Act*. Sopinka J., for the majority, concluded that the interpretation of the term "employees" contained in s. 33 of that Act was intended by Parliament to be a provision limiting the Board's jurisdiction.

As support for this conclusion, Sopinka J. relied on the fact that the term "employees" was expressly defined in the statute, rather than left to the Board to resolve using general principles. This clear definition was an indication by Parliament that this issue was not to be resolved by reliance on the specialized expertise of the Board. Also, unlike in several provincial labour codes, there was no provision giving the Board exclusive jurisdiction over this issue. Moreover, public servants were considered by Parliament to be a special class of employee; this distinction formed the very basis

Dans cette optique, nous sommes appelés à décider si, compte tenu de l'admission par l'appelante que le Conseil avait compétence, au sens strict, pour examiner si la SRC s'était livrée à une pratique déloyale de travail, l'interprétation et la définition des concepts d'«administration» et de «représentation» étaient des questions de compétence. Pour les fins de cette analyse, il faut reconnaître au départ que, dans le cas d'un tribunal aussi spécialisé que le Conseil canadien des relations du travail, dont le bon fonctionnement requiert un règlement rapide et final des différends, les cours de justice devraient hésiter à qualifier une disposition d'attributive de compétence, à moins que cette qualification ne s'impose clairement: *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 («SCFP»), à la p. 233.

Il est intéressant de comparer la situation en l'espèce à celle devant laquelle se trouvait l'organisme administratif dans l'arrêt *AFPC n° 1*, précité, où se posait directement la question de la norme de contrôle appropriée. Cet arrêt portait sur une décision de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique voulant que certains enseignants travaillant dans un pénitencier fédéral étaient des «employés» de la Fonction publique au sens de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. Le juge Sopinka a conclu, au nom de la Cour à la majorité, que le Parlement a voulu que l'interprétation du terme «employés» figurant à l'art. 33 de cette loi ait pour effet de limiter la compétence de la Commission.

Le juge Sopinka a invoqué, à l'appui de cette conclusion, le fait qu'on a expressément défini le terme «employés» dans la Loi plutôt que de laisser à la Commission le soin de l'interpréter par l'application de principes généraux. Le Parlement a, au moyen de cette définition claire, indiqué qu'il ne fallait pas recourir aux compétences spécialisées de la Commission pour interpréter ce terme. En outre, à la différence de plusieurs codes provinciaux du travail, il n'y avait aucune disposition conférant à la Commission une compétence exclusive à cet égard. De plus, le Parlement considérait

34

35

36

for the creation of a separate Act governing their labour relations.

que les fonctionnaires formaient une catégorie spéciale d'employés; cette distinction était à la base même de la création d'une loi distincte régissant leurs relations du travail.

37 Sopinka J. asked whether Parliament intended to confer jurisdiction on the Board with respect to the labour relations of employees who were not members of the Public Service. If one frames the issue in the appeal in the manner suggested by the appellant, namely as purely political activities, it is clear that Parliament did not intend to confer jurisdiction over those activities because they do not form part of the administration of a trade union or the representation of employees by a trade union.

Le juge Sopinka s'est demandé si le Parlement avait voulu conférer à la Commission compétence sur les relations du travail d'employés non membres de la fonction publique. Si on formule la question ici en litige de la façon proposée par l'appelante, à savoir comme en étant une d'activités purement politiques, il est évident que le Parlement n'a pas voulu conférer compétence sur ces activités parce qu'elles ne font pas partie de l'administration d'un syndicat ou de la représentation des employés par celui-ci.

38 Taking a pragmatic and functional approach to the characterization of the issue facing the Board, I conclude that the first part of the s. 94(1)(a) test, which requires the Board to determine whether the actions of the CBC amounted to a *prima facie* interference with the administration of a trade union or the representation of employees by that union, is not jurisdictional in nature. Therefore, it need not be independently reviewed on a correctness standard and this Court should only interfere if the decision of the Board is patently unreasonable. I reach this conclusion for several reasons.

Abordant de façon pragmatique et fonctionnelle la qualification de la question soumise au Conseil en l'espèce, je conclus que le premier volet du critère de l'al. 94(1)a), qui oblige le Conseil à déterminer si les mesures de la SRC constituaient à première vue une intervention dans l'administration d'un syndicat ou dans la représentation des employés par celui-ci, n'a rien à voir avec la compétence. Cette détermination n'a donc pas à être examinée indépendamment selon la norme du caractère correct et notre Cour ne devrait donc intervenir que si la décision du Conseil est manifestement déraisonnable. Plusieurs motifs m'amènent à cette conclusion.

39 First, if the determination under s. 94(1)(a) as to whether the employer had *prima facie* interfered with the administration of a trade union is characterized as jurisdictional, virtually every unfair labour practice complaint under this section, and therefore virtually every unfair labour practice complaint not involving allegations of anti-union *animus*, would be subject to review by the courts on a standard of correctness. The Board has relied on its expertise in the area of labour relations to develop a two-part test in the adjudication of claims under s. 94(1)(a). The first part of the test involves a characterization of the activities of the union and a determination as to whether there has been employer interference with them. If such interference is made out by the union, the Board goes on to consider the second part of the test:

D'abord, si l'on considère comme étant une question de compétence le fait de déterminer si l'employeur s'est à première vue ingéré dans l'administration d'un syndicat, au sens de l'al. 94(1)a), alors presque toutes les plaintes de pratiques déloyales de travail portées en vertu de cet alinéa et, par conséquent, presque toutes les plaintes de pratiques déloyales de travail dans lesquelles n'est allégué aucun sentiment antisyndical, seraient sujettes à un contrôle judiciaire fondé sur la norme du caractère correct de la décision. Fort de son expertise en matière de relations du travail, le Conseil a établi un critère à deux volets pour le règlement des demandes fondées sur l'al. 94(1)a). Le premier volet consiste à qualifier les activités syndicales et à déterminer s'il y a eu intervention de l'employeur dans celles-ci. Du moment que le syn-

whether there was justification for the interference. In my view, the analysis of whether there has been interference with union activities as listed in the section goes to the heart of the Board's jurisdiction. To use the analytical framework developed by the Board to segregate the first part of the test and label it jurisdictional ignores the fact that this issue is part of the substance of the s. 94(1)(a) determination and is therefore clearly within the jurisdiction of the Board. It is also akin to an endorsement of the preliminary questions doctrine, which this Court has in recent decisions declined to adopt as a useful test for delineating jurisdiction: see *CUPE, supra*, at pp. 233-34; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412, at pp. 421-22 ("SEPQA"); *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230, at p. 253. The pivotal distinction between matters of law and matters of jurisdiction does not depend on which question a tribunal chooses to answer first.

Support for the conclusion that this determination is not jurisdictional in nature is found in a functional analysis of the *Canada Labour Code* as a whole. The Code contains, in s. 22, a broad privative clause, which limits judicial review only to those errors which amount to a loss or excess of jurisdiction. It is worth reproducing this provision:

22. (1) Subject to this Part, every order or decision of the Board is final and shall not be questioned or reviewed in any court, except in accordance with the *Federal Court Act* on the grounds referred to in paragraph 18.1(4)(a), (b) or (e) of that Act.

(2) Except as permitted by subsection (1), no order, decision or proceeding of the Board made or carried on under or purporting to be made or carried on under this Part shall

dicat établit l'existence d'une telle intervention, le Conseil passe ensuite au deuxième volet du critère, qui consiste à se demander si cette intervention était justifiée. À mon avis, la réponse à la question de savoir si l'employeur s'est ingéré dans les activités syndicales énumérées à l'al. 94(1)a) touche au cœur de la compétence du Conseil. Se servir du cadre analytique établi par le Conseil pour isoler le premier volet du critère et pour conclure qu'il se rapporte à la compétence ne tient pas compte du fait que cette question fait partie de l'essence d'une décision fondée sur l'al. 94(1)a) et qu'elle relève donc clairement de la compétence du Conseil. Cela tient également d'une approbation de la théorie des questions préliminaires que notre Cour, dans des arrêts récents, a refusé d'adopter comme critère utile pour délimiter la compétence: voir *SCFP*, précité, aux pp. 233 et 234; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, aux pp. 421 et 422 («SEPQA»); *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, à la p. 253. La distinction fondamentale entre une question de droit et une question de compétence ne tient pas à la question à laquelle le tribunal décide de répondre en premier.

La conclusion que cette décision n'a rien à voir avec la compétence est appuyée par une analyse fonctionnelle du *Code canadien du travail* dans son ensemble. Le Code renferme, à son art. 22, une clause privative générale qui restreint le contrôle judiciaire aux seules erreurs qui donnent lieu à une perte ou à un excès de compétence. Il convient de reproduire cet article:

22. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les ordonnances ou les décisions du Conseil sont définitives et ne sont susceptibles de contestation ou de révision par voie judiciaire que pour les motifs visés aux alinéas 18.1(4)a), b) ou e) de la *Loi sur la Cour fédérale* et dans le cadre de cette loi.

(2) Sauf exception prévue au paragraphe (1), l'action — décision, ordonnance ou procédure — du Conseil, dans la mesure où elle est censée s'exercer dans le cadre de la présente partie, ne peut, pour quelque motif, y compris celui de l'excès de pouvoir ou de l'incompétence à une étape quelconque de la procédure:

(a) be questioned, reviewed, prohibited or restrained, or

(b) be made the subject of any proceedings in or any process of any court, whether by way of injunction, *certiorari*, prohibition, *quo warranto* or otherwise,

on any ground, including the ground that the order, decision or proceeding is beyond the jurisdiction of the Board to make or carry on or that, in the course of any proceeding, the Board for any reason exceeded or lost its jurisdiction.

41 This broad privative clause is combined with wide powers in the Board to deal with questions put before it. The jurisdiction of the Board to hear and resolve all unfair labour practice complaints is founded in ss. 97(1) and 98(1). Section 99 of the Code bestows on the Board wide remedial powers to address any violation of the Code which it finds. The powers of the Board also include an internal appeal procedure pursuant to s. 18 of the Code. In fact, the Board considered an application by the CBC under this section for review of its decision, but concluded that the matters which it raised were not such as to require a review by the full Board: *Canadian Broadcasting Corp.* (1991), 86 di 92.

42 Moreover, unlike in *PSAC No. 1, supra*, the terms at issue in this appeal are not specifically defined in the Code. In fact, the Board has developed an extensive jurisprudence relating to the tests to be used in determining whether an allegation of a violation of s. 94(1)(a) has been sustained. By virtue of its specialized expertise, the Board is uniquely suited to the determination of whether an employer has interfered with a protected interest. After all, this determination requires an application of the objects and purposes of the Code in the larger context of labour relations.

43 The situation in this appeal is akin to that in *SEPQA, supra*, where Beetz J. found that the question of whether the activity of the union amounted to a strike was within the Board's jurisdiction. It was an integral part of the question of whether there had been an unlawful strike, the principal problem for which the Board alone was responsi-

a) être contestée, révisée, empêchée ou limitée;

b) faire l'objet d'un recours judiciaire, notamment par voie d'injonction, de *certiorari*, de prohibition, ou de *quo warranto*.

À cette clause privative générale sont conjugués les vastes pouvoirs du Conseil de trancher les questions qu'on lui soumet. La compétence du Conseil pour entendre et régler toutes les plaintes de pratiques déloyales de travail découle des par. 97(1) et 98(1). L'article 99 du Code confère au Conseil de larges pouvoirs de redressement dans le cas où il conclut à une violation du Code. Les pouvoirs du Conseil comportent aussi, en vertu de l'art. 18 du Code, une procédure d'appel interne. En fait, le Conseil a examiné une demande de réexamen de sa décision, présentée par la SRC en vertu de cet article, mais il a conclu que les points qu'elle soulevait n'étaient pas de nature à nécessiter un réexamen par le Conseil siégeant au complet: *Société Radio-Canada* (1991), 86 di 92.

De plus, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *AFPC n° 1*, précitée, les termes ici en cause ne sont pas expressément définis dans le Code. En fait, il existe une abondante jurisprudence du Conseil portant sur les critères à appliquer pour déterminer si l'existence d'une violation de l'al. 94(1)a a été établie. En raison de ses connaissances spécialisées, le Conseil est particulièrement apte à déterminer si un employeur a touché à un droit protégé. Après tout, il s'agit là d'une décision qui exige que les objets et les buts du Code soient considérés dans le contexte plus large des relations du travail.

La situation en l'espèce s'apparente à celle dans l'affaire *SEPQA*, précitée, où le juge Beetz a conclu que la question de savoir si les activités du syndicat équivalaient à une grève relevait de la compétence du Conseil. Elle faisait partie intégrante de la question de savoir s'il y avait eu une grève illégale, le problème principal qu'il appartenait au

ble for settling. I conclude that the issue of whether there was interference with the administration of a trade union and the representation of employees by that union, when the CBC asked Goldhawk to choose between his position as ACTRA president and his job as host of *Cross Country Checkup*, is a question of law that Parliament intended to be answered by the Board, and not by the courts: see *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at p. 772. It is a central part of the issue of whether the appellant has committed an unfair labour practice, and as such forms part of the question which Parliament, through the Code, has given the Board the exclusive jurisdiction to resolve. Therefore, this Court should defer to that expertise unless it can be said that the decision of the Board was patently unreasonable.

The appellant argues that the existence of the *Broadcasting Act* and the Journalistic Policy of the CBC indicate that the standard of review should be one of correctness. The appellant relies on the principle that, in interpreting legislation outside its constituting statute, an administrative tribunal will be held to a standard of correctness, and cites in this regard the decision of the Ontario Court of Appeal in *Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police v. Ontario Nurses' Association* (1990), 41 O.A.C. 148.

The proposition that the standard of review of the interpretation by a tribunal of a statute other than its constituent legislation is one of correctness, appears to find its source in the concurring reasons of Laskin C.J. in *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517. The issue in that case was whether the employer could require an employee to work hours in excess of 48 per week. The arbitrator found that the collective agreement contained a provision which was sufficient to meet the consent requirement for employer-imposed overtime, as required by s. 11(2) of *The Employment Standards Act*. Laskin C.J. (Spence and Beetz JJ. concurring)

Conseil seulement de résoudre. Je conclus que la question de savoir si la SRC est intervenue dans l'administration d'un syndicat et dans la représentation des employés par celui-ci quand elle a demandé à Goldhawk de choisir entre la présidence de l'ACTRA et son poste d'animateur de *Cross Country Checkup* est une question de droit à laquelle le Parlement a voulu que ce soit le Conseil qui réponde et non pas les cours de justice: voir *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, à la p. 772. Cette question représente un aspect fondamental de celle de savoir si l'appelante s'est livrée à une pratique déloyale de travail et constitue en tant que telle un élément de la question qui relève de la compétence exclusive que le Parlement, par le truchement du Code, a conférée au Conseil. Notre Cour devrait donc s'en remettre à cette expertise, à moins que la décision du Conseil ne puisse être qualifiée de manifestement déraisonnable.

L'appelante prétend que l'existence de la *Loi sur la radiodiffusion* et de la politique journalistique de la SRC indique que la norme de contrôle applicable devrait être celle du caractère correct de la décision. L'appelante s'appuie sur le principe voulant que le tribunal administratif qui interprète une loi autre que sa loi constitutive soit soumis à la norme du caractère correct et elle cite, à cet égard, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police c. Ontario Nurses' Association* (1990), 41 O.A.C. 148.

La proposition voulant que la norme de contrôle applicable à l'interprétation par un tribunal administratif d'une loi autre que sa loi constitutive soit celle du caractère correct semble avoir son origine dans les motifs concordants du juge en chef Laskin dans l'affaire *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517. Il s'agissait, dans cette affaire, de déterminer si l'employeur pouvait obliger un employé à travailler plus de 48 heures par semaine. L'arbitre a conclu que la convention collective renfermait une clause suffisante pour satisfaire à l'exigence de consentement aux heures supplémentaires imposées par l'employeur, contenue au par. 11(2) de

44

45

agreed with the majority that the collective agreement contained no such consent. In arriving at this result, he remarked (at pp. 518-19):

Although the issue before the arbitrator arose by virtue of a grievance under a collective agreement, it became necessary for him to go outside the collective agreement and to construe and apply a statute which was not a projection of the collective bargaining relations of the parties but a general public enactment of the superior provincial Legislature. On such a matter, there can be no policy of curial deference to the adjudication of an arbitrator. . . .

46 In the subsequent decision of the Saskatchewan Court of Appeal in *Saskatchewan Joint Board, Retail, Wholesale and Department Store Union v. MacDonalds Consolidated Ltd.* (1985), 43 Sask. R. 260, Vancise J.A. concluded that this principle should apply equally to the interpretation of general statutes by independent tribunals, since they would be in no different position from the arbitrator. In this regard see also *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at p. 336, and Peter A. Gall, "Judicial Review of Labour Tribunals: A Functional Approach", in the 1979 *Proceedings of the Administrative Law Conference*, 305, at pp. 333-36.

47 The statement of Laskin C.J. in *McLeod*, *supra*, was considered by the Ontario Court of Appeal in *Haldimand-Norfolk*, *supra*. There the tribunal had to decide whether police officers were "employees" of the Region. In the course of its decision, it considered sections of the *Police Act* and the *Regional Municipality of Haldimand-Norfolk Act*. The Court of Appeal rejected the contention that the fact that these statutes had been scrutinized by the tribunal meant that the decision had necessarily to be set aside if the tribunal erred in so doing. The Court of Appeal stated (at p. 149):

The Employment Standards Act. Le juge en chef Laskin (à l'avis duquel ont souscrit les juges Spence et Beetz) a convenu avec les juges formant la majorité que la convention collective ne comportait pas un tel consentement, faisant remarquer à ce propos, aux pp. 518 et 519:

Bien que la question devant l'arbitre ait été soulevée de par un grief présenté en vertu d'une convention collective, l'arbitre a dû porter son regard au-delà de la convention collective et interpréter et appliquer une loi qui n'était pas une projection des relations de négociation collective des parties mais un texte législatif général d'intérêt public émanant de la législature provinciale supérieure. Sur une question de ce genre, il ne peut y avoir de politique de respect par les tribunaux de la sentence d'un arbitre . . .

Dans l'arrêt subséquent *Saskatchewan Joint Board, Retail, Wholesale and Department Store Union c. MacDonalds Consolidated Ltd.* (1985), 43 Sask. R. 260, le juge Vancise de la Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu que ce principe devrait s'appliquer tout autant à l'interprétation de lois de portée générale par des tribunaux administratifs indépendants, puisque ces derniers ne se trouveraient pas dans une situation différente de celle de l'arbitre. À ce propos, voir également l'arrêt *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, à la p. 336, et Peter A. Gall, «Judicial Review of Labour Tribunals: A Functional Approach», dans les *Proceedings of the Administrative Law Conference* de 1979, 305, aux pp. 333 à 336.

L'énoncé du juge en chef Laskin, dans l'arrêt *McLeod*, précité, a été examiné par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Haldimand-Norfolk*, précitée, où le tribunal administratif avait eu à décider si des policiers étaient des «employés» de la Région. Dans sa décision, le tribunal avait examiné certains articles de la *Loi sur la police* et de la *Loi sur la municipalité régionale de Haldimand-Norfolk*. La Cour d'appel a rejeté l'argument selon lequel le fait que le tribunal administratif avait examiné ces lois devait forcément entraîner l'annulation de sa décision s'il avait commis une erreur en agissant ainsi. La Cour d'appel dit, à la p. 149:

The majority of the Tribunal perforce had reference to those statutes in the course of the analysis of the problem set for the Tribunal to solve. In our view, *McLeod v. Egan* means only that in interpreting an outside statute the Tribunal will receive no curial deference. If the statute is controlling, it may resolve the essential question to be resolved. But the issue always remains: is the eventual conclusion, bearing in mind the interpretation of the statutes examined and applied, one that is patently unreasonable? If it is, the decision will be set aside; if it is not, the application for judicial review will be dismissed.

A similar approach was taken in *Wentworth County Board of Education v. Wentworth Women Teachers' Assn.* (1991), 80 D.L.R. (4th) 558 (Ont. Div. Ct.), and in *Ontario Nurses' Assn. v. Etobicoke General Hospital* (1993), 14 O.R. (3d) 40 (Div. Ct.).

As a general rule, I accept the proposition that curial deference need not be shown to an administrative tribunal in its interpretation of a general public statute other than its constituting legislation, although I would leave open the possibility that, in cases where the external statute is linked to the tribunal's mandate and is frequently encountered by it, a measure of deference may be appropriate. However, this does not mean that every time an administrative tribunal encounters an external statute in the course of its determination, the decision as a whole becomes open to review on a standard of correctness. If that were the case, it would substantially expand the scope of reviewability of administrative decisions, and unjustifiably so. Moreover, it should be noted that the privative clause did not incorporate the error of law grounds, s. 18.1(4)(c) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as amended by S.C. 1990, c. 8, s. 5). This tends to indicate that some level of deference should be provided.

While the Board may have to be correct in an isolated interpretation of external legislation, the standard of review of the decision as a whole, if that decision is otherwise within its jurisdiction, will be one of patent unreasonableness. Of course, the correctness of the interpretation of the external

[TRADUCTION] Le tribunal à la majorité s'est nécessairement référé à ces lois en analysant le problème qu'il était appelé à régler. À notre avis, l'arrêt *McLeod c. Egan* établit simplement que l'interprétation, par le tribunal, d'une loi autre que sa loi constitutive ne bénéficierait pas de la retenue judiciaire. Si cette autre loi est déterminante, elle permettra peut-être de régler la question fondamentale. Mais il faut toujours se demander si la conclusion à laquelle le tribunal est finalement arrivé, compte tenu de l'interprétation donnée aux lois examinées et appliquées, est manifestement déraisonnable. Dans l'affirmative, la décision sera annulée; dans la négative, la demande de contrôle judiciaire sera rejetée.

Une approche analogue a été adoptée dans les décisions *Wentworth County Board of Education c. Wentworth Women Teachers' Assn.* (1991), 80 D.L.R. (4th) 558 (C. div. Ont.), et *Ontario Nurses' Assn. c. Etobicoke General Hospital* (1993), 14 O.R. (3d) 40 (C. div.).

D'une manière générale, je souscris à la proposition selon laquelle la retenue judiciaire ne s'impose pas à l'égard de l'interprétation, par un tribunal administratif, d'une loi générale d'intérêt public qui n'est pas sa loi constitutive, tout en reconnaissant qu'une certaine retenue peut être indiquée dans des cas où la loi non constitutive se rapporte au mandat du tribunal et où celui-ci est souvent appelé à l'examiner. Cependant, cela ne veut pas dire que chaque fois qu'un tribunal administratif examine une autre loi en rendant sa décision, celle-ci devient dans l'ensemble sujette à un contrôle fondé sur la norme du caractère correct. S'il en était ainsi, il y aurait un élargissement considérable et injustifié des possibilités de contrôler les décisions administratives. De plus, il y a lieu de souligner que la clause privative n'incluait pas les motifs fondés sur une erreur de droit, dont il est question à l'al. 18.1(4)c) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (modifiée par L.C. 1990, ch. 8, art. 5). Cela tend à indiquer qu'il y a lieu de faire preuve d'une certaine retenue.

Bien que le Conseil puisse être soumis à la norme du caractère correct dans l'interprétation isolée d'une loi autre que sa loi constitutive, la norme de contrôle applicable à l'ensemble de la décision, à supposer que celle-ci soit par ailleurs conforme à la compétence du Conseil, sera celle

statute may affect the overall reasonableness of the decision. Whether this is the case will depend on the impact of the statutory provision on the outcome of the decision as a whole.

50

The Board in this case has the exclusive jurisdiction to determine if the appellant has committed an unfair labour practice, and specifically if it has interfered with the administration of a trade union or the representation of employees by that union. That decision will only be interfered with by this Court if it is patently unreasonable. The appellant argues, however, that the *Broadcasting Act* required the CBC to take the action that it did in order to fulfil its requirement of impartiality.

51

I cannot find any provisions in the *Broadcasting Act* that expressly or impliedly impose an obligation on the CBC to restrict the ability of any of its employees to hold the position of union president so as to fulfil its statutory mandate. The most relevant of the sections referred to by the appellant provides:

3. It is hereby declared that

. . .

(c) all persons licensed to carry on broadcasting undertakings have a responsibility for programs they broadcast but the right to freedom of expression and the right of persons to receive programs, subject only to generally applicable statutes and regulations, is unquestioned;

(d) the programming provided by the Canadian broadcasting system should be varied and comprehensive and should provide reasonable, balanced opportunity for the expression of differing views on matters of public concern. . . .

. . .

(f) there should be provided, through a corporation established by Parliament for the purpose, a national broadcasting service that is predominantly Canadian in content and character;

(g) the national broadcasting service should

du caractère manifestement déraisonnable. Évidemment, la justesse de l'interprétation de la loi non constitutive pourra influencer sur le caractère raisonnable global de la décision, mais cela tiendra à l'effet de la disposition législative en question sur la décision dans son ensemble.

En l'espèce, le Conseil a compétence exclusive pour décider si l'appelante s'est livrée à une pratique déloyale de travail et, en particulier, si elle est intervenue dans l'administration d'un syndicat ou dans la représentation des employés par celui-ci. Voilà une décision à laquelle notre Cour ne touchera que si elle est manifestement déraisonnable. L'appelante fait toutefois valoir qu'aux termes de la *Loi sur la radiodiffusion* elle était tenue de prendre la mesure qu'elle a prise pour s'acquitter de son obligation d'impartialité.

Je ne puis découvrir dans la *Loi sur la radiodiffusion* aucune disposition qui oblige expressément ou implicitement la SRC à limiter, afin de bien remplir le mandat que lui confie la Loi, la possibilité pour quiconque parmi ses employés d'occuper le poste de président d'un syndicat. Les dispositions les plus pertinentes invoquées par l'appelante sont les suivantes:

3. Il est déclaré que:

. . .

c) les personnes habilitées à exploiter des entreprises de radiodiffusion sont responsables des émissions qu'elles diffusent, le droit à la liberté d'expression ainsi que celui de recevoir des émissions restant incontestés, sous la seule réserve des lois et règlements d'application générale;

d) la programmation du système canadien de radiodiffusion devrait être aussi variée et diversifiée que possible et permettre, de manière raisonnable et équilibrée, l'expression d'opinions divergentes sur des sujets d'intérêt public . . .

. . .

f) il y aurait lieu d'assurer, par l'intermédiaire d'une personne morale créée par le Parlement à cet effet, un service national de radiodiffusion à teneur et de nature principalement canadiennes;

g) le service national de radiodiffusion devrait:

(i) be a balanced service of information, enlightenment and entertainment for people of different ages, interests, and tastes covering the whole range of programming in fair proportion. . . .

The proper interpretation of the statutory requirement to provide “a balanced service of information”, as found in s. 3(g)(i) of the *Broadcasting Act*, is relevant to the final part of the analytical framework developed by the Board for use in a s. 94(1)(a) complaint. This part of the test considers whether the CBC had a valid and compelling business justification for its actions. The Board, apparently in response to the approach taken by the parties, focused on the Journalistic Policy as “the counterpart” of the provisions in the Act, and found that it did not provide such justification.

The Journalistic Policy is a comprehensive document which covers numerous diverse aspects of the CBC’s operations in the area of information programming. It sets out guidelines for dealing with, for example, matters of program content and censorship; production of programs; rights of program participants and the legal aspects of broadcasting. The portions of the Policy most relevant to this appeal are found in “Section I: Principles and Standards”, which provides at pp. 7 and 15:

BALANCE

Journalists will have opinions and attitudes of their own. But the proper application of professional standards will prevent these opinions and attitudes from leading them into bias or prejudice. It is essential that their reporting is done in a judicious and fair manner.

PERSONNEL

On-air personnel, as well as those who edit, produce or manage CBC programs, have privileged access to an influential medium and therefore their performance is of critical importance for the maintenance of journalistic

(i) offrir, à l’intention des personnes de tous âges, aux intérêts et aux goûts divers, des services et une programmation équilibrés qui renseignent, éclairent et divertissent . . .

L’interprétation qu’il convient de donner à l’obligation d’offrir «des services [. . .] équilibrés qui renseignent», imposée au sous-al. 3g)(i) de la *Loi sur la radiodiffusion*, est pertinente relativement au dernier volet du cadre analytique établi par le Conseil et destiné à servir dans le cas de plaintes fondées sur l’al. 94(1)a). Ce volet du critère consiste à déterminer s’il existait pour les mesures prises par la SRC une justification valable et impérative liée au service. Le Conseil, apparemment en raison de l’approche qu’ont adoptée les parties, s’est concentré sur la politique journalistique en tant que «corollaire» des dispositions de la Loi, et a conclu que cette politique ne fournissait pas une telle justification.

La politique journalistique est un document exhaustif qui traite de nombreux et divers aspects des activités de la SRC dans le domaine de la programmation d’information. S’y trouvent énoncées des lignes directrices concernant notamment le contenu des émissions et la censure, la réalisation d’émissions, les droits des participants aux émissions ainsi que les aspects juridiques de la radiodiffusion. Les parties de la politique les plus pertinentes en l’espèce se trouvent au «Chapitre I — Normes et principes», qui prévoit, aux pp. 8 et 15:

ÉQUILIBRE ET PLURALISME

Un journaliste a ses propres opinions ou partis pris. Cependant, l’application appropriée des critères professionnels empêchera le journaliste de céder à ses partis pris ou préjugés. Il est capital qu’il fasse son reportage de façon judicieuse et équitable.

PERSONNEL JOURNALISTIQUE

Le personnel à l’antenne et ceux à qui Radio-Canada confie le montage, la production ou la gestion de ses émissions, ont un accès privilégié à des médias influents. Par conséquent, leur action est d’une impor-

52

53

principles and the CBC's policies in relation to these principles. In order to maintain their credibility, they must avoid publicly identifying themselves in any way with partisan statements or actions on controversial matters.

54 The following statement of the Board applies equally to the dictates of the Act as it does to their attempted application in the Journalistic Policy (at p. 147):

Assuming, for the purpose of this discussion, that CBC could, albeit indirectly, regulate the content of a union newsletter, according to the Board's jurisprudence, CBC would still need to show **compelling business reasons** warranting such actions in order to escape section 94(1)(a). Further, the Board would need to be convinced that in the circumstances of this case, for Mr. Goldhawk to have remained in office in ACTRA after November 22nd while remaining an on-air journalist with CBC, would have had such a detrimental effect on CBC's image as the public broadcasting agency and on its obligation to provide balanced information, that it warranted his removal from ACTRA. Finally, CBC would need to show that the facts surrounding CBC's decision to ask Mr. Goldhawk to step down as president of ACTRA genuinely warranted the effects of such a decision.

55 This delineation of the relevance of external statutory imperatives to the Board's s. 94(1)(a) analysis is within the Board's jurisdiction. The Board's findings of fact which led them to the conclusion that compelling business reasons were absent in this case are similarly not unreasonable. Moreover, the decision of the Board does not, in my view, err in its treatment of the relationship between the *Broadcasting Act* (or the related Journalistic Policy) and the obligations imposed on the appellant CBC by the *Canada Labour Code*.

56 The general requirement in ss. 3(d) and 3(g)(i) of the *Broadcasting Act* to provide a balanced information service must be interpreted in a way that is consistent with the specific obligations contained in the Code. The Board's own analytical framework for s. 94(1)(a) contemplates such an

tance capitale pour le maintien des principes journalistiques et pour la politique de la S.R.C. en rapport avec ces principes. Pour que ce personnel reste crédible, il doit éviter de s'identifier publiquement, de quelque façon que ce soit, à des déclarations partisans ou à des initiatives sur des sujets controversés.

L'énoncé suivant du Conseil, à la p. 147, s'applique avec autant de force aux prescriptions de la Loi qu'à la tentative de les mettre en application que représente la politique journalistique:

Supposons, pour les fins du raisonnement, que la [SRC] pourrait — fût-ce indirectement — décider du contenu d'un bulletin syndical. D'après la jurisprudence du Conseil, la [SRC] devrait quand même justifier ses actes en invoquant des **motifs commerciaux impérieux** pour échapper à l'alinéa 94(1)a). En outre, il faudrait qu'elle convainque le Conseil que, dans le contexte de la présente affaire, la décision de laisser M. Goldhawk conserver son poste à ACTRA après le 22 novembre tout en continuant à travailler sur les ondes de la [SRC] aurait eu de si terribles répercussions sur l'image de la [SRC] comme service national de radiodiffusion et sur son obligation de fournir une information équilibrée pour justifier l'exigence de la démission de M. Goldhawk d'ACTRA. Enfin, la [SRC] devrait démontrer que les faits ayant entouré sa décision de demander à M. Goldhawk de démissionner de son poste de président d'ACTRA justifiaient pleinement sa décision, compte tenu de ses conséquences.

Le Conseil a compétence pour définir ainsi la pertinence d'impératifs d'autres lois pour les fins de son analyse fondée sur l'al. 94(1)a). De même, ne sont pas déraisonnables les conclusions de fait qui ont amené le Conseil à conclure à l'absence de motifs commerciaux impérieux en l'espèce. De plus, la décision du Conseil ne renferme, selon moi, aucune erreur dans son traitement du rapport entre la *Loi sur la radiodiffusion* (ou la politique journalistique connexe) et les obligations que le *Code canadien du travail* impose à l'appelante, la SRC.

L'obligation générale, imposée à l'al. 3d) et au sous-al. 3g)(i) de la *Loi sur la radiodiffusion*, d'offrir des services équilibrés qui renseignent doit s'interpréter d'une manière conciliable avec les obligations précises du Code. Le cadre analytique que le Conseil a lui-même établi pour l'application

accommodation, providing a balancing test in which legitimate management interests, such as compliance with other statutory requirements, permit conduct that would otherwise amount to interference with a union within the terms of s. 94(1)(a). As stated above, I am of the view that neither the test applied nor the result reached is patently unreasonable.

As for the Journalistic Policy of the CBC itself, this document does not enjoy the status of legislation. It is an internal management directive promulgated by the CBC based on its own interpretation of its obligations under the *Broadcasting Act*. This Policy cannot oust the legal obligations of the CBC as found in the *Canada Labour Code*. The fact that the Policy has been upheld by arbitrators who have attested to the good faith of the CBC is irrelevant. Even the most admirable policy cannot permit an employer to amend unilaterally the scope of union rights provided for by statute. Therefore, any conflict between the dictates of the policy and the directives of the Code, as interpreted by the Board as discussed above, must be resolved in favour of the Code. In the words of the majority of the Board (at p. 147):

CBC certainly has a legitimate interest and right to protect its own integrity and impartiality through the implementation of a journalistic policy. However, CBC must show more than a broad legitimate concern for a strong journalistic policy. . . . [I]ts particular application must be compatible with CBC's statutory obligations found in the Code.

To summarize my conclusions to this point, the proper standard to be applied to judicial review of the Board's decision that the appellant had committed an unfair labour practice is one of patent unreasonableness. The Board has the exclusive jurisdiction to determine whether there has been an unfair labour practice by the interference with the administration of a trade union or the representation of employees by that union, in contravention of s. 94(1)(a). This jurisdiction encompasses the authority to develop a test for when such interfer-

de l'al. 94(1)a) prévoit ce genre de conciliation en prescrivant un critère de l'équilibre des intérêts suivant lequel les intérêts légitimes de la direction, comme le respect d'autres exigences légales, autorisent une conduite qui constituerait par ailleurs une ingérence dans un syndicat au sens de l'al. 94(1)a). Je le répète, j'estime que ni le critère appliqué ni le résultat obtenu n'est manifestement déraisonnable.

Pour ce qui est de la politique journalistique de la SRC elle-même, ce document n'est pas un texte législatif. Il s'agit d'une directive de gestion interne établie par la SRC en fonction de sa propre interprétation des obligations que lui impose la *Loi sur la radiodiffusion*. Cette politique ne saurait éliminer les obligations que le *Code canadien du travail* impose à la SRC. Il est sans importance que la politique ait été maintenue par des arbitres qui ont attesté de la bonne foi de la SRC. Même la politique la plus admirable ne saurait autoriser un employeur à modifier unilatéralement l'étendue des droits reconnus aux syndicats par un texte législatif. Par conséquent, toute incompatibilité entre les prescriptions de la politique et les directives du Code, telles qu'interprétées par le Conseil, comme nous l'avons vu, doit être résolue en faveur du Code. Comme l'affirme le Conseil à la majorité, à la p. 147:

Il est certainement légitime et légal pour la [SRC] de protéger son intégrité et son impartialité en se dotant d'une politique journalistique. Toutefois, la [SRC] doit démontrer plus qu'une espèce de légitimité globale à avoir une politique journalistique énergique. Son application même de sa politique dans les circonstances de l'espèce doit [. . .] être compatible avec les obligations qui lui sont imposées par le Code.

Pour résumer mes conclusions jusqu'à maintenant, la norme qu'il convient d'appliquer au contrôle judiciaire de la décision du Conseil voulant que l'appelante se soit livrée à une pratique déloyale de travail est celle du caractère manifestement déraisonnable. Le Conseil a compétence exclusive pour déterminer s'il y a eu pratique déloyale de travail consistant à intervenir dans l'administration d'un syndicat ou dans la représentation des employés par celui-ci, contrairement à l'al. 94(1)a). Cette compétence comporte le pou-

ence is established, and to define the scope of the concepts of "administration" of a union and "representation" of employees. The fact that the employer in this case is a creation of, and is governed by, an external statute, does not raise the overall standard of review to one of correctness, even though no deference will be shown to the Board in its interpretation of the provisions of that statute. In this case the Board did not err in concluding that the existence of statutory obligations on the appellant was relevant to the issue of whether a compelling business justification existed for the appellant's actions. For the appellant to succeed, then, requires a finding that the ultimate decision that no such justification had been made out was an unreasonable one on the evidence before the Board. I now turn to that issue.

B. Reasonableness of the Decision

59 The question which this Court must address is whether the decision of the Board that the appellant had interfered with the administration of a trade union or the representation of employees by that union was patently unreasonable. The concept of patent unreasonableness was adopted by Dickson J. in *CUPE, supra*, as the proper standard of review of the decision of an administrative tribunal protected by a privative clause and made within the limits of its jurisdiction. Dickson J. stated that the reviewing court was to ask itself (at p. 237):

Did the Board . . . so misinterpret the provisions of the Act as to embark on an inquiry or answer a question not remitted to it? Put another way, was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review?

60 This formulation has been reaffirmed numerous times in subsequent cases. Its rationale was identified by L'Heureux-Dubé J. in the recent case

voir d'établir un critère permettant de déterminer ce qui constitue une telle intervention, et de définir la portée des concepts d'«administration» d'un syndicat et de «représentation» des employés. Ce n'est pas parce que l'employeur en l'espèce est créé et régi par une loi autre que la loi constitutive du Conseil qu'il faut hausser la norme globale de contrôle à celle du caractère correct de la décision, même si aucune retenue ne sera manifestée à l'égard de l'interprétation de cette autre loi par le Conseil. Dans la présente affaire, le Conseil n'a pas commis d'erreur en concluant que le fait que des obligations légales incombaient à l'appelante était pertinent pour déterminer si les mesures de l'appelante étaient justifiées par un motif commercial impérieux. Donc, pour que celle-ci ait gain de cause, il faut conclure que la décision ultime, selon laquelle on n'a pas établi l'existence d'un tel motif, était déraisonnable d'après les éléments de preuve dont disposait le Conseil. Je passe maintenant à cette question.

B. Caractère raisonnable de la décision

La question que doit aborder notre Cour est celle de savoir si la décision du Conseil selon laquelle l'appelante s'était ingérée dans l'administration d'un syndicat ou dans la représentation des employés par celui-ci était manifestement déraisonnable. La notion du caractère manifestement déraisonnable a été adoptée par le juge Dickson dans l'arrêt *SCFP*, précité, comme étant la norme qu'il convient d'appliquer en matière de contrôle d'une décision protégée par une clause privative et rendue par un tribunal administratif dans les limites de sa compétence. Le juge Dickson affirme, à la p. 237, que la cour qui procède au contrôle doit se poser la question suivante:

La Commission a-t-elle interprété erronément les dispositions législatives de façon à entreprendre une enquête ou à répondre à une question dont elle n'était pas saisie? Autrement dit, l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire?

Cette formulation a été confirmée à maintes reprises dans des arrêts subséquents. Le juge L'Heureux-Dubé en a précisé la raison d'être dans

of *Domtar Inc.*, *supra*, in which she stated (at pp. 774-75):

The patently unreasonable error test is the pivot on which judicial deference rests. As it relates to matters within the specialized jurisdiction of an administrative body protected by a privative clause, this standard of review has a specific purpose: ensuring that review of the correctness of an administrative interpretation does not serve, as it has in the past, as a screen for intervention based on the merits of a given decision. The process by which this standard of review has progressively been accepted by courts of law cannot be separated from the contemporary principle of curial deference, which is, in turn, closely linked with the development of extensive administrative justice. . . .

The reasons of Cory J. in *PSAC No. 2*, *supra*, contain a comprehensive summary of the jurisprudence of the Court on this topic. In considering what is meant by the term “patently unreasonable”, Cory J. stated (at pp. 963-64):

It is said that it is difficult to know what “patently unreasonable” means. What is patently unreasonable to one judge may be eminently reasonable to another. Yet any test can only be defined by words, the building blocks of all reasons. Obviously, the patently unreasonable test sets a high standard of review. In the Shorter Oxford English Dictionary “patently”, an adverb, is defined as “openly, evidently, clearly.” “Unreasonable” is defined as “(n)ot having the faculty of reason; irrational. . . . Not acting in accordance with reason or good sense”. Thus, based on the dictionary definition of the words “patently unreasonable”, it is apparent that if the decision the Board reached, acting within its jurisdiction, is not clearly irrational, that is to say evidently not in accordance with reason, then it cannot be said that there was a loss of jurisdiction. This is clearly a very strict test.

When deciding whether the decision of a tribunal is patently unreasonable, the interpretation by the tribunal of its constating legislation will not be disturbed if the approach taken by the tribunal is a reasonable one and the meaning given is one

l’arrêt récent *Domtar Inc.*, précité, où elle dit, aux pp. 774 et 775:

Le critère de l’erreur manifestement déraisonnable constitue le pivot sur lequel repose la retenue des cours de justice. Dans le cadre des questions relevant de la compétence spécialisée d’un organisme administratif protégé par une clause privative, cette norme de contrôle a une finalité précise: éviter qu’un contrôle de la justesse de l’interprétation administrative ne serve de paravent, comme ce fut le cas dans le passé, à un interventionnisme axé sur le bien-fondé d’une décision donnée. Le processus par lequel cette norme de contrôle a progressivement trouvé droit de cité chez les cours de justice est indissociable du principe contemporain de la retenue judiciaire, étroitement lié, à son tour, au développement d’une justice administrative à grande échelle . . .

Les motifs du juge Cory dans l’affaire *AFPC n° 2*, précitée, contiennent un résumé exhaustif de la jurisprudence de notre Cour en la matière. Sur la question du sens de l’expression «manifestement déraisonnable», le juge Cory affirme, aux pp. 963 et 964:

Le sens de l’expression «manifestement déraisonnable», fait-on valoir, est difficile à cerner. Ce qui est manifestement déraisonnable pour un juge peut paraître éminemment raisonnable pour un autre. Pourtant, pour définir un critère nous ne disposons que de mots, qui forment, eux, les éléments de base de tous les motifs. Le critère du caractère manifestement déraisonnable représente, de toute évidence, une norme de contrôle sévère. Dans le Grand Larousse de la langue française, l’adjectif manifeste est ainsi défini: «Se dit d’une chose que l’on ne peut contester, qui est tout à fait évidente». On y trouve pour le terme déraisonnable la définition suivante: «Qui n’est pas conforme à la raison; qui est contraire au bon sens». Eu égard donc à ces définitions des mots «manifeste» et «déraisonnable», il appert que si la décision qu’a rendue la Commission, agissant dans le cadre de sa compétence, n’est pas clairement irrationnelle, c’est-à-dire, de toute évidence non conforme à la raison, on ne saurait prétendre qu’il y a eu perte de compétence. Visiblement, il s’agit là d’un critère très strict.

Pour décider si la décision d’un tribunal administratif est manifestement déraisonnable, on ne touchera pas à l’interprétation qu’il a donnée à sa loi constitutive s’il a procédé de façon raisonnable et si le texte de cette loi se prête raisonnablement

which the words of the statute can reasonably bear. Statutory language is often ambiguous and open to differing interpretations. It is therefore for good reason that the courts will defer to the definition favoured by the tribunal, which can bring to bear on the determination its specialized expertise and knowledge of the overall statutory framework within which the provision operates.

63 To determine whether the decision of the Board in this case was patently unreasonable, it is first necessary to identify with some precision what the Board actually decided. As noted above, the contested issue in this appeal is whether the activities of the respondent ACTRA which were affected by the ultimatum given by the appellant CBC to Goldhawk, were within the scope of s. 94(1)(a). The appellant argues that the Board, in extending protection to purely political activities, committed a patently unreasonable error.

64 In general, the issue as defined by the Board was whether s. 94(1)(a) was violated when Goldhawk was asked to choose between his position as a radio host and his position as president of the union. This ultimatum affected two identifiable and discrete activities of the union. First, the CBC's action was specifically a response to the publication by Goldhawk of the article in *ACTRASCOPE*. In this sense the ultimatum, if left unchallenged, precluded future articles by the union president in the union news magazine on issues such as free trade, if that president belonged to the subset of ACTRA members who were CBC journalists. Second, the ultimatum affected the ability of the union members to choose an on-air journalist as their president at all. It must be remembered that the Board found that Goldhawk had offered the appellant a compromise in which he would step down as spokesperson, but would remain union president. This compromise was rejected by the appellant.

65 In short, both the ability of the union to choose an on-air journalist as president, and the ability of

au sens qu'on lui a donné. Le texte d'une loi est souvent ambiguë et sujet à des interprétations divergentes. C'est donc à juste titre que les cours de justice s'en remettent à la définition préférée par le tribunal administratif qui peut mettre à profit dans sa décision son expertise ainsi que sa connaissance spécialisée du cadre législatif global dans lequel s'inscrit la disposition en question.

Pour déterminer si la décision rendue par le Conseil en l'espèce était manifestement déraisonnable, il faut d'abord cerner assez exactement ce que le Conseil a réellement décidé. Comme je l'ai déjà fait remarquer, la question litigieuse en l'espèce est de savoir si les activités de l'ACTRA intimée auxquelles a nui l'ultimatum lancé à Goldhawk par l'appelante, la SRC, étaient visées par l'al. 94(1)a). L'appelante fait valoir que le Conseil, en accordant une protection aux activités purement politiques, a commis une erreur manifestement déraisonnable.

D'une manière générale, la question formulée par le Conseil était de savoir s'il y a eu violation de l'al. 94(1)a) lorsqu'on a demandé à Goldhawk de choisir entre son poste d'animateur d'émission radiophonique et la présidence du syndicat. Cet ultimatum a eu des répercussions sur deux activités syndicales identifiables et distinctes. En premier lieu, la mesure prise par la SRC constituait précisément une réaction à la publication par Goldhawk de son article dans *ACTRASCOPE*. Dans ce sens, l'ultimatum, s'il demeurait incontesté, venait empêcher le président du syndicat de publier dans le bulletin syndical d'autres articles sur des questions comme le libre-échange, s'il figurait parmi les membres de l'ACTRA qui étaient journalistes à Radio-Canada. En deuxième lieu, l'ultimatum influait sur la possibilité pour les membres du syndicat de se choisir comme président un journaliste de la radio ou de la télévision. Il faut se rappeler que le Conseil a conclu que Goldhawk avait proposé à l'appelante un compromis selon lequel il abandonnerait son rôle de porte-parole tout en demeurant président du syndicat, et que l'appelante a rejeté ce compromis.

Bref, les mesures de l'appelante ont eu pour effet de limiter à la fois la capacité du syndicat de

the union to have the person whom it chose as president also act as its spokesperson, were circumscribed by the actions of the appellant. The task of the Board was to determine if these two activities were part of the administration of a trade union or the representation of employees by a trade union. The task of this Court is to determine whether the conclusions of the Board in this regard were “so patently unreasonable that [they] cannot be rationally supported by the relevant legislation”.

The Board considered whether the signing of the article in *ACTRASCOPE* by Goldhawk as a union spokesperson was a lawful union activity contemplated by the Code. In a more general sense, the question was whether s. 94(1)(a) protected the publication by a union and its officer of an article in a union newsletter expressing an opinion that a government economic policy constituted a threat or a benefit to its members. The Board answered this question in the affirmative.

The appellant argues that in making this decision the Board held that the purely political activities of unions were entitled to the protection of s. 94(1)(a). However, this describes the Board's finding too narrowly. The Board considered the specific act of this union in context. It recognized that s. 94(1)(a) has its limits. The existing jurisprudence of the Board had already made it clear that in order for s. 94(1)(a) to apply *prima facie*, public statements by union officials had to relate to the interests of the union as a collectivity, and not to the personal concerns of the union official. Nor could such statements be reckless or maliciously untrue.

The Board recognized that its previous jurisprudence was in a sense distinguishable, as these cases dealt with public statements aimed directly at the employer. This case concerned an article published in a union newsletter and directed at union members. This is not the same sort of public statement that was at issue in the previous cases. More-

choisir comme président un journaliste de la radio ou de la télévision et la possibilité pour le syndicat de se doter d'un président qui fasse également office de porte-parole. Le Conseil avait à déterminer si ces deux activités faisaient partie de l'administration d'un syndicat ou de la représentation des employés par celui-ci. Il s'agit pour notre Cour de décider si les conclusions du Conseil sur ce point sont «déraisonnable[s] au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente».

Le Conseil a examiné si la signature de l'article d'*ACTRASCOPE* par Goldhawk, en sa qualité de porte-parole syndical, constituait une activité syndicale licite envisagée par le Code. Dans un sens plus général, il s'agissait de savoir si l'al. 94(1)a) protégeait la publication par un syndicat et un de ses dirigeants, dans un bulletin syndical, d'un article exprimant l'opinion qu'une politique économique du gouvernement constituait une menace pour les membres du syndicat ou leur était avantageuse. Le Conseil a répondu par l'affirmative à cette question.

L'appelante soutient qu'en décidant ainsi, le Conseil a jugé que les activités purement politiques des syndicats avaient droit à la protection de l'al. 94(1)a). Cela constitue toutefois une description trop limitée de la conclusion du Conseil. Ce dernier a examiné dans son contexte la mesure particulière prise par le syndicat en cause. Le Conseil a reconnu que l'al. 94(1)a) a ses limites. Il ressortait nettement de la jurisprudence du Conseil que cet alinéa ne s'appliquait à première vue que si les déclarations publiques de dirigeants syndicaux étaient liées aux intérêts des membres du syndicat dans leur ensemble, et non pas aux préoccupations personnelles du dirigeant syndical. De plus, ces déclarations ne devaient être ni téméraires ni malveillantes.

Le Conseil a reconnu que ses décisions antérieures pouvaient en quelque sorte être distinguées d'avec la présente affaire, puisqu'elles portaient sur des déclarations publiques qui visaient directement l'employeur. Dans la présente affaire, il s'agit d'un article publié dans un bulletin syndical et destiné aux membres du syndicat. Il ne s'agit

66

67

68

over, the substance of the article was not aimed at the employer, but rather at gathering support from members for the union's official position. The Board held that, in this situation, the Code should also apply. In my view, given this context, the extension of the content protection was not wholly unwarranted. The distinguishing features of this fact situation must be recognized in any consideration of whether the decision was unreasonable.

69 The decision of the majority was arrived at in a principled manner and was not irrational. The Board set out the established analytical framework for a s. 94(1)(a) determination, considered its existing jurisprudence, recognized the differences between this case and those it had discussed, and gave rational reasons why those principles could be by analogy applied to this case. The Board was entitled to apply the law as found in existing decisions to new and analogous facts. As Professor Philip L. Bryden points out in his case comment at (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 580, at p. 585, on *W.W. Lester (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644:

Doubtless the Board majority was seeking to extend the reasoning employed in previous decisions, and the appropriateness of this extension was a matter of controversy even within the Board itself. Were this enough to render a decision "patently unreasonable", however, the capacity of administrative tribunals to develop the law in the areas for which they are responsible would be drastically curtailed, something that would seem to be inconsistent with the Supreme Court's own recent pronouncements on the desirability of deference to expert administrative tribunals.

70 The comments of Wilson J. in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, relating to the characterization of

pas du même genre de déclaration publique que celle qui était en cause dans les décisions précédentes. En outre, l'article ne s'adressait pas essentiellement à l'employeur, mais avait plutôt pour but d'obtenir l'appui des membres pour la position officielle du syndicat. Le Conseil a conclu que le Code devrait également s'appliquer dans ces circonstances. À mon avis, dans ce contexte, l'élargissement de la protection accordée au contenu de l'article n'était pas tout à fait injustifié. En déterminant si la décision était déraisonnable, il faut reconnaître ce qui caractérisait cette situation de fait.

La décision du Conseil à la majorité était fondée sur des principes et n'était pas irrationnelle. Le Conseil a exposé le cadre analytique établi pour prendre une décision fondée sur l'al. 94(1)a), il a examiné sa propre jurisprudence, il a reconnu les différences entre la présente affaire et celles qu'il avait analysées, et il a expliqué rationnellement pourquoi ces principes pouvaient s'appliquer par analogie en l'espèce. Le Conseil avait le droit d'appliquer à des faits nouveaux et analogues les règles de droit se dégageant de la jurisprudence. Comme le souligne le professeur Philip L. Bryden, à (1992), 71 *R. du B. can.* 580, à la p. 585, dans son commentaire sur l'arrêt *W.W. Lester (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644:

[TRADUCTION] Sans doute, le Conseil à la majorité cherchait-il à élargir la portée du raisonnement suivi dans les décisions antérieures, et la question de l'opportunité d'un tel élargissement était controversée même au sein du Conseil lui-même. Toutefois, si cela était suffisant pour rendre une décision «manifestement déraisonnable», la capacité des tribunaux administratifs de faire évoluer le droit dans les domaines relevant de leur compétence s'en trouverait radicalement réduite, ce qui paraît inconciliable avec les déclarations récentes de la Cour suprême elle-même sur l'opportunité de faire preuve de retenue à l'égard des tribunaux administratifs spécialisés.

Les observations du juge Wilson, dans l'affaire *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, rela-

union participation in activities beyond the workplace are, although *obiter*, further indication that the Board's conclusion on this point is a rational one. In *Lavigne* the issue was whether the s. 2(b) and (d) *Charter* rights of a union member were violated when his compulsory union dues were directed to causes which were not directly related to his employment context, such as the campaign opposing construction of the Skydome. Wilson J. (L'Heureux-Dubé and Cory JJ. concurring), while finding that neither section had been infringed, nonetheless went on to consider, in *obiter*, whether any such violations could be justified under s. 1 of the *Charter*. In dealing with whether there was a rational connection between the Rand formula mandating compulsory payment of union dues which could then be used to advance "political" matters unrelated to contract negotiation, and the government objective of the promotion of industrial peace through the encouragement of free collective bargaining, Wilson J. stated at p. 291:

Whether collective bargaining is understood as primarily an economic endeavour or as some more expansive enterprise, it is my opinion that union participation in activities and causes beyond the particular workplace does foster collective bargaining. Through such participation unions are able to demonstrate to their constituencies that their mandate is to earnestly and sincerely advance the interests of working people, to thereby gain worker support, and to thus enable themselves to bargain on a more equal footing with employers. To my mind, the decision to allow unions to build and develop support is absolutely vital to a successful collective bargaining system.

La Forest J. (Sopinka and Gonthier JJ. concurring), while finding that a s. 2(d) infringement was made out, held that the breach was justified under s. 1. In discussing the objective of giving the union complete discretion as to how its dues are spent, La Forest J. noted (at p. 334):

tives à la façon de qualifier la participation d'un syndicat à des activités en dehors du lieu de travail constituant, malgré leur caractère d'opinion incidente, une indication de plus de la rationalité de la conclusion du Conseil sur ce point. Dans l'affaire *Lavigne*, il s'agissait de savoir si un syndiqué avait subi une violation de ses droits garantis par les al. 2b) et d) de la *Charte* lorsque ses cotisations syndicales obligatoires avaient servi à appuyer des causes, comme la campagne contre la construction du Skydome, qui n'avaient aucun lien direct avec le contexte de son emploi. Même si elle a conclu que ni l'un ni l'autre alinéa n'avait été violé, le juge Wilson (avec l'appui des juges L'Heureux-Dubé et Cory) a néanmoins examiné, en *obiter*, si pareilles violations pourraient se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Quant à savoir s'il existait un lien rationnel entre, d'une part, la formule Rand qui prescrivait le versement de cotisations syndicales susceptibles de servir ensuite à appuyer des causes «politiques» tout à fait étrangères à la négociation de conventions collectives, et, d'autre part, l'objectif gouvernemental de promouvoir la paix industrielle par l'encouragement de la libre négociation collective, le juge Wilson affirme, à la p. 291:

Que la négociation collective soit tenue avant tout pour une activité économique ou une entreprise plus expansive, je suis d'avis que la participation du syndicat à des activités et à des causes dépassant le cadre du lieu de travail encourage la négociation collective. Grâce à leur participation, les syndicats sont à même de montrer à leurs commettants que leur mandat consiste à promouvoir consciencieusement et sincèrement les intérêts des travailleurs, d'obtenir ainsi leur appui et de se donner par le fait même les moyens de négocier avec les employeurs davantage sur un pied d'égalité. À mon sens, il est absolument indispensable de permettre aux syndicats d'obtenir et d'accroître cet appui pour assurer la réussite du système de la négociation collective.

Tout en concluant que l'on avait établi l'existence d'une violation de l'al. 2d), le juge La Forest (avec l'appui des juges Sopinka et Gonthier) a décidé que cette violation était justifiée en vertu de l'article premier. Au sujet de l'objectif de laisser au syndicat toute latitude pour décider de la façon de dépenser les cotisations qu'il perçoit, le juge La Forest fait remarquer, à la p. 334:

The first [objective] is to ensure that unions have both the resources and the mandate necessary to enable them to play a role in shaping the political, economic and social context within which particular collective agreements and labour relations disputes will be negotiated or resolved. The balance of power between management and labour at any given time or in any particular industry or workplace is a product of many factors.

These comments indicate that it is not unreasonable to find a connection between the collective bargaining relationship and the activities of unions as they relate to external social issues affecting their members.

72 Additionally, even if it can be said that the decision of the Board relating to the signing of the article in the newsletter is either patently unreasonable, or a decision going to jurisdiction that is incorrect, this does not affect the result. It must be remembered that the Board identified two union activities that were affected by the actions of the appellant. In addition to the signing of the article, the Board also found that the actions of the CBC had the effect of preventing any broadcast journalist from being the president of ACTRA. This was so because the appellant refused to accept the compromise suggested by Goldhawk that he retain his position as ACTRA president while no longer serving as its spokesperson.

73 The Board found, and was rationally justified in finding, that this act alone amounted to a violation of the Code. On any standard of review, it is clear that the Board was entitled to find that the election of whichever person the other union members wish to have as their president is an activity that falls within the concept of "administration" of a trade union or "representation" of employees by that union. This conclusion is not in error.

74 Finally, the two authorities most heavily relied on by the appellant before this Court are, in my view, simply not on point. The employees in *Almeida v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 1

Le premier [objectif] est de faire en sorte que les syndicats aient à la fois les ressources et le mandat nécessaires pour leur permettre d'influer sur le contexte politique, économique et social dans lequel seront négociées des conventions collectives ou se résoudront des conflits de travail. L'équilibre du pouvoir entre la direction et les employés à un moment donné ou dans une industrie ou un milieu de travail donné est le fruit de plusieurs facteurs.

Il ressort de ces observations qu'il n'est pas déraisonnable de conclure à l'existence d'un lien entre la relation de négociation collective et les activités syndicales relatives à des questions sociales extrinsèques qui touchent leurs membres.

De plus, même si on peut dire que la décision du Conseil relative à la signature de l'article paru dans le bulletin est manifestement déraisonnable ou encore qu'il s'agit d'une décision erronée qui touche à la compétence, cela ne change rien au résultat. Il faut se rappeler que le Conseil a identifié deux activités syndicales qui étaient touchées par les mesures de l'appelante. Outre sa conclusion concernant la signature de l'article, le Conseil a décidé que les mesures de la SRC avaient pour effet d'empêcher tout journaliste de la radio ou de la télévision de devenir président de l'ACTRA. Il en était ainsi du fait que l'appelante avait rejeté le compromis proposé par Goldhawk, selon lequel ce dernier conserverait la présidence de l'ACTRA, mais quitterait ses fonctions de porte-parole syndical.

Le Conseil a conclu, et il était rationnellement justifié de le faire, que cet acte constituait à lui seul une violation du Code. Peu importe la norme de contrôle retenue, il est évident que le Conseil était en droit de conclure que l'élection de toute personne que les autres membres du syndicat souhaitent avoir comme président est une activité qui ressortit au concept de l'«administration» d'un syndicat ou de la «représentation» des employés par celui-ci. Cette conclusion n'est entachée d'aucune erreur.

En dernier lieu, les deux décisions sur lesquelles l'appelante s'est appuyée le plus devant notre Cour ne sont, à mon avis, tout simplement pas pertinentes. Les employés dont il était question dans

F.C. 266 (C.A.), were suspended for wearing on their uniforms buttons issued by the union that sported messages opposing a reduction in staffing levels and supporting the passage of certain proposed legislation. The workers sought judicial review of the dismissal by the adjudicator of their grievances of the suspensions. The section of the *Public Service Staff Relations Act* relied upon by the grievors protected the participation of employees in the lawful activities of the union.

Heald J.A. held that the adjudicator did not commit a reviewable error in dismissing the grievances. MacGuigan J.A., dissenting, held that the message on the button clearly related to union business. Relying on *Quan v. Canada (Treasury Board)*, [1990] 2 F.C. 191 (C.A.), he held that the employer had failed to show a serious possibility of a detrimental effect on its business or reputation. Pratte J.A., who concurred with Heald J.A., was the only judge to draw a distinction between the types of messages that might be worn by employees on a button. He stated (at p. 270):

... an employer would have the right to object, without having to prove any detrimental effect, to the wearing by his employees during working hours of union buttons manifesting their opposition to some proposed piece of legislation that the employer may happen to support. Otherwise, the employer would, in a sense, be forced to collaborate to the dissemination of ideas of which he disapproves.

Leaving aside the correctness of the majority decision, the result in *Almeida* can be explained in part by the fact that the statements were made to the general public during working hours on the employer's property. Such a situation would be akin to one in which Goldhawk, while on the air, exhorted his listeners on *Cross-Country Checkup* to join with ACTRA in opposing free trade. Clearly, different considerations would apply in such a case.

l'affaire *Almeida c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 1 C.F. 266 (C.A.), avaient été suspendus pour avoir porté sur leur uniforme des macarons fournis par le syndicat sur lesquels figuraient des messages d'opposition à la réduction de l'effectif et d'appui à l'adoption de certaines mesures législatives proposées. Les travailleurs ont demandé le contrôle judiciaire du rejet par l'arbitre de leurs griefs présentés à la suite des suspensions qui leur avaient été imposées. L'article de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* qu'ont invoqué les plaignants protégeait le droit des employés de participer aux activités légitimes du syndicat.

Le juge Heald a conclu que l'arbitre n'avait pas commis d'erreur donnant lieu à révision en rejetant les griefs. Quant au juge MacGuigan, dissident, il a décidé que le message inscrit sur le macaron se rapportait manifestement aux affaires syndicales. S'appuyant sur l'arrêt *Quan c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1990] 2 C.F. 191 (C.A.), il a conclu que l'employeur n'avait pas démontré l'existence d'une possibilité sérieuse d'effet nuisible sur son entreprise ou sa réputation. Le juge Pratte, qui a souscrit à l'avis du juge Heald, a été le seul à faire une distinction entre les types de messages susceptibles de figurer sur un macaron porté par des employés. Voici ce qu'il affirme, à la p. 270:

... un employeur aurait le droit de s'opposer à ce que ses employés portent, pendant les heures de travail, des macarons syndicaux par lesquels ils manifestent leur désaccord à l'encontre d'un projet de loi qui jouit de la faveur de l'employeur, sans que celui-ci n'ait à prouver que ce geste est nuisible. Autrement, l'employeur serait en quelque sorte contraint de collaborer à la diffusion d'idées avec lesquelles il est en désaccord.

Indépendamment de la justesse de la décision majoritaire, le résultat dans l'affaire *Almeida* peut s'expliquer en partie par le fait que les déclarations étaient adressées au grand public, pendant les heures de travail, dans les locaux de l'employeur. Une telle situation serait analogue à celle où Goldhawk, alors que son émission *Cross Country Checkup* passerait sur les ondes, exhorterait ses auditeurs à se joindre à l'ACTRA pour s'opposer au libre-échange. De toute évidence, des considérations différentes s'appliqueraient en pareil cas.

75

76

77 Moreover, the decision of the majority in *Almeida* focuses on damage to the employer, and the justification of the employer for its actions, on the particular facts of the case. Heald J.A. held that the adjudicator was justified in concluding that the message on the buttons could well have drawn the grievors into a heated public debate with persons passing through customs. These considerations are akin to those which occur at the second stage of the test used by the federal Board in its s. 94(1)(a) analysis, which deliberates the existence of a valid employer justification. They are not relevant to the question of whether the activities of the union that were curtailed by the appellant attract the protection of s. 94(1)(a).

78 The second case relied upon by the appellant is *Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. v. United Steelworkers of America* (1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384 (Ont.). There the union, which was affiliated with the federal New Democratic Party ("NDP"), posted notices on union bulletin boards on company premises identifying the workers who were canvassers on behalf of the NDP in an upcoming by-election. The canvassers distributed literature to the employees on company premises during non-working hours. The employer told the union that there was to be no political campaigning on company property at any time.

79 The union filed an unfair labour practice complaint. The employer argued that the *Labour Relations Act* did not apply, such that the Ontario Labour Relations Board was without jurisdiction to hear the complaint, because the political canvassing put forward the interests of the NDP and not the collective bargaining interests of the union. Therefore s. 3 of the Act, which stated that every person was free to participate in the lawful activities of a trade union, had no application.

80 George W. Adams, Q.C. (as he then was), Chairman, for the majority, dismissed the union's

De plus, la décision majoritaire dans l'affaire *Almeida* est axée sur le préjudice causé à l'employeur et sur la question de savoir si les mesures prises par ce dernier étaient justifiées dans les circonstances particulières de l'affaire. Le juge Heald a conclu que l'arbitre était justifié de conclure que le message sur les macarons aurait bien pu entraîner les plaignants dans un vif débat public avec des personnes passant la douane. Voilà des considérations qui s'apparentent à celles qui entrent en ligne de compte à la deuxième étape du critère que l'organisme fédéral a utilisé dans son analyse fondée sur l'al. 94(1)a), laquelle visait à déterminer s'il existait du côté de l'employeur une justification valable. Elles n'ont aucune pertinence relativement à la question de savoir si les activités du syndicat dont l'appelante a limité l'exercice bénéficient de la protection de l'al. 94(1)a).

La deuxième décision invoquée par l'appelante est *Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. c. United Steelworkers of America* (1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384 (Ont.). Il s'agit d'une affaire où le syndicat, qui était affilié au Nouveau Parti Démocratique fédéral («NPD»), avait affiché sur les babilards syndicaux dans les locaux de la société des avis nommant les travailleurs qui étaient sollicitateurs pour le NPD en vue d'une élection partielle imminente. Les sollicitateurs distribuaient de la documentation aux employés dans les locaux de la société mais en dehors des heures de travail. L'employeur a fait savoir au syndicat qu'il ne devait, à aucun moment, mener une campagne politique dans les locaux de la société.

Le syndicat a déposé une plainte de pratique déloyale de travail. L'employeur a fait valoir que la *Loi sur les relations de travail* ne s'appliquait pas et que la Commission des relations de travail de l'Ontario n'avait donc pas compétence pour entendre la plainte puisque la sollicitation politique servait les intérêts du NPD et non pas les intérêts du syndicat en matière de négociation collective. C'est pourquoi l'art. 3 de la Loi, voulant que chacun soit libre de participer aux activités légitimes d'un syndicat, ne s'appliquait pas.

Le président George W. Adams, c.r. (maintenant juge de la Cour de justice de l'Ontario (Division

complaint. While recognizing that the jurisprudence of labour boards in the rest of Canada and in the United States was not universally supportive of such a distinction, Chairman Adams nonetheless concluded (at pp. 400-401):

In a mixed economy any attempted demarcation between collective bargaining and politics may lack economic reality and not sufficiently acknowledge the impact of governments on the workplace. . . . On the other hand, there are clear institutional differences between collective bargaining activity and political action. Whatever the general economic relationship of these two processes, the principal institutions operate at different levels and are distinct.

On the facts before him, Chairman Adams noted that it was important that the canvass was conducted in conjunction with the NDP in the context of a federal election campaign, and concluded (at p. 406):

On considering the material as a whole, we have come to the conclusion that in the circumstances of this case the activity is too remotely connected to the dominant purpose of the *Labour Relations Act* to attract the right asserted by the applicant. In our view, the communications in issue before us are not as connected to concerns of the bargaining unit employees as employees as they are to their concerns as voters. The complainant is therefore not communicating to bargaining unit employees primarily because of its status as their exclusive bargaining representative but rather as an affiliate or supporter of a political party seeking the electoral support of certain employees. In this context, the trade union canvasser is no different than any other political canvasser. A trade union should not be able to use its certified bargaining agent status to capture an audience for its political canvassing activities.

Member H. Kobryn dissented, and stated that the provisions of the Act, taken together with a common sense understanding of labour relations, demonstrated that the activities of the union in this

générale)), a rejeté, au nom du Conseil à la majorité, la plainte du syndicat. Tout en reconnaissant que la jurisprudence des commissions des relations de travail ailleurs au Canada ainsi qu'aux États-Unis n'appuyait pas uniformément une telle distinction, le président Adams conclut tout de même, aux pp. 400 et 401:

[TRADUCTION] Dans une économie mixte, il se peut que toute tentative d'établir une ligne de démarcation entre la négociation collective et la politique soit irréaliste sur le plan économique et ne reconnaisse pas suffisamment l'influence des gouvernements sur le milieu de travail. [. . .] Par ailleurs, il existe de nettes différences institutionnelles entre l'activité de la négociation collective et l'action politique. Quel que soit le rapport économique général entre ces deux processus, les principales institutions fonctionnent à des paliers différents et sont distinctes.

Le président Adams a souligné que, d'après les faits dont il était saisi, il était important que la sollicitation se fasse de concert avec le NPD, dans le contexte d'une campagne électorale fédérale, et il a conclu, à la p. 406:

[TRADUCTION] Vu l'ensemble du dossier, nous sommes arrivés à la conclusion que, dans les circonstances de la présente affaire l'activité a un lien trop ténu avec l'objectif principal de la *Loi sur les relations de travail* pour fonder le droit revendiqué par le plaignant. À notre avis, les communications dont nous sommes saisis ne se rapportent pas tant aux préoccupations des membres de l'unité de négociation en tant qu'employés qu'à leurs préoccupations en tant qu'électeurs. Le plaignant ne se trouve donc pas à transmettre des renseignements aux employés membres de l'unité de négociation principalement en raison du fait que celle-ci a qualité de représentante exclusive de ces employés aux fins de la négociation collective; il le fait plutôt à titre de membre ou de partisan d'un parti politique qui brigue les suffrages de certains employés. Dans ce contexte, la sollicitation syndicale ne diffère aucunement de n'importe quelle autre forme de sollicitation politique. Il ne devrait pas être permis à un syndicat de se servir de son statut d'agent négociateur accrédité pour s'emparer d'un auditoire aux fins de ses activités de sollicitation politique.

Le membre H. Kobryn, dissident, a dit que, selon une compréhension sensée des relations du travail, il ressortait des dispositions de la Loi que les activités syndicales en question étaient protégées

case were protected. The real issue was whether the complainant was entitled to distribute the materials on the employer's premises during non-working hours.

83 This decision can be distinguished on that ground alone, in that the location of the expression was the workplace itself. I note that Wilson J. distinguished the case on this ground in her reasons in *Lavigne, supra*, at p. 288, and was of the view that the decision was best understood as one dealing specifically with the issue of union canvassing or solicitation. Moreover, the activity in issue in *Adams Mine* was more clearly "political"; it was a joint effort with the NDP to campaign for a particular party in an election. Finally, it must not be forgotten that on the facts of the appeal now before this Court the Board was provided with an independent legitimate union activity; the right to choose a president. That this is union interference has also been accepted by the Ontario Labour Relations Board: see *McDonnell Douglas Canada Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 498.

84 In general, the majority in *Adams Mine* contemplates a broad scope for the application of labour relations legislation. While Chairman Adams describes the Act as dealing with "a restricted but vital area of trade union interests — the collective bargaining process", he goes on to state (at p. 399):

It is this dominant purpose of the statute and all related activity necessarily incidental to this purpose which demarcate the Board's jurisdiction.

This observation with respect to the fundamental purpose and scope of the Act does not minimize the Board's role in the labour relations community nor does the observation decide this case. There is much related activity that is necessary incidental to the Act's dominant purpose.

It was not unreasonable for the Board in this case to conclude that included in the dominant purpose

gées. La véritable question était de savoir si le plaignant avait le droit de distribuer la documentation dans les locaux de l'employeur en dehors des heures de travail.

Il est possible d'établir une distinction d'avec la présente affaire sous ce seul rapport, du fait que le lieu de l'expression était le lieu de travail lui-même. Je signale que c'est sous ce rapport que le juge Wilson a établi une distinction d'avec la décision *Adams Mine*, à la p. 288 de l'arrêt *Lavigne*, précité, et qu'elle était d'avis qu'il convenait d'interpréter cette décision comme limitée à la question de la sollicitation syndicale. En outre, l'activité en question dans *Adams Mine* était plus nettement «politique»; il s'agissait d'un effort conjoint avec le NPD de faire campagne pour un parti particulier dans le cadre d'une élection. Finalement, il ne faut pas oublier que, d'après les faits du pourvoi dont est maintenant saisie notre Cour, le Conseil se trouvait en présence d'une activité syndicale légitime et indépendante: le droit de choisir un président. La Commission des relations de travail de l'Ontario a elle aussi reconnu qu'il s'agit là d'une intervention dans les affaires d'un syndicat: voir *McDonnell Douglas Canada Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 498.

D'une manière générale, la Commission à la majorité, dans l'affaire *Adams Mine*, donne une large portée à la législation en matière de relations de travail. Quoique le président Adams dise de la Loi qu'elle porte sur [TRADUCTION] «un aspect limité mais fondamental des intérêts syndicaux, à savoir le processus de négociation collective», il ajoute, à la p. 399:

[TRADUCTION] C'est cet objet dominant de la Loi et toutes les activités connexes qui découlent nécessairement de cet objet qui définissent la compétence de la Commission.

Cette observation relative à la portée et à l'objet fondamentaux de la Loi ne minimise aucunement le rôle de la Commission dans le milieu des relations de travail, et elle n'est pas non plus déterminante en l'espèce. Il existe un grand nombre d'activités connexes qui sont nécessaires à la réalisation de l'objet dominant de la Loi.

En l'espèce, il n'était pas déraisonnable de la part du Conseil de conclure que l'objet dominant du

of the *Canada Labour Code*, or necessarily incidental to that purpose, was the right of the union president to communicate to union members in a union publication on issues of importance to the members in their capacity as journalists, writers and performers. The same can be said for the right of the union to choose its president from among its entire membership and not from a subset circumscribed by the employer.

The appellant also argues that it was patently unreasonable for the Board to find that, if the appellant did interfere with the administration of a trade union, it did not have a valid justification for so doing. In this regard the appellant once again points to the provisions of the *Broadcasting Act* and their interpretation in the Journalistic Policy of the CBC. As noted above in my discussion on jurisdiction, I am of the view that there are no grounds for interfering with the Board's decision in this regard.

The Board considered the portions of the Journalistic Policy that the appellant argued were mandated by the *Broadcasting Act*, but did not find that they compelled the appellant to take the position that it did. The Board pointed out that in the past the CBC had used other methods, such as on-air disclosure, to respond to the perceived appearance of bias. The Board was also of the opinion that requiring Goldhawk to resign may well have served only to identify him more closely with the issue. Therefore, even if there were obligations relating to impartiality imposed by the Act on the CBC, they were not determinative, given the Board's finding that there was no causal connection between this requirement and the continued presidency of Goldhawk. The Board found that the CBC failed to try and reconcile its own interests with those of Goldhawk as a union member. To paraphrase the Board (at p. 151), the appellant failed to show any convincing causal relationship between its image of impartiality and Goldhawk's continuing to hold office as ACTRA president. The conclusion of the Board that the appellant had

Code canadien du travail comportait le droit du président du syndicat de communiquer avec les membres de celui-ci, dans une publication syndicale, au sujet de questions qui étaient importantes pour eux en leur qualité de journalistes, d'auteurs et d'artistes, ou que ce droit était nécessairement accessoire audit objet dominant. On peut en dire autant du droit du syndicat de choisir son président parmi tous ses membres et non pas parmi un groupe plus restreint déterminé par l'employeur.

L'appelante soutient également que le Conseil a agi de façon manifestement déraisonnable en concluant que, si elle est intervenue dans l'administration du syndicat, elle l'a fait sans justification valable. À ce propos, elle renvoie une fois de plus aux dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* et à leur interprétation dans la politique journalistique de la SRC. Or, comme je l'ai déjà fait remarquer en traitant de la compétence, j'estime qu'il n'existe aucun motif de toucher à la décision du Conseil à cet égard.

Le Conseil a examiné les parties de la politique journalistique qui, d'après l'appelante, étaient prescrites par la *Loi sur la radiodiffusion*, mais il a conclu qu'elles ne contraignaient pas l'appelante à prendre position comme elle l'a fait. Le Conseil a fait remarquer que, dans le passé, la SRC avait recouru à d'autres méthodes comme la divulgation sur les ondes, pour réagir à l'apparence de parti pris. Le Conseil était également d'avis qu'en obligeant Goldhawk à démissionner, il se peut bien qu'on n'ait fait que l'associer plus étroitement à la question du libre-échange. Par conséquent, même si la Loi imposait à la SRC des obligations en matière d'impartialité, celles-ci n'étaient nullement déterminantes étant donné la conclusion du Conseil à l'absence de tout lien de causalité entre cette exigence et le maintien de Goldhawk à la présidence. Le Conseil a conclu que la SRC n'avait pas tenté de concilier ses propres intérêts avec ceux de Goldhawk en tant que membre du syndicat. Pour paraphraser le Conseil (à la p. 151), l'appelante n'a pas prouvé de manière le moins convaincante en quoi cela nuirait à son image d'impartialité si Goldhawk continuait à occuper le poste de président. La conclusion du Conseil que l'appe-

85

86

failed to show a valid and compelling business justification for its interference is not unreasonable.

VI. Conclusion and Disposition

87 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs to the respondent union.

The following are the reasons delivered by

88 LA FOREST J. — As I see it, this case raises a very narrow point and I prefer to confine myself to that point. It is enough, therefore, to say that I agree with the last paragraph of Justice Sopinka's reasons and accordingly I would dispose of the case in the manner proposed by Justice Iacobucci.

The following are the reasons delivered by

89 L'HEUREUX-DUBÉ J. — I agree with my colleague Iacobucci J. that this appeal should be dismissed with costs to the respondent union. I also agree in substance with my colleague's reasons to this effect. However, I do not fully agree with his discussion of the standard of review where an administrative tribunal interprets an external statute.

90 Iacobucci J. concludes that "curial deference need not be shown to an administrative tribunal in its interpretation of a general public statute other than its constituting legislation" (although he leaves open the possibility that some measure of deference may be appropriate "in cases where the external statute is linked to the tribunal's mandate and is frequently encountered by it") (p. 187). He notes that this proposition finds its source in the concurring reasons of Laskin C.J. in *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517. In *McLeod*, Laskin C.J. stated (at pp. 518-19):

Although the issue before the arbitrator arose by virtue of a grievance under a collective agreement, it became necessary for him to go outside the collective agreement and to construe and apply a statute which was not a projection of the collective bargaining relations of the par-

lante n'a pas justifié son intervention par des motifs valables et impérieux liés au service n'est pas déraisonnable.

VI. Conclusion et dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur du syndicat intimé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — Si je comprends bien, la présente affaire soulève une question très restreinte et je préfère me limiter à celle-ci. Il suffit donc de dire que je souscris au dernier paragraphe des motifs du juge Sopinka et, en conséquence, je trancherais le pourvoi de la façon proposée par le juge Iacobucci.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Je suis d'accord avec mon collègue le juge Iacobucci que cet appel doit être rejeté avec dépens en faveur du syndicat intimé. Je suis aussi substantiellement d'accord avec les motifs de mon collègue à cet égard. Je ne partage toutefois pas ses vues sur la norme de contrôle judiciaire lorsqu'un tribunal administratif interprète une loi autre que sa loi constitutive.

Le juge Iacobucci conclut que «la retenue judiciaire ne s'impose pas à l'égard de l'interprétation, par un tribunal administratif, d'une loi générale d'intérêt public qui n'est pas sa loi constitutive» (même s'il laisse ouverte la possibilité qu'une certaine mesure de retenue judiciaire puisse être indiquée «dans des cas où la loi non constitutive se rapporte au mandat du tribunal et où celui-ci est souvent appelé à l'examiner») (p. 187). Il observe que cette proposition trouve sa source dans les motifs du juge en chef Laskin dans *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517. Dans *McLeod*, le juge en chef Laskin s'exprime ainsi, aux pp. 518 et 519:

Bien que la question devant l'arbitre ait été soulevée de par un grief présenté en vertu d'une convention collective, l'arbitre a dû porter son regard au-delà de la convention collective et interpréter et appliquer une loi qui n'était pas une projection des relations de négociation

ties but a general public enactment of the superior provincial Legislature. On such a matter, there can be no policy of curial deference to the adjudication of an arbitrator. . . .

However, *McLeod* related to the decision of an arbitrator appointed pursuant to a collective agreement. Such an arbitrator was not protected by a broad privative clause as is the Canada Labour Relations Board under the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 (see *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230). No decision of this Court since *McLeod* appears to have applied Laskin C.J.'s statement to a tribunal protected by a full privative clause. Furthermore, the interpretation of an external statute cannot, in my view, be characterized as such as a jurisdictional question. Consequently, denying a tribunal protected by a full privative clause curial deference with respect to the interpretation of an external statute seems inconsistent with the jurisprudence of this Court concerning the standard of review of decisions of such tribunals (*Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, and *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048).

Accordingly, I conclude that the fact that the Board interpreted an external statute has absolutely no effect on the appropriate standard of judicial review, which, in this case, is one of patent unreasonableness since the decision reached by the tribunal is entirely within its jurisdiction.

With the exception of the above comment, I agree substantially with the reasons of my colleague Iacobucci J. and like him would dismiss this appeal with costs to the respondent union.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. — I have read the reasons of my colleagues McLachlin and Iacobucci JJ. While I agree

collective des parties mais un texte législatif général d'intérêt public émanant de la législature provinciale supérieure. Sur une question de ce genre, il ne peut y avoir de politique de respect par les tribunaux de la sentence d'un arbitre . . .

Cependant, *McLeod* a trait à la décision d'un arbitre nommé en vertu d'une convention collective. Un tel arbitre n'était pas protégé par une clause privative générale comme l'est le Conseil canadien des relations du travail sous le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2 (voir *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230). Aucune décision de notre Cour depuis *McLeod* ne semble avoir appliqué le dictum du juge en chef Laskin à un tribunal protégé par une clause privative étanche. De plus, l'interprétation par un tribunal d'une loi qui n'est pas sa loi constitutive ne peut comme telle, à mon avis, être qualifiée de question juridictionnelle. En conséquence, ne pas faire preuve de retenue judiciaire envers les décisions d'un tribunal protégé par une clause privative étanche en ce qui a trait à l'interprétation d'une loi qui n'est pas sa loi constitutive apparaît incompatible avec la jurisprudence de notre Cour en ce qui concerne la norme de contrôle judiciaire des décisions de ces tribunaux (*Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, et *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048).

Je conclus, en conséquence, que le fait que le tribunal ait interprété une loi qui n'est pas sa loi constitutive n'a absolument aucun effet sur la norme de contrôle judiciaire qui, dans notre cas, est celle du caractère manifestement déraisonnable puisque la décision rendue par le tribunal en est une qui est à l'intérieur de sa compétence.

À l'exception de ce commentaire, je suis substantiellement d'accord avec les motifs de mon collègue Iacobucci et, comme lui, je rejeterais ce pourvoi avec dépens en faveur du syndicat intimé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs de mes collègues les juges McLachlin et Iacobucci. Bien

91

92

93

94

with the result reached by Iacobucci J., I cannot agree that the scope of s. 94(1)(a) of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, with respect to the range of union activity which is protected is a matter committed by Parliament to the jurisdiction of the Board. In my opinion this would mean that the Board could expand the nature of the activity which is intended to be covered by the subsection to include matters not related to labour relations. Accordingly, the provision is one intended to limit jurisdiction and therefore the decision is reviewable to a standard of correctness.

95 The question which must be answered is whether Parliament intended that the determination of the matters included within the provision be left to the Board or whether it was a provision intended to limit the jurisdiction of the Board in respect of which the Board had to be right. The pragmatic and functional approach referred to in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, is to be used in seeking to ascertain the intention of the legislature but it is the intention of the legislature, once ascertained, that prevails. This is fundamental to a system which adheres to the rule of law.

96 In making this determination the focus is on the scope of the provision under which the specific question before the tribunal arises and not on that very question. Relating this to this case we should not focus on whether Parliament intended that ACTRA's activity in opposing free trade was intended by Parliament to be included in the words of s. 94(1)(a) but rather on what activity in general did Parliament intend to include in the subsection and what is the possible reach of that provision if not interpreted correctly in accordance with the legislative intention. To state the specific question narrowly and then to ask whether Parliament intended this question to be committed to the Board would mean that the issue of the Board's jurisdiction would have to be determined anew with respect to each new fact situation. Surely the jurisdiction of the Board under s. 94(1)(a) must be determined once and for all. Either it has jurisdiction to determine what activity is included in s.

que je souscrive au résultat auquel en arrive le juge Iacobucci, je ne puis accepter que le législateur a confié au Conseil la tâche de déterminer la portée de l'al. 94(1)a) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, en ce qui concerne la gamme d'activités syndicales protégées. À mon avis, cela signifierait que le Conseil pourrait élargir la nature des activités qu'on a voulu que l'alinéa protège, de façon à inclure des questions non liées aux relations du travail. En conséquence, la disposition vise à restreindre la compétence et la décision peut donc faire l'objet d'un contrôle fondé sur la norme du caractère correct.

La question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si le législateur a voulu laisser au Conseil le soin de déterminer les questions visées par la disposition ou si la disposition visait à restreindre la compétence que le Conseil se devait d'exercer correctement. Il faut se servir de l'analyse pragmatique et fonctionnelle mentionnée dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, pour établir quelle était l'intention du législateur qui, une fois déterminée, doit l'emporter. Cela est essentiel à un système fondé sur la primauté du droit.

Aux fins de cette détermination, il faut mettre l'accent sur la portée de la disposition en vertu de laquelle la question est soulevée devant le tribunal et non sur la question même. En l'espèce, nous devrions nous concentrer non pas sur la question de savoir si le législateur a voulu que l'activité que l'ACTRA a exercée en s'opposant au libre-échange soit visée par les mots de l'al. 94(1)a), mais plutôt sur celle de savoir quelle activité le législateur a-t-il voulu viser par cet alinéa et quelle en est la portée possible s'il n'est pas interprété conformément à l'intention du législateur. Formuler étroitement la question précise pour ensuite se demander si le législateur a voulu en confier l'examen au Conseil signifierait que la question de la compétence du Conseil devrait être examinée de nouveau chaque fois qu'il se présente une nouvelle situation factuelle. Il est incontestable que la compétence du Conseil, en vertu de l'al. 94(1)a), doit être établie une fois pour toute. Soit qu'il a compé-

94(1)(a) or it does not. As stated in *Bibeault*, *supra*, at p. 1086:

It is, I think, possible to summarize in two propositions the circumstances in which an administrative tribunal will exceed its jurisdiction because of error:

1. . . .
2. if however the question at issue concerns a legislative provision limiting the tribunal's powers, a mere error will cause it to lose jurisdiction and subject the tribunal to judicial review. [Emphasis added.]

Given the range of union activity which could be the subject of a complaint under the subsection, much of which has little or nothing to do with the purposes of the Code, I cannot accept that Parliament intended to leave it to the Board to determine which of this activity can be swept into its jurisdiction so as to enable it to subject an employer to sanctions for engaging in "unfair labour practices". My colleague Iacobucci J. appears to accept that purely political activity was not intended to be covered by the subsection, and yet, if the interpretation of the key words of the subsection is committed to the Board, then the Board can decide that it is. This would contradict the intention of Parliament.

I do, however, agree with the alternative ground upon which Iacobucci J. supports the decision of the Board. This is based on the actions of the Canadian Broadcasting Corporation in refusing to accept the compromise suggested by Goldhawk that he retain his position as ACTRA president while no longer serving as its spokesperson. With respect to this ground, Iacobucci J. states (at pp. 198-99):

The Board found, and was rationally justified in finding, that this act alone amounted to a violation of the Code. On any standard of review, it is clear that the Board was entitled to find that the election of whichever person the other union members wish to have as their president is an activity that falls within the concept of

tence pour déterminer quelle activité se trouve visée par l'al. 94(1)a), soit qu'il ne l'a pas. Comme on l'affirme dans l'arrêt *Bibeault*, précité, à la p. 1086:

On peut je pense résumer en deux propositions les circonstances dans lesquelles un tribunal administratif excède sa compétence à cause d'une erreur:

1. [. . .]
2. Si, par contre, la question en cause porte sur une disposition législative qui limite les pouvoirs du tribunal, une simple erreur fait perdre compétence et donne ouverture à la révision judiciaire. [Je souligne.]

Compte tenu de la gamme d'activités syndicales qui sont susceptibles de donner lieu à une plainte fondée sur l'alinéa en question et dont la plupart n'ont rien ou à peu près rien à voir avec les fins du Code, je ne puis accepter que le législateur a voulu laisser au Conseil le soin de déterminer sur laquelle de ces activités il peut avoir compétence de façon à pouvoir imposer des sanctions à un employeur qui s'est livré à des «pratiques déloyales de travail». Mon collègue le juge Iacobucci paraît accepter qu'on n'a pas voulu que l'alinéa vise une activité purement politique et, pourtant, s'il appartient au Conseil d'interpréter les mots clés de cet alinéa, il pourrait alors décider que ce type d'activité est visé, ce qui serait contraire à l'intention du législateur.

Cependant, je souscris au motif subsidiaire sur lequel le juge Iacobucci se fonde pour appuyer la décision du Conseil. Je parle des mesures prises par la Société Radio-Canada lorsqu'elle a refusé d'accepter le compromis proposé par Goldhawk, voulant qu'il conserve la présidence de l'ACTRA, mais qu'il n'en soit plus le porte-parole. En ce qui concerne ce motif, le juge Iacobucci affirme, aux pp. 198 et 199:

Le Conseil a conclu, et il était rationnellement justifié de le faire, que cet acte constituait à lui seul une violation du Code. Peu importe la norme de contrôle retenue, il est évident que le Conseil était en droit de conclure que l'élection de toute personne que les autres membres du syndicat souhaitent avoir comme président est une activité qui ressortit au concept de l'«administration» d'un syndicat ou de la «représentation» des employés

“administration” of a trade union or “representation” of employees by that union. This conclusion is not in error.

I agree with this statement and with his conclusion that there is no reason to interfere with the Board’s finding with respect to the absence of justification. This is sufficient to dispose of the appeal and I would do so in the manner proposed by Iacobucci J.

The following are the reasons delivered by

99 GONTHIER J. — I agree with Justice Iacobucci, subject to the comment of Justice L’Heureux-Dubé.

The following are the reasons delivered by

100 MCLACHLIN J. (dissenting) — In 1989 a federal election was held in Canada. The main issue was free trade with the United States. The Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, ACTRA, was opposed to free trade. Its president, Dale Goldhawk, wrote an article against free trade which was published in the union newsletter, urging members to vote against the party that espoused it. Mr. Goldhawk was the host of a public affairs radio program produced by the Canadian Broadcasting Corporation (“CBC”) called *Cross Country Checkup*. CBC policy dictated that the hosts of its public affairs programs must appear to be neutral and impartial. Mr. Goldhawk’s statements on election issues on behalf of ACTRA violated this policy. So the CBC gave him a choice. He could give up his presidency of the union, and remain as host of *Cross Country Checkup*, or he could continue as president of the union and do other work for the CBC. ACTRA alleged that this constituted unfair interference with union activities contrary to the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, and a majority of the Canada Labour Relations Board agreed: (1990), 83 di 102.

101 The question before us is whether the decision of the Board should be maintained. This requires

par celui-ci. Cette conclusion n’est entachée d’aucune erreur.

Je suis d’accord avec cet énoncé et sa conclusion qu’il n’y a aucune raison de modifier la conclusion du Conseil relativement à l’absence de justification. Cela suffit pour trancher le présent pourvoi et j’adopte à cette fin la démarche proposée par le juge Iacobucci.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER — Je partage l’avis du juge Iacobucci, sous réserve du commentaire du juge L’Heureux-Dubé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — En 1989, il y a eu une élection fédérale au Canada, dont le principal enjeu était l’accord de libre-échange avec les États-Unis. L’Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists («ACTRA») s’opposait à cet accord. Dans un article paru dans le bulletin du syndicat, son président, Dale Goldhawk, s’est prononcé contre l’accord de libre-échange et a invité les membres de l’ACTRA à voter contre le parti qui l’appuyait. Monsieur Goldhawk était animateur de *Cross Country Checkup*, une émission radiophonique d’affaires publiques produite par la Société Radio-Canada («SRC»). La politique de la SRC exigeait que les animateurs d’émissions d’affaires publiques paraissent neutres et impartiaux. Monsieur Goldhawk a contrevenu à cette politique en faisant, au nom de l’ACTRA, des déclarations sur des questions relatives aux élections. La SRC lui a alors donné le choix d’abandonner la présidence du syndicat et de continuer d’être animateur de *Cross Country Checkup*, ou encore de demeurer à la présidence du syndicat et d’accomplir d’autres tâches pour la SRC. L’ACTRA a soutenu que cela constituait une intervention injuste dans les activités du syndicat, contrairement au *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, et le Conseil des relations du travail, à la majorité, a partagé cet avis: (1990), 83 di 102.

Il s’agit pour notre Cour de déterminer s’il y a lieu de maintenir la décision du Conseil. Il nous

us to determine the appropriate standard of review and to apply it to the decision of the Board on the issues before it: (1) whether the activity in question fell under the *Canada Labour Code*, s. 94(1)(a); (2) if so, whether the choice the CBC put to Mr. Goldhawk amounted to interference with union activities; and (3) if interference with a union activity was made out, whether it was justified. Iacobucci J., applying the standard of patent unreasonability to all three questions, concludes that the Board's conclusion was not patently unreasonable and hence should not be overturned. I respectfully differ. I agree that the standard of review on questions (1) and (2) is patent unreasonability; however, I view the Board's conclusion that the union's activities fell within the ambit of the *Canada Labour Code* as patently unreasonable. On question (3) I take the view that the Board was required not only to be reasonable but correct, and that it erred. In the result, I would allow the appeal.

Analysis: The Standard of Review

At the heart of this appeal lies the degree of deference to be accorded to the decision of the Canada Labour Relations Board. Must the reviewing court defer to the opinions of the Board, interfering only if it is patently unreasonable? Or can the court revise the Board's conclusions if it considers them incorrect? I agree with my colleague Iacobucci J. that in determining this the Court should apply the functional test set out in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, which directs the court to ask the question, what did the legislator intend?

I cannot agree, however, with the manner in which my colleague applies this test. He finds that

faut à cette fin déterminer quelle est la norme de contrôle appropriée et l'appliquer à la décision que le Conseil a rendu sur les questions dont il était saisi: (1) l'activité en question est-elle visée par l'al. 94(1)a) du *Code canadien du travail*? (2) Dans l'affirmative, est-ce que le choix que la SRC a laissé à M. Goldhawk constituait une intervention dans les activités du syndicat? Et (3), dans le cas où l'existence d'une intervention dans les activités du syndicat serait établie, cette intervention était-elle justifiée? Le juge Iacobucci a appliqué à ces trois questions la norme du caractère manifestement déraisonnable et il conclut que la conclusion du Conseil n'était pas manifestement déraisonnable et qu'il n'y avait donc pas lieu de l'écarter. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Je conviens que la norme de contrôle applicable aux première et deuxième questions est celle du caractère manifestement déraisonnable; cependant, je considère qu'il était manifestement déraisonnable pour le Conseil de conclure que les activités du syndicat étaient visées par le *Code canadien du travail*. Quant à la troisième question, j'estime que le Conseil devait donner une réponse non seulement raisonnable, mais correcte, et qu'il a commis une erreur. En définitive, j'accueillerais le pourvoi.

Analyse: la norme de contrôle

Le présent pourvoi vise essentiellement à déterminer quel est le degré de retenue dont il faut faire preuve à l'égard de la décision du Conseil canadien des relations du travail. La cour qui procède au contrôle doit-elle faire preuve de retenue envers les opinions du Conseil et intervenir seulement si la décision rendue est manifestement déraisonnable? Ou encore peut-elle modifier les conclusions du Conseil qu'elle juge incorrectes? Je suis d'accord avec mon collègue le juge Iacobucci pour dire que notre Cour devrait, à cette fin, appliquer le critère de l'analyse fonctionnelle formulé dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, qui oblige le tribunal à se demander quelle était l'intention du législateur.

Cependant, je ne suis pas d'accord avec la façon dont mon collègue applique ce critère. Il conclut

the same standard of review — patent unreasonability — must apply globally to all issues, save for those which are clearly jurisdictional. While conceding that issues which are clearly jurisdictional or involve statutory interpretation must be judged by the more stringent standard of correctness, he nevertheless goes on to suggest that the standard for “the decision as a whole” must be patent unreasonability. I, on the contrary, see the functional test as question-specific. A single case may present several issues. On some, the legislator may have intended courts to defer to the Board; on others not. In my view, the functional test must be applied to each question which the Board considers, and the appropriate standard of review must be applied to its answers.

que la même norme de contrôle, celle du caractère manifestement déraisonnable, doit s’appliquer globalement à toutes les questions, sauf à celles qui constituent nettement des questions de compétence. Tout en reconnaissant que les questions qui sont nettement des questions de compétence ou qui comportent l’interprétation d’un texte législatif doivent être jugées en fonction de la norme plus stricte du caractère correct, il ajoute néanmoins que la norme applicable à «l’ensemble de la décision» doit être celle du caractère manifestement déraisonnable. Quant à moi, j’estime plutôt que le critère de l’analyse fonctionnelle s’applique à des questions précises. Une même affaire peut soulever plusieurs questions. Dans certains cas, le législateur peut avoir voulu que les cours de justice fassent preuve de retenue envers le Conseil, mais pas dans d’autres. À mon avis, il faut appliquer le critère de l’analyse fonctionnelle à chaque question examinée par le Conseil, et la norme de contrôle appropriée aux réponses qui lui sont données.

104

The question-specific nature of the functional test for the standard of judicial review follows from the test itself. That test requires the reviewing court to consider: (1) the statute which empowers the board, including the purpose of the board, the scope of its powers, the breadth of language used and the presence or absence of a privative clause; (2) the board whose decision is impugned, including whether it possesses a developed jurisprudence, how its members are selected, how they participate in decision-making, and experience or context which gives them special advantages or insights; and (3) the nature of the problem under consideration, including whether it falls squarely or by implication within the powers of the board, whether its answer requires specialized knowledge, and whether it is a question of general application which a court is equally or better suited to answer: *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 605-6, *per* L’Heureux-Dubé J. (dissenting, but not on this point); see also *Bibeault*, *supra*.

Pour ce qui est de la norme de contrôle judiciaire applicable, le fait que le critère de l’analyse fonctionnelle vise des questions précises découle du critère lui-même. Selon ce critère, la cour qui procède au contrôle doit examiner: (1) la loi habilitante de l’organisme administratif, y compris l’objet de cet organisme, l’étendue de ses pouvoirs, la portée des mots utilisés et l’existence ou l’absence d’une clause privative, (2) l’organisme dont la décision est attaquée, y compris la question de savoir s’il a développé une jurisprudence, comment se fait la sélection des membres et comment ceux-ci participent à la prise de décisions, et l’expérience ou le contexte qui leur confère une perspicacité ou des avantages spéciaux, et (3) la nature du problème examiné, y compris le point de savoir si la question relève explicitement ou implicitement des pouvoirs de l’organisme, si l’organisme doit avoir des connaissances spécialisées pour y répondre, et s’il s’agit d’une question d’application générale à laquelle une cour de justice pourrait tout aussi bien répondre ou serait mieux placée pour le faire: *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, aux pp. 605 et 606, le juge L’Heureux-Dubé (dissidente, mais non sur ce point); voir aussi l’arrêt *Bibeault*, précité.

(a) *Whether the Activity in Question Falls under the Canada Labour Code, Section 94(1)(a)*

The first question which the Board was required to consider was whether the conduct at issue fell within s. 94(1)(a) of the *Canada Labour Code*, which provides:

94. (1) No employer or person acting on behalf of an employer shall

(a) participate in or interfere with the formation or administration of a trade union or the representation of employees by a trade union;

Unions undertake many activities. Not all are protected by the Code. This raises the question of whether the activities of the union at issue in this case were protected by the Code. The majority of the Board answered this question in the affirmative.

Iacobucci J. does not address this as a separate issue. He sees this question as an inseparable part of the larger issue of whether interference under s. 94(1)(a) is made out. Reasoning that the question of interference lies at the heart of the Board's jurisdiction, he concludes that the standard of review is patent unreasonableness and that the conclusion of the majority of the Board that the CBC interfered with the union's activity should be sustained. He argues that to treat the question of whether the union conduct is protected by s. 94(1)(a) of the *Canada Labour Code* as a distinct issue is wrong because this "ignores the fact that this issue is part of the substance of the s. 94(1)(a) determination" and smacks of the "preliminary questions" approach to judicial review (p. 183).

I cannot agree with this analysis. The *Bibeault* test requires the court to consider each question under review in determining the standard of review. If the question of whether the activity in question is covered by the *Canada Labour Code* arises on the facts, then the court must address the degree of deference the legislator intended the

a) *L'activité en question est-elle visée par l'al. 94(1)a du Code canadien du travail?*

Le Conseil devait tout d'abord déterminer si la conduite en cause était visée par l'al. 94(1)a du *Code canadien du travail*, qui prévoit ceci:

94. (1) Il est interdit à tout employeur et à quiconque agit pour son compte:

a) de participer à la formation ou à l'administration d'un syndicat ou d'intervenir dans l'une ou l'autre ou dans la représentation des employés par celui-ci;

Les syndicats se livrent à de nombreuses activités qui ne sont pas toutes protégées par le Code. Cela soulève la question de savoir si les activités syndicales, dont il est question en l'espèce, étaient protégées par le Code. Le Conseil à la majorité a répondu par l'affirmative à cette question.

Le juge Iacobucci n'aborde pas ce point comme une question distincte. Il le considère comme une partie inséparable de la grande question de savoir si on a établi l'existence d'une intervention au sens de l'al. 94(1)a. Jugeant que la question de l'intervention est au cœur de la compétence du Conseil, il conclut que la norme de contrôle applicable est celle du caractère manifestement déraisonnable et qu'il y a lieu de maintenir la conclusion du Conseil à la majorité selon laquelle la SRC est intervenue dans les activités du syndicat. À son avis, il est erroné de considérer comme une question distincte le point de savoir si la conduite du syndicat est protégée par l'al. 94(1)a du *Code canadien du travail* parce que cela «ne tient pas compte du fait que cette question fait partie de l'essence d'une décision fondée sur l'al. 94(1)a» et participe également d'une façon d'aborder le contrôle judiciaire en fonction de la théorie des «questions préliminaires» (p. 183).

Je ne puis souscrire à cette analyse. Selon le critère de l'arrêt *Bibeault*, la cour de justice doit examiner chaque question soulevée pour déterminer la norme de contrôle applicable. Si, d'après les faits, il faut déterminer si l'activité en question est visée par le *Code canadien du travail*, alors la cour de justice doit examiner quel est le degré de retenue

105

106

107

108

court to accord to the Board's decision on that question. This requirement is not obviated by the fact that an issue is part of the substance of the dispute, nor by the fact that it may be "preliminary" or jurisdictional: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 ("CUPE"), per Dickson J., at p. 236; and *Bibeault, supra*, per Beetz J., at pp. 1086-89.

dont le législateur a voulu qu'elle fasse preuve à l'égard de la décision de l'organisme administratif sur ce point. Cette exigence n'est pas écartée du fait qu'une question touche le fond du litige, ni du fait qu'il peut s'agir d'une question de «condition préalable» ou de compétence: *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 («SCFP»), le juge Dickson, à la p. 236; et *Bibeault*, précité, le juge Beetz, aux pp. 1086 à 1089.

109 In this case, the first question the Board was required to consider was whether the union conduct which gave rise to the grievance was protected by the *Canada Labour Code*, s. 94(1)(a). The majority said it was. In reviewing that decision, the court must treat it as a distinct question.

En l'espèce, le Conseil devait tout d'abord examiner si la conduite du syndicat, qui est à l'origine du grief, était protégée par l'al. 94(1)a) du *Code canadien du travail*. Le Conseil à la majorité a répondu par l'affirmative. Lorsqu'elle examine cette décision, la cour de justice doit la considérer comme une question distincte.

110 What standard of review is applicable to this question? The statute, the nature of the Board, and the problem under scrutiny suggest that Parliament intended this question to be decided by the Board: *Bibeault, supra*, and *Mossop, supra*. The problem — whether union statements on political matters outside the collective bargaining context are protected by the Code — arguably lies within the expertise of the Board. The governing statute, the *Canada Labour Code*, confers broad decision-making powers on the Board and insulates it with a strong privative clause. Finally, the tribunal, the Canada Labour Relations Board, has long functioned in a policy-making capacity and has developed an important body of jurisprudence. Viewing these matters together, I am persuaded that the interpretation of the ambit of s. 94(1)(a) lies at the core of the Board's mandate and was intended by Parliament to be left to the Board, notwithstanding that the question goes to the power or "jurisdiction" of the Board. I therefore conclude that this Court can interfere with the Board's conclusion that the statements here in issue were protected by the *Canada Labour Code* only if the Board's conclusion is patently unreasonable.

Quelle est la norme de contrôle applicable à cette question? Il ressort de la loi applicable, de la nature du Conseil et du problème examiné, que le législateur a voulu que ce soit le Conseil qui la tranche: *Bibeault* et *Mossop*, précités. On peut soutenir que le problème de savoir si les déclarations qu'un syndicat fait sur des questions politiques en dehors du contexte de la négociation collective sont protégées par le Code relève de l'expertise du Conseil. La loi applicable, le *Code canadien du travail*, confère de vastes pouvoirs décisionnels au Conseil et le protège au moyen d'une solide clause privative. Enfin, le tribunal, le Conseil canadien des relations du travail, possède depuis longtemps des pouvoirs de formulation de politiques et il a développé une jurisprudence importante. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, je suis convaincue que l'interprétation de la portée de l'al. 94(1)a) est au cœur du mandat du Conseil et que le législateur a voulu qu'il assume cette tâche, même si la question touche au pouvoir ou à la «compétence» du Conseil. Je conclus donc que notre Cour ne peut modifier la conclusion du Conseil, selon laquelle les déclarations ici en cause étaient protégées par le *Code canadien du travail*, que si elle est manifestement déraisonnable.

111 This brings us to the critical issue — whether the Board's conclusion that the grievance con-

Cela nous amène à la question critique qui est de savoir s'il était manifestement déraisonnable pour

cerned a protected union activity within the jurisdiction of the Board was patently unreasonable. The majority of the Board took the view that only statements which can be described as abusive — “extreme”, “false and very unfair”, “blatantly false”, “made maliciously” or “in reckless disregard of the truth” — fall outside the Code’s protection and hence outside the ambit of the Board’s consideration. Since the statements here at issue were not abusive, the majority concluded that they were protected. The dissenting member disagreed; in her opinion, the protection offered by the Code and Board’s mandate “is restricted to matters involving the Code’s collective bargaining regime and the general relationship between a union, as exclusive bargaining agent for employees, and an employer” (p. 153).

The conclusion of the majority that all statements of union officials are protected by the Code except those which are abusive, is, in my respectful view, patently unreasonable, from the perspective of both the purpose of the *Canada Labour Code* and the authorities.

I turn first to the purpose of the Code. A decision which extends protection to areas where it serves no purpose may be unreasonable; hence the need to consider the purpose of the Code. The purpose of s. 94(1)(a) may be inferred from the preamble to Part I of the Code, in which it is found, entitled “Industrial Relations”. It is to encourage “free collective bargaining and the constructive settlement of disputes”; to support “freedom of association and free collective bargaining as the bases of effective industrial relations for the determination of good working conditions and sound labour-management relations”; to aid in the development of “good relations and constructive collective bargaining practices”. (Emphasis added.)

If the purpose of Part I of the Code is to promote and preserve the collective bargaining system, the purpose of the s. 94(1) protection in particular is to preserve the integrity of the collective bargaining system by avoiding situations in which employees

le Conseil de conclure que le grief portait sur une activité syndicale protégée relevant de sa compétence? Le Conseil à la majorité a adopté le point de vue voulant que seules les déclarations qui peuvent être qualifiées d’abusives — les déclarations «extrêmes», «fausses et très injustes», «manifestement fausses», «malveillantes» ou «faites sans se soucier de la vérité» — ne bénéficient pas de la protection du Code et ne puissent donc être examinées par le Conseil. Puisque les déclarations ici en cause n’étaient pas abusives, le Conseil à la majorité a conclu qu’elles étaient protégées. Le membre dissident n’était pas d’accord; selon elle, la protection offerte par le Code et le mandat du Conseil «se limite[nt] aux questions liées au régime de négociation collective prévu par celui-ci et à la relation globale entre un syndicat, en tant qu’agent négociateur exclusif d’employés, et un employeur» (p. 153).

À mon avis, tant du point de vue de l’objet même du *Code canadien du travail* que de celui de la jurisprudence, il était manifestement déraisonnable pour le Conseil à la majorité de conclure que toutes les déclarations de dirigeants syndicaux sont protégées par le Code, sauf si elles sont abusives.

J’examinerai tout d’abord l’objet du Code. Une décision qui étend la protection à des secteurs où elle ne sert à rien peut être déraisonnable, d’où la nécessité d’examiner l’objet du Code. On peut dégager l’objet de l’al. 94(1)(a) du préambule de la partie I du Code, intitulée «Relations du travail». Il s’agit d’encourager la «pratique des libres négociations collectives et [le] règlement positif des différends», de soutenir «la liberté syndicale et la pratique des libres négociations collectives [en tant que] fondements de relations du travail fructueuses permettant d’établir de bonnes conditions de travail et de saines relations entre travailleurs et employeurs», et d’aider à établir «de bonnes relations et des méthodes de règlement positif des différends». (Je souligne.)

Si la partie I du Code a pour objet de promouvoir et de préserver le système de négociation collective, la protection qu’offre le par. 94(1), notamment, vise à préserver l’intégrité du système de négociation collective en évitant les situations dans

112

113

114

might be deterred from speaking frankly on collective bargaining matters for fear of discipline or changes to their jobs. Section 94(1) confers an extraordinary protection, in the sense that it may override the usual rights and policies of the employer. This is justified by the need to preserve the integrity of the collective bargaining process. If employers could discipline or remove employees because of statements made in the collective bargaining process, the process itself would be threatened. Union members and spokespersons might be silenced. This would be contrary to the purposes of the Code.

115 Political statements by union representatives unrelated to the collective bargaining process do not raise the same considerations. Such statements do not touch the purpose of the Code, that is, the promotion of effective collective bargaining. The union representative making a political statement unrelated to collective bargaining is for practical purposes in the same position as a non-union person making a similar statement. Since the matter does not touch collective bargaining issues, there is no justification for treating the union person differently. If the statement puts the employee in a situation where the employer's policy necessitates taking some action, then there is no reason why the employer should not do so since the employee's activity does not come within the ambit of s. 94(1)(a) protection.

116 A rational system of labour law must recognize that the protection of labour statutes and codes for employees speaking out on behalf of unions is confined to the purposes for which those statutes are enacted — the protection of the integrity of the collective bargaining process. Unions are legally entitled to take any number of actions and stances which can put the employees who take them in conflict with legitimate job requirements. If the opinion of the majority of the Board is affirmed,

lesquelles les employés pourraient être dissuadés de parler franchement de questions de négociation collective par crainte de mesures disciplinaires ou de changements dans leur emploi. Le paragraphe 94(1) confère une protection extraordinaire en ce sens qu'il peut l'emporter sur les droits et politiques habituels de l'employeur. Cela se justifie par le besoin de préserver l'intégrité du processus de négociation collective. Si un employeur pouvait prendre des mesures disciplinaires contre un employé ou le renvoyer en raison de déclarations faites dans le cadre du processus de négociation collective, le processus lui-même serait menacé. Les syndiqués et les porte-parole syndicaux pourraient être réduits au silence, ce qui serait contraire aux objets du Code.

Les déclarations politiques de représentants syndicaux, qui n'ont aucun rapport avec le processus de négociation collective, ne soulèvent pas les mêmes considérations. Ces déclarations ne touchent pas l'objet du Code qui est de favoriser les négociations collectives fructueuses. Le représentant syndical qui fait une déclaration politique n'ayant aucun rapport avec la négociation collective se trouve à toutes fins pratiques dans la même situation qu'une personne non syndiquée qui ferait une déclaration similaire. Puisque la question ne touche pas des questions de négociation collective, il n'existe aucun motif de traiter différemment le syndiqué. Si la déclaration a pour effet de placer l'employé dans une situation où l'employeur est, en vertu de sa politique, tenu de prendre des mesures, il n'y a alors aucun motif d'empêcher l'employeur de le faire puisque l'activité de l'employé n'est pas visée par la protection de l'al. 94(1)a).

Un système rationnel de droit du travail se doit de reconnaître que la protection des lois ouvrières et des codes du travail applicables aux employés agissant comme porte-parole de syndicats existe seulement aux fins de la réalisation des objets visés par ces lois, soit la préservation de l'intégrité du processus de négociation collective. Les syndicats ont légalement le droit de prendre un certain nombre de mesures et de positions susceptibles de placer les employés qui les adoptent dans une situa-

protection will be extended to all union and employee statements which are not abusive. Wearing buttons printed with anti-employer statements in offices; carrying political signs while on the job; proselytizing in hospitals for or against euthanasia or abortion; slogans on uniforms for or against the current political regime or its policies — these are but a few examples of statements which would be deemed protected when made under the union aegis. The employer who attempts to limit such statements would be found to have interfered with union activities. The employer could thus be forced to participate in the dissemination of ideas of which it disapproved, a result which was rejected by the Federal Court of Appeal in *Almeida v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 1 F.C. 266, per Pratte J.A., at p. 270. The onus would shift to the employer to justify its attempt to curtail such statements. As the Board's decision in the present case illustrates, this may be difficult to do, even in cases where there is an apparent link between the employer's business and the need to limit a particular kind of union speech.

Paul Weiler, the former Chairman of the British Columbia Labour Relations Board and a noted labour relations specialist, discusses the distinction between protected activities related to collective bargaining and non-protected activities falling outside this sphere, in his book *Reconcilable Differences* (1980). While acknowledging the right of unions to take political action, including a political "day of protest", he concludes (at p. 59) that "this exotic form of *political* job action was simply never intended to be controlled by a labour statute and a labour board established to regulate the collective bargaining relationship between the employer and the trade-union". (Emphasis in original.)

I turn from the purpose of s. 94(1)(a) to the authorities. The distinction between protected

tion de conflit avec les exigences légitimes de leur poste. Si on confirme l'opinion du Conseil à la majorité, toutes les déclarations non abusives, faites par des syndicats et des employés, seront protégées. Le port au bureau de macarons anti-patronaux, le port d'affiches politiques dans les lieux de travail, les discours favorables ou défavorables à l'euthanasie ou à l'avortement dans les hôpitaux, les slogans apposés sur des uniformes, qui seraient favorables ou défavorables au gouvernement actuel ou à ses politiques, voilà autant d'exemples de déclarations qui seraient réputées protégées dans le cas où elles seraient faites sous l'égide du syndicat. On considérerait que l'employeur qui tente de limiter ces déclarations intervient dans des activités syndicales. L'employeur pourrait alors être contraint de participer à la diffusion d'idées qu'il désapprouve, ce que la Cour d'appel fédérale a rejeté dans l'arrêt *Almeida c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 1 C.F. 266, le juge Pratte, à la p. 270. Il incomberait à l'employeur de justifier sa tentative de restreindre de telles déclarations. Comme l'illustre la décision du Conseil en l'espèce, ceci peut être difficile à faire, même dans les cas où il existe un lien apparent entre l'entreprise de l'employeur et le besoin de limiter un certain type de discours syndical.

Dans son livre intitulé, *Reconcilable Differences* (1980), Paul Weiler, ancien président de la Commission des relations du travail de la Colombie-Britannique et éminent spécialiste des relations ouvrières, examine la distinction entre les activités protégées qui se rapportent à la négociation collective et les autres activités qui ne sont pas protégées. Tout en reconnaissant que les syndicats ont le droit de prendre des mesures politiques, y compris une «journée de protestation» de nature politique, il conclut, à la p. 59, qu' [TRADUCTION] «on n'a tout simplement jamais voulu que cette forme exotique d'action *politique* au travail soit régie par une loi ouvrière et une commission des relations du travail établies pour régler les rapports de négociation collective entre l'employeur et le syndicat». (En italique dans l'original.)

Je laisse maintenant l'examen de l'objet de l'al. 94(1)a) pour passer à celui de la jurisprudence. La

union activities related to collective bargaining and lawful but unprotected union activities, affirmed by this Court in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, constitutes a fundamental tenet of Canadian labour law, frequently endorsed by courts and tribunals.

distinction entre les activités syndicales protégées qui se rapportent à la négociation collective et les activités syndicales légitimes mais non protégées, confirmée par notre Cour dans l'arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, constitue un précepte fondamental du droit canadien du travail, auquel les cours de justice et les tribunaux administratifs souscrivent souvent.

119 Consider *Almeida, supra*, a case raising issues similar to those at bar. At issue was the employer's right to discipline customs inspectors who refused to remove buttons from their uniforms urging passage of a controversial bill then before Parliament. Passage of the bill could have had a favourable impact on the employees' job security. The court held that wearing such buttons was beyond the scope of union activities protected under s. 6 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, which speaks in terms similar to those of s. 8 of the *Canada Labour Code*, on the ground that "the message conveyed by the union button is in no way related to [the] bargaining process" (p. 270). (Emphasis added.)

Examinons l'arrêt *Almeida*, précité, qui soulève des questions semblables à celles dont nous sommes saisis en l'espèce. Dans cette affaire, le litige portait sur le droit de l'employeur de prendre des mesures disciplinaires contre les inspecteurs des douanes qui avaient refusé d'enlever de leurs uniformes des macarons préconisant l'adoption d'un projet de loi controversé dont était alors saisi le Parlement. L'adoption de ce projet de loi aurait pu avoir un effet favorable sur la sécurité d'emploi des travailleurs. La cour a statué que le port de ces macarons ne constituait pas une activité syndicale protégée par l'art. 6 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, qui ressemble à l'art. 8 du *Code canadien du travail*, parce que «le message exprimé par le macaron syndical n'a aucun rapport avec le processus de négociation» (p. 270). (Je souligne.)

120 Similarly, in *Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. v. United Steelworkers of America* (1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384, the Ontario Labour Relations Board held that the employer's refusal to permit political campaigning or canvassing on company property by union officials and employees at any time was not a violation of the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, on the ground that a union's social and political goals do not constitute rights under the Act unless they are necessarily incidental to collective bargaining. See also G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. 1993), at para. 10-640; H. W. Arthurs et al., *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (4th ed. 1993), at pp. 272 and 297; and Weiler, *supra*, at pp. 58-60.

De même, dans l'affaire *Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. c. United Steelworkers of America* (1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384, la Commission des relations de travail de l'Ontario a statué que le refus de l'employeur de permettre aux représentants syndicaux et aux employés de mener une campagne politique ou de faire de la sollicitation politique sur le bien-fonds de la compagnie ne constituait pas une violation de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 228, parce que les objectifs sociaux et politiques d'un syndicat ne constituent pas des droits au sens de la Loi, sauf s'ils sont nécessairement accessoires à la négociation collective. Voir aussi G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2^e éd. 1993), au par. 10-640, H. W. Arthurs et autres, *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (4^e éd. 1993), aux pp. 272 et 297, et Weiler, *op. cit.*, aux pp. 58 à 60.

Courts and tribunals have made the same distinction in holding that work stoppages for wholly political purposes are not "strikes" under the definition in provincial labour relations statutes: see *MacMillan Bloedel Ltd. v. British Columbia Hydro & Power Authority* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), at pp. 279-82; *British Columbia Hydro & Power Authority and Int'l Brotherhood of Electrical Workers, Locals 258 and 213*, [1976] 2 C.L.R.B.R. 410 (B.C.); *Re Inco Ltd. and United Steelworkers of America, Local 6166* (1978), 86 D.L.R. (3d) 407 (Man. C.A.), at pp. 408-410, aff'g (1977), 81 D.L.R. (3d) 469 (Man. Q.B.), at pp. 478-79; *Health Labour Relations Association and Hospital Employees' Union, Local No. 180* (1983), 3 C.L.R.B.R. (N.S.) 390 (B.C.); and *Metro Transit Operating Co. v. Independent Canadian Transit Union, Local 3*, 83 C.L.L.C. ¶ 16,054 (B.C.L.R.B.). Only where the governing statute clearly extends the term "strike" beyond a work stoppage related to relations between the employer and employee and the collective bargaining process, is the result otherwise: *Re United Glass & Ceramic Workers of North America and Domglas Ltd.* (1978), 85 D.L.R. (3d) 118 (Ont. Div. Ct.), at pp. 125-28.

The line is drawn at the same point in the United Kingdom. British courts have declined to extend the protection of labour legislation from actions in tort to the political activities of unions: *British Broadcasting Corp. v. Hearn*, [1978] 1 All E.R. 111 (C.A.); *Mercury Communications Ltd. v. Scott-Garner*, [1984] 1 All E.R. 179 (C.A.), at pp. 203-4, 211-13 and 217-18; *Associated Newspapers Group Ltd. v. Flynn* (1970), 10 K.I.R. 17 (Ch. D.); *Luce v. London Borough of Bexley*, [1990] I.R.L.R. 422 (E.A.T.), at p. 425. British scholars agree. *Citrine's Trade Union Law* (3rd ed. 1967) states that a strike, "whether general or not, is outside that protection [of tort immunity] if its real object is a political one" (p. 620). And *Sweet & Maxwell's Encyclopedia of Employment Law* (1992), vol. 2, stipulates that "[d]isputes which are judged to be furthering a 'political' or other non-industrial

Les cours de justice et les tribunaux administratifs ont établi la même distinction en statuant que les arrêts de travail à des fins entièrement politiques ne constituent pas des «grèves» au sens des lois provinciales en matière de relations ouvrières: voir *MacMillan Bloedel Ltd. c. British Columbia Hydro & Power Authority* (1992), 72 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), aux pp. 279 à 282; *British Columbia Hydro & Power Authority and Int'l Brotherhood of Electrical Workers, Locals 258 and 213*, [1976] 2 C.L.R.B.R. 410 (C.-B.); *Re Inco Ltd. and United Steelworkers of America, Local 6166* (1978), 86 D.L.R. (3d) 407 (C.A. Man.), aux pp. 408 à 410, conf. (1977), 81 D.L.R. (3d) 469 (B.R. Man.), aux pp. 478 et 479; *Health Labour Relations Association and Hospital Employees' Union, Local No. 180* (1983), 3 C.L.R.B.R. (N.S.) 390 (C.-B.); et *Metro Transit Operating Co. c. Independent Canadian Transit Union, Local 3*, 83 C.L.L.C. ¶ 16,054 (C.R.T.C.-B.). Il n'en sera autrement que si la loi applicable élargit clairement le sens du mot «grève» pour qu'il signifie davantage qu'un arrêt de travail lié à des relations entre l'employeur et l'employé et au processus de négociation collective: *Re United Glass & Ceramic Workers of North America and Domglas Ltd.* (1978), 85 D.L.R. (3d) 118 (C. div. Ont.), aux pp. 125 à 128.

On applique la même distinction au Royaume-Uni. Les tribunaux britanniques ont refusé d'étendre aux activités politiques des syndicats la protection que les lois ouvrières offrent en matière délictuelle: *British Broadcasting Corp. c. Hearn*, [1978] 1 All E.R. 111 (C.A.); *Mercury Communications Ltd. c. Scott-Garner*, [1984] 1 All E.R. 179 (C.A.), aux pp. 203 et 204, 211 à 213, ainsi que 217 et 218; *Associated Newspapers Group Ltd. c. Flynn* (1970), 10 K.I.R. 17 (Ch. D.); *Luce c. London Borough of Bexley*, [1990] I.R.L.R. 422 (E.A.T.), à la p. 425. Les auteurs britanniques partagent cet avis. Dans l'ouvrage intitulé *Citrine's Trade Union Law* (3^e éd. 1967), on affirme qu'une grève [TRADUCTION] «générale ou non, ne bénéficie pas de cette protection [immunité en matière délictuelle] si son véritable objet est de nature politique» (p. 620). En outre, dans *Sweet & Maxwell's Encyclopedia of Employment Law* (1992), vol. 2, on

purpose will have no immunity [in tort]" (para. 1-8419).

mentionne que [TRADUCTION] «[I]es différends considérés comme visant un but «politique» ou un autre but n'ayant rien à voir avec les relations ouvrières ne jouiront pas de l'immunité [en matière délictuelle]» (par. 1-8419).

123 These authorities demonstrate a clear consensus in the labour law of this country and abroad that the special protections accorded unions to enable them to carry out their role as collective bargaining representatives should only apply when they act in this capacity. Unions have every right to engage in purely political activities. But such activities do not attract the special protection conferred by labour legislation to the end of ensuring the integrity of the collective bargaining process.

Cette jurisprudence et cette doctrine démontre qu'en droit du travail, tant au Canada qu'à l'étranger, on s'accorde nettement pour dire que les syndicats bénéficient de la protection spéciale qui leur est accordée pour s'acquitter de leur rôle de représentants en matière de négociation collective seulement lorsqu'ils agissent en cette capacité. Les syndicats ont pleinement le droit de participer à des activités purement politiques. Cependant, ces activités ne bénéficient pas de la protection spéciale des lois ouvrières qui vise à garantir l'intégrité du processus de négociation collective.

124 The majority of the Board adverted neither to the purpose of the protection conferred by s. 94(1)(a) nor to the well-established legal distinction between collective bargaining activities of a union and political statements of a union and its members. Instead, it referred to four of its own decisions for the proposition that declarations to the media by a union official are part of union administration and representation (p. 133 *et seq.*). With respect, those decisions do not detract from the general rule that political statements by unions and their members are not protected by the Code. None of them involved political statements. The three cases in which the complaints were upheld all involved activity related directly to collective bargaining, strikes, or workplace conditions at issue in collective bargaining. In *Canada Post Corp.* (1987), 71 di 215, the activity consisted of statements made during collective bargaining criticizing Canada Post's plan for rural services and the job losses which could result. In *Québecair/Air Québec* (1987), 72 di 44, the issue was the dismissal of a union spokesperson for statements made during a lawful strike. In *Canada Post Corp.* (1988), 75 di 189, the issue was suspension of the leader of a local of the union for critical comments made in the course of a union campaign to persuade the public that "super mail boxes" would lead to abandonment of door-to-door delivery of

Le Conseil à la majorité n'a fait allusion ni à l'objet de la protection accordée par l'al. 94(1)a ni à la distinction juridique bien établie qui existe entre les activités de négociation collective d'un syndicat et les déclarations politiques du syndicat même ou de ses membres. Il a plutôt mentionné quatre de ses propres décisions à l'appui de la proposition que les déclarations faites aux médias par un dirigeant syndical font partie de l'administration et de la représentation du syndicat (p. 133 et suiv.). En toute déférence, ces décisions ne dérogent pas à la règle générale voulant que les déclarations politiques d'un syndicat et de ses membres ne soient pas protégées par le Code. Il n'était pas question de déclarations politiques dans ces décisions. Dans les trois cas où les plaintes ont été accueillies, il s'agissait d'activités directement reliées à la négociation collective, à des grèves ou à des conditions de travail soulevées dans le cadre de la négociation collective. Dans *Société canadienne des postes* (1987), 71 di 215, il s'agissait de déclarations faites pendant des négociations collectives, dans lesquelles on critiquait le plan de la Société concernant les services ruraux et les pertes d'emploi qui pourraient en résulter. Dans *Québecair/Air Québec* (1987), 72 di 44, un porte-parole syndical avait été renvoyé pour des déclarations qu'il avait faites pendant une grève légale. Dans *Société canadienne des postes* (1988), 75 di

mail, an issue at stake in the ongoing collective bargaining between Canada Post and its union. The focus in these cases was not whether the *Canada Labour Code* protected the activity, but rather whether the acknowledged protection had been lost because the activity went over the line. In the fourth case, *Wardair Canada Inc.* (1988), 76 di 103, the Board dismissed the complaint on the ground that the “complainant’s conduct was isolated from the collective bargaining process and did not relate to any strike situation” (83 di 102, at p. 139). A final case cited by the majority of the Board, *Cadillac Fairview Corp. v. R.W.D.S.U.* (1989), 71 O.R. (2d) 206 (C.A.), concerned events during a certification drive, an activity at the core of the union’s collective bargaining function.

In summary, the cases cited by the majority of the Board are consistent with the principle that the special protection which the Code provides to employees who speak out extends only to statements relating to the collective bargaining process. None support the proposition that statements made in the union context for personal or political reasons are protected. In relying on those cases to arrive at the conclusion that such statements were protected, the majority of the Board failed to address the real issue and made an erroneous and irrational leap to an unsupported conclusion. The new doctrine formulated by the majority — that all non-abusive union statements are protected — is not a rational extension of the law into analogous areas but rather an attempt to take protection into areas where there is neither precedent nor practical justification for protection. To use the words of Dickson J. in *CUPE, supra*, at p. 237, the Board “embark[ed] on an inquiry” and “answer[ed] a question not remitted to it” — the enquiry of whether the words were abusive or not. The Board’s “construction cannot be rationally sup-

189, le chef d’une section locale du syndicat avait été suspendu parce qu’il avait fait, pendant une campagne syndicale, des critiques en vue de persuader le public que les «superboîtes aux lettres» entraîneraient l’interruption de la livraison du courrier à domicile, un enjeu dans les négociations collectives en cours entre la Société canadienne des postes et son syndicat. Dans ces affaires, il s’agissait non pas de savoir si le *Code canadien du travail* protégeait l’activité en question, mais plutôt de savoir si la protection reconnue avait été perdue parce que l’activité dépassait les bornes. Dans la quatrième décision, *Wardair Canada Inc.* (1988), 76 di 103, le Conseil a rejeté la plainte pour le motif que «la plaignante n’avait pas agi à l’extérieur du cadre de la négociation collective, et que ses actes n’étaient pas liés à une grève» (83 di 102, à la p. 139). Enfin, le Conseil à la majorité a cité l’affaire *Cadillac Fairview Corp. c. R.W.D.S.U.* (1989), 71 O.R. (2d) 206 (C.A.), qui portait sur des événements survenus pendant une campagne d’accreditation, une activité qui est au cœur même de la fonction de négociation collective du syndicat.

En résumé, les décisions citées par le Conseil à la majorité sont compatibles avec le principe selon lequel un employé ne bénéficie de la protection spéciale du Code que lorsqu’il fait des déclarations en rapport avec le processus de négociation collective. Aucune de ces décisions n’appuie l’idée que les déclarations faites à des fins personnelles ou politiques, dans le contexte syndical, sont protégées. Lorsqu’il s’est fondé sur ces décisions pour conclure que de telles déclarations étaient protégées, le Conseil à la majorité n’a pas abordé la véritable question en litige et a sauté de façon erronée et irrationnelle à une conclusion insoutenable. Le nouveau principe formulé par le Conseil à la majorité — voulant que toutes les déclarations syndicales non abusives soient protégées — constitue non pas une extension rationnelle du droit à des domaines analogues, mais une tentative d’appliquer la protection à des domaines où il n’existe ni précédent, ni motif pratique de le faire. Pour reprendre les propos du juge Dickson, à la p. 237 de l’arrêt *SCFP*, précité, le Conseil a «entrepr[is] une enquête» et «répond[ui] à une question dont [il]

ported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review”.

(b) *Interference with a Union Activity*

126 If the union’s activities were protected by the *Canada Labour Code*, the question would arise as to whether the conduct of the CBC, in putting Mr. Goldhawk to a choice between continuing as union president and continuing as host of *Cross Country Checkup*, amounted to interference with union activities. I readily concede that it would. Had the CBC action been in response to a statement made by Mr. Goldhawk in the course of collective bargaining, for example, it would clearly have constituted interference with the union’s activities under s. 94(1)(a). Indeed, the appellant did not take issue with this proposition.

(c) *Justification of the CBC’s Actions*

127 The final question before the Board was whether, assuming the union’s conduct was protected by the *Canada Labour Code* and the CBC’s conduct could be seen as interference with a union activity, the Board erred in finding that the legislation, policy and administrative review process governing the CBC did not justify the CBC in so interfering.

128 Iacobucci J. accepts that the CBC is governed by another statutory regime and that the standard of review on a tribunal’s interpretation of a statute or regime other than its constitutive legislation is not patent unreasonableness, but rather correctness: *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517, *Saskatchewan Joint Board, Retail, Wholesale and Department Store Union v. MacDonalds Consolidated Ltd.* (1985), 43 Sask. R. 260 (C.A.), and *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at p. 336. However, having accepted that on such matters the Board is not enti-

n’*était pas saisi*[. . .]» — celle de savoir si les mots utilisés étaient abusifs ou non. «[L]’interprétation [du Conseil] est [. . .] déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s’appuyer sur la législation pertinente et d’exiger une intervention judiciaire».

b) *Intervention dans une activité syndicale*

Si les activités du syndicat étaient protégées par le *Code canadien du travail*, il faudrait alors déterminer si la conduite adoptée par la SRC, lorsqu’elle a dit à M. Goldhawk qu’il lui fallait choisir entre la présidence du syndicat et son poste d’animateur de *Cross Country Checkup*, constituait une intervention dans des activités syndicales. Je reconnais facilement que ce serait le cas. Si la SRC s’était trouvée à réagir à une déclaration que M. Goldhawk aurait faite pendant des négociations collectives, par exemple, il y aurait clairement eu intervention dans les activités du syndicat au sens de l’al. 94(1)a). En fait, l’appelante n’a pas contesté cette proposition.

c) *Justification des mesures de la SRC*

Enfin, en supposant que les activités du syndicat étaient protégées par le *Code canadien du travail* et que la conduite de la SRC pouvait être considérée comme une intervention dans une activité syndicale, il nous reste à examiner si le Conseil a commis une erreur lorsqu’il a conclu que la loi, la politique et le processus de contrôle administratif régissant la SRC ne justifiaient pas cette intervention de sa part.

Le juge Iacobucci reconnaît que la SRC est régie par un autre régime législatif et que la norme de contrôle applicable à l’interprétation par un tribunal administratif d’une loi ou d’un régime autre que sa loi constitutive est celle du caractère correct et non pas celle du caractère manifestement déraisonnable: *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517, *Saskatchewan Joint Board, Retail, Wholesale and Department Store Union c. MacDonalds Consolidated Ltd.* (1985), 43 Sask. R. 260 (C.A.), et *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, à la p. 336. Cependant,

tled to deference, he goes on to state that “[w]hile the Board may have to be correct in an isolated interpretation of external legislation, the standard of review of the decision as a whole, if that decision is otherwise within its jurisdiction, will be one of patent unreasonableness” (pp. 187-88). My colleague appears to apply the functional test to the question of interpreting an external statute, concluding that the standard of review is correctness, but then he effectively rejects this result and applies a standard of patent unreasonableness to the decision of the Board globally.

At this point, I part company with my colleague. In my view, there is only one standard of review applicable to the issue of the obligation on the CBC under the *Broadcasting Act*, R.S.C., 1985, c. B-9, and that is correctness. My first difficulty is that although the question of interpretation of an external statute would ordinarily be reviewed on a standard of correctness, under my colleague’s analysis, the standard would be effectively downgraded, in a global sense, to patent unreasonableness. Errors on questions outside a tribunal’s jurisdiction would be subsumed and discounted under such an approach.

My second difficulty is a matter of logic. If the Board’s decision regarding the obligations of the CBC under its statute is incorrect, it follows that its conclusion that the CBC committed an unfair labour practice must be patently unreasonable and the Board’s decision on this question cannot be sustained. It cannot be reasonable to find a body guilty of an unfair labour practice when in fact its conduct was justified under another statute. Being based on a false premise, such a conclusion would be unprincipled and irrational. The conclusion that the CBC was not justified in its actions is essential to the ultimate conclusion of interference. It fol-

après avoir accepté que, dans ces cas, le Conseil n’a pas droit à ce que l’on fasse preuve de retenue à son égard, il ajoute que «[b]ien que le Conseil puisse être soumis à la norme du caractère correct dans l’interprétation isolée d’une loi autre que sa loi constitutive, la norme de contrôle applicable à l’ensemble de la décision, à supposer que celle-ci soit par ailleurs conforme à la compétence du Conseil, sera celle du caractère manifestement déraisonnable» (pp. 187 et 188). Mon collègue semble appliquer le critère de l’analyse fonctionnelle à la question de l’interprétation d’une loi non constitutive du fait qu’il conclue que la norme de contrôle applicable est celle du caractère correct, mais, en fait, il rejette ensuite ce résultat pour appliquer la norme du caractère manifestement déraisonnable à la décision du Conseil prise globalement.

C’est ici que je ne suis plus d’accord avec mon collègue. À mon avis, il n’y a qu’une norme de contrôle applicable à la question de l’obligation qui incombe à la SRC en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.R.C. (1985), ch. B-9, et c’est celle du caractère correct. Ma première difficulté tient au fait que, même si la question de l’interprétation d’une loi non constitutive serait ordinairement examinée en fonction de la norme du caractère correct, selon l’analyse de mon collègue, la norme applicable serait effectivement abaissée, dans un sens global, à celle du caractère manifestement déraisonnable. Les erreurs sur des questions hors de la compétence d’un tribunal administratif seraient subsumées et ignorées selon une telle approche.

Ma deuxième difficulté tient à une question de logique. Si le Conseil a rendu une décision incorrecte quant aux obligations que la SRC a en vertu de sa loi constitutive, il s’ensuit qu’il doit avoir agi de façon manifestement déraisonnable en concluant que la SRC s’était livrée à une pratique déloyale de travail, et la décision du Conseil à ce sujet ne saurait être maintenue. Il ne peut être raisonnable d’affirmer qu’un organisme s’est livré à une pratique déloyale de travail si sa conduite est en fait justifiée en vertu d’une autre loi. Une telle conclusion, qui repose sur une prémisse fautive, ne serait ni fondée sur des principes ni rationnelle.

129

130

lows that in this case, error on the question of the statutory obligations on the CBC should not be remedied by some ultimate or global review for patent unreasonability.

Pour conclure à une intervention, il faut nécessairement avoir conclu que les mesures de la SRC n'étaient pas justifiées. Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu, en l'espèce, de corriger l'erreur sur la question des obligations légales de la SRC au moyen d'une sorte d'examen ultime ou global du caractère manifestement déraisonnable.

131 The functional test suggests that the Board must be correct on the question of the justifiability of the CBC's conduct under its statutory regime. The question is one outside the special competence of the Board. In dealing with the CBC's obligations under the *Broadcasting Act* and its regulatory regime, the Board was not dealing with a question at the heart of its mandate. The Board possesses no specialized knowledge in broadcasting. It has no expertise in interpreting the *Broadcasting Act* or regulations. The question of the standards of conduct of the CBC is a matter of general public importance far transcending the interest or expertise of the Canada Labour Relations Board. An error in interpretation of the obligations on the CBC under its statute and administrative regime could have far-reaching consequences in many areas other than labour law. If the Board makes an error in this important area which is beyond its field of expertise, the courts should be able to set it right. Parliament cannot be presumed to have intended anything else.

Le critère de l'analyse fonctionnelle veut que le Conseil décide correctement si la conduite de la SRC est justifiable selon le régime législatif auquel elle est assujettie. La question ne relève pas de la compétence spéciale du Conseil. En examinant les obligations qui incombaient à la SRC en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* et de son régime de réglementation, le Conseil n'était pas appelé à se prononcer sur une question au cœur de son mandat. Le Conseil n'a pas de connaissances spécialisées en matière de radiodiffusion. Il n'a aucune expertise dans l'interprétation de la *Loi sur la radiodiffusion* ou de son règlement d'application. La question des normes de conduite de la SRC est une question d'importance publique générale qui transcende de beaucoup l'intérêt ou l'expertise du Conseil canadien des relations du travail. Une erreur dans l'interprétation des obligations qui incombent à la SRC en vertu de sa loi constitutive et de son régime administratif pourrait avoir des conséquences importantes dans bien d'autres domaines que celui du droit du travail. Si le Conseil commet une erreur dans cet important domaine qui excède son champ d'expertise, les cours de justice devraient être en mesure de la corriger. On ne saurait présumer que le législateur a voulu autre chose.

132 The remaining question is whether the majority of the Board was correct in concluding that the CBC was not justified in putting Mr. Goldhawk to a choice between continuing as union president and host of *Cross Country Checkup* pursuant to its policy. The majority did not consider the precise ambit of the obligation of impartiality which lies on the CBC. Its first position seems to have been that the CBC's obligation must always yield to the demands of the *Canada Labour Code*; its second that even if this were not the case, greater accommodation was required than was demonstrated in

Enfin, il reste à déterminer si le Conseil à la majorité a eu raison de conclure que la SRC n'était pas justifiée de demander à M. Goldhawk de choisir entre la présidence du syndicat et son poste d'animateur de *Cross Country Checkup*, conformément à sa politique. Le Conseil à la majorité n'a pas examiné l'étendue précise de l'obligation d'impartialité qui incombe à la SRC. Il semble avoir été d'avis, premièrement, que les exigences du *Code canadien du travail* doivent toujours l'emporter sur l'obligation de la SRC et, deuxièmement, que, même si ce n'était pas le cas, il y

this case. While the wording of the majority judgment is somewhat opaque, the reasons taken together with the conclusion indicate that the Board treated the CBC's duty as a mere internal directive — a management right or corporate code of behaviour over which the *Canada Labour Code* takes precedence for purposes of applying s. 94(1)(a) of the Code. In short, no credit was given for any statutory or regulatory obligations on the CBC (see pp. 148-51). Rather, the CBC was held to the standard of a private business.

In my view, the Board's failure to consider the special obligation imposed on the CBC by the law was an error. The CBC's constituting statute does not expressly impose a duty of impartiality upon the CBC. However, the need for impartiality can be inferred from s. 3 of the *Broadcasting Act* and in particular from the requirements that the CBC "be a balanced service of information, enlightenment and entertainment" (s. 3(g)(i)) and that it "contribute to the development of national unity" (s. 3(g)(iv)). Parliament has charged the CRTC with the duty of supervising the CBC. Any doubt about the obligation of the CBC to function as an impartial, unbiased source of information in fact and in perception, was removed by the CRTC in 1979, when in renewing the CBC's licence, it affirmed that "[t]he public must be able to expect, from its national radio and broadcasting services, a fair, full and objective discussion of national and international events through a diversified news and public affairs program service" (Decision CRTC 79-320: Renewal of the Canadian Broadcasting Corporation's Television and Radio Network Licences, April 30, 1979, at p. 38).

The imperative on the CBC to maintain impartiality in its public affairs programming was affirmed in *Re Canadian Broadcasting Corp. and National Association of Broadcast Employees and Technicians* (1973), 4 L.A.C. (2d) 263, at pp. 270-71. Pointing out that the CBC's position is quite different "from the normal manufacturing plant",

avait lieu d'offrir un meilleur compromis que ce qui a été offert en l'espèce. Bien que le texte du jugement majoritaire soit quelque peu obscur, il ressort des motifs exposés et de la conclusion tirée que le Conseil a considéré l'obligation de la SRC comme une simple directive interne — un droit de la direction ou un code de déontologie d'entreprise sur lequel le *Code canadien du travail* a préséance aux fins de l'application de l'al. 94(1)a du Code. Bref, on n'a accordé aucune importance aux obligations légales ou réglementaires de la SRC (voir pp. 148 à 151). On a plutôt astreint la SRC à la norme applicable à une entreprise privée.

À mon avis, le Conseil a commis une erreur en ne tenant pas compte de l'obligation spéciale que la loi impose à la SRC. La loi constitutive de la SRC n'impose pas expressément à la SRC une obligation d'impartialité. Cependant, le besoin d'impartialité peut se déduire de l'art. 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* et, notamment, des exigences que la SRC «offr[e] [. . .] des services et une programmation équilibrés qui renseignent, éclairent et divertissent» (sous-al. 3g)(i)) et «contribue[. . .] au développement de l'unité nationale» (sous-al. 3g)(iv)). Le législateur a confié au CRTC le devoir de superviser la SRC. En 1979, lors du renouvellement de la licence de la SRC, le CRTC a dissipé tout doute quant à l'obligation qu'a la SRC d'être une source d'information impartiale, dans les faits et en apparence, lorsqu'il a affirmé que «[l]e public doit pouvoir compter sur son service national de radiodiffusion pour une présentation complète et impartiale des événements nationaux et internationaux, grâce à un service d'émissions d'affaires publiques et d'information diversifié et objectif, aussi bien à la radio qu'à la télévision» (décision CRTC 79-320: Renouvellement des licences de réseaux de télévision et de radio de la Société Radio-Canada, 30 avril 1979, à la p. 43).

L'obligation que la SRC a d'être impartiale dans ses émissions d'affaires publiques a été confirmée dans l'affaire *Re Canadian Broadcasting Corp. and National Association of Broadcast Employees and Technicians* (1973), 4 L.A.C. (2d) 263, aux pp. 270 et 271. Faisant remarquer que la position de la SRC est tout à fait différente [TRADUCTION] «de

the arbitration board emphasized that “in presenting a news broadcast whether by radio or television, the CBC must be conscious of its impartiality, and it is therefore of legitimate concern that the person communicating the news maintain an integrity that neither impairs the CBC’s attempts at impartiality, nor its image of impartiality”. (Emphasis added.) Taking the hypothetical case of a newscaster who becomes a candidate for a political party, the arbitration board asserts that “[e]ven assuming that such a person was capable of presenting an objective news broadcast with respect to the election in which he was a candidate, it would be open to the employer to take some action with respect to that particular person because audience confidence in the integrity of his news broadcast would be impaired”. (Emphasis added.) The same applies to a current affairs program like *Cross Country Checkup*.

celle d’une usine de fabrication normale», le conseil d’arbitrage a souligné que [TRADUCTION] «lorsqu’elle présente un bulletin d’information, que ce soit à la radio ou à la télévision, la SRC doit être consciente de son impartialité, et il est en conséquence légitime de se soucier que le présentateur maintienne une intégrité qui n’entrave pas les tentatives d’impartialité de la SRC ni son apparence d’impartialité». (Je souligne.) Citant le cas hypothétique d’un présentateur de nouvelles qui devient candidat pour un parti politique, le conseil d’arbitrage affirme que [TRADUCTION] «[m]ême en supposant que cette personne puisse présenter un bulletin d’information objectif relativement à l’élection dans laquelle elle était candidate, il serait loisible à l’employeur de prendre des mesures relativement à cet employé particulier parce que la confiance du public dans l’intégrité de cette personne serait diminuée». (Je souligne.) Cela vaut également dans le cas d’un programme d’actualité comme *Cross Country Checkup*.

135 Given the obligation on the CBC to maintain the perception of impartiality in its public affairs broadcasts, it follows that the majority of the Board erred in treating the CBC as a private enterprise governed only by a flexible management directive which must yield to the superior legal demands of s. 94(1) of the Code. Contrary to the majority’s conclusion on this point, the CBC policy was capable of being considered a “compelling reason” for interfering with the activities of the union and Mr. Goldhawk, assuming such activities were protected by the Code.

Disposition

136 I would allow the appeal and set aside the decision of the majority of the Canada Labour Relations Board.

Appeal dismissed with costs to the respondent union, MCLACHLIN J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Heenan Blaikie, Montreal.

Compte tenu de l’obligation que la SRC a de maintenir une apparence d’impartialité dans ses émissions d’affaires publiques, il s’ensuit que le Conseil à la majorité a commis une erreur en la traitant comme une entreprise privée régie seulement par une directive de gestion souple qui doit céder le pas aux exigences supérieures du par. 94(1) du Code. Contrairement à la conclusion que le Conseil à la majorité a tirée sur ce point, la politique de la SRC pouvait constituer un «motif impérieux» d’intervenir dans les activités du syndicat et de M. Goldhawk, en supposant que ces activités étaient protégées par le Code.

Dispositif

Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et d’annuler la décision du Conseil canadien des relations du travail à la majorité.

Pourvoi rejeté avec dépens en faveur du syndicat intimé, le juge MCLACHLIN est dissidente.

Procureurs de l’appelante: Heenan Blaikie, Montréal.

Solicitors for the respondent the Canada Labour Relations Board: Caroline, Engelmann, Gottheil & Lynk, Ottawa.

Solicitors for the respondents the Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists and Dale Goldhawk: Pollit, Arnold, MacLean, Toronto; Golden, Green & Chercover, Toronto.

Procureurs de l'intimé le Conseil canadien des relations du travail: Caroline, Engelmann, Gottheil & Lynk, Ottawa.

Procureurs des intimés l'Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists et Dale Goldhawk: Pollit, Arnold, MacLean, Toronto; Golden, Green & Chercover, Toronto.

Jeffrey Dunn Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. DUNN

File No.: 24041.

1994: October 31; 1995: January 27.

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 — Sentencing — Appeal from sentence — Sentencing provision amended after sentence pronounced but before judgment made on appeal from sentence — Interpretation Act (s. 44(e)) providing for imposition of reduced punishment where punishment reduced by new enactment — Whether or not judicial decisions on appeals from sentence encompassed by Interpretation Act provision — Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 44(e) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 100 (rep. & sub. c. 27 (1st Suppl.), s. 14, and later rep. & sub. by S.C. 1991, c. 40, s. 12(1)).

Appellant, a police officer, was found to have used excessive force in making a lawful arrest, convicted of assault causing bodily harm and granted a conditional discharge with probation. The mandatory wording of s. 100 of the *Criminal Code* compelled the trial judge to make an order prohibiting the possession of a firearm, even though it would prevent the appellant from continuing with his employment.

The appellant appealed from both the conviction and the firearms prohibition and the respondent appealed the granting of the conditional discharge. The Court of Appeal dismissed the appeal even though amendments to s. 100, which were proclaimed after sentencing and before the judgment on appeal from sentence, removed the mandatory nature of the order and permitted the court to exercise its discretion in limited circumstances. Section 44(e) of the *Interpretation Act* provides that an offender is entitled to the benefit of the lesser penalty or

Jeffrey Dunn Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. DUNN

N° du greffe: 24041.

1994: 31 octobre; 1995: 27 janvier.

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 criminel — Détermination de la peine — Appel de la sentence — Disposition relative à la sentence modifiée après le prononcé de la sentence mais avant le jugement en appel de la sentence — Loi d'interprétation (art. 44e)) prévoyant la réduction des sanctions dont l'allégement est prévu par la modification d'un texte de loi — Les décisions judiciaires rendues sur les appels de sentences sont-elles visées par la Loi d'interprétation? — Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 44e) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 100 (abr. & rempl. par ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 14, et ch. 1 (4^e suppl.), art. 18 (ann. I, n° 4), par la suite abr. & rempl. par L.C. 1991, ch. 40, art. 12(1)).

L'appellant, un agent de police, jugé avoir fait un usage excessif de la force en effectuant une arrestation légale, a été déclaré coupable de voies de fait ayant causé des lésions corporelles. Il lui a été accordé une absolution, aux conditions prescrites dans une ordonnance de probation. Le libellé impératif de l'art. 100 du *Code criminel* obligeait le juge du procès à rendre une ordonnance interdisant à l'appellant d'avoir en sa possession une arme à feu, même si cela signifiait qu'il ne pourrait pas conserver son emploi.

L'appellant a fait appel du verdict de culpabilité et de l'ordonnance d'interdiction, et l'intimée a fait appel de l'absolution sous condition. La Cour d'appel a rejeté l'appel même si des modifications à l'art. 100, proclamées après le prononcé de la sentence mais avant le prononcé du jugement sur l'appel de la sentence, enlevaient le caractère impératif de l'ordonnance et accordaient un pouvoir discrétionnaire à la cour dans certaines circonstances précises. L'alinéa 44e) de la *Loi d'interprétation* prévoit la réduction des sanctions dont l'allégement est

punishment where the penalty or punishment has been imposed or adjudged after the sentencing provision has been amended to reduce the penalty or punishment. The pivotal issue here was whether or not the term "adjudged" in the English version of s. 44(e) of the *Interpretation Act* included judicial decisions on appeals from sentence so that the appellant should receive the benefit of the amended s. 100 of the *Code*.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The word "adjudged" encompasses the decision of a court of appeal hearing a sentence appeal. The appellate court is exercising a "judicial" function in making a "decision" about whether or not a sentence is appropriate. Its role in this regard lies somewhere between appellate *de novo* sentencing and a high deferential standard of patent unreasonableness. A plain reading of the word "adjudged" includes such a judicial determination of the fitness of sentence, notwithstanding that this determination takes place in the context of a review.

Section 44(e) of the *Interpretation Act* resolves the question raised by this appeal. The words "imposed or adjudged" in this section are to be read disjunctively, and therefore with vertical effect, with the result that a court of appeal hearing an appeal from sentence is "adjudging" the issue of sentence within the meaning of this provision. The offender, therefore, in circumstances where an amendment to a sentencing provision has been passed after conviction and sentence by the trial judge but before the appeal has been "decided", is entitled to the benefit of the lesser penalty or punishment. The French wording of s. 44(e) does not include the term "adjudged", but instead states "*les sanctions dont l'allégement est prévu par le nouveau texte sont, après l'abrogation, réduites en conséquence*". The absence of the word "adjudged" in the French version, however, does not dispose of the issue of whether the benefit of legislative amendments extends to appeals and does not impugn the conclusions reached regarding the meaning of "adjudged". Where conflict or ambiguity exists between the two official texts of the *Interpretation Act* in their application to a sentencing provision, the interpretation which is more favourable to the accused should be adopted. Given the meaning of the language used by Parliament, the legislative history of the amendments to the *Interpretation Act* which parallel those of

prévu par la modification d'un texte législatif. La question centrale en l'espèce est de savoir si le terme «*adjudged*» du texte anglais de l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation* comprend les décisions judiciaires rendues en appel d'une sentence, de sorte que l'appelant devrait bénéficier de la modification de l'art. 100 du *Code*.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Le terme «*adjudged*» comprend la décision qu'une cour d'appel rend sur l'appel d'une sentence. La cour d'appel exerce une fonction «judiciaire» en rendant une «décision» sur l'adéquation d'une sentence. À cet égard, son rôle se situe quelque part entre le prononcé d'une nouvelle sentence en appel et l'application d'une norme élevée de retenue fondée sur le caractère manifestement déraisonnable. Le sens ordinaire de «*adjudged*» comprend cette détermination judiciaire de la pertinence d'une sentence, même si elle a lieu dans le contexte d'un réexamen.

L'alinéa 44e) de la *Loi d'interprétation* résout la question que soulève le pourvoi. Les mots «*imposed or adjudged*», dans le texte anglais de l'al. 44e), devraient être interprétés de façon disjonctive et ont donc une portée verticale, de sorte qu'une cour d'appel entendant un appel interjeté d'une sentence exerce, sur la question de la sentence, une activité décisionnelle («*adjudging*»), au sens de cette disposition. Lorsqu'une modification à une disposition portant sur l'imposition de peines a été apportée après la déclaration de culpabilité et le prononcé de la sentence par le juge du procès, mais avant qu'il n'ait été statué sur l'appel, le contrevenant a donc le droit de bénéficier de la peine la moins sévère. Le texte français de l'al. 44e) ne comprend pas d'équivalent pour «*adjudged*», mais il édicte plutôt que «les sanctions dont l'allégement est prévu par le nouveau texte sont, après l'abrogation, réduites en conséquence». L'absence d'équivalent terminologique pour «*adjudged*» dans le texte français ne permet pas, cependant, de déterminer si le bénéfice des modifications apportées aux lois s'étend aux appels, et ne contredit pas non plus les conclusions tirées au sujet du sens du terme «*adjudged*». En cas de contradiction ou d'ambiguïté entre les deux textes officiels de la *Loi d'interprétation* quant à leur application à une disposition portant sur l'imposition de sentences, l'interprétation qui est la plus favorable à l'accusé devrait prévaloir. L'historique législatif des modifications apportées à la *Loi d'inter-*

the rights of appeal from sentence was not conclusive of the matter.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Section 44(e) of the *Interpretation Act* does not apply here because the punishment was "adjudged" prior to the amendment of s. 100 of the *Code*. Absent a clear indication that the amended s. 100 of the *Code* should apply to persons appealing a sentence rendered by virtue of the former version of that section, the applicable law is the law as it stood at the time of trial sentencing.

A dictionary review of definitions of the word "adjudged" cannot be determinative of the issue because all of the definitions could be applied to the trial context. The word "imposed" relates to the sentence "imposed" at trial. Parliament added the words "or adjudged" to s. 44(e) of the *Interpretation Act* in order to indicate clearly that the section applied only to the trial level and to remove an ambiguity created by the words "any judgment" which are found in earlier versions of the section and which suggest that it could apply to judgments on appeal. Parliament chose to not retain the initial wording in order to limit the right to the benefit of a lesser sanction to determination at trial and would have used clear wording if it had intended the words "or adjudged" to connote appellate finality. Furthermore, the words "or adjudged" as used in s. 44(e) of the *Interpretation Act* expand laterally (as opposed to vertically so as to include the appellate courts) the scope of the provision in such a way as to cover all possible penal orders made in the trial context.

The French version of s. 44(e) does not use the term "adjudged" and simply states that "*les sanctions dont l'allègement est prévu par le nouveau texte sont, après l'abrogation, réduites en conséquence*". The absence of the French equivalent of the words "or adjudged" demonstrates that Parliament did not intend to extend the right to the benefit of a lesser sanction beyond trial sentencing by the use of the word "adjudged". The question raised by this appeal could not therefore be resolved by strictly focusing on the word "adjudged" as used in the English version of s. 44(e) of the *Interpretation Act*.

A parallel has been drawn between s. 44(e) of the *Interpretation Act* and s. 11(i) of the *Canadian Charter*

prétation, parallèle à celui des modifications apportées aux droits d'appel en matière de sentence, n'est pas concluant mis en regard du sens des termes choisis par le Parlement.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): L'alinéa 44e) de la *Loi d'interprétation* ne s'applique pas en l'espèce, étant donné que la sanction a été «*adjudged*» avant la modification apportée à l'art. 100 du *Code*. En l'absence d'indication claire que la modification apportée à l'art. 100 du *Code* était applicable aux appels de sentences prononcées en vertu de l'ancien texte de cet article, la loi applicable ici est la loi telle qu'elle existait au moment où la sentence a été prononcée au procès.

Une revue des définitions que donnent les dictionnaires du mot «*adjudged*» ne peut être déterminante, étant donné que n'importe laquelle de ces définitions peut être applicable au niveau du procès. Le mot «*imposed*» se rapporte à la sentence prononcée au procès. Le Parlement a ajouté les mots «*or adjudged*» à l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation* afin d'indiquer clairement que la disposition s'appliquait seulement au niveau du procès et d'éliminer l'ambiguïté créée par les mots «*tout jugement*», que l'on trouve dans les versions antérieures et qui suggèrent que la disposition pourrait viser les jugements en appel. Le Parlement a choisi de ne pas conserver la formulation antérieure afin de limiter la portée du droit au bénéfice d'une sanction alléguée à la décision rendue au procès et, s'il avait voulu que les mots «*or adjudged*» s'appliquent à un appel, il se serait exprimé en termes clairs. En outre, les mots «*or adjudged*» de l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation* étendent latéralement (par opposition à verticalement, ce qui engloberait les cours d'appel) la portée de la disposition de manière à comprendre toutes les ordonnances pénales qui peuvent être prononcées dans le cadre d'un procès.

Le texte français de l'al. 44e) ne comporte aucun équivalent terminologique au mot «*adjudged*» et énonce simplement que «*les sanctions dont l'allègement est prévu par le nouveau texte sont, après l'abrogation, réduites en conséquence*». L'absence, en français, d'équivalence terminologique pour «*or adjudged*» démontre que le Parlement, par l'utilisation du mot «*adjudged*», n'avait pas l'intention d'accorder le droit de bénéficier d'une sanction alléguée au-delà du prononcé de la sentence au procès. Il n'est donc pas possible de trancher la question soulevée par le pourvoi en se concentrant seulement sur le mot «*adjudged*» du texte anglais de l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation*.

Un parallèle a été tracé entre l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation* et l'al. 11i) de la *Charte canadienne des*

of Rights and Freedoms. It would be inconsistent to hold that s. 44(e), which inspired s. 11(i) of the *Charter*, extends the right to the benefit of a lesser sanction further than the *Charter* guarantee.

Several policy considerations should be considered when determining the extent to which such a right can be applied. First, an overly broad interpretation extending to appellate review can give rise to frivolous appeals because appeals could be lodged in the hope that the law will change by the time the appeal is heard. Secondly, a person charged with an offence should be subject to the punishment that the *Code* carried for that offence at the time the offence was committed. The lodging of an appeal should be inconsequential and not have the effect of varying the applicable law concerning sentencing. Finally, the s. 44(e) right to the benefit of a lesser sanction must be considered in conjunction with s. 687 of the *Code* which deals with powers of courts of appeal regarding sentence appeals. The appellate courts are to determine whether there has been an error on the part of the trial judge and, absent error, must refrain from intervening. Once a sentence is properly rendered at trial, an amended statutory provision proclaimed thereafter cannot be substituted for the former relevant statutory provision, notwithstanding an appeal from the trial decision.

The rule in *R. v. Wigman*, which allows an accused still "in the system" at the appeal stage to benefit from an interpretation of law made after the conviction at trial, was developed on the basis that the previous interpretation of the law was erroneous. This rule was not applicable here given the absence of error at trial.

Cases Cited

By Major J.

Considered: *Morris v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 405; *Lyle v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 F.C. 821; **referred to:** *R. v. Luke* (1994), 17 O.R. (3d) 51; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Wigman, [1987] 1 S.C.R. 246; *R. v. Luke* (1994), 17 O.R. (3d) 51; *Attorney General for Ontario v. Regional Municipality of Peel*, [1979] 2 S.C.R. 1134; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Milne*, [1987] 2

droits et libertés. On ne peut pas soutenir que l'al. 44e), qui a inspiré l'al. 11i) de la *Charte*, a, en ce qui a trait à la possibilité d'accorder le bénéfice d'une sentence allégée, une portée plus grande que celle de la *Charte*.

Plusieurs considérations de principe entrent en jeu lorsqu'il faut déterminer la portée d'un tel droit. Premièrement, une interprétation trop large, qui comprendrait l'examen en appel, pourrait donner lieu à des appels futiles, interjetés dans l'espoir que la loi sera modifiée avant l'audition de l'appel. Deuxièmement, la personne inculpée d'une infraction devrait recevoir la peine que le *Code* prévoyait au moment de la perpétration de cette infraction. Le fait qu'un appel soit ou non interjeté ne devrait avoir aucune conséquence à cet égard et ne devrait pas avoir pour effet de modifier la loi applicable relativement à la sentence. Finalement, le droit de bénéficier d'une sanction allégée prévu par l'al. 44e) doit être apprécié en corrélation avec l'art. 687 du *Code*, qui traite des pouvoirs des cours d'appel en matière d'appels de sentences. Les cours d'appel doivent déterminer s'il y a eu erreur de la part du juge du procès et, en l'absence d'erreur, doivent s'abstenir d'intervenir. Lorsqu'une sentence a été correctement prononcée lors du procès, la modification législative apportée et proclamée ultérieurement ne peut être substituée à l'ancienne disposition pertinente, même si un appel a été interjeté de la décision rendue au procès.

La règle de l'«affaire en cours», exprimée dans l'arrêt *R. c. Wigman*, qui permet à un accusé, dans le cas d'une «affaire en cours» au niveau de l'appel, de bénéficier d'une interprétation du droit après la déclaration de culpabilité au procès, a été élaborée à partir de la constatation que l'interprétation antérieure donnée au droit était erronée. La règle ne s'appliquait pas en l'espèce, étant donné l'absence d'erreur au procès.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts examinés: *Morris c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 405; *Lyle c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 C.F. 821; **arrêts mentionnés:** *R. c. Luke* (1994), 17 O.R. (3d) 51; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Wigman, [1987] 1 R.C.S. 246; *R. c. Luke* (1994), 17 O.R. (3d) 51; *Procureur général de l'Ontario c. Municipalité régionale de Peel*, [1979] 2 R.C.S. 1134; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Milne*,

S.C.R. 512; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 12.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(i), 12.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, ss. 744, 766.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 100(1) [rep. & sub. c. 27 (1st Suppl.), s. 14; rep. & sub. 1991, c. 40, s. 12(1)], (1.1) [ad. 1991, c. 40, s. 12(1)], (1.2) [*idem*], (1.3) [*idem*], 267(1)(b), 687.
Interpretation Act, R.S.C. 1886, c. 1, s. 7(53).
Interpretation Act, R.S.C. 1906, c. 1, s. 19(2)(d).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 44(e).
Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "adjudge".
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "adjudged", "impose".
 Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal against conviction by Haines J. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Bruce Duncan and Todd Ducharme, for the appellant.

John Corelli and David Butt, for the respondent.

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

¹ MAJOR J. — This appeal raises the issue of the extent to which a person who has been convicted of an offence may benefit from legislative changes affecting sentence. In particular, the question of

[1987] 2 R.C.S. 512; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193.

Lois et règlements cités

Acte d'interprétation, S.R.C. 1886, ch. 1, art. 7(53).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(i), 12.
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 744, 766.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 100(1) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 14; abr. & rempl. ch. 1 (4^e suppl.), art. 18 (ann. I, n^o 4); abr. & rempl. 1991, ch. 40, art. 12(1)], (1.1) [aj. 1991, ch. 40, art. 12(1)], (1.2) [*idem*], (1.3) [*idem*], 267(1)(b), 687.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 44e).
Loi d'interprétation, S.R.C. 1906, ch. 1, art. 19(2)(d).
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 12.
Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, ch. J-3.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, «adjudge».
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, «adjudged», «impose».
 Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté l'appel interjeté de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Haines. Le pourvoi est accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Bruce Duncan et Todd Ducharme, pour l'appellant.

John Corelli et David Butt, pour l'intimée.

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

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi soulève la question suivante: dans quelle mesure une personne qui a été déclarée coupable d'une infraction peut-elle bénéficier de modifications législatives

law to be resolved is whether appellate proceedings are included within the scope of s. 44(e) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, or s. 11(i) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Facts

The appellant, a police officer in Windsor, was convicted of assault causing bodily harm contrary to s. 267(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The victim, Gerald Smith, was taking out his garbage one evening when the appellant drove by in his police cruiser and asked Smith for identification. Smith refused, stating that he lived there. The appellant got out of the car and attempted to arrest the victim and a struggle ensued.

At trial, there was an issue as to whether or not the assault was racially motivated. In a decision released on March 23, 1992, Haines J. of the Ontario Court, General Division, found that the appellant had used excessive force in making a lawful arrest but that the offence was not racially motivated. The trial judge found the appellant guilty of assault causing bodily harm contrary to s. 267(1)(b) of the *Code*. On April 3, 1992, he granted the appellant a conditional discharge with probation for 18 months.

In sentencing the appellant, Haines J. concluded that he was compelled by the mandatory wording of s. 100 of the *Code* to make an order prohibiting the possession of a firearm. Haines J. stated that it was "truly unfortunate" that he had to impose a prohibition order, as this could defeat the rehabilitative purpose of the conditional discharge in that the appellant being a police officer could not continue that employment unless he was able to pos-

qui ont une incidence sur la sentence? Plus particulièrement, la question de droit à résoudre est de savoir si les procédures d'appel sont visées par l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, ou l'al. 11i) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les faits

L'appellant, un agent de police de Windsor, a été déclaré coupable de voies de fait ayant causé des lésions corporelles en vertu de l'al. 267(1)(b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. La victime, Gerald Smith, sortait ses poubelles un soir, lorsque l'appellant, à bord de son véhicule de patrouille, s'est arrêté près de lui et lui a demandé de s'identifier. Monsieur Smith a refusé, affirmant qu'il était chez lui. L'appellant est sorti de la voiture et a tenté d'arrêter la victime. Une échauffourée s'en est suivie.

Au procès, on a soulevé la question de savoir si les voies de fait avaient été commises pour des motifs racistes. Dans la décision qu'il a rendue le 23 mars 1992, le juge Haines, de la Cour de l'Ontario, Division générale, a conclu que l'appellant avait fait un usage excessif de la force en procédant à une arrestation légale, mais que l'infraction n'avait pas été perpétrée pour des motifs racistes. Le juge du procès a déclaré l'appellant coupable de voies de fait ayant causé des lésions corporelles en vertu de l'al. 267(1)(b) du *Code*. Le 3 avril 1992, il a accordé à l'appellant une absolution, à certaines conditions prescrites dans une ordonnance de probation de 18 mois.

Lors du prononcé de la sentence, le juge Haines a conclu qu'il avait l'obligation, compte tenu du libellé impératif de l'art. 100 du *Code*, de rendre une ordonnance interdisant à l'appellant d'avoir en sa possession une arme à feu. Le juge Haines a affirmé qu'il était [TRADUCTION] «vraiment dommage» qu'il doive rendre une ordonnance d'interdiction qui irait peut-être à l'encontre du but poursuivi par l'absolution sous condition, soit la réhabilitation. En effet, l'appellant, un policier, ne pourrait pas conserver son emploi si la possession d'une arme à feu lui était interdite. Le juge Haines

2

3

4

sess a firearm. Haines J. imposed the prohibition for the minimum period of 5 years.

a fixé la période d'interdiction au minimum prévu de cinq ans.

5 The appellant appealed from both the conviction and the firearms prohibition. The respondent appealed the granting of the conditional discharge. The appeals were heard by the Ontario Court of Appeal on December 22, 1993.

L'appelant a fait appel tant du verdict de culpabilité que de l'ordonnance d'interdiction. L'intimée a fait appel de l'absolution sous condition. Les appels ont été entendus par la Cour d'appel de l'Ontario le 22 décembre 1993.

6 Prior to the hearing of the appeal, on August 1, 1992, an amendment to s. 100 of the *Code* was proclaimed. The amendment had been passed by Parliament before sentencing in this case but had not been proclaimed. The new s. 100 removed the mandatory nature of the order under s. 100 and permitted the exercise of discretion by the court in certain limited circumstances, which the appellant claimed were applicable to him. The appeal was heard by the Ontario Court of Appeal with the appeal in the similar case of *R. v. Luke* (1994), 17 O.R. (3d) 51.

Avant l'audition de l'appel, le 1^{er} août 1992, une modification de l'art. 100 du *Code* a été proclamée. Le Parlement avait adopté cette modification avant le prononcé de la sentence en l'espèce, mais la proclamation n'en avait pas encore été faite. Le nouvel art. 100 enlevait le caractère impératif de l'ordonnance et réservait au tribunal un pouvoir discrétionnaire dans certaines circonstances précises, auxquelles l'appelant affirmait répondre. La Cour d'appel de l'Ontario a entendu l'appel en même temps qu'une affaire similaire, *R. c. Luke* (1994), 17 O.R. (3d) 51.

Judgments

Jugements

Ontario Court of Appeal

La Cour d'appel de l'Ontario

7 In both *R. v. Luke* and this case, the dispositive issue turned on the meaning of s. 11(i) of the *Charter* and s. 44(e) of the *Interpretation Act*, and whether either or both those provisions entitled the appellant to the benefit of the amended provisions.

Tant dans l'affaire *R. c. Luke* qu'en l'espèce, la décision s'est articulée sur le sens à donner à l'al. 11i) de la *Charte* et à l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation*, et sur la question de savoir si l'une de ces dispositions, ou les deux, accordaient à l'appelant le bénéfice de la modification apportée à la loi.

8 The Court of Appeal held in *R. v. Luke* that s. 7 of the *Charter* did not apply, as s. 11(i) specifically addressed the problem but s. 11(i) related only to sentencing at the trial level and had no application to a review of the sentence on appeal. In this conclusion they relied on *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880. The court also held that s. 44(e) was of no assistance to the appellant, as the word "adjudged" did not extend to cover an appellate review of sentence.

La Cour d'appel a jugé, dans l'affaire *R. c. Luke*, que l'art. 7 de la *Charte* ne s'appliquait pas, étant donné que l'al. 11i) traitait précisément de la question, mais que l'al. 11i) ne visait que la sentence prononcée à l'issue d'un procès et qu'il ne pouvait pas s'appliquer à l'examen d'une sentence en appel. La cour a fondé sa conclusion sur l'arrêt *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880. La cour a aussi jugé que l'al. 44e) n'était d'aucune aide à l'appelant parce que le sens du terme «*adjudged*», dans le texte anglais, ne pouvait comprendre l'examen d'une sentence en appel.

9 The Ontario Court of Appeal dismissed the appeal relating to s. 12 of the *Charter* on the basis

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel fondé sur l'art. 12 de la *Charte*, en affirmant que

that the firearms prohibition did not constitute cruel and unusual treatment or punishment.

In dismissing the appeal in this case, the Court of Appeal stated “we cannot for the reasons set out in *Luke* apply the new section [of the *Criminal Code*] which was passed but not proclaimed at the time of trial and imposition of sentence”.

Issues

The following issues were raised:

1. Does the term “adjudged” in s. 44(e) of the *Interpretation Act* include judicial decisions on appeals from sentence, so that the appellant should receive the benefit of the amended s. 100 of the *Criminal Code*?
2. Does the expression “time of sentencing” in s. 11(i) of the *Charter* include an appeal from sentence, so that the appellant should receive the benefit of the amended version of s. 100 of the *Code*?
3. Does the “in the system” principle articulated by this Court in *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, apply to assist the appellant?
4. If the answers to these questions are no, does the sentence imposed under the former s. 100 of the *Code* constitute cruel and unusual treatment or punishment violating s. 12 of the *Charter*, such that a constitutional exemption should be available?

Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

11. Any person charged with an offence has the right

(i) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21

l’interdiction d’avoir en sa possession des armes à feu ne constitue pas un traitement ou une peine cruels et inusités.

En rejetant l’appel, les juges de la Cour d’appel ont affirmé [TRADUCTION] «nous ne pouvons pas, pour les motifs exposés dans l’affaire *Luke*, appliquer le nouvel article [du *Code criminel*] qui avait été adopté, mais pas encore proclamé, au moment du procès et de l’imposition de la sentence».

Les questions en litige

Les questions suivantes ont été soulevées:

1. Le terme «*adjudged*», dans le texte anglais de l’al. 44e) de la *Loi d’interprétation*, comprend-il les décisions judiciaires rendues en appel d’une sentence, de sorte que l’appelant devrait bénéficier de la modification de l’art. 100 du *Code criminel*?
2. L’expression «le moment [. . .] de la sentence», à l’al. 11i) de la *Charte* comprend-elle un appel interjeté d’une sentence, de sorte que l’appelant devrait bénéficier de la modification de l’art. 100 du *Code*?
3. Le principe de «l’affaire en cours», dégagé par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246, peut-il être appliqué en faveur de l’appelant?
4. Si les réponses données aux questions précédentes sont négatives, la sentence imposée en vertu de l’ancien art. 100 du *Code* constitue-t-elle un traitement ou une peine cruels et inusités violant l’art. 12 de la *Charte*, ouvrant ainsi droit à une exemption en vertu de la Constitution?

Les dispositions législatives

Charte canadienne des droits et libertés

11. Tout inculpé a le droit:

i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l’infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l’infraction et celui de la sentence.

Loi d’interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21

10

11

44. Where an enactment, in this section called the "former enactment", is repealed and another enactment, in this section called the "new enactment", is substituted therefor,

(e) when any punishment, penalty or forfeiture is reduced or mitigated by the new enactment, the punishment, penalty or forfeiture if imposed or adjudged after the repeal shall be reduced or mitigated accordingly;

The former s. 100 of the *Criminal Code* (effected by R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 14) read as follows:

100. (1) Where an offender is convicted or discharged under section 736 of an indictable offence in the commission of which violence against a person is used, threatened or attempted and for which the offender may be sentenced to imprisonment for ten years or more or of an offence under section 85, the court that sentences the offender shall, in addition to any other punishment that may be imposed for that offence, make an order prohibiting the offender from having in his possession any firearm or any ammunition or explosive substance for any period of time specified in the order that commences on the day the order is made and expires not earlier than

(a) in the case of a first conviction for such an offence, five years, and

(b) in any other case, ten years. . .

The amended version of s. 100 of the *Criminal Code*, enacted by S.C. 1991, c. 40, s. 12(1), provides:

100. (1) Where an offender is convicted or discharged under section 736 of an indictable offence in the commission of which violence against a person is used, threatened or attempted and for which the offender may be sentenced to imprisonment for ten years or more or of an offence under section 85, the court that sentences the offender shall, subject to subsections (1.1) to (1.3), in addition to any other punishment that may be imposed for that offence, make an order prohibiting the offender from possessing any firearm or any ammunition or explosive substance for any period of time speci-

44. En cas d'abrogation et de remplacement, les règles suivantes s'appliquent:

e) les sanctions dont l'allègement est prévu par le nouveau texte sont, après l'abrogation, réduites en conséquence;

L'ancien art. 100 du *Code criminel* (L.R.C. (1985), ch. 1 (4^e suppl.), art. 18 (ann. I, n^o 4)) est rédigé de la façon suivante:

100. (1) Le tribunal qui déclare coupable ou absout en vertu de l'article 736 un contrevenant relativement à un acte criminel punissable d'un emprisonnement minimal de dix ans et perpétré avec violence ou tentative ou menace de violence contre la personne, de même que celui qui déclare coupable ou absout un contrevenant en vertu de l'article 736 relativement à un acte criminel prévu à l'article 85, doit, en sus de toute autre peine qui peut être imposée pour cet acte criminel, rendre une ordonnance interdisant au contrevenant d'avoir en sa possession une arme à feu, des munitions ou une substance explosive pour une période, devant être indiquée dans l'ordonnance, courant à compter du jour où elle est rendue et expirant au plus tôt:

a) dans le cas d'une première infraction, cinq ans;

b) dans tous les autres cas, dix ans. . .

La version modifiée de l'art. 100 du *Code criminel*, édicté par L.C. 1991, ch. 40, par. 12(1), est rédigée de la façon suivante:

100. (1) Le tribunal qui déclare coupable un contrevenant ou l'absout en vertu de l'article 736 soit dans le cas d'un acte criminel passible d'une peine maximale d'emprisonnement égale ou supérieure à dix ans et perpétré avec usage, tentative ou menace de violence contre la personne, soit dans le cas d'un acte criminel prévu à l'article 85 doit, sous réserve des paragraphes (1.1) à (1.3) et en sus de toute autre peine applicable, rendre une ordonnance interdisant au contrevenant d'avoir en sa possession une arme à feu, des munitions ou des substances explosives pour la période qu'il indique. La période minimale indiquée dans l'ordonnance, consécutive soit à la date de libération de l'emprisonnement infligé pour cet acte criminel soit à la date où le contrevenant a été déclaré coupable de cet acte criminel ou en

fied in the order that commences on the day on which the order is made and expires not earlier than

(a) in the case of a first conviction for such an offence, ten years, and

(b) in any other case, life,

after the time of the offender's release from imprisonment after conviction for the offence or, if the offender is not then imprisoned or subject to imprisonment, after the time of the offender's conviction or discharge for that offence.

(1.1) The court is not required to make an order under subsection (1) where the court is satisfied that the offender has established that

(a) it is not desirable in the interests of the safety of the offender or of any other person that the order be made; and

(b) the circumstances are such that it would not be appropriate to make the order.

(1.2) In considering whether the circumstances are such that it would not be appropriate to make an order under subsection (1), the court shall consider

(a) the criminal record of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission;

(b) whether the offender needs a firearm for the sustenance of the offender or the offender's family; and

(c) whether the order would constitute a virtual prohibition against employment in the only vocation open to the offender.

(1.3) Where the court does not make an order under subsection (1), the court shall give reasons why the order is not being made.

Analysis

Introduction

While the former s. 100 of the *Code* was mandatory in its effect, the amended provisions now allow the trial judge a discretion not to make the prohibition order.

est absous en vertu de l'article 736, s'il n'est pas emprisonné ou n'est pas passible d'emprisonnement, est de dix ans dans le cas d'une première infraction et de la vie dans tous les autres cas.

(1.1) Le tribunal n'est pas tenu de rendre une ordonnance s'il est convaincu que le contrevenant a établi à la fois:

a) qu'elle ne serait pas souhaitable pour la sécurité de qui que ce soit;

b) que les circonstances ne l'exigent pas.

(1.2) Dans l'appréciation de ces circonstances, le tribunal prend en compte:

a) le casier judiciaire du contrevenant, la nature de l'infraction et les circonstances dans lesquelles elle a été commise;

b) la nécessité pour le contrevenant de posséder une arme à feu afin d'assurer sa subsistance et celle de sa famille;

c) le fait qu'elle constituerait ou non une interdiction de travailler dans le seul domaine possible d'emploi du contrevenant.

(1.3) Le tribunal qui ne rend pas l'ordonnance est tenu de donner ses motifs.

Analyse

Introduction

Alors que l'ancien art. 100 du *Code* était contraignant dans son effet, le nouvel article accorde maintenant au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de ne pas rendre une ordonnance d'interdiction.

13 Section 100(1.1)(b) states that where the circumstances are such that the order would not be appropriate, the court is not required to make the prohibition order. Section 100(1.2) sets out the factors which the court shall consider in determining the appropriateness of the order.

14 Some of the relevant factors to be considered are the criminal record of the offender, the nature of the offence, the circumstances of its commission, and the effect on future employment or livelihood.

Section 44(e) of the Interpretation Act

15 The appellant's position is that the phrase "imposed or adjudged" in s. 44(e) should be read disjunctively, with the result that an appeal court hearing an appeal from sentence is "adjudging" or adjudicating on the issue of sentence, within the meaning of s. 44(e) of the *Interpretation Act*.

16 The respondent, to the contrary, contends that the phrase should be read conjunctively and consequently both words must be examined together. While "adjudged" is broader than "imposed", respondent argues, it was included in the provision simply to provide grammatical consistency. The respondent thus concludes that "adjudged" refers to certain types of orders made at trial which could not be said to be "imposed", such as forfeiture orders or fines. If this proposition is accepted and the words "imposed" and "adjudged" read conjunctively, then the word "adjudged" only has significance in extending the scope of s. 44(e) laterally (to encompass all orders available at the trial level), rather than vertically (to include appellate review).

17 The respondent also relies on the legislative history of the provision for support. The 1886 version of s. 44(e) provided that changes in legislation

L'alinéa 100(1.1)b) édicte que, si les circonstances ne l'exigent pas, le tribunal n'est pas tenu de rendre l'ordonnance d'interdiction. Le paragraphe 100(1.2) énumère les facteurs que le tribunal doit prendre en considération pour déterminer l'opportunité de rendre l'ordonnance.

Parmi ces facteurs, le tribunal doit tenir compte du casier judiciaire du contrevenant, de la nature de l'infraction, des circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise et des conséquences sur l'emploi futur du contrevenant et sa capacité d'assurer sa subsistance.

L'alinéa 44e) de la Loi d'interprétation

L'appelant soutient que l'expression «*imposed or adjudged*», dans le texte anglais de l'al. 44e), devrait être interprétée de façon disjonctive, de sorte qu'une cour d'appel entendant un appel interjeté d'une sentence exerce, sur la question de la sentence, une activité décisionnelle («*adjudging*» ou «*adjudicating*»), au sens de l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation*.

L'intimée soutient au contraire que l'expression devrait être interprétée de façon conjonctive et que, par conséquent, les deux termes doivent être pris ensemble. Elle allègue que, bien que le sens du terme «*adjudged*» soit plus large que celui rattaché à «*imposed*», ce terme n'a été inclus dans la disposition qu'à des fins de cohérence sémantique. L'intimée conclut donc que «*adjudged*» s'applique à certains types d'ordonnances rendues lors du procès et au sujet desquelles on ne pourrait pas dire qu'elles ont été «*imposed*», telles que les ordonnances de confiscation et les amendes. Si cette argumentation est acceptée et que, par conséquent, les termes «*imposed*» et «*adjudged*» sont interprétés de façon conjonctive, alors le terme «*adjudged*» n'a pas d'autre sens que d'étendre la portée de l'al. 44e) latéralement (de manière à comprendre toutes les ordonnances qui peuvent être rendues au niveau du procès), plutôt que verticalement (de manière à inclure l'examen en appel).

L'intimée invoque aussi l'historique législatif de la disposition comme fondement de sa position. La version de 1886 de l'al. 44e) édictait que les modi-

would be applied to “any judgment to be pronounced after such repeal or revocation” (emphasis added): *The Interpretation Act*, R.S.C. 1886, c. 1, s. 7(53). While there were no statutory rights of appeal against sentence at that time, Parliament adopted legislation allowing appeals from sentence in 1892 and 1923. In 1906, the *Interpretation Act*, R.S.C. 1906, c. 1, s. 19(2)(d) adopted the current wording of “imposed or adjudged”. The respondent thus argues that this amendment, during the same period that Parliament was extending appeal rights to sentences, is an indication that the provision was intended to apply only at the trial level.

The Oxford English Dictionary (2nd ed. 1989), defines “impose” as “4. To lay on, as something to be borne, endured, or submitted to; to inflict (something) *on* or *upon*; to levy or enforce authoritatively or arbitrarily” (emphasis in original).

“Adjudged”, on the other hand, is defined as: “1. Determined, decided, or settled judicially. . . . 2. Judged, deemed, regarded, held. . . . 3. Sentenced, doomed. . . . 4. Awarded judicially. . . .”

Black’s Law Dictionary (5th ed. 1979), defines “adjudge” in this manner: “To pass on judicially, to decide, settle, or decree, or to sentence or condemn. . . . Judgment of a court of competent jurisdiction; equivalent of convicted and sentenced. Implies a judicial determination of a fact, and the entry of a judgment.”

The meaning of “adjudge” was considered in *Morris v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 405. The issue was whether a finding of delinquency under the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3, could be construed as a conviction under the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 12. A Juvenile Court judge, under the Act, was empowered to adjudge a child to have committed a delinquency, rather than to convict a child of having committed a delinquency. The specific issue was thus whether or not the term “adjudge”

apportées à la législation seraient appliquées à «tout jugement prononcé après l’abrogation ou la révocation» (souligné dans l’original): *Acte d’interprétation*, S.R.C. 1886, ch. 1, par. 7(53). À l’époque, aucune loi n’accordait le droit d’en appeler d’une sentence, mais en 1892 et en 1923 le Parlement a adopté des lois permettant ces appels. En 1906, la *Loi d’interprétation*, S.R.C. 1906, ch. 1, al. 19(2)d) a adopté la formulation «*imposed or adjudged*» que l’on trouve actuellement dans le texte anglais. L’intimée soutient donc que cette modification, qui a eu lieu à l’époque où le Parlement élargissait les droits d’appel contre les sentences, indique que la disposition ne devait s’appliquer qu’au niveau du procès.

L’*Oxford English Dictionary* (2^e ed. 1989) définit «*impose*» ainsi: [TRADUCTION] «4. Faire subir quelque chose de fâcheux, de désagréable, ou de pénible; infliger (quelque chose); faire payer ou subir d’autorité ou arbitrairement».

Le mot «*adjudged*», par contre, est défini ainsi: [TRADUCTION] «1. déterminer, décider ou régler judiciairement; [. . .] 2. juger, estimer, considérer, statuer; [. . .] 3. prononcer une sentence, condamner; [. . .] 4. accorder judiciairement. . . .»

Le *Black’s Law Dictionary* (5^e éd. 1979) définit «*adjudge*» de la façon suivante: [TRADUCTION] «Se prononcer judiciairement, décider, trancher, décréter, prononcer une sentence ou condamner. [. . .] Jugement d’une cour compétente; équivaut à déclarer coupable ou à prononcer une sentence. Implique la détermination judiciaire d’un fait et l’inscription d’un jugement.»

Le sens du mot «*adjudge*» a été examiné dans l’arrêt *Morris c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 405. Il s’agissait de savoir si un jugement concluant à l’existence d’un délit aux termes de la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, ch. J-3, équivalait à une déclaration de culpabilité au sens de l’art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10. Un juge d’une cour pour jeunes délinquants avait le pouvoir, en vertu de la Loi, de juger qu’un enfant avait commis un délit, plutôt que de le déclarer coupable d’avoir commis un délit. Il

18

19

20

21

included "convict". Pratte J. considered the meaning of "to adjudge" at pp. 430-31:

The meaning of the verb "to adjudge" is broader than and includes that of "to convict"; generally, "to adjudge" means to pronounce judicially and one of its meanings is to sentence or condemn; *Black's Law Dictionary*, 4th ed., Vo [sic] "adjudge":

ADJUDGE. To pass on judicially, to decide, settle, or decree, or to sentence or condemn. *People v. Rave*, 364 Ill. 72, 3 N.E. 2d 972, 975.

Webster's Third New International Dictionary:

1(a) To decide or rule upon as a judge or with judicial or quasi-judicial powers; . . . (b) to pronounce judicially . . . 2. *archaic*, To sentence or condemn (a person) to some punishment.

Funk & Wagnalls New Standard Dictionary of the English Language:

1. To award or bestow by formal decision; . . . 2(1) To give a judicial decision concerning; adjudicate upon; decide judicially.

In general use, *adjudge* does not always imply that the decision given is final. Judges of inferior courts, or arbitrators and referees, adjudge of matters sometimes transmitted to superior courts for final adjudication . . . 3. To decree; sentence; condemn; as King Charles was *adjudged* to die.

In some cases, the word "adjudged" has been held to be synonymous with "convicted":

Tarlo's Estate (1934), 172 A. 139, at p. 140, 315 Pa. 321;

Blaufus v. People (1877), 69 N.Y. 107, at p. 111, 25 Am. Rep. 148.

And in Old English law, the word "adjudged" was sometimes used to mean "sentenced" (Archbold, *Criminal Pleading and Evidence*, 19th ed., at p. 400).

In my opinion, therefore, the power of the juvenile court to adjudge guilt is equivalent to the power of an ordinary criminal court to convict and I cannot see any essential difference between the power to adjudge a person guilty of an offence and the power to convict a person of the same offence. With respect, I find no

s'agissait donc, plus particulièrement, de déterminer si le sens du terme «*adjudge*» comprenait le sens du terme «*convict*». Le juge Pratte a examiné le sens de «*adjudge*» (aux pp. 430 et 431):

Le sens du verbe «juger» est plus général que celui de l'expression «déclarer coupable» qui y est incluse; de façon générale, «juger» signifie déclarer judiciairement et un de ses sens est prononcer une sentence ou condamner; *Black's Law Dictionary*, 4^e éd., au mot *adjudge* (juger) dit ceci:

[TRADUCTION] JUGER. Se prononcer judiciairement, décider, trancher, décréter, prononcer une sentence ou condamner. *People v. Rave*, 364 Ill. 72, 3 N.E. 2d 972, 975.

De son côté, le *Webster's Third New International Dictionary* donne cette définition:

[TRADUCTION] 1a) Décider ou trancher en qualité de juge ou en vertu de pouvoirs judiciaires ou quasi judiciaires; . . . b) déclarer judiciairement . . . 2. *archaïque*, prononcer une sentence ou condamner (une personne) à une peine.

Et le *Funk & Wagnalls New Standard Dictionary of the English Language*:

[TRADUCTION] 1. Adjuger ou attribuer par une décision formelle; . . . 2(1) rendre une décision judiciaire; adjudger; décider judiciairement.

Selon l'usage général, *adjudge* (juger) n'implique pas toujours une décision finale. Les juges des cours inférieures ou les arbitres jugent des affaires qui sont parfois transmises à une cour supérieure pour jugement final . . . 3. Décréter; prononcer une sentence; condamner; le roi Charles a été *condamné* à mort.

Dans quelques arrêts, on a décidé que «jugé» était synonyme de «déclaré coupable»:

Tarlo's Estate (1934), 172 A. 139, à la p. 140, 315 Pa. 321;

Blaufus v. People (1877), 69 N.Y. 107, à la p. 111, 25 Am. Rep. 148.

En ancien droit anglais, le mot «juger» signifiait parfois «prononcer une sentence» (Archbold, *Criminal Pleading and Evidence*, 19^e éd., à la p. 400).

À mon avis donc, le pouvoir de la cour pour jeunes délinquants de se prononcer sur la culpabilité équivaut au pouvoir d'une cour criminelle ordinaire de déclarer coupable et je ne vois aucune différence de fond entre le pouvoir de juger une personne coupable d'une infraction et celui de la déclarer coupable de la

merit in the submission of the appellant that a finding of delinquency should not be construed as a conviction for the purposes of s. 12 of the *Canada Evidence Act*.

From an examination of the meaning of the word "adjudge", it would encompass the decision of a court of appeal hearing a sentence appeal. That court is exercising a "judicial" function in making a "decision" about whether a sentence is appropriate or not. Section 687 of the *Code* provides:

687. (1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,

(a) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or

(b) dismiss the appeal.

(2) A judgment of a court of appeal that varies the sentence of an accused who was convicted has the same force and effect as if it were a sentence passed by the trial court.

The court of appeal has a discretion similar to that of a trial judge in assessing the fitness of the sentence.

The role of the courts of appeal in this regard is in my opinion correctly expressed by Clayton Ruby in *Sentencing* (4th ed. 1994), at p. 452, where he concludes that it is not appellate *de novo* sentencing nor is it a high deferential standard of patent unreasonableness. The standard of review lies somewhere in between. A plain reading of the word "adjudge" includes such a judicial determination of the fitness of sentence, notwithstanding that this determination takes place in the context of a review.

The predecessor to s. 44(e) was considered by the Federal Court of Appeal in *Lyle v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 F.C. 821.

même infraction. Avec égards, je conclus que la prétention de l'appelant selon laquelle un jugement prononçant qu'il y a eu délit ne doit pas être interprété comme une condamnation au sens de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* n'est pas fondée.

L'examen du sens du terme «*adjudge*» permettrait de conclure qu'il comprend la décision qu'une cour d'appel rend sur l'appel d'une sentence. Cette cour exerce alors une fonction «judiciaire» en rendant une «décision» sur l'adéquation d'une sentence. L'article 687 du *Code* prévoit que:

687. (1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir:

a) soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable;

b) soit rejeter l'appel.

(2) Un jugement d'une cour d'appel modifiant la sentence d'un accusé qui a été déclaré coupable a la même vigueur et le même effet que s'il était une sentence prononcée par le tribunal de première instance.

La cour d'appel a un pouvoir discrétionnaire semblable à celui que détient le juge du procès quant à l'évaluation de la pertinence d'une sentence.

À mon avis, Clayton Ruby exprime correctement quel est le rôle des cours d'appel à cet égard, dans son ouvrage *Sentencing* (4^e éd. 1994), à la p. 452, où il conclut qu'il ne s'agit ni de décider à nouveau de la sentence en appel, ni d'appliquer une norme élevée de retenue fondée sur le caractère manifestement déraisonnable. La norme à appliquer se situe quelque part entre ces deux extrêmes. Le sens ordinaire de «*adjudge*» comprend cette détermination judiciaire de la pertinence d'une sentence, même si elle a lieu dans le contexte d'un réexamen.

La Cour d'appel fédérale a analysé l'ancienne version de l'al. 44e) dans l'affaire *Lyle c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 C.F.

22

23

24

25

The issue was whether the Immigration Appeal Board, in hearing an appeal from a deportation order, was “imposing or adjudging” that deportation order. The Board, in the decision appealed from at p. 825, had stated:

... in my view the Board as an appellate tribunal is not “adjudging” an order of deportation which is before it on appeal. It is not, and never has been, the deporting authority; all it does on appeal is determine whether or not a deportation order already made is in accordance with the law: the imposition of the “penalty” has already been made.

26 Heald J. for the Federal Court of Appeal allowed the appeal. In finding the board in error, he stated at p. 825:

The function which the Board performs in dealing with appeals from deportation orders is clearly an adjudication of the matter. *Black’s Law Dictionary*, Fifth Edition, defines “Adjudge” as, *inter alia*, “To pass on judicially, to decide, settle. . .”. Similar definitions are to be found in *The Concise Oxford Dictionary* and numerous other recognized works. As I read the Board’s reasons, they appear to hold that the only “adjudication” contemplated by paragraph 36(e) is the original adjudication when the penalty was imposed. Put another way, the Board’s reasoning necessarily implies an interpretation of paragraph 36(e) which would substitute and for or in the expression “imposed or adjudged”. Had Parliament intended to express the manner conjunctively rather than disjunctively, we can assume that it would have done so. Since the expression used is clearly disjunctive, it must be presumed that Parliament did not intend imposition and adjudication to be synonymous. In the circumstances of the case, I am satisfied that Board Decision No. 2 was an adjudication after repeal of the 1952 *Immigration Act*. [Last emphasis added.]

27 I conclude that s. 44(e) of the *Interpretation Act* resolves the question raised by this appeal. Where an amendment to a sentencing provision has been passed after conviction and sentence by the trial judge, but before the appeal has been “decided”, the offender is entitled to the benefit of the lesser penalty or punishment. The court of appeal, in reviewing a trial decision on sentence, is “adjudging” that sentence, in that it considers it judicially.

821. Il s’agissait de déterminer si la Commission d’appel de l’immigration, en entendant l’appel interjeté d’une ordonnance d’expulsion, avait «infligé ou prononcé» cette ordonnance d’expulsion. La Commission, dans la décision dont on interjetait appel, affirmait (à la p. 825):

... à mon avis, la Commission, en tant que tribunal d’appel, ne «prononce» pas l’ordonnance d’expulsion dont elle est saisie en appel. Elle n’est pas et n’a jamais été l’autorité ordonnant l’expulsion; son rôle en appel se limite à déterminer si une ordonnance d’expulsion déjà rendue est conforme à la loi: l’imposition de la «peine» a déjà été faite.

Le juge Heald, au nom de la Cour d’appel fédérale, a accueilli l’appel. Dans sa conclusion que la Commission avait commis une erreur, il affirme (à la p. 825):

En statuant sur les appels formés à l’encontre des ordonnances d’expulsion, la Commission, à l’évidence, prononce un jugement. Le *Black’s Law Dictionary*, cinquième édition, définit le mot «*Adjudge*» notamment comme [TRADUCTION] «Juger, décider, trancher . . .». On trouve de semblables définitions dans *The Concise Oxford Dictionary* et dans de nombreux autres ouvrages reconnus. À la lecture de ses motifs, la Commission me semble conclure que la seule «*adjudication*» (décision) que vise l’alinéa 36(e) est la décision initiale prise lors de l’imposition de la peine. Autrement dit, le raisonnement de la Commission suppose nécessairement une interprétation de l’alinéa 36(e) qui substituerait et à ou dans l’expression «infligée ou prononcée». Si le législateur avait voulu présenter cette expression de façon conjonctive plutôt que disjonctive, il l’aurait fait. L’expression étant clairement disjonctive, on doit présumer que le législateur n’a pas voulu qu’infliger et prononcer soient synonymes. Étant donné les faits en l’espèce, je suis convaincu que la décision n° 2 de la Commission constituait une décision après l’abrogation de la *Loi sur l’immigration* de 1952. [Dernier soulignement ajouté.]

Je conclus que l’al. 44e) de la *Loi d’interprétation* résout la question que soulève le présent pourvoi. Lorsqu’une modification à une disposition portant sur l’imposition de sentences a été apportée après la déclaration de culpabilité et le prononcé de la sentence par le juge du procès, mais avant qu’il n’ait été statué sur l’appel, le contrevenant a le droit de bénéficier de la peine la moins sévère. La cour d’appel, lors de l’examen de la sentence

The respondent's contention that "adjudge" extends only to the options on penalty that may be ordered at trial is too narrow an approach to the interpretation of s. 44(e), and disregards the meaning of the word "adjudge".

In reaching this conclusion, I am mindful of the fact that the French wording of s. 44(e) does not include the term "adjudged", but instead states "*les sanctions dont l'allègement est prévu par le nouveau texte sont, après l'abrogation, réduites en conséquence*". Where conflict or ambiguity exists between the two official texts of the *Interpretation Act* in their application to a sentencing provision the general interpretive principle of strict construction of penal laws should govern. That is, the interpretation which is more favourable to the accused should be adopted: *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), by Ruth Sullivan, at pp. 357-362; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at pp. 395-401. In any event, the absence of the word "adjudge" in the French version is not dispositive of whether the benefit of legislative amendments extends to appeals. Nor does it impugn the conclusions reached regarding the meaning of "adjudge".

Similarly, the argument of the respondent that the legislative history of the amendments to the *Interpretation Act* parallel those of the rights of appeal from sentence cannot be conclusive of the matter in light of the meaning of the language which is used by Parliament.

While s. 44(e) of the *Interpretation Act* disposes of the appeal, these reasons should not be read as commenting in any way on the other grounds raised being ss. 11(i) and 12 of the *Charter* as well as whether the "in the system" principle has any application.

imposée par le juge du procès, prononce (*adjudge*) cette sentence, en ce qu'elle l'examine de façon judiciaire. L'argumentation de l'intimée selon laquelle le terme «*adjudge*» ne porte que sur les options de la peine qui peut être ordonnée à l'issue du procès adopte une interprétation trop étroite de l'al. 44e), et ne tient pas compte du sens du terme «*adjudge*».

En arrivant à cette conclusion, je me rends bien compte du fait que le texte français de l'al. 44e) ne comprend pas d'équivalent terminologique pour «*adjudged*», mais qu'il édicte plutôt que «les sanctions dont l'allègement est prévu par le nouveau texte sont, après l'abrogation, réduites en conséquence». En cas de contradiction ou d'ambiguïté entre les deux textes officiels de la *Loi d'interprétation* quant à leur application à une disposition portant sur l'imposition de sentences, on devrait suivre le principe général d'interprétation voulant que les lois pénales doivent recevoir une interprétation restrictive. C'est-à-dire que l'interprétation qui est plus favorable à l'accusé doit prévaloir: *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), par Ruth Sullivan, aux pp. 357 à 362; Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), aux pp. 451 à 457. De toute façon, l'absence d'équivalent terminologique pour «*adjudge*» dans le texte français ne permet pas de déterminer si le bénéfice des modifications apportées aux lois s'étend aux appels. Cette absence ne contredit pas non plus les conclusions tirées au sujet du sens du terme «*adjudge*».

Par ailleurs, l'argument de l'intimée selon lequel l'historique législatif des modifications apportées à la *Loi d'interprétation* est parallèle à celui des modifications apportées aux droits d'appel en matière de sentence n'est pas concluant mis en regard du sens des termes choisis par le Parlement.

L'alinéa 44e) de la *Loi d'interprétation* permettant de décider du pourvoi, il ne faudrait pas, par ailleurs, considérer que les présents motifs constituent un commentaire sur les autres moyens présentés, soit l'al. 11i) et l'art. 12 de la *Charte*, ou sur la question de savoir si le principe de «l'affaire en cours» s'applique ou non.

28

29

30

Disposition

31 The appeal is allowed and the case referred back to the trial judge to determine whether the discretion provided for in ss. 100(1.1) and (1.2) should be exercised in the appellant's favour.

The following are the reasons delivered by

32 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — As my colleague Justice Major has pointed out, this appeal raises the issue of whether an accused is entitled to benefit from a statutory amendment (namely to s. 100 of the *Criminal Code* (effected by S.C. 1991, c. 40, s. 12(1))) proclaimed in force after sentencing but prior to the hearing of an appeal with respect to the sentence. More particularly, this appeal focuses on whether appellate review falls within the ambit of s. 44(e) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, in such a way as to provide an appellate court with the authority to apply statutory amendments that have occurred after sentencing, in the absence, as here, of transitory provisions to that effect.

33 My colleague concludes that an accused is entitled to the benefit of the amended provision. I disagree.

34 The facts are recounted by Major J. Suffice it to recall that the appellant, a police officer, was convicted of assault causing bodily harm. As a result of this conviction, a mandatory five-year prohibition on the possession of firearms was imposed upon the appellant pursuant to s. 100 of the *Code* (rep. & sub. by R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.)), s. 14). That provision read as follows at the time of the trial:

100. (1) Where an offender is convicted or discharged under section 736 of an indictable offence in the commission of which violence against a person is used, threatened or attempted and for which the offender may be sentenced to imprisonment for ten years or more or of an offence under section 85, the court that sentences

Dispositif

L'appel est accueilli, et l'affaire est renvoyée au juge du procès afin qu'il détermine s'il devrait exercer en faveur de l'appelant le pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les par. 100(1.1) et (1.2).

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Comme le souligne mon collègue le juge Major, il s'agit dans cet appel de déterminer si un accusé a le droit de bénéficier d'une modification apportée à une loi (en l'espèce, la modification de l'art. 100 du *Code criminel* par L.C. 1991, ch. 40, par. 12(1)), modification proclamée en vigueur après le prononcé de la sentence, mais avant l'audition de l'appel de cette sentence. Plus précisément, la question au cœur de ce pourvoi est de déterminer si l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, s'applique à une affaire en appel, conférant ainsi à la cour d'appel le pouvoir d'appliquer des modifications apportées aux lois après le prononcé d'une sentence, en l'absence, comme en l'espèce, de dispositions transitoires appropriées.

Mon collègue conclut qu'un accusé a droit au bénéfice de la disposition modifiée. Je ne suis pas d'accord.

Comme le juge Major a fait le récit des faits, il suffit simplement de rappeler que l'appelant, un agent de police, a été déclaré coupable de voies de fait infligeant des lésions corporelles. Par suite de cette déclaration de culpabilité, une interdiction obligatoire de cinq ans d'avoir en sa possession une arme à feu a été imposée à l'appelant conformément à l'art. 100 du *Code* (abr. & rempl. par L.R.C. (1985), ch. 1 (4^e suppl.), art. 18 (ann. I, n^o 4)). Au moment du procès, cette disposition était rédigée de la façon suivante:

100. (1) Le tribunal qui déclare coupable ou absout en vertu de l'article 736 un contrevenant relativement à un acte criminel punissable d'un emprisonnement minimal de dix ans et perpétré avec violence ou tentative ou menace de violence contre la personne, de même que celui qui déclare coupable ou absout un contrevenant en

the offender shall, in addition to any other punishment that may be imposed for that offence, make an order prohibiting the offender from having in his possession any firearm or any ammunition or explosive substance for any period of time specified in the order that commences on the day the order is made and expires not earlier than

(a) in the case of a first conviction for such an offence, five years, and

(b) in any other case, ten years. . . [Emphasis added.]

The appellant appealed both his sentence and the firearms prohibition. Prior to the hearing of the appeal, an amendment to s. 100 of the *Code* was proclaimed into force. In proclaiming this amendment, Parliament withdrew the mandatory nature of s. 100 firearm prohibition orders by permitting the exercise of judicial discretion in certain circumstances. Section 100 of the *Code* (rep. & sub. by S.C. 1991, c. 40, s. 12(1)) now reads as follows:

100. (1) Where an offender is convicted or discharged under section 736 of an indictable offence in the commission of which violence against a person is used, threatened or attempted and for which the offender may be sentenced to imprisonment for ten years or more or of an offence under section 85, the court that sentences the offender shall, subject to subsections (1.1) to (1.3), in addition to any other punishment that may be imposed for that offence, make an order prohibiting the offender from possessing any firearm or any ammunition or explosive substance for any period of time specified in the order that commences on the day on which the order is made and expires not earlier than

(a) in the case of a first conviction for such an offence, ten years, and

(b) in any other case, life,

after the time of the offender's release from imprisonment after conviction for the offence or, if the offender is not then imprisoned or subject to imprisonment, after

vertu de l'article 736 relativement à un acte criminel prévu à l'article 85, doit, en sus de toute autre peine qui peut être imposée pour cet acte criminel, rendre une ordonnance interdisant au contrevenant d'avoir en sa possession une arme à feu, des munitions ou une substance explosive pour une période, devant être indiquée dans l'ordonnance, courant à compter du jour où elle est rendue et expirant au plus tôt:

a) dans le cas d'une première infraction, cinq ans;

b) dans tous les autres cas, dix ans. . . [Je souligne.]

L'appelant en a appelé tant de la sentence que de l'interdiction d'avoir en sa possession une arme à feu. Avant l'audition de l'appel, une modification apportée à l'art. 100 du *Code* est entrée en vigueur par proclamation. Par cette proclamation, le Parlement abolissait le caractère obligatoire des ordonnances d'interdiction d'armes à feu rendues en vertu de l'art. 100, accordant aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire dans certaines circonstances. L'article 100 du *Code* (abr. & rempl. par L.C. 1991, ch. 40, par. 12(1)) se lit ainsi:

100. (1) Le tribunal qui déclare coupable un contrevenant ou l'absout en vertu de l'article 736 soit dans le cas d'un acte criminel passible d'une peine maximale d'emprisonnement égale ou supérieure à dix ans et perpétré avec usage, tentative ou menace de violence contre la personne, soit dans le cas d'un acte criminel prévu à l'article 85 doit, sous réserve des paragraphes (1.1) à (1.3) et en sus de toute autre peine applicable, rendre une ordonnance interdisant au contrevenant d'avoir en sa possession une arme à feu, des munitions ou des substances explosives pour la période qu'il indique. La période minimale indiquée dans l'ordonnance, consécutive soit à la date de libération de l'emprisonnement infligé pour cet acte criminel soit à la date où le contrevenant a été déclaré coupable de cet acte criminel ou en est absous en vertu de l'article 736, s'il n'est pas emprisonné ou n'est pas passible d'emprisonnement, est de dix ans dans le cas d'une première infraction et de la vie dans tous les autres cas.

the time of the offender's conviction or discharge for that offence.

(1.1) The court is not required to make an order under subsection (1) where the court is satisfied that the offender has established that

(a) it is not desirable in the interests of the safety of the offender or of any other person that the order be made; and

(b) the circumstances are such that it would not be appropriate to make the order.

(1.2) In considering whether the circumstances are such that it would not be appropriate to make an order under subsection (1), the court shall consider

(a) the criminal record of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission;

(b) whether the offender needs a firearm for the sustenance of the offender or the offender's family; and

(c) whether the order would constitute a virtual prohibition against employment in the only vocation open to the offender. [Emphasis added.]

36

The appellant submits that he should be allowed to rely upon s. 44(e) of the *Interpretation Act* in order to benefit from this statutory amendment to s. 100 of the *Code*. He contends that the words "imposed or adjudged" used in s. 44(e) of the *Interpretation Act* must be read disjunctively, and that consequently, the term "adjudged" encompasses appellate adjudication with respect to sentence. The appellant further contends that the expression "time of sentencing" in s. 11(i) of the *Charter* also includes an appeal from sentence and that the "in the system" principle flowing from this Court's decision in *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246, should apply to cases of statutory amendments. Finally, the appellant alleges that the sentence imposed under the former s. 100 of the *Code* constitutes cruel and unusual punishment within the meaning of s. 12 of the *Charter* and that consequently, he should be granted a constitutional exemption.

36a

Section 44(e) of the *Interpretation Act* provides as follows:

(1.1) Le tribunal n'est pas tenu de rendre une ordonnance s'il est convaincu que le contrevenant a établi à la fois:

a) qu'elle ne serait pas souhaitable pour la sécurité de qui que ce soit;

b) que les circonstances ne l'exigent pas.

(1.2) Dans l'appréciation de ces circonstances, le tribunal prend en compte:

a) le casier judiciaire du contrevenant, la nature de l'infraction et les circonstances dans lesquelles elle a été commise;

b) la nécessité pour le contrevenant de posséder une arme à feu afin d'assurer sa subsistance et celle de sa famille;

c) le fait qu'elle constituerait ou non une interdiction de travailler dans le seul domaine possible d'emploi du contrevenant. [Je souligne.]

L'appelant plaide qu'il devrait lui être permis d'invoquer l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation* et de bénéficier ainsi de la modification apportée à l'art. 100 du *Code*. Il soutient que les mots «*imposed or adjudged*», dans le texte anglais de l'al. 44e), doivent être interprétés de façon disjonctive et que, par conséquent, «*adjudged*» comprend la décision de la cour d'appel sur sentence. En outre, l'appelant prétend que l'expression «le moment [...] de la sentence», à l'al. 11i) de la *Charte*, s'étend aussi à l'appel d'une sentence, et que la règle de l'«*affaire en cours*» dégagée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246, devrait s'appliquer aux cas de modifications apportées aux lois. Enfin, l'appelant maintient que la sentence imposée en vertu de l'ancien art. 100 du *Code* constitue une peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte* et qu'il devrait donc bénéficier d'une exemption constitutionnelle.

L'alinéa 44e) de la *Loi d'interprétation* prévoit:

44. Where an enactment, in this section called the “former enactment”, is repealed and another enactment, in this section called the “new enactment”, is substituted therefor,

(e) when any punishment, penalty or forfeiture is reduced or mitigated by the new enactment, the punishment, penalty or forfeiture if imposed or adjudged after the repeal shall be reduced or mitigated accordingly; [Emphasis added.]

This provision of the *Interpretation Act* enables an accused to benefit from a reduced or mitigated penalty when a statutory amendment occurs prior to the time at which the punishment is “imposed or adjudged”. The question before us is whether it does so subsequent to the sentence at trial, i.e., when the accused is still “in the system” and awaiting his appeal to be heard.

In determining whether the words “or adjudged” encompass appellate review, Griffiths J.A. for the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Luke* (1994), 17 O.R. (3d) 51, which raised the same issue and in which judgment was handed down just shortly before the judgment in the case at hand, concluded at p. 60 that these words did not extend to appellate review:

... the words “or adjudged” in s. 44(e) of the *Interpretation Act*, while they clearly must mean more than simply “imposed”, do not extend the scope of the provision to cover an appellate review. In my opinion, “adjudged” simply means to “pronounce, decide, or pass on” judicially. Section 44(e) would have application at the trial level only and provides no relief to the accused on appeal, where the function of the appellate court is essentially to review.

I agree. I am of the view that s. 44(e) of the *Interpretation Act* cannot be relied upon by the appellant in this case since his punishment was “adjudged” prior to the amendment of s. 100 of the Code. My conclusion stems from statutory interpretation as well as from reasons of policy.

44. En cas d'abrogation et de remplacement, les règles suivantes s'appliquent:

e) les sanctions dont l'allègement est prévu par le nouveau texte sont, après l'abrogation, réduites en conséquence; [Je souligne.]

Cette disposition de la *Loi d'interprétation* permet à un accusé de bénéficier de l'allègement de sanctions lorsque la modification de la loi intervient avant le moment où la sanction est, suivant le texte anglais, «imposed or adjudged». Il s'agit donc pour la Cour de décider s'il en est ainsi après le prononcé de la sentence au procès, lorsque l'affaire est toujours «en cours», l'audition de l'appel n'ayant pas encore eu lieu.

Devant déterminer si les mots «*or adjudged*» s'étendent à l'examen en appel, le juge Griffiths de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *R. c. Luke* (1994), 17 O.R. (3d) 51, qui soulevait la même question et dans laquelle jugement a été prononcé immédiatement avant celui qui fait l'objet du présent pourvoi, a conclu à la p. 60 que ces mots ne s'appliquent pas à l'examen en appel:

[TRADUCTION] ... les mots «*or adjudged*» de l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation*, bien qu'ils veuillent clairement dire plus que simplement «*imposed*», n'élargissent pas le sens de la disposition de manière à viser l'examen en appel. À mon avis, «*adjudged*» signifie simplement «déclarer, décider ou se prononcer» judiciairement. L'alinéa 44e) n'aurait d'application qu'au niveau du procès et n'est d'aucun secours à l'accusé en appel, où la fonction de la cour d'appel est essentiellement de procéder à un examen.

Je suis d'accord. L'alinéa 44e) de la *Loi d'interprétation* ne saurait, selon moi, être utile à l'appellant en l'espèce, étant donné que la sanction a été «*adjudged*» avant la modification apportée à l'art. 100 du Code. J'appuie ma conclusion tant sur les règles d'interprétation des lois que sur certaines considérations de principe.

37

38

Statutory Interpretation

39

My colleague has reviewed the dictionary definitions of the word “adjudged” and it is not necessary to repeat that exercise here. One can take any of those definitions as applying to the trial context. As Laskin C.J. pointed out in *Attorney General for Ontario v. Regional Municipality of Peel*, [1979] 2 S.C.R. 1134, at p. 1145, it must be recognized “how much context and purpose relate to meaning”. Approving this citation, Pierre-André Côté in *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 221, adds:

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.

See also *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761.

40

Thus, in my view, my colleague’s dictionary exercise is in no way conclusive nor is it determinative of the issue at hand. What is clear here is that the word “imposed” relates to the sentence “imposed” at trial. The question then becomes why did Parliament believe it necessary to add the words “or adjudged”? Is it, as my colleague Major J. concludes, to cover the appeal, or is it for another reason which can be easily explained?

41

A review of the legislative history of s. 44(e) of the *Interpretation Act* does in fact provide an easily explainable reason for which Parliament felt it necessary to add the words “or adjudged”. The original version of s. 44(e) of the *Interpretation Act* dates back to 1886 (*The Interpretation Act*, R.S.C. 1886, c. 1) and it provided as follows:

7. In every Act of the Parliament of Canada, unless the context otherwise requires: —

L’interprétation de la loi

Mon collègue fait une revue des définitions que donnent les dictionnaires du mot «*adjudged*», et il n’est pas nécessaire de la reprendre ici. N’importe laquelle de ces définitions peut être applicable au niveau du procès. Le juge en chef Laskin, dans l’arrêt *Procureur général de l’Ontario c. Municipalité régionale de Peel*, [1979] 2 R.C.S. 1134, à la p. 1145, souligne «à quel point le contexte et le but visé peuvent faire varier le sens d’un mot». Pierre-André Côté, dans *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), à la p. 245, reprend cette observation et ajoute:

... 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.

Voir également la décision *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761.

Ainsi l’examen des définitions de dictionnaires, auquel mon collègue a procédé, n’est ni concluant ni déterminant. Ce qui est clair ici c’est que le mot «*imposed*» se rapporte à la sentence prononcée au procès. La question demeure de savoir pourquoi le Parlement a cru nécessaire d’ajouter les mots «*or adjudged*». Est-ce, comme l’affirme mon collègue le juge Major, pour viser l’appel, ou est-ce pour une toute autre raison qui pourrait s’expliquer facilement?

L’historique législatif de l’al. 44e) de la *Loi d’interprétation* fournit facilement une explication de l’ajout par le Parlement des mots «*or adjudged*». La version originale de l’al. 44e) de la *Loi d’interprétation* remonte à 1886 (*Acte d’interprétation*, S.R.C. 1886, ch. 1) et était rédigée de la façon suivante:

7. Dans tout acte du parlement du Canada, à moins que le contexte n’exige une interprétation différente, —

(53.) . . . whenever any penalty, forfeiture or punishment is mitigated by any . . . provisions . . . , such provisions shall be extended and applied to any judgment to be pronounced after such repeal or revocation: [Emphasis added.]

At first blush, the use of the words “any judgment” could be interpreted as including judgments on appeal. However, Parliament’s true intent in this regard appears more clearly in light of a 1906 amendment (*Interpretation Act*, R.S.C. 1906, c. 1) whereby the words “any judgment” were replaced by “imposed or adjudged”. The 1906 amended version read as follows:

19. . . .

2. If other provisions are substituted for those so repealed or revoked, then, unless the contrary intention appears, —

(d) if any penalty, forfeiture or punishment is reduced or mitigated by any of the provisions of the Act or regulation whereby such other provisions are substituted, the penalty, forfeiture or punishment, if imposed or adjudged after such repeal or revocation, shall be reduced or mitigated accordingly. [Emphasis added.]

The legislative context at the time this amendment was proclaimed was characterized by the granting of rights of appeal against sentences that had previously never been granted (*The Criminal Code*, 1892, S.C. 1892, c. 29, ss. 744, 766). Given this context, respondent submits that Parliament’s choice of amending words, namely from “any judgment” to “imposed or adjudged”, is an indication that s. 44(e) of the *Interpretation Act* was only meant to apply at the trial level. I am in full agreement with this submission and believe that Parliament chose to not retain the initial wording of the predecessor of s. 44(e) of the *Interpretation Act* precisely in order to limit the extent to which the right to the benefit of a lesser sanction could be relied upon, i.e., not beyond determination at trial.

I believe that had Parliament wanted the words “or adjudged” to connote appellate finality, it would have chosen clear wording to that effect. As

(53.) [. . .] lorsqu’une amende, confiscation ou peine aura été mitigée par quelque disposition [. . .], cette disposition s’appliquera à tout jugement prononcé après l’abrogation ou la révocation; [Je souligne.]

À prime abord, l’utilisation des mots «tout jugement» pourrait être interprétée comme comprenant les jugements d’appel. Toutefois, la véritable intention du législateur à cet égard apparaît plus clairement dans la modification de 1906 (*Loi d’interprétation*, S.R.C. 1906, ch. 1), où les mots «tout jugement» ont été remplacés par «imposées et décrétées». La version modifiée de 1906 se lisait ainsi:

19. . . .

2. Si d’autres dispositions sont substituées à celles ainsi abrogées ou révoquées, alors, à moins que l’intention contraire n’apparaisse, —

d) si une amende, une confiscation ou une punition est réduite ou mitigée par l’une des dispositions de la loi ou du règlement auquel ces autres dispositions sont substituées, l’amende, la confiscation ou la punition, si elles sont imposées et décrétées après cette abrogation ou cette révocation, doivent être réduites ou mitigées en conséquence. [Je souligne.]

Au moment où cette modification a été proclamée, la législation créait, pour la première fois, un droit d’appel contre les sentences (*Code criminel*, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 744 et 766). Étant donné ce contexte, l’intimée soutient que le choix fait par le Parlement de modifier la disposition en passant des termes «tout jugement» à ceux «imposées ou décrétées», indique que l’al. 44e) de la *Loi d’interprétation* ne devait s’appliquer qu’au niveau du procès. Je partage ce point de vue. À mon avis, le Parlement a choisi de ne pas conserver la formulation antérieure de l’al. 44e) de la *Loi d’interprétation* précisément afin de limiter la portée du droit au bénéfice d’une sanction allégée, c’est-à-dire le limiter à la décision rendue au procès.

Si le Parlement avait voulu, par l’emploi des mots «or adjudged», que cette modification s’applique à un appel il s’en serait exprimé en termes

42

43

44

the respondent points out, phrases such as “reviewed on appeal” or “finally decided” could presumably have been used by Parliament when it adopted s. 44(e) of the *Interpretation Act*, had it in fact wished to extend the right to the benefit of a lesser sanction beyond trial sentencing to include appellate review.

45 Furthermore, the use of the words “or adjudged” is grammatically necessary to encompass all conceivable judicial orders of a penal nature available at the trial level. The word “imposed”, in and of itself, does not embrace the full range of possible trial orders. For example, as respondent points out, forfeitures, which are included in s. 44(e) of the *Interpretation Act*, are *in rem* orders whereby “adjudged” property has led to a forfeiture of proceeds generated from that property. Clearly, the use of the word “adjudged” in such a case is required given that a forfeiture is not, in this context, “imposed”. Therefore, the words “or adjudged” as used in s. 44(e) of the *Interpretation Act* simply laterally expand the scope of the provision in such a way as to cover all possible penal orders made in the trial context.

46 My colleague Major J. is of the opinion that this interpretation is too narrow an approach and that it disregards the meaning of the word “adjudged”. He also adds that a review of the legislative history with regards to the use of the terms “or adjudged” is not conclusive. In this respect, I must point out that the French version of s. 44(e) of the *Interpretation Act* makes no use whatsoever of the term “adjudged” and simply states that “*les sanctions dont l’allègement est prévu par le nouveau texte sont, après l’abrogation, réduites en conséquence*”. The absence of the French equivalent of the words “or adjudged” demonstrates, at the very least, that Parliament has in no way clearly indicated an intention to extend the right to the benefit of a lesser sanction beyond trial sentencing through the use of the word “adjudged”. The question raised by this appeal cannot therefore be

clairs. Comme le fait remarquer l’intimée, des expressions telles que «*reviewed on appeal*» ou «*finally decided*» auraient pu être utilisées par le Parlement lors de l’adoption de l’al. 44e) de la *Loi d’interprétation*, s’il avait en fait souhaité étendre le droit de bénéficier d’une sentence allégée au-delà du prononcé de la sentence au procès, soit à l’examen de cette sentence en appel.

Par ailleurs, l’utilisation des mots «*or adjudged*» est sémantiquement nécessaire pour englober toutes les ordonnances judiciaires de nature pénale qui peuvent être rendues dans le cadre d’un procès. Le mot «*imposed*», en soi, ne comprend pas l’ensemble des ordonnances qui peuvent être rendues au procès. Par exemple, comme le fait remarquer l’intimée, les confiscations qui sont visées par l’al. 44e) de la *Loi d’interprétation* sont des ordonnances *in rem* par lesquelles le bien adjudgé («*adjudged*») mène à une confiscation des produits que le bien a générés. À l’évidence, l’utilisation du mot «*adjudged*» est nécessaire dans ce cas étant donné qu’une confiscation n’est pas, dans ce contexte, «*imposed*». Par conséquent, les mots «*or adjudged*» de l’al. 44e) de la *Loi d’interprétation* ne font qu’étendre latéralement la portée de la disposition de manière à comprendre toutes les ordonnances pénales qui peuvent être prononcées dans le cadre d’un procès.

Mon collègue le juge Major est d’avis que cette interprétation est trop restrictive et qu’elle ne tient pas compte du sens du mot «*adjudged*». Il ajoute que l’examen de l’historique législatif de l’utilisation des mots «*or adjudged*» n’est pas concluant. À cet égard, je dois souligner que le texte français de l’al. 44e) de la *Loi d’interprétation* ne comporte aucun équivalent terminologique au mot «*adjudged*» et qu’il énonce simplement que «*les sanctions dont l’allègement est prévu par le nouveau texte sont, après l’abrogation, réduites en conséquence*». L’absence, en français, d’équivalence terminologique pour «*or adjudged*», démontre, à tout le moins, que le Parlement n’a en aucune façon, par l’utilisation du mot «*adjudged*», clairement indiqué son intention d’accorder le droit de bénéficier d’une sanction allégée au-delà du prononcé de la sentence au procès. Il n’est donc pas possible de

resolved by strictly focusing on the word "adjudged" as used in the English version of s. 44(e) of the *Interpretation Act*.

Before turning to the policy considerations raised by the case at hand, I must finally point out that the case of *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193 (Ont. H.C.), is noteworthy for the purposes of the case at hand. In particular, Linden J. drew a parallel between s. 44(e) of the *Interpretation Act* (then s. 36(e)) and s. 11(i) of the *Charter*, which constitutes the constitutional expression of the right to the benefit of a lesser punishment. Linden J. remarked that both provisions were consistent in that they give "the accused the advantage of the lesser penalty only if the change comes before he is sentenced". In discussing s. 44(e) of the *Interpretation Act*, Linden J. concluded at pp. 207-8:

Thus, under Canadian law as it stood prior to the enactment of the *Charter*, there was no generally applicable statutory provision enabling a person convicted of an offence to be given a reduced penalty if, at any time following conviction, a new statute provided for a lighter penalty; convicted persons could benefit from such a reduction only if punishment were imposed after the repeal or if it was expressly provided for in the statute. [Underlining added.]

I note that in *R. v. Milne*, [1987] 2 S.C.R. 512, this Court implicitly adopted Linden J.'s interpretation of s. 11(i) of the *Charter* which, in turn, was based in part on his interpretation of s. 44(e) of the *Interpretation Act*. Moreover, in *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, at p. 908, albeit in *obiter*, Sopinka J. intimated on behalf of the majority that s. 11(i) of the *Charter* does not extend to appellate proceedings.

The parallel between s. 44(e) of the *Interpretation Act* and s. 11(i) of the *Charter* had in fact been previously drawn in *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193 (Ont. H.C.), where Linden J. remarked at p. 208 that s. 11(i) of the *Charter* "entrenches" s. 44(e) of the *Interpreta-*

trancher la question soulevée par le présent pour-voi en se concentrant seulement sur le mot «*adjudged*» du texte anglais de l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation*.

47
Finalement, avant d'aborder les questions de principe qui se soulèvent ici, je note la pertinence du jugement dans l'affaire *Re Mitchell and The Queen* (1983), 6 C.C.C. (3d) 193 (H.C. Ont.), tout particulièrement en ce qui a trait au parallèle que trace le juge Linden entre l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation* (l'al. 36e), à l'époque), et l'al. 11i) de la *Charte* qui est l'expression constitutionnelle du droit de bénéficier d'une sentence allégée. Le juge Linden fait remarquer que les deux dispositions sont compatibles en ce qu'elles accordent [TRADUCTION] «à l'accusé l'avantage d'une sentence allégée seulement si la modification survient avant le prononcé de la sentence». Le juge Linden conclut son analyse de l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation* de la façon suivante (aux pp. 207 et 208):

[TRADUCTION] Par conséquent, le droit canadien d'avant l'adoption de la *Charte* ne comportait, de façon générale, aucune disposition légale accordant à une personne déclarée coupable d'une infraction le droit de recevoir une sentence allégée si, à quelque moment suivant la *déclaration de culpabilité*, une nouvelle loi prévoyait une sanction plus légère; les personnes déclarées coupables pouvaient bénéficier d'un tel allègement seulement si la sentence était infligée après l'abrogation ou si cela était expressément prévu dans la loi. [Je souligne.]

48
Je constate que dans l'arrêt *R. c. Milne*, [1987] 2 R.C.S. 512, notre Cour a implicitement adopté l'interprétation du juge Linden de l'al. 11i) de la *Charte*, qui, elle, se fondait en partie sur son interprétation de l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation*. De plus, dans l'arrêt *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, à la p. 908, le juge Sopinka, dans une opinion incidente, semble indiquer au nom de la majorité de la Cour que l'al. 11i) de la *Charte* ne s'applique pas aux appels.

49
Le parallèle entre l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation* et l'al. 11i) de la *Charte* avait déjà en fait été tracé dans l'affaire *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193 (H.C. Ont.), où le juge Linden a observé, à la p. 208, que l'al. 11i) de la *Charte* constitutionnalise l'al. 44e) de la

tion Act. Consequently, it is in my opinion inconsistent to hold that s. 44(e) of the *Interpretation Act* extends the right to the benefit of a lesser sanction further than s. 11(i) of the *Charter*. It in fact appears antithetical to conclude that s. 44(e) of the *Interpretation Act* can be deemed to afford greater protection than the analogous constitutional guarantee it inspired.

Policy Considerations

50 As noted in *Re McCutcheon and City of Toronto*, *supra*, at p. 208, s. 44(e) of the *Interpretation Act* can be described as an expression of the right to the benefit of a lesser sanction when legislation is amended. Many policy considerations come into play when determining the extent to which such a right can be applied.

51 First, one should be mindful of the consequences an overly broad interpretation can have here in terms of frivolous appeals. I am of the opinion that the provisions of s. 44(e) of the *Interpretation Act* must not be interpreted in a way that encompasses appellate review, namely because any other conclusion encourages properly sentenced accuseds to lodge frivolous appeals in the hopes that the law will change by the time their appeal is heard.

52 The second reason for which the right to the benefit of a lesser sanction provided for by s. 44(e) of the *Interpretation Act* should not be extended beyond trial sentencing is one of common sense as well as of policy: a person charged with an offence should be subject to the punishment that the *Code* carried for that offence at the time the offence was committed. Since no one is presumed to ignore the law, the person who commits an offence must be presumed to have known of the punishment that same offence entails. In light of this presumption, it seems illogical that an appeal should have the effect of varying the applicable law with regards to sentencing. The fact that an appeal is lodged or not should be inconsequential.

Loi d'interprétation. Par conséquent, je suis d'avis que, en ce qui a trait à la possibilité d'accorder le bénéfice d'une sentence allégée, on ne peut pas soutenir que l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation* a une portée plus grande que celle de l'al. 11i) de la *Charte*. De fait, il semble antithétique de conclure que l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation* puisse être considéré comme accordant une plus grande protection que la garantie constitutionnelle analogue qu'il a inspirée.

Les questions de principe

Comme on l'a souligné dans l'affaire *Re McCutcheon and City of Toronto*, précitée, à la p. 208, l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation* peut être décrit comme l'expression du droit au bénéfice d'une sanction allégée lorsqu'une loi a été modifiée. De nombreuses questions de principe entrent en jeu lorsqu'il faut déterminer la portée d'un tel droit.

Premièrement, on ne saurait ignorer les conséquences qu'une interprétation trop large pourrait avoir quant aux appels futiles. Les dispositions de l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation* ne doivent pas, à mon avis, être interprétées comme s'appliquant à l'examen en appel particulièrement pour le motif que toute autre conclusion encourage des accusés, sentencés conformément à la loi, à interjeter des appels futiles dans l'espoir que la loi sera modifiée avant l'audition de leur appel.

La deuxième raison pour laquelle le droit de bénéficier d'une sentence allégée en vertu de l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation* ne devrait pas être accordé au-delà du prononcé de la sentence au procès est à la fois une question de bon sens et de principe: la personne inculpée d'une infraction devrait recevoir la peine que le *Code* prévoyait au moment de la perpétration de cette infraction. Étant donné que nul n'est censé ignorer la loi, on doit présumer que la personne qui commet une infraction sait quelle sanction y est rattachée. Compte tenu de cette présomption, il semble illogique qu'un appel puisse avoir l'effet de modifier la loi applicable relativement à la sentence. Le fait qu'un appel soit ou non interjeté ne devrait avoir aucune conséquence à cet égard.

Once it is recognized that the applicable law here is the law as it stood at the time of trial sentencing (i.e., the law as it stood at the time the offence was committed), it follows that statutory amendments that provide for stricter sanctions should not apply on appeals from sentence for the very same reason. To conclude otherwise, whether a statutory amendment provides for a stricter sanction or a lesser one, inevitably means that accuseds who have been properly sentenced for the same offence at the same time and on the basis of the law as it stood at the time of sentencing, will ultimately be afforded different sentencing treatment depending on whether they decide to lodge an appeal or not. The law should not favour such a result. Rather, when a reasonable interpretation can accommodate such concerns, it must be preferred.

A final consideration here relates to the role of appellate courts in the context of sentencing. More particularly, the right to the benefit of a lesser sanction provided for by s. 44(e) of the *Interpretation Act* must be considered in conjunction with s. 687 of the *Code* which deals with powers of courts of appeal regarding sentence appeals. Section 687(1) of the *Code* provides that “[w]here an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against . . .” It is well established that the role of appellate courts is to determine whether there has been an error on the part of the trial judge. In the absence of error, appellate courts must refrain from intervening.

In other words, once sentence is properly rendered at trial, an amended statutory provision proclaimed thereafter cannot be substituted for the former relevant statutory provision, notwithstanding appeal from the trial decision. This interpretation, as Griffiths J.A. pointed out in *R. v. Luke*, *supra*, is more consistent with the role of appellate courts which, notably in the context of sentencing, is more akin to review.

Une fois qu’il est admis que la loi applicable ici est la loi telle qu’elle existait au moment du prononcé de la sentence au procès (soit généralement la loi telle qu’elle existait au moment de la perpétration de l’infraction), il s’ensuit que les modifications législatives subséquentes qui prévoient des sanctions plus sévères ne devraient pas s’appliquer aux appels de sentences pour exactement la même raison. Que la modification apportée à la loi prévoit une sanction moins légère ou plus sévère, conclure autrement signifie inévitablement que des accusés qui ont reçu une sentence conforme à la loi pour la même infraction, au même moment et en vertu de la loi applicable au moment du prononcé de la sentence, recevront en fin de compte des sentences différentes selon qu’ils décident d’interjeter appel ou non. Le droit ne devrait pas permettre un tel résultat. Au contraire, s’il existe une interprétation qui permette de l’éviter, on doit l’adopter.

Finalement, il y a lieu de considérer le rôle des cours d’appel quant aux sentences. Plus particulièrement, le droit de bénéficier d’une sanction allégée prévu par l’al. 44e) de la *Loi d’interprétation* doit être apprécié au regard de l’art. 687 du *Code*, qui traite des pouvoirs des cours d’appel en matière d’appel de sentences. Le paragraphe 687(1) du *Code* prévoit que: «S’il est interjeté appel d’une sentence, la cour d’appel considère, à moins que la sentence n’en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté. . .» Il est bien établi que le rôle des cours d’appel est de déterminer s’il y a eu erreur de la part du juge du procès. En l’absence d’erreur, les cours d’appel doivent s’abstenir d’intervenir.

En d’autres termes, lorsqu’une sentence a été correctement prononcée lors du procès, la modification législative apportée et proclamée ultérieurement ne pourrait être substituée à l’ancienne disposition pertinente, même si un appel a été interjeté de la décision rendue au procès. Cette interprétation, comme le juge Griffiths l’a fait remarquer dans l’arrêt *R. c. Luke*, précité, est plus conforme au rôle des cours d’appel qui, particulièrement dans le contexte du prononcé des sentences, est davantage apparenté à un examen.

53

54

55

56 In the case at hand, no error was committed by the trial judge. The prohibition order was mandatory and the trial judge here correctly applied the former version of s. 100 of the *Code* on its terms. This former version of s. 100 of the *Code* was perfectly valid at the time the trial judge pronounced the sentence. Given that Parliament has in no way indicated that the amendment to s. 100 of the *Code* should apply to persons appealing a sentence rendered by virtue of the former version of s. 100 of the *Code*, the applicable law here is the law as it stood at the time of trial sentencing.

57 The absence of any trial error here also means that the "in the system" rule articulated in *R. v. Wigman, supra*, is of no assistance to the appellant. This rule allows an accused who is still "in the system" at the appeal stage to benefit from an interpretation of law that has been developed by the Supreme Court after the conviction at trial. This rule was developed on the basis that the previous interpretation of the law was erroneous. Again, this is altogether different from the case at hand in which the trial judge properly applied the statutory law to which he was bound, i.e., s. 100 of the *Code* as it stood at the time of the appellant's sentencing.

58 Finally, the issue of a constitutional exemption need not be addressed here as it has not been demonstrated that the sentence imposed under the former s. 100 of the *Code* constitutes cruel and unusual treatment or punishment within the meaning of s. 12 of the *Charter*.

59 In the result, I would dismiss the appeal and uphold the mandatory prohibition order required by virtue of s. 100 of the *Code* as it stood at the time of sentencing.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Duncan, Fava, Schermbrucker, Toronto.

En l'espèce, le juge du procès n'a commis aucune erreur. L'ordonnance d'interdiction était obligatoire et le juge du procès a correctement appliqué le texte de l'art. 100 du *Code* alors en vigueur. Cet article était tout à fait valide au moment où le juge du procès a prononcé la sentence. Étant donné que le Parlement n'a en aucune façon indiqué que la modification apportée par la suite à l'art. 100 du *Code* était applicable aux appels d'une sentence prononcée en vertu de l'ancien texte de l'art. 100 du *Code*, la loi applicable ici est la loi telle qu'elle existait au moment où la sentence a été prononcée au procès.

L'absence de toute erreur commise par le juge du procès signifie aussi, en l'espèce, que la règle de l'«affaire en cours» exprimée dans l'arrêt *R. c. Wigman*, précité, n'est d'aucun secours à l'appellant. Cette règle permet à un accusé, dans le cas d'une «affaire en cours» au niveau de l'appel, de bénéficier d'une interprétation du droit élaborée par la Cour suprême après qu'il ait été déclaré coupable à son procès. Cette règle a été élaborée à partir de la constatation que l'interprétation antérieure donnée au droit était erronée. Il s'agit là, je le répète, d'un cas très différent du présent cas en ce qu'ici le juge du procès a correctement appliqué la loi à laquelle il était tenu de se conformer, soit l'art. 100 du *Code*, tel qu'il existait au moment où l'appellant a reçu sa sentence.

Enfin, il est inutile d'étudier la question de l'exemption constitutionnelle en l'espèce puisqu'il n'a pas été démontré que la sentence prononcée en vertu de l'ancien art. 100 du *Code* constitue un traitement ou une peine cruels et inusités au sens de l'art. 12 de la *Charte*.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance d'interdiction qui était mandatoire aux termes de l'art. 100 du *Code* en vigueur au moment du prononcé de la sentence.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureurs de l'appellant: Duncan, Fava, Schermbrucker, Toronto.

*Solicitor for the respondent: The Attorney
General for Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de
l'Ontario, Toronto.*

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Nathen Bernshaw *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BERNSHAW

File No.: 23748.

Hearing and judgment: October 7, 1994.

Reasons delivered: January 27, 1995.

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

Criminal law — Motor vehicles — Demand for breath sample — Roadside screening test — Police officer authorized to demand that driver provide breath sample “forthwith” for screening test — Whether “fail” result per se provides reasonable and probable grounds to demand breathalyzer — Whether officer must ascertain when driver consumed last drink or wait at least 15 minutes before administering screening test — Whether “forthwith” means immediately or whether it may encompass 15-minute delay — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(2), (3).

A police officer pulled the accused's vehicle over after he had noticed it travelling over the speed limit and drifting from the far side of the shoulder to the centre of the road and back again with the brake lights flickering. He noticed a smell of liquor coming from the accused, whose eyes were red and glassy. When asked, the accused admitted that he had been drinking. The officer then made a demand for a breath sample for an ALERT roadside screening test pursuant to s. 254(2) of the *Criminal Code*, which provides that a police officer may demand that a driver provide a sample of breath “forthwith” when the officer suspects that the driver has alcohol in the body. The accused complied and the screening device recorded a “fail” result. The officer stated that when he obtained the fail reading he formed the opinion that the accused's ability to operate a motor vehicle was impaired by alcohol. He read him the standard breathalyzer demand and took him to the police station, where the accused provided two breath samples, both of which were well over the prescribed limit of .08.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Nathen Bernshaw *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. BERNSHAW

N° du greffe: 23748.

Audition et jugement: 7 octobre 1994.

Motifs déposés: 27 janvier 1995.

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 criminel — Véhicules à moteur — Ordre de soumettre un échantillon d'haleine — Test de détection routier — Policier autorisé à ordonner à un conducteur de soumettre «immédiatement» un échantillon d'haleine pour un test de détection — Un «échec» fournit-il en soi des motifs raisonnables d'ordonner un alcootest? — Un policier doit-il déterminer le moment de la dernière consommation ou attendre 15 minutes avant de faire subir un test de détection? — Le terme «immédiatement» signifie-t-il tout de suite ou peut-il comporter un délai de 15 minutes? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(2), (3).

Un policier a intercepté le véhicule de l'accusé après avoir remarqué qu'il circulait à une vitesse excessive et avoir vu la voiture aller du fond de l'accotement jusqu'au centre de la route, et les feux de freinage s'allumer et s'éteindre. Il a décelé une odeur d'alcool exhalée par l'accusé, qui avait les yeux rouges et vitreux. L'accusé a répondu par l'affirmative au policier qui lui a demandé s'il avait consommé de l'alcool. Le policier lui a alors ordonné de se soumettre à un test ALERT conformément au par. 254(2) du *Code criminel*, qui permet à un policier qui soupçonne la présence d'alcool dans l'organisme d'un conducteur d'ordonner à celui-ci de lui fournir «immédiatement» un échantillon d'haleine. L'accusé a obtempéré et l'appareil de détection a enregistré un «échec». Le policier a indiqué que c'est à ce moment qu'il s'est fait l'opinion que la capacité de l'accusé de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'effet de l'alcool. Il lui a lu l'ordre type de se soumettre à un alcootest et l'a conduit au poste de police, où il a fourni deux échantillons d'haleine, qui ont tous deux

At trial an expert witness testified that the presence of alcohol in the mouth of a person being tested can falsely elevate the reading on a screening device and give a false result. Thus, police officers were advised to ascertain when the last drink was consumed and, if they were unable to do so, to wait 15 minutes before administering the test. The RCMP screening device course manual recommended a delay of 15 minutes in order to allow mouth alcohol to dissipate. The manufacturer's operation manual recommended waiting 20 minutes before administering the ALERT test where the subject had recently had a drink, or regurgitated or vomited, to allow any mouth alcohol to be dispersed. The accused argued that the results of the breathalyzer test should be excluded on the grounds that the officer did not have the reasonable and probable grounds required to make the breathalyzer demand because he knew or ought to have known that the fail result recorded on the screening device might have been inaccurate due to the presence of mouth alcohol. The trial judge nonetheless admitted the breathalyzer test results and the accused was convicted of having care and control of a vehicle with a blood alcohol level of over .08. His summary conviction appeal was dismissed, but the Court of Appeal set aside the conviction and substituted a verdict of acquittal.

Held: The appeal should be allowed.

Per La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin and Major JJ.: Where a police officer believes on reasonable and probable grounds that a person has committed an offence pursuant to s. 253 of the *Code*, the officer may demand a breathalyzer. Section 254(3) of the *Code* requires that the police officer subjectively have an honest belief that the suspect has committed the offence and objectively there must exist reasonable grounds for this belief. Parliament has set up a statutory scheme whereby a screening test can be administered by the police merely upon entertaining a reasonable suspicion that alcohol is in a person's body. A "fail" result may be considered, along with any other indicia of impairment, in order to provide the police officer with the necessary reasonable and probable grounds to demand a breathalyzer. A "fail" result *per se*, however, may not provide reasonable and probable grounds. Where there is evidence that the police officer knew that the suspect had recently consumed alcohol and expert evidence shows that the subsequent screening test would be unreliable due to the presence of alcohol in the mouth, it

indiqué un alcoolémie dépassant de beaucoup la limite prévue de ,08. Au procès, un témoin expert a indiqué que la présence de traces d'alcool dans la bouche d'une personne soumise à un test pouvait faussement élever le résultat sur l'appareil de détection et donner un résultat erroné. Ainsi, les policiers avaient été informés qu'ils devaient déterminer le moment de la dernière consommation et qu'ils devaient, dans le cas où ils n'étaient pas en mesure de le faire, attendre 15 minutes avant de faire subir le test. Le manuel de formation de la GRC concernant l'appareil de détection recommande un délai de 15 minutes afin que toute trace d'alcool dans la bouche puisse s'évaporer. Le manuel du fabricant de l'appareil recommande une période d'attente de 20 minutes avant de faire subir le test ALERT si le sujet a récemment pris une consommation, érucé ou régurgité, afin que toute trace d'alcool dans la bouche puisse s'évaporer. L'accusé soutient que les résultats de l'alcootest devraient être écartés car le policier n'avait pas les motifs raisonnables requis pour lui ordonner de se soumettre à ce test, parce qu'il savait ou aurait dû savoir que l'échec enregistré sur l'appareil de détection pouvait être inexact à cause de la présence de traces d'alcool dans la bouche. Néanmoins, le juge du procès a admis les résultats de l'alcootest et a déclaré l'accusé coupable d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur avec une alcoolémie de plus de ,08. L'appel de la déclaration de culpabilité par procédure sommaire a été rejeté, mais la Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et rendu un verdict d'acquiescement.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin et Major: Lorsqu'un policier a des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis une infraction à l'art. 253 du *Code*, il peut lui ordonner de se soumettre à un alcootest. En vertu du par. 254(3) du *Code*, le policier doit subjectivement croire sincèrement que le suspect a commis l'infraction et, objectivement, cette croyance doit être fondée sur des motifs raisonnables. Le législateur a établi un régime législatif qui permet au policier de faire subir un test de détection lorsqu'il a simplement des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme d'une personne. Le policier peut tenir compte d'un «échec» ainsi que de tout autre signe d'ébriété pour déterminer qu'il a des motifs raisonnables d'ordonner un alcootest. Toutefois, un «échec» peut ne pas fournir en soi des motifs raisonnables. Lorsqu'il existe une preuve que le policier savait que le suspect avait récemment consommé de l'alcool et que la preuve d'expert démontre que l'on ne peut se fier au test de détection à cause de la présence d'alcool dans la bouche, on ne peut, en droit, affirmer que les critères subjectif et

cannot be decreed, as a matter of law, that both the subjective and objective tests have been satisfied. The requirement in s. 254(3) that reasonable and probable grounds exist is not only a statutory but a constitutional requirement as a precondition to a lawful search and seizure under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

If the scientific evidence establishes a high degree of unreliability when certain conditions prevail, and if a police officer knows, for example based on his or her training, that the resultant screening device will provide inaccurate results where a suspect has consumed alcohol within the 15 minutes prior to administering the test, we cannot, as a matter of law, tell a police officer that his honest answer as to his belief that there were no reasonable and probable grounds is wrong.

While the screening test should be administered as soon as possible, the fact that there is a two-hour limit for the breathalyzer test suggests that a 15-minute delay would not offend the provision nor the scheme of s. 254 of the *Code*. The statutory provisions must allow the time required to take a proper test. Under s. 254(2), the police officer is specifically entitled to demand a breath sample which enables a proper analysis of the breath. This flexible approach is in accord with the purpose of the statutory scheme and ensures that a police officer has an honest belief based on reasonable and probable grounds prior to making a breathalyzer demand. Waiting 15 minutes is permitted under s. 254(2) of the *Code* when this is in accordance with the exigencies of the use of the equipment. It strikes the proper balance between Parliament's objective in combatting the evils of drinking and driving, on the one hand, and the rights of citizens to be free from unreasonable search and seizure.

While there were several other potential indicia of impairment in this case aside from the evidence provided by the screening test, the police officer apparently did not form a belief based on reasonable and probable grounds until after administering the roadside screening test. Assuming this to be the case, he was entitled to rely on the "fail" result of the screening test, however, since there was no evidence with respect to the timing of the accused's last drink. Thus, it is too speculative to assert that the screening device result was unreliable. Where the particular screening device used has been approved under the statutory scheme, the officer is entitled to rely on its accuracy unless there is credible evidence to the contrary.

objectif ont été respectés. L'exigence de motifs raisonnables prévue au par. 254(3) est une exigence non seulement légale, mais aussi constitutionnelle, qu'il faut respecter, en vertu de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, à titre de condition préalable à une fouille, saisie ou perquisition légitime.

Si la preuve scientifique établit que l'appareil de détection est loin d'être fiable en présence de certaines conditions et si un policier sait, par exemple à cause de la formation qu'il a reçue, que l'appareil donnera des résultats inexacts dans le cas où un suspect a pris une consommation dans les 15 minutes avant le test, on ne peut, en droit, dire à un policier que sa réponse sincère quant à sa croyance qu'il n'existait aucun motif raisonnable est erronée.

Bien que le test de détection doive être administré dès que possible, le fait qu'il faut tenir compte du délai de deux heures imparti pour l'analyse laisse entendre qu'un délai de 15 minutes n'irait pas à l'encontre du régime prévu à l'art. 254 du *Code* ni de son objet. Les dispositions législatives doivent accorder suffisamment de temps pour procéder à un test valable. Le paragraphe 254(2) prévoit expressément qu'un policier a le droit d'ordonner à une personne de lui fournir l'échantillon d'haleine nécessaire à l'analyse. Cette démarche souple est conforme à l'objet du régime législatif et garantit qu'un policier a une conviction sincère fondée sur des motifs raisonnables avant d'ordonner un alcootest. Le paragraphe 254(2) du *Code* permet d'attendre 15 minutes si cela est conforme aux exigences d'utilisation de l'appareil. La démarche permet aussi d'établir l'équilibre approprié entre l'objectif du législateur dans sa lutte contre les méfaits de la conduite en état d'ébriété, d'une part, et les droits des citoyens de ne pas faire l'objet de fouilles, de perquisitions ou de saisies abusives, d'autre part.

Il existait en l'espèce plusieurs autres signes d'ébriété à part la preuve fournie par le test de détection, mais le policier n'a apparemment acquis une croyance fondée sur des motifs raisonnables qu'après avoir fait subir le test de détection. En supposant que ce soit le cas, il avait toutefois le droit de se fier à «l'échec» au test de détection puisqu'il n'existait aucune preuve quant au moment de la dernière consommation de l'accusé. Ce serait donc que pure conjecture que d'affirmer que le résultat de l'appareil de détection n'était pas fiable. Dans le cas où l'appareil de détection utilisé a été approuvé en vertu du régime législatif, le policier peut se fier à l'exactitude de cet appareil, sauf s'il existe une preuve crédible à l'effet contraire.

Per Lamer C.J. and Cory and Iacobucci J.J.: Drinking and driving leaves a terrible trail of death, injury, heart-break and destruction. To address this problem, Parliament enacted a two-stage statutory scheme set out in s. 254(2) and (3) of the *Criminal Code* to provide a means of testing for driver impairment. The first stage sets out a means of screening drivers and is a preliminary investigation aimed at determining whether a driver may constitute a danger to the public because of alcohol in his system. At the second stage, the statutory scheme is aimed at precisely determining the driver's level of alcohol. It is only at this second stage that it will be ascertained whether the alcohol level is over the prescribed limit, thus constituting a criminal offence. The ALERT testing devices are tools approved for use at the first stage. They provide a means whereby drivers can be quickly screened, and cause far less inconvenience to drivers than would a breathalyzer test.

The ALERT test is to be carried out "forthwith", which should be interpreted as meaning "immediately". Section 254(2) does not anticipate, require or include a 15-minute delay to allow residual mouth alcohol to dissipate either prior to making the demand or prior to administering the test. This 15-minute postponement would only be necessary to accommodate drinkers with indigestion or, more frequently, those who see fit to take a drink shortly before driving their car. It is entirely reasonable that the driver who does take a drink in those circumstances should be prepared to accept the consequences. If, as a consequence of taking a drink shortly before driving, there is in fact an unusually high level of residual mouth alcohol, the results of the false ALERT reading will be rectified by the breathalyzer test, which requires a 15-minute observation period before it is performed. The requirement to undergo the ALERT testing immediately should be regarded as one of the obligations that flow from the right to drive. An impaired driver is a potentially lethal hazard that must be detected and removed from the road as quickly as possible. The ability to administer the test immediately helps to protect the public by detecting those who may be a danger. The relatively rare occasions on which an ALERT test may be erroneous as a result of the driver consuming a very recent drink must be tolerated in the interest of the safety of the public.

The flexible approach to s. 254(2), whereby a police officer may postpone the administration of the test for

Le juge en chef Lamer et les juges Cory et Iacobucci: L'ivresse au volant entraîne énormément de décès, de blessures, de peine et de destruction. Pour remédier à ce problème, le législateur a adopté un régime législatif en deux étapes, les par. 254(2) et (3) du *Code criminel*, comme moyen de vérifier si les facultés des conducteurs sont affaiblies. La première étape offre un moyen de découvrir les conducteurs dont les facultés sont affaiblies et constitue un examen préliminaire visant à déterminer si un conducteur peut constituer un danger pour le public à cause de l'alcool qu'il a consommé. À la seconde étape, il s'agit de déterminer précisément l'alcoolémie du conducteur. C'est seulement à cette seconde étape que l'on examinera si l'alcoolémie est supérieure à la limite établie, auquel cas la personne a commis une infraction criminelle. Les appareils de détection ALERT sont des instruments approuvés pour utilisation au cours de la première étape. Ces appareils offrent un moyen de détection rapide et cause beaucoup moins d'inconvénients à un conducteur que l'alcootest.

Le test ALERT doit être effectué «immédiatement», terme auquel il faut donner le sens de «tout de suite». Le paragraphe 254(2) ne prévoit, n'exige ni n'inclut un délai de 15 minutes pour que toute trace possible d'alcool dans la bouche puisse s'évaporer, soit avant l'ordre de fournir un échantillon d'haleine soit avant de procéder au test. Il n'y aurait lieu d'attendre 15 minutes que si une personne a une indigestion ou si, ce qui est plus fréquent, elle juge bon de prendre un verre juste avant de prendre le volant. Il semble tout à fait raisonnable d'affirmer que le conducteur qui prend un verre dans ces circonstances devrait être disposé à accepter les conséquences de son acte. Si une personne a un taux résiduel d'alcool inhabituellement élevé dans la bouche parce qu'elle a pris un verre juste avant de prendre le volant, les résultats erronés du test ALERT seront rectifiés par l'alcootest, qui doit être précédé d'une période d'observation de 15 minutes avant d'être effectué. L'exigence de se soumettre immédiatement au test ALERT devrait être considérée comme l'une des obligations qui découlent du droit de conduire. Un conducteur dont les facultés sont affaiblies présente un danger mortel qu'il faut détecter et écarter de la circulation dès que possible. La possibilité de faire subir le test tout de suite aide à protéger le public en détectant les personnes susceptibles de constituer un danger. Dans l'intérêt de la sécurité du public, il faut accepter qu'il y aura des cas relativement rares où le test ALERT pourra donner des résultats erronés du fait que le conducteur a consommé de l'alcool juste avant de partir.

Il n'y a pas lieu d'adopter la démarche souple à l'égard du par. 254(2), selon laquelle un policier peut

15 minutes where he or she is of the opinion that a breath sample will be contaminated because of the presence of mouth alcohol, should not be adopted. The demand for an ALERT test must be made immediately in every situation when a reasonable suspicion of alcohol in the body has been established. The wording of the *Code* indicates that a 15-minute delay is not contemplated by the two-stage screening and testing procedure set out in s. 254(2) and (3). The whole scheme anticipates a very brief detention and immediate application of the screening test. As well, a delay of 15 minutes might not be justified under s. 1 of the *Charter*.

Once a police officer has a reasonable suspicion of alcohol in the body, the use of the ALERT test is warranted and the officer may rely on the results of that test in order to make a breathalyzer demand. The mere possibility that the ALERT test might have been inaccurate because of alcohol consumed shortly before driving and within the 15 minutes prior to the test is insufficient to invalidate the reasonableness of the officer's belief based on the result of the test.

Per L'Heureux-Dubé J.: The ALERT test, a device approved by Parliament, is, when properly administered to the knowledge of the officer, itself sufficient grounds to found the belief on reasonable and probable grounds required to warrant a breathalyzer demand. The present case requires this Court to adopt an approach to s. 254(2) and (3) that attempts to balance to the greatest extent possible the conflicting values underlying ss. 8 and 10(b) of the *Charter*. "Reasonable and probable grounds" is not only a statutory precondition to a breathalyzer demand but also a touchstone of the *Charter*, since under s. 8 individuals are not to be subject to unreasonable interference with their reasonable expectations of privacy. Such grounds ordinarily have both a subjective and an objective component. Roadside assessments of drivers' sobriety, however, are an activity in which the reasonable expectation of privacy is lower owing both to the nature of the activity and to the nature of the means available to regulate it. When individuals obtain a driver's licence, they accept the many responsibilities that come with that privilege and, most importantly, undertake a responsibility to others to conduct themselves safely on the nation's roadways. It is also common knowledge that impaired driving is dangerous and that the state must take certain measures to curb this pressing problem. Any reasonable expectation of privacy which people who drink and drive may entertain while in their vehicle is therefore lower with respect

retarder de 15 minutes l'administration du test s'il est d'avis qu'un échantillon d'haleine risque d'être contaminé par la présence d'alcool dans la bouche. Le policier doit donner à une personne l'ordre de se soumettre à un test ALERT dès qu'il a des motifs raisonnables de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme. Le libellé du *Code* n'indique pas qu'il faut attendre 15 minutes avant de faire subir au conducteur la procédure en deux étapes de détection et de contrôle visée aux par. 254(2) et (3). L'ensemble du régime se fonde sur une très brève période de détention et sur l'administration immédiate du test de détection. Aussi, un délai de 15 minutes pourrait ne pas se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Lorsqu'un policier a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme, l'utilisation du test ALERT est justifiée et le policier peut se fonder sur les résultats de ce test pour ordonner au conducteur de se soumettre à un alcootest. La simple possibilité que le test ALERT risque de donner des résultats inexacts en raison de la consommation d'alcool juste avant de conduire et dans les 15 minutes précédant le test ne suffit pas à invalider le caractère raisonnable de la croyance du policier fondée sur ces résultats.

Le juge L'Heureux-Dubé: Le test ALERT, un appareil approuvé par le législateur, peut, s'il est bien administré à la connaissance du policier, lui fournir les motifs suffisants requis pour fonder sa croyance en des motifs raisonnables pour requérir un alcootest. La présente affaire appelle la Cour à adopter, à l'égard des par. 254(2) et (3), une démarche qui vise à contrebalancer dans la mesure du possible les valeurs opposées qui sous-tendent le par. 8 et l'al. 10(b) de la *Charte*. L'existence de «motifs raisonnables» constitue non seulement une condition préalable prévue dans la loi à une demande d'alcootest, mais aussi une pierre angulaire de la *Charte*, puisqu'en vertu de l'art. 8, il ne peut être porté atteinte à la vie privée d'une personne de façon déraisonnable. Ces motifs raisonnables ont ordinairement un élément subjectif et un élément objectif. Cependant, la détermination de la sobriété des conducteurs en bordure de la route constitue une activité pour laquelle les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres tant à cause de la nature de l'activité que de celle des moyens prévus pour la réglementer. Lorsqu'une personne obtient un permis de conduire, elle accepte les nombreuses responsabilités qui accompagnent ce privilège et, par surcroît, s'engage envers les autres à conduire prudemment sur les routes du pays. Par ailleurs, il est de notoriété publique que la conduite avec facultés affaiblies est dangereuse et que l'État doit prendre certaines mesures pour enrayer ce problème urgent. Les attentes raison-

to assessments of their sobriety than with respect to most other activities that do not raise similar considerations. In the interests of certainty and given the very special context of both the problem of impaired driving and the means reasonably available to address that problem, some innovation with respect to the subjective component of "reasonable and probable grounds" is thus justifiable in order to further Parliament's manifest purpose of effectively addressing, curtailing, and deterring the bane of impaired driving through the screening test scheme.

Having regard to the values underlying s. 10(b) of the *Charter* and the fact that no penal consequences flow from the screening test results, officers should generally administer the ALERT test without delay. There may be circumstances, however, in which it is not only advisable but actually objectively necessary for the officer to wait a certain period of time in order to obtain a proper sample, such as to prevent damage to the device's detector cell due to smoke, or where the officer has actually seen the accused consume alcohol or belch or regurgitate.

Police are strongly encouraged to develop a standard practice in the future, which will enable the screening tests to be administered with greater ease and certainty. Namely, whenever the officer honestly believes that the motorist has engaged in activity within the last 15 minutes that could affect the reliability of the test, he or she should read a prepared statement to the motorist, advising that person of the reason for, and necessity of, the delay. The officer should not question the motorist as to recent consumption, but the reading of this statement may cause the motorist to volunteer additional information that will enable the officer to administer the test immediately. In any case, the officer will then be able to rely both reasonably and honestly on the screening test result as a basis for a breathalyzer demand. Administering the test in this manner ensures that the procedure is minimally impairing of the motorist's s. 10(b) rights, yet also remains as consistent as possible with the values underlying s. 8 of the *Charter*.

nables en matière de vie privée que peuvent avoir à l'intérieur de leur véhicule les personnes qui décident de prendre le volant lorsque leurs facultés sont affaiblies sont en conséquence moindres relativement à la détermination de leur sobriété qu'elles le seraient relativement à la plupart des autres activités qui ne soulèvent pas de considérations similaires. Pour assurer la certitude du régime et compte tenu du contexte très spécial tant du problème de la conduite avec facultés affaiblies que des moyens raisonnables pris pour enrayer ce fléau, il est justifié d'innover dans une certaine mesure relativement à l'élément subjectif de la norme des «motifs raisonnables» de façon à réaliser l'objet que le législateur visait manifestement, c'est-à-dire lutter efficacement contre le fléau de la conduite avec facultés affaiblies au moyen des tests de détection.

Compte tenu des valeurs sous-jacentes de l'al. 10b) de la *Charte* et du fait que les résultats du test de détection ne sont assortis d'aucune sanction pénale, les policiers devraient généralement faire subir le test ALERT sans délai. Par contre, il peut y avoir des cas où il est non seulement souhaitable mais en fait objectivement nécessaire que le policier attende un certain temps avant d'obtenir un échantillon approprié, par exemple pour ne pas endommager la cellule de détection de l'appareil parce que la personne a fumé, ou parce que le policier a effectivement vu la personne accusée consommer de l'alcool, éructer ou régurgiter.

La police est fortement encouragée à instituer pour l'avenir une procédure type qui permettrait d'administrer les tests de détection avec une facilité et une certitude plus grandes. Plus particulièrement, lorsque le policier croit sincèrement que, dans les 15 minutes précédentes, le conducteur s'est livré à une activité susceptible d'influer sur la fiabilité du test, il devrait lire au conducteur une formule type l'informant de la raison et de la nécessité du délai. Le policier ne devrait pas interroger le conducteur pour savoir s'il a récemment consommé de l'alcool, mais la lecture de cette formule donnera peut-être au conducteur l'occasion de fournir de son plein gré d'autres renseignements qui permettront au policier de faire subir le test immédiatement. De toute façon, le policier pourra alors se fier à la fois raisonnablement et sincèrement au résultat du test de détection pour ordonner au conducteur de se soumettre à un alcootest. Administrer ainsi le test fait en sorte que la procédure porte atteinte de façon minimale aux droits que l'al. 10b) garantit au conducteur, tout en étant aussi compatible que possible avec les valeurs qui sous-tendent l'art. 8 de la *Charte*.

Where an officer waits a reasonable amount of time in order to ensure that the ALERT test yields accurate results, this delay is not inconsistent with the requirement in s. 254(2) that the sample be provided "forthwith". The admission of breathalyzer evidence obtained in such circumstances, even if it were obtained in violation of the *Charter*, could hardly be seen to bring the administration of justice into disrepute.

In this case the officer was entitled to rely on the "fail" registered by the screening device as no evidence was adduced that suggested that the officer was aware of recent alcohol consumption or any other factors that could reasonably affect the reliability of the device.

Per Gonthier J.: L'Heureux-Dubé J.'s suggestions as to certain police procedures being desirable in the circumstances described, though not mandatory, were agreed with.

Cases Cited

By Sopinka J.

Approved: *R. v. Pierman*; *R. v. Dewald* (1994), 19 O.R. (3d) 704; **referred to:** *R. v. Callaghan*, [1974] 3 W.W.R. 70; *R. v. Belnavis*, [1993] O.J. No. 637 (QL); *R. v. Richard* (1993), 12 O.R. (3d) 260; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *R. v. Richardson*, Ont. Prov. Div., October 31, 1990; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139; *R. v. Seo* (1986), 54 O.R. (2d) 293; *R. v. Wonnacott* (1990), 23 M.V.R. (2d) 248 (Ont. Dist. Ct.), *aff'd* (1991), 5 O.R. (3d) 300 (C.A.); *R. v. Kaczmarek* (1994), 16 O.R. (3d) 510; *R. v. Jackson* (1993), 147 A.R. 173; *R. v. Lintell* (1991), 64 C.C.C. (3d) 507.

By Cory J.

Not followed: *R. v. Pierman*; *R. v. Dewald* (1994), 19 O.R. (3d) 704; **approved:** *R. v. McNulty* (1991), 35 M.V.R. (2d) 27; *R. v. Lintell* (1991), 64 C.C.C. (3d) 507; *R. v. Dwernychuk* (1992), 77 C.C.C. (3d) 385, leave to appeal refused, [1993] 2 S.C.R. vii; *R. v. Marshall* (1989), 91 N.S.R. (2d) 211; *R. v. Langdon* (1992), 74 C.C.C. (3d) 570; *R. v. Leneal* (1990), 68 Man. R. (2d) 127; **referred to:** *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Gartrell* (1992), 72 C.C.C. (3d) 51; *Rilling v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 183; *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663; *R. v. Schmautz*, [1990] 1 S.C.R. 398; *Severn v. The Queen*

Dans le cas où un policier attend pendant une période raisonnable pour s'assurer de l'exactitude des résultats du test ALERT, ce délai n'est pas incompatible avec l'exigence que l'échantillon soit fourni «immédiatement», prévue au par. 254(2). Il serait difficile d'affirmer que l'utilisation de la preuve obtenue au moyen d'un alcootest dans de telles circonstances, même en contravention de la *Charte*, serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

En l'espèce, le policier pouvait se fier à l'échec enregistré par l'appareil de détection puisque l'on n'a présenté aucune preuve établissant que le policier était au courant d'une consommation récente d'alcool ou de l'existence d'autres facteurs qui auraient pu raisonnablement influencer sur la fiabilité de l'appareil.

Le juge Gonthier: Les propositions du juge L'Heureux-Dubé quant à certaines procédures policières qui seraient souhaitables dans les circonstances décrites sont acceptées à titre indicatif et non obligatoire.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt approuvé: *R. c. Pierman*; *R. c. Dewald* (1994), 19 O.R. (3d) 704; **arrêts mentionnés:** *R. c. Callaghan*, [1974] 3 W.W.R. 70; *R. c. Belnavis*, [1993] O.J. No. 637 (QL); *R. c. Richard* (1993), 12 O.R. (3d) 260; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *R. c. Richardson*, Div. prov. Ont., 31 octobre 1990; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139; *R. c. Seo* (1986), 54 O.R. (2d) 293; *R. c. Wonnacott* (1990), 23 M.V.R. (2d) 248 (C. dist. Ont.), *conf. par* (1991), 5 O.R. (3d) 300 (C.A.); *R. c. Kaczmarek* (1994), 16 O.R. (3d) 510; *R. c. Jackson* (1993), 147 A.R. 173; *R. c. Lintell* (1991), 64 C.C.C. (3d) 507.

Citée par le juge Cory

Arrêt non suivi: *R. c. Pierman*; *R. c. Dewald* (1994), 19 O.R. (3d) 704; **arrêts approuvés:** *R. c. McNulty* (1991), 35 M.V.R. (2d) 27; *R. c. Lintell* (1991), 64 C.C.C. (3d) 507; *R. c. Dwernychuk* (1992), 77 C.C.C. (3d) 385, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 2 R.C.S. vii; *R. c. Marshall* (1989), 91 N.S.R. (2d) 211; *R. c. Langdon* (1992), 74 C.C.C. (3d) 570; *R. c. Leneal* (1990), 68 Man. R. (2d) 127; **arrêts mentionnés:** *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Gartrell* (1992), 72 C.C.C. (3d) 51; *Rilling c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 183; *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663; *R. c. Schmautz*, [1990] 1 R.C.S.

(1878), 2 S.C.R. 70; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798; *Galaske v. O'Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Dedman*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Kaczmarek* (1994), 16 O.R. (3d) 510; *R. v. Jackson* (1993), 147 A.R. 173.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 10(b), 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 234.1(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46 [am. c. 27 (1st Supp.)], ss. 253 [rep. & sub. c. 32 (4th Supp.), s. 59], 254 [am. c. 32 (4th Supp.), s. 60], 258.

Authors Cited

Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. "Impaired Driving — Canada, 1991" (1992), 12:17 *Juristat* 1.
 Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. "Impaired Driving — Canada, 1992" (1994), 14:5 *Juristat* 1.
 Statistics Canada. Health Statistics Division. *Causes of Death 1992*. Ottawa: Statistics Canada, 1994.
 Statistics Canada. Housing, Family and Social Statistics Division. *Accidents in Canada*. Ottawa: Statistics Canada, 1991.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 85 C.C.C. (3d) 404, 28 B.C.A.C. 247, 47 W.A.C. 247, 48 M.V.R. (2d) 246, reversing a decision of Millward J. affirming the accused's conviction by MacKenzie Prov. Ct.

398; *Severn c. The Queen* (1878), 2 R.C.S. 70; *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; *Galaske c. O'Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Dedman*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Kaczmarek* (1994), 16 O.R. (3d) 510; *R. c. Jackson* (1993), 147 A.R. 173.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 10b), 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.)], art. 253 [abr. et rempl. ch. 32 (4^e suppl.)], art. 59], 254 [mod. ch. 32 (4^e suppl.)], art. 60], 258.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 234.1(1).

Doctrine citée

Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. «Conduite avec facultés affaiblies — Canada, 1991» (1992), 12:17 *Juristat* 1.
 Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. «Conduite avec facultés affaiblies — Canada, 1992» (1994), 14:5 *Juristat* 1.
 Statistique Canada. Division des statistiques sur la santé. *Causes de décès 1992*. Ottawa: Statistique Canada, 1994.
 Statistique Canada. Division des statistiques sociales, du logement et des familles. *Accidents au Canada*. Ottawa: Statistique Canada, 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 85 C.C.C. (3d) 404, 28 B.C.A.C. 247, 47 W.A.C. 247, 48 M.V.R. (2d) 246, qui a infirmé une décision du juge Millward, qui avait confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé, prononcée par le juge MacKenzie de la Cour provinciale, pour avoir eu la

J. of having care and control of a vehicle with a blood alcohol level of over .08. Appeal allowed.

William F. Ehrcke, for the appellant.

Robert A. Higinbotham, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

1 CORY J. — The issue raised on this appeal is the manner in which the various types of roadside screening tests (the ALERT test) should be administered. Specifically, should a police officer who suspects a driver of having alcohol in the body administer the ALERT test immediately, or must there be a 15- to 20-minute waiting period in order to allow any possible residual mouth alcohol to evaporate?

The Factual Background

2 At about 10:35 p.m. on an April evening in 1991, Constable Mashford noticed a car travelling at 65 km in a 50 km zone. On two occasions he saw the car drift from the far side of the shoulder to the centre of the road and back again with the brake lights flickering. He was concerned and pulled the vehicle over. At 10:36 p.m., the officer asked the respondent for his licence and the car registration papers. He noticed a smell of liquor coming from the respondent, whose eyes were red and glassy. He asked the respondent if he had been drinking and he replied that he had. At this point the officer made a demand for a breath sample for the ALERT device. The respondent complied. The screening device, an Alcolmeter S-L2, recorded a "fail" mark.

3 The officer stated that when he obtained the fail reading he formed the opinion that the respondent's ability to operate a motor vehicle was impaired by alcohol. As a result of this decision, the officer testified that he read the respondent the standard breathalyzer demand, advised him of his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and advised him of the availability of

garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur avec une alcoolémie de plus de ,08. Pourvoi accueilli.

William F. Ehrcke, pour l'appelante.

Robert A. Higinbotham, pour l'intimé.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Cory et Iacobucci rendus par

LE JUGE CORY — La question soulevée dans le présent pourvoi porte sur la façon dont les divers types de tests de détection (le test ALERT) devraient être administrés. Plus particulièrement, lorsqu'un policier soupçonne la présence d'alcool dans l'organisme d'un conducteur, doit-il lui faire subir le test ALERT immédiatement ou doit-il attendre entre 15 et 20 minutes pour que toute trace possible d'alcool dans la bouche puisse s'évaporer?

Le contexte factuel

Vers 22 h 35 un soir d'avril 1991, l'agent Mashford a remarqué une voiture qui circulait à une vitesse de 65 km/h dans une zone de 50 km/h. À deux reprises, il a vu la voiture aller du fond de l'accotement jusqu'au centre de la route, et les feux de freinage s'allumer et s'éteindre. Inquiet, il a intercepté le véhicule. À 22 h 36, le policier a demandé à l'intimé son permis de conduire et les documents d'immatriculation du véhicule. Il a décelé une odeur d'alcool exhalée par l'intimé, qui avait les yeux rouges et vitreux. Le policier a demandé à l'intimé s'il avait consommé de l'alcool et celui-ci lui a répondu par l'affirmative. Il a alors ordonné à l'intimé de se soumettre à un test ALERT. L'intimé a obtempéré. L'appareil de détection, un alcoomètre S-L2, a enregistré un «échec».

Le policier a indiqué que c'est à ce moment qu'il s'est fait l'opinion que la capacité de l'intimé de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'effet de l'alcool. Après avoir pris cette décision, le policier a dit qu'il avait lu à l'intimé l'ordre type de se soumettre à un alcootest, qu'il l'avait informé de ses droits en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il lui avait com-

legal aid and duty counsel. The respondent was taken to the police station. There he was given a list of legal aid lawyers and advised that he could make a phone call if he wished to do so. The respondent specifically declined to call a lawyer and provided two breath samples, 18 minutes apart, both of which were well over the prescribed limit of .08.

Mr. Benny Wong, as an expert witness, testified on behalf of the respondent pertaining to the procedures that are involved in the breathalyzer test and the screening device test. He stated that the presence of alcohol in the mouth of a person being tested can falsely elevate the reading on a screening device. Mr. Wong also stated that police officers were advised to ascertain when the last drink was consumed and, if they were unable to do so, they should wait 15 minutes before administering the approved screening device test.

Evidence was also adduced that the ALERT manufacturer's operation manual advised that mouth alcohol may falsely raise the reading on a screening device test. Further, the manual indicated that an inaccurate and elevated reading would be obtained if the driver who had been drinking burped or regurgitated. In each of these circumstances, the manufacturer recommended waiting 20 minutes before administering the ALERT test.

In this case, the officer was not asked questions pertaining to his training. In particular, he was not asked whether he had been advised to find out when the driver's last drink had been consumed or to wait 15 minutes before administering the test. On the other hand, there was no evidence adduced which would indicate that the respondent had taken a drink within 15 minutes prior to taking the ALERT test.

The respondent argued that the results of the breathalyzer test should be excluded on the grounds that the constable did not have the reason-

muniqué l'existence des services d'aide juridique et d'avocats de garde. L'intimé a été conduit au poste de police. On lui a alors remis une liste des avocats de l'aide juridique et on l'a informé qu'il pouvait faire un appel téléphonique s'il le désirait. L'intimé a explicitement refusé d'appeler un avocat et il a fourni deux échantillons d'haleine, à 18 minutes d'intervalle, qui ont tous deux indiqué un alcoolémie dépassant de beaucoup la limite prévue de ,08.

M. Benny Wong, en qualité d'expert, a témoigné en faveur de l'intimé relativement aux procédures entourant l'alcootest et le test de détection. Il a indiqué que la présence de traces d'alcool dans la bouche d'une personne soumise à un test pouvait faussement élever le résultat sur l'appareil de détection. M. Wong a aussi indiqué que les policiers avaient été informés qu'ils devaient déterminer le moment de la dernière consommation et qu'ils devaient, dans le cas où ils n'étaient pas en mesure de le faire, attendre 15 minutes avant de faire subir un test au moyen de l'appareil de détection approuvé.

On a également déposé en preuve le manuel du fabricant de l'appareil ALERT, dans lequel il est mentionné d'une part, que des traces d'alcool dans la bouche peuvent faussement élever la lecture obtenue et d'autre part, qu'une lecture élevée et inexacte risque d'être obtenue si le conducteur a érucité ou régurgité. Dans chacun de ces cas, le fabricant recommandait une période d'attente de 20 minutes avant de faire subir le test ALERT.

En l'espèce, le policier n'a pas été interrogé sur la formation qu'il avait reçue. Plus particulièrement, on ne lui a pas demandé s'il avait été informé qu'il devait s'enquérir du moment où le conducteur avait pris sa dernière consommation ou attendre 15 minutes avant de faire subir le test. Par contre, on n'a pas présenté de preuve qui indiquerait que l'intimé avait pris une consommation dans les 15 minutes précédant le test ALERT.

L'intimé soutient que les résultats de l'alcootest devraient être écartés parce que le policier n'avait pas les motifs raisonnables requis pour lui ordon-

4

5

6

7

able and probable grounds required to make the breathalyzer demand. It was contended that the constable lacked these requisite grounds because he knew or ought to have known that the fail result recorded on the screening device might have been inaccurate due to the presence of mouth alcohol. The trial court judge, nonetheless, admitted the breathalyzer test results and the respondent was convicted of having care and control of a vehicle "over .08" contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The summary conviction appeal was dismissed. However, the Court of Appeal for British Columbia set aside the conviction and substituted a verdict of acquittal: (1993), 85 C.C.C. (3d) 404, 28 B.C.A.C. 247, 47 W.A.C. 247, 48 M.V.R. (2d) 246.

Relevant Statutory Provisions

Criminal Code

253. Every one commits an offence who operates a motor vehicle or vessel or operates or assists in the operation of an aircraft or of railway equipment or has the care or control of a motor vehicle, vessel, aircraft or railway equipment, whether it is in motion or not,

(a) while the person's ability to operate the vehicle, vessel, aircraft or railway equipment is impaired by alcohol or a drug; or

(b) having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person's blood exceeds eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood.

254. (1) In this section and sections 255 to 258,

"approved instrument" means an instrument of a kind that is designed to receive and make an analysis of a sample of the breath of a person in order to measure the concentration of alcohol in the blood of that person and is approved as suitable for the purposes of section 258 by order of the Attorney General of Canada;

ner de se soumettre à ce test. On a soutenu que le policier n'avait pas les motifs nécessaires de le faire parce qu'il savait ou aurait dû savoir que l'échec enregistré sur l'appareil de détection pouvait être inexact à cause de la présence de traces d'alcool dans la bouche. Néanmoins, le juge du procès a admis les résultats de l'alcootest et a déclaré l'intimé coupable d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur avec une alcoolémie de «plus de ,08», en contravention de l'al. 253b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. L'appel de la déclaration de culpabilité par procédure sommaire a été rejeté. Cependant, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a annulé la déclaration de culpabilité et rendu un verdict d'acquiescement: (1993), 85 C.C.C. (3d) 404, 28 B.C.A.C. 247, 47 W.A.C. 247, 48 M.V.R. (2d) 246.

Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel

253. Commet une infraction quiconque conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, dans les cas suivants:

a) lorsque sa capacité de conduire ce véhicule, ce bateau, cet aéronef ou ce matériel ferroviaire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue;

b) lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang.

254. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 255 à 258.

«alcootest approuvé» Instrument d'un type destiné à recueillir un échantillon de l'haleine d'une personne et à en faire l'analyse en vue de déterminer l'alcoolémie de cette personne et qui est approuvé pour l'application de l'article 258 par un arrêté du procureur général du Canada.

“approved screening device” means a device of a kind that is designed to ascertain the presence of alcohol in the blood of a person and that is approved for the purposes of this section by order of the Attorney General of Canada;

«appareil de détection approuvé» Instrument d'un genre conçu pour déceler la présence d'alcool dans le sang d'une personne et approuvé pour l'application du présent article par un arrêté du procureur général du Canada.

(2) Where a peace officer reasonably suspects that a person who is operating a motor vehicle or vessel or operating or assisting in the operation of an aircraft or of railway equipment or who has the care or control of a motor vehicle, vessel or aircraft or of railway equipment, whether it is in motion or not, has alcohol in the person's body, the peace officer may, by demand made to that person, require the person to provide forthwith such a sample of breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of the breath to be made by means of an approved screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of breath to be taken.

(2) L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme de la personne qui conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef, ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, peut lui ordonner de lui fournir, immédiatement, l'échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour l'analyser à l'aide d'un appareil de détection approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.

(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

(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) such samples of the person's breath as in the opinion of a qualified technician . . .

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;

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.

Aux fins de prélever les échantillons de sang ou d'haleine, l'agent de la paix peut ordonner à cette personne de le suivre.

Decisions of the Courts Below

A. British Columbia Provincial Court

MacKenzie Prov. Ct. J. held that the Crown had no obligation to prove that the screening device was operating properly in order for a police officer to rely on a “fail” reading. Further, the Crown need

Les décisions d'instance inférieure

A. La Cour provinciale de la Colombie-Britannique

Le juge MacKenzie a conclu que le ministère public n'était pas tenu d'établir que l'appareil de détection fonctionnait bien pour permettre à un policier de se fier à «l'échec» enregistré sur l'appa-

not adduce evidence to show what a “fail” reading means in order for the police officer to rely on it to establish reasonable and probable grounds to believe the driver is impaired.

9 He held that evidence which tends to show the possible reduced reliability of the screening device does not preclude a police officer from relying on it to establish reasonable and probable grounds to believe the offence was committed. He found that “it is clear from the different wording in the respective sections dealing with ALERT demands and breathalyzer demands that parliament intended there to be a difference between the two procedures and possible consequences”; and that this was “why there is a requirement in [s. 254(2)] for an immediate or forthwith compliance with the demand, whereas in [s. 254(3)] the demand is forthwith or as soon as practicable”. Furthermore, “the consequences of failing the respective devices are dramatically different”.

10 MacKenzie *Prov. Ct. J.* relied on the decisions in *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139, and in *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, as the basis for concluding that the word “forthwith” in s. 254(2) of the *Criminal Code* meant that an officer was to administer the approved screening device test without observing a 15-minute waiting period. He stated that “this inconvenience or possibility of a false high reading is a reasonable price to pay in an attempt to effectively deal with the problem of impaired driving”. He found that the fail result from the approved screening device provided the constable with reasonable and probable grounds to make a breathalyzer demand and, since there were no *Charter* violations, admitted the evidence of the breathalyzer test results.

B. *British Columbia Supreme Court*

11 Millward J. held that s. 254(2) should be interpreted so that “in appropriate circumstances” a

reil. Le ministère public n’a pas non plus à présenter de preuve visant à déterminer ce que signifie l’enregistrement d’un «échec» sur lequel le policier peut se fonder pour établir qu’il avait des motifs raisonnables de croire que les facultés du conducteur étaient affaiblies.

Selon le juge MacKenzie, la preuve qui tend à établir que la fiabilité de l’appareil de détection est peut-être réduite n’empêche pas un policier de s’y fier pour établir qu’il avait des motifs raisonnables de croire qu’une infraction a été commise. Il a conclu que [TRADUCTION] «puisque le législateur a formulé différemment les dispositions visant à permettre à un policier d’ordonner à une personne de se soumettre à un test ALERT ou à un alcootest, il voulait de toute évidence qu’il existe une différence entre ces deux procédures et leurs conséquences possibles»; et «c’est pourquoi [le par. 254(2)] exige que la personne obtempère immédiatement à l’ordre, alors que [le par. 254(3)] prévoit qu’elle doit le faire immédiatement ou dès que possible». Par ailleurs, «les conséquences d’un échec à l’un ou l’autre de ces tests sont extrêmement différentes».

Le juge MacKenzie se fonde sur les arrêts *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139, et *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, pour conclure que le terme «immédiatement» au par. 254(2) du *Code criminel* signifie qu’un policier doit utiliser un appareil de détection approuvé sans attendre une période de 15 minutes. À son avis, [TRADUCTION] «cet inconvénient ou la possibilité d’obtenir une lecture faussement élevée est un prix raisonnable à payer lorsque l’on tente de lutter efficacement contre le problème de la conduite avec facultés affaiblies». Il a conclu que l’échec découlant de l’utilisation de l’appareil de détection approuvé avait donné au policier des motifs raisonnables d’ordonner au conducteur de se soumettre à un alcootest; enfin, puisqu’il n’y avait pas eu violation de la *Charte*, le juge MacKenzie a admis la preuve des résultats de l’alcootest.

B. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Le juge Millward a conclu que le par. 254(2) devrait être interprété de façon à exiger qu’un poli-

police officer should take reasonable precautions to ensure that the approved screening device is likely to give a fair and appropriate reading. Millward J. concluded that “that is a fair reading and that is the proper reading to be given on a simple, straightforward interpretation of the words of the section”. He concluded that, in the present case, the constable did not reasonably ensure the reading would be accurate because he did not wait 15 minutes to allow mouth alcohol to dissipate.

However, Millward J. felt compelled to follow the guidelines established in *R. v. Gartrell* (1992), 72 C.C.C. (3d) 51 (B.C.S.C.), in which it was held that when an officer was in possession of a roadside screening device at the time of the detention, the test should be administered as quickly as possible. Therefore he upheld the conviction.

C. *British Columbia Court of Appeal* (1993), 85 C.C.C. (3d) 404

1. Per Hutcheon J.A.

Hutcheon J.A. observed that, on the basis of the evidence, one could not say that the officer believed on reasonable and probable grounds that the respondent had committed an offence under s. 253 “so as to justify a demand for a sample of breath” (p. 410). He found that the officer required a result of “fail” to raise his suspicion to a belief on reasonable and probable grounds, and concluded (at p. 410) that:

In my view, it follows that if the result “Fail” may be unreliable to the knowledge of the police officer, he cannot be said to believe on reasonable and probable grounds that the further test was justified. It would not be reasonable for the officer to have the belief on the basis of a result that may be unreliable.

In my opinion, the failure of the police officer to take the precautions necessary to ensure the reliability of the test by the screening device leads to the conclusion that he did not have reasonable and probable ground to make

cier prenne, dans les [TRADUCTION] «circonstances appropriées», des précautions raisonnables pour que l'appareil de détection approuvé donne vraisemblablement une lecture juste et convenable. Le juge Millward a conclu que [TRADUCTION] «c'est une interprétation juste et correcte découlant d'une interprétation simple et directe du libellé de la disposition». À son avis, le policier n'avait pas pris les mesures raisonnables pour s'assurer de l'exactitude du résultat parce qu'il n'a pas attendu 15 minutes pour permettre l'évaporation des traces d'alcool présentes dans la bouche.

Cependant, le juge Millward s'est cru obligé de suivre les lignes directrices établies dans l'affaire *R. c. Gartrell* (1992), 72 C.C.C. (3d) 51 (C.S.C.-B.), dans laquelle on a statué que le policier doit procéder dès que possible au test s'il a un appareil de détection en sa possession au moment de la détention. Il a en conséquence confirmé la déclaration de culpabilité.

C. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1993), 85 C.C.C. (3d) 404

1. Le juge Hutcheon

Le juge Hutcheon a indiqué que l'on ne pouvait, à partir de la preuve, affirmer que le policier avait des motifs raisonnables de croire que l'intimé avait commis une infraction à l'art. 253 [TRADUCTION] «justifiant l'ordre de fournir un échantillon d'haléine» (p. 410). À son avis, le policier a eu besoin du résultat négatif enregistré sur l'appareil avant que ses soupçons ne deviennent des motifs raisonnables; le juge conclut, à la p. 410:

[TRADUCTION] À mon avis, il s'ensuit que si «l'échec» risque, à la connaissance du policier, de ne pas être fiable, on ne peut affirmer qu'il avait des motifs raisonnables de croire qu'il était justifié de procéder à l'autre test. Il ne serait pas raisonnable qu'il ait cette croyance sur le fondement d'un résultat susceptible de ne pas être fiable.

À mon avis, l'omission par le policier de prendre les précautions nécessaires pour s'assurer de la fiabilité du test de détection m'amène à la conclusion qu'il n'avait pas de motifs raisonnables de donner l'ordre visé au par.

12

13

the demand under s. 254(3). It follows that the evidence of the breathalyzer readings is not admissible.

2. Per McEachern C.J.B.C. (concurring)

14

McEachern C.J.B.C. stated that the result reached by Hutcheon J.A. was legally correct because the language of the *Criminal Code* and the evidence adduced at the trial “admits no other conclusion” (p. 405). He found that the *Criminal Code* established a procedure to obtain a breath sample for analysis which was to be followed before the results of that analysis became admissible at trial. He concluded (at pp. 406-7) that:

... the officer made it clear that he only formed the opinion that an offence had been committed when he got the “Fail” reading.

It follows, therefore, that the officer did not have authority to demand the second sample for analysis, and the results of that analysis were, accordingly, inadmissible.

The learned judges in the courts below concluded that s. 254(3) of the *Code* requires the breath sample to be taken as soon as practicable. With respect, that is another question. Without reasonable and probable grounds, there is no authority to demand a sample at all.

However, I do not wish to be understood as saying that in the absence of information about when the last drink was taken, the police cannot detain a suspected driver until the required period has elapsed . . . I only decide that the police cannot use a questionable reading as *the* basis for reasonable and probable grounds for a breathalyzer demand. [Emphasis in original.]

Issues on Appeal

1. Did the Court of Appeal err in law by reading into s. 254(2) of the *Criminal Code* a requirement that a peace officer either ascertain when a subject consumed his last drink of alcohol or wait for a period of 15 minutes before administering an approved screening device test?

254(3). Il s’ensuit que les résultats de l’alcooltest ne sont pas admissibles en preuve.

2. Le juge en chef McEachern (motifs concordants)

Selon le juge en chef McEachern, le juge Hutcheon est arrivé à un résultat juridiquement correct parce que le libellé du *Code criminel* et les éléments de preuve déposés au procès [TRADUCTION] «ne laissent place à aucune autre conclusion» (p. 405). À son avis, le *Code criminel* établit une procédure d’obtention d’un échantillon d’haleine pour analyse, qui doit être respectée pour que les résultats de l’analyse puissent devenir admissibles au procès. Il a conclu, aux pp. 406 et 407:

[TRADUCTION] . . . le policier a clairement dit que ce n’est qu’au moment où l’appareil a indiqué un «échec» qu’il s’est fait l’opinion qu’une infraction avait été commise.

En conséquence, il s’ensuit que le policier n’était pas fondé à demander le second échantillon pour analyse, et les résultats de cette analyse n’étaient «donc» pas admissibles.

Les juges des juridictions inférieures ont conclu que le par. 254(3) du *Code* exige que l’échantillon d’haleine soit fourni dès que possible. Avec égards, il s’agit d’une toute autre question. En l’absence de motifs raisonnables, l’ordre de fournir un échantillon n’est aucunement justifié.

Cependant, je ne voudrais pas que l’on croit qu’à mon avis la police, en l’absence de renseignements sur le moment de la dernière consommation, ne peut détenir un conducteur suspect avant l’écoulement de la période requise. [. . .] J’affirme seulement que la police ne peut se servir d’un résultat douteux comme *le* fondement des motifs raisonnables à l’appui d’un ordre de se soumettre à un alcooltest. [En italique dans l’original.]

Les questions en litige

1. La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur de droit en affirmant que le par. 254(2) du *Code criminel* exigeait qu’un agent de la paix, soit détermine le moment de la dernière consommation, soit attende 15 minutes avant de faire subir un test au moyen d’un appareil de détection approuvé?

2. Did the Court of Appeal err in law in ruling that unless a peace officer either ascertains when a driver consumed his last drink of alcohol or waits at least 15 minutes before administering an approved screening device test, then he cannot rely on a fail reading on the approved screening device test in making a breathalyzer demand under s. 254(3) of the *Criminal Code*?
3. Did the Court of Appeal err in law in ruling, contrary to the decision in *Rilling v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 183, that the results of an analysis of breath samples performed with an approved breathalyzer instrument are automatically inadmissible in evidence if the Crown has not proved that the officer who made the demand for breath samples had reasonable and probable grounds as set out in s. 254(3) of the *Criminal Code*?
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en statuant qu'un agent de la paix ne peut, sauf s'il a déterminé quand le conducteur a pris sa dernière consommation ou s'il a attendu 15 minutes avant de lui faire subir un test au moyen d'un appareil de détection approuvé, se fonder sur un échec enregistré par cet appareil pour lui ordonner de se soumettre à un alcootest en vertu du par. 254(3) du *Code criminel*?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en statuant, contrairement à ce qui avait été établi par l'arrêt *Rilling c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 183, que les résultats d'une analyse des échantillons d'haleine effectuée au moyen d'un alcootest approuvé sont automatiquement inadmissibles en preuve si le ministère public n'a pas établi que le policier qui a ordonné le prélèvement des échantillons d'haleine avait des motifs raisonnables de le faire comme l'exige le par. 254(3) du *Code criminel*?

Analysis

Section 254(2) of the *Criminal Code* provides that when a police officer suspects that a driver has alcohol in the body, the officer may demand that the driver provide "forthwith" a sample of breath for a roadside ALERT test. The question is whether "forthwith" means immediately or whether it may, in certain circumstances, encompass a 15-minute delay. In order to answer this question, it is necessary to consider both the gravity of the problem caused by drinking and driving and the *Criminal Code* provisions enacted to meet that problem.

Problems Arising from Drinking and Driving

Every year, drunk driving leaves a terrible trail of death, injury, heartbreak and destruction. From the point of view of numbers alone, it has a far greater impact on Canadian society than any other crime. In terms of the deaths and serious injuries resulting in hospitalization, drunk driving is clearly the crime which causes the most significant social loss to the country. Statistics Canada recently noted:

Analyse

En vertu du par. 254(2) du *Code criminel*, lorsqu'un policier soupçonne la présence d'alcool dans l'organisme d'un conducteur, il peut lui ordonner de lui fournir «immédiatement» un échantillon d'haleine pour un alcootest ALERT. La question est de savoir si le terme «immédiatement» signifie tout de suite ou si ce terme peut, dans certaines circonstances, comporter un délai de 15 minutes. Pour répondre à cette question, je dois à la fois examiner la gravité du problème causé par l'alcool au volant ainsi que les dispositions du *Code criminel* adoptées pour y remédier.

Les problèmes de l'alcool au volant

Chaque année, l'ivresse au volant entraîne énormément de décès, de blessures, de peine et de destruction. Au plan numérique seulement, l'ivresse au volant a une plus grande incidence sur la société canadienne que tout autre crime. Du point de vue des décès et des blessures graves donnant lieu à l'hospitalisation, la conduite avec facultés affaiblies est de toute évidence le crime qui cause la plus grande perte sociale au pays. À cet égard, Statistique Canada a récemment fait remarquer:

15

16

Impaired driving is a serious crime. Every year thousands of Canadians are killed and many more injured in traffic-related accidents. Alcohol is a contributing factor in an average of 43% of these cases (Traffic Injury Research Foundation — D. R. Mayhew et al. [*Alcohol Use Among Persons Fatally Injured in Motor Vehicle Accidents: Canada 1990*] 1992:33).

(“Impaired Driving — Canada, 1991” (1992), 12:17 *Juristat* 1, at p. 2.)

17 Statistics Canada has compiled a variety of figures with respect to motor vehicle accidents in general. Between 1983 and 1991, 41,000 individuals died in traffic accidents in Canada. A further 2.5 million people were injured: “Impaired Driving — Canada, 1992” (1994), 14:5 *Juristat* 1. In 1992, the total number of deaths resulting from motor vehicle accidents was 3,289: *Causes of Death 1992* (1994), at pp. 246-51. This figure includes drivers, passengers, cyclists, and pedestrians. In 1987, motor vehicle accidents were responsible for injuries requiring 762,000 days of in-hospital medical treatment and causing 12 million days of lost activity and employment: *Accidents in Canada* (1991), at pp. 61-64.

18 Statistics Canada observed that alcohol is a contributing factor in 43 percent of those motor vehicle accidents which cause death and injury. Interpreting Statistics Canada’s general motor vehicle accident statistics with reference to this 43 percent figure, it would seem that alcohol was a contributing factor in:

- some 17,630 individual deaths between 1983 and 1991;
- approximately 1,075,000 individuals injured between 1983 and 1991;
- about 1,414 additional deaths (including drivers, passengers, cyclists and pedestrians) in 1992;
- 327,660 days of in-hospital medical treatment in 1987; and

La conduite avec facultés affaiblies est un crime grave. Chaque année, des milliers de canadiens meurent dans des accidents de la route et beaucoup plus s’y blessent. On associe en moyenne 43% de ces accidents à la consommation d’alcool (Fondation de recherches sur les blessures de la route — D. R. Mayhew et al. [*Alcohol Use Among Persons Fatally Injured in Motor Vehicle Accidents: Canada 1990*] 1992, p. 33).

(«Conduite avec facultés affaiblies — Canada, 1991» (1992), 12:17 *Juristat* 1, à la p. 2.)

Statistique Canada a rassemblé toute une gamme de données sur l’ensemble des accidents de la route. Entre 1983 et 1991, il y a eu 41 000 décès attribuables à des accidents de la circulation au Canada. La route a également fait deux millions et demi de blessés: «Conduite avec facultés affaiblies — Canada, 1992» (1994), 14:5 *Juristat* 1. En 1992, au total 3 289 décès étaient attribuables à des accidents impliquant des véhicules à moteur: *Causes de décès 1992* (1994), aux pp. 246 à 251. Ce chiffre comprend les conducteurs, les passagers, les cyclistes et les piétons. En 1987, les blessures résultant d’accidents de la route ont nécessité 762 000 jours d’hospitalisation et donné lieu à 12 millions de jours de perte d’activité et d’emploi: *Accidents au Canada* (1991), aux pp. 63 à 66.

Selon Statistique Canada, l’alcool est un facteur contributif dans 43 pour 100 des accidents de véhicules à moteur entraînant la mort et des blessures. Si l’on interprète les statistiques générales sur les accidents de la circulation de Statistique Canada relativement à ce pourcentage de 43 pour 100, il semblerait que la consommation d’alcool ait été un facteur contributif dans les cas suivants:

- quelque 17 630 décès entre 1983 et 1991;
- approximativement 1 075 000 personnes blessées entre 1983 et 1991;
- environ 1 414 décès additionnels (dont des conducteurs, des passagers, des cyclistes et des piétons) en 1992;
- 327 660 jours d’hospitalisation en 1987; et

– 5,160,000 days of lost activity and employment in 1987.

These dry figures are mute but shocking testimony demonstrating the tragic effects and devastating consequences of drinking and driving. The social cost of the crime, great as it is, fades in comparison to the personal loss suffered by the victims of this crime through the death and injury of their loved ones. The gravity of the problem and its impact on Canadian society has been so great that *Criminal Code* amendments were enacted aimed at eliminating or, at least, reducing the problem.

Criminal Code Provisions Aimed at Eliminating or Reducing the Problem

To address the problem, Parliament enacted a two-stage statutory scheme set out in s. 254(2) and (3) of the *Criminal Code* to provide a means of testing for driver impairment. Overly simplified, it may be said that at the first stage, a means of screening drivers is set out. It is a preliminary investigation aimed at determining whether a driver may constitute a danger to the public because of alcohol in his system. At the second stage, the statutory scheme is aimed at precisely determining the driver's level of alcohol. It is only at this second stage that it will be ascertained whether the alcohol level is over the prescribed limit, thus constituting a criminal offence.

The ALERT testing devices are simply tools approved by Parliament for use at the first stage of the investigation of drivers who may be impaired. They provide a means whereby drivers can be quickly screened. The tested drivers will fall into two groups: those who have alcohol in their systems and those who do not or only have a low level. By this statutory scheme, Parliament has recognized the need to balance the competing concerns of accuracy and convenience to the general motoring public. The ALERT test used as an investigatory tool obviously causes far less inconvenience to a driver than would a breathalyzer test. A driver who fails an ALERT test is not subject to

– 5 160 000 jours de perte d'activité et d'emploi en 1987.

Ces chiffres rébarbatifs indiquent de façon discrète mais choquante les effets tragiques et dévastateurs de l'alcool au volant. Les coûts sociaux de ce crime, si élevés soient-ils, sont faibles quand on les compare aux pertes personnelles que ce crime cause aux personnes qui en sont victimes en raison du décès et des blessures de personnes chères. La gravité du problème et son incidence sur la société canadienne sont si importantes que le *Code criminel* a été modifié dans le but d'éliminer le problème ou, tout au moins, de le réduire.

Les dispositions du Code criminel visant à éliminer ou à réduire le problème

Pour remédier à ce problème, le législateur a adopté un régime législatif en deux étapes, respectivement les par. 254(2) et (3) du *Code criminel*, comme moyen de vérifier si les facultés des conducteurs sont affaiblies. En termes fort simplifiés, on peut dire que la première étape offre un moyen de découvrir les conducteurs dont les facultés sont affaiblies. C'est un examen préliminaire visant à déterminer si un conducteur peut constituer un danger pour le public à cause de l'alcool qu'il a consommé. À la seconde étape, il s'agit de déterminer précisément l'alcoolémie du conducteur. C'est seulement à cette seconde étape que l'on examinera si l'alcoolémie est supérieure à la limite établie, auquel cas la personne a commis une infraction criminelle.

Les appareils de détection ALERT sont simplement des instruments approuvés par le législateur qui sont utilisés au cours de la première étape. Ces appareils offrent un moyen de détection rapide. Les conducteurs qui le subissent sont ensuite classés en deux groupes: ceux qui ont de l'alcool dans leur organisme et ceux qui n'en ont pas ou qui en ont peu. Dans ce régime législatif, le législateur a reconnu la nécessité d'établir un équilibre entre les préoccupations opposées que sont la précision du test et l'absence d'inconvénient pour l'ensemble du grand public visé. Le test ALERT utilisé comme instrument d'enquête cause manifestement beaucoup moins d'inconvénients à un conducteur

19

20

21

criminal liability but may be required to take the more accurate breathalyzer test provided for in s. 254(3) of the *Criminal Code*.

22 It is the breathalyzer test which is concerned with criminal liability. As one might expect, detailed procedures, set out in s. 258, govern the administration of this test. Section 258 requires that the breath samples be taken as soon as practicable after the offence was committed. The first breath sample should be taken within two hours of the offence. An interval of at least 15 minutes must precede the second test and each test after that. This procedure will allow the police to further monitor and observe the accused and to ensure that the test result will be accurate.

How Should the ALERT Test Be Conducted So That the Sample Will Be Provided "Forthwith"?

23 Section 254(2) of the *Criminal Code* provides that the ALERT test should be carried out "forthwith". The meaning of that word should be ascertained by first examining its place in the context of the broader statutory scheme designed to detect drunk drivers. The two-stage investigative procedure set out in s. 254(2) and (3) and the ALERT test itself are designed to be both helpful to the police and convenient to the driving public. The ALERT test is a portable screening device which provides results quickly. It enables police officers to rapidly confirm or reject their suspicions that a driver is impaired due to alcohol consumption. As well, it permits drivers who safely blow "pass" levels on the device to proceed on their way with a minimum of inconvenience. The whole scheme of ALERT testing is based on the concept that drivers will be detained for a very short period. This Court has in fact recognized that the ALERT test must be administered immediately and that the detention under s. 254(2) is constitutionally justifiable under s. 1 of the *Charter* for the very reason that the detention is of such very brief duration.

que l'alcootest. Le conducteur qui échoue au test ALERT n'encourt pas de responsabilité criminelle mais peut se voir contraint de subir le test plus exact prévu au par. 254(3) du *Code criminel*.

C'est l'alcootest qui permet d'établir la responsabilité criminelle. Comme on pouvait s'y attendre, des procédures détaillées, exposées à l'art. 258, régissent l'administration de ce test. Cette disposition prévoit que les échantillons d'haleine doivent être prélevés dès qu'il est matériellement possible de le faire après la perpétration de l'infraction. Le premier échantillon doit être prélevé dans les deux heures de la perpétration de l'infraction. Un intervalle d'au moins 15 minutes doit s'écouler avant le deuxième test et chacun des autres par la suite. Cette procédure permettra à la police de suivre et d'observer l'accusé et de s'assurer de l'exactitude du résultat.

Comment devrait être administré le test ALERT pour que l'échantillon soit fourni «immédiatement»?

Le paragraphe 254(2) du *Code criminel* prévoit que le test ALERT doit être effectué «immédiatement». On doit déterminer le sens de ce terme en examinant tout d'abord sa place dans le contexte de l'ensemble du régime législatif destiné à découvrir les conducteurs dont les facultés sont affaiblies. La procédure d'enquête en deux étapes prévue aux par. 254(2) et (3) et le test ALERT lui-même se veulent à la fois utiles pour la police et sans inconvénient pour les conducteurs. Le test ALERT est un appareil de détection portatif qui fournit promptement des résultats. Il permet aux policiers de confirmer ou de rejeter rapidement leurs soupçons que les facultés d'un conducteur sont affaiblies par l'effet de l'alcool. En outre, cet instrument permet aux conducteurs qui «réussissent» le test de poursuivre leur chemin avec un minimum d'inconvénients. L'ensemble du test ALERT repose sur le concept qu'un conducteur sera détenu pendant une très courte période. Notre Cour a en fait reconnu que le test ALERT doit être administré immédiatement et que la détention en vertu du par. 254(2) peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte* précisément en raison de sa très courte durée.

R. v. Grant, supra, considered the meaning of “forthwith” in s. 254(2) of the *Criminal Code*. In that case, an RCMP officer stopped a driver whom he suspected of being impaired and made a demand for a breath sample. He did not have the ALERT screening device with him and had to wait 30 minutes for one to be delivered before he could administer the test. It was held that such a delay fell outside the ambit of s. 254(2) because the test was not administered “forthwith”. It was determined that “forthwith” meant “immediately”. At page 150 the following appears in the reasons of the Court written by Lamer C.J.:

In my opinion, the actions of the officer in this case fell outside of the ambit of s. 238(2) [now s. 254(2)]. The demand made was not the demand authorized by s. 238(2), that Mr. Grant provide a sample of his breath “forthwith”. . . . The context of s. 238(2) indicates no basis for departing from the ordinary, dictionary meaning of the word “forthwith” which suggests that the breath sample is to be provided immediately.

In order to determine whether there is any reason to depart from the ordinary meaning to be given to “forthwith” it is necessary to consider a number of factors. First, would a 15-minute delay prior to administering an ALERT test be consistent with the *Charter*? Second, who would be affected by an enlarged definition of “forthwith”? Third, should the manner in which the ALERT tests are conducted be uniform or should different interpretations of “forthwith” apply in different circumstances?

1. The Meaning to Be Given to “Forthwith” in Light of Section 10(b) of the Charter

Since *R. v. Thomsen, supra*, this Court has repeatedly held that if a driver is stopped by a police officer, that driver is detained for the purposes of s. 10(b) of the *Charter*. The driver, accordingly, has the right to retain and instruct counsel. See, for example, *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663, at p. 676; *R. v. Grant, supra*, at pp. 149-50; *R. v. Schmautz*, [1990] 1 S.C.R. 398, at

Dans l’arrêt *R. c. Grant*, précité, notre Cour a examiné le sens du terme «immédiatement» utilisé au par. 254(2) du *Code criminel*. Dans cette affaire, un agent de la GRC avait arrêté un conducteur dont il soupçonnait que les facultés étaient affaiblies et lui a alors ordonné de lui fournir un échantillon d’haleine. Le policier n’avait pas l’appareil ALERT avec lui et a dû attendre 30 minutes avant de le recevoir et de procéder au test. Notre Cour a statué qu’un tel délai n’était pas conforme au par. 254(2) parce que l’alcooltest n’avait pas été administré «immédiatement». Nous avons statué que le terme «immédiatement» signifie «tout de suite». Voici à cet égard les commentaires du juge en chef Lamer à la p. 150:

À mon avis, les gestes du policier en l’espèce ne se situent pas dans le contexte du par. 238(2) [maintenant le par. 254(2)]. L’ordre donné n’était pas celui qui est autorisé par le par. 238(2), savoir que M. Grant fournisse «immédiatement» un échantillon d’haleine. [. . .] Rien dans le contexte du par. 238(2) ne permet d’attribuer au mot «immédiatement» un sens différent de celui que lui donne habituellement le dictionnaire, soit que l’échantillon d’haleine doit être fourni tout de suite.

Pour déterminer s’il existe des motifs de s’écarter du sens ordinaire du terme «immédiatement», il est nécessaire d’examiner un certain nombre de facteurs. Premièrement, serait-il compatible avec la *Charte* d’attendre une période de 15 minutes avant de procéder au test ALERT? Deuxièmement, qui serait touché par une définition élargie du terme «immédiatement»? Troisièmement, les tests ALERT devraient-ils être effectués de façon uniforme ou devrait-on donner une interprétation différente au terme «immédiatement» selon les circonstances?

1. Le sens du terme «immédiatement» compte tenu de l’al. 10b) de la Charte

Depuis l’arrêt *R. c. Thomsen*, précité, notre Cour a, à maintes reprises, statué qu’un conducteur, dont le véhicule est intercepté par un policier, se trouve en détention aux fins de l’al. 10b) de la *Charte*. Ce conducteur a en conséquence droit à l’assistance d’un avocat. Voir par exemple les arrêts *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663, à la p. 676; *R. c. Grant*, précité, aux pp. 149 et 150; *R. c. Schmautz*,

24

25

26

pp. 409 ff. In *R. v. Thomsen* it was recognized that although the absence of the opportunity to retain counsel violated s. 10(b) of the *Charter*, it was justified under s. 1 because it was urgent that the breath sample be obtained quickly in order to be effective. The right to retain counsel was incompatible both with the effective use of the ALERT device and with the purpose of demonstrating a police presence which would convince drinking drivers that there was a high probability that they would be quickly and readily detected. The section's use of the word "forthwith" in the context of a roadside screening test clearly indicated that there was to be no opportunity granted to a driver to call a lawyer. The test was to be performed immediately and to fail it had no penal consequences. It is a testing device used to protect the public.

[1990] 1 R.C.S. 398, aux pp. 409 et suiv. Dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, notre Cour a reconnu que la violation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat en contravention de l'al. 10b) de la *Charte* pouvait se justifier en vertu de l'article premier parce qu'il était urgent d'obtenir rapidement l'échantillon d'haleine pour en assurer l'efficacité. Le droit à l'assistance d'un avocat était incompatible à la fois avec l'utilisation efficace du test ALERT et avec l'objectif d'établir que la présence de la police arriverait à convaincre les conducteurs qui ont pris un verre qu'il existe de fortes chances qu'ils seront rapidement et facilement découverts. Selon notre Cour, l'emploi du terme «sur-le-champ» (ou «immédiatement») dans le contexte d'un test de détection routier indiquait clairement que le conducteur ne devait pas avoir l'occasion de communiquer avec un avocat. Le test devait être effectué tout de suite et le fait de l'échouer n'entraînait aucune conséquence pénale. C'est un appareil de détection utilisé pour la protection du public.

27 Although s. 234.1 which was considered in *Thomsen* has been slightly amended it remains virtually identical to the present s. 254(2). The present section, rather than referring to an "approved roadside" screening test, refers to an "approved" screening test and it is applicable not only to motor vehicles but also to aircraft, boats and railways. Obviously the word "roadside" can no longer describe the location of either the vehicles or the testing device. However, the *Thomsen* interpretation of "forthwith" is certainly not affected by these amendments. The section still anticipates that the test will be administered quickly at the point at which the driver or operator is detained wherever that vehicle may be operated.

Bien que l'art. 234.1, examiné dans l'arrêt *Thomsen*, ait été légèrement modifié depuis, il demeure pratiquement identique au libellé actuel du par. 254(2). Dans le texte anglais de l'ancienne version, il était question d'un «*approved roadside screening device*», mais le terme «*roadside*» a été supprimé de la nouvelle version, qui s'applique maintenant non seulement aux véhicules à moteur mais aussi aux aéronefs, aux bateaux et au matériel ferroviaire. De toute évidence, le terme «*roadside*» ne peut plus permettre de déterminer le lieu où doit se trouver le véhicule ou celui de l'appareil de détection. Cependant, l'interprétation du terme «sur-le-champ» dans l'arrêt *Thomsen* n'a certainement pas été touchée par ces modifications. La disposition en question prévoit toujours que l'alcootest doit être administré rapidement à l'endroit où le conducteur est détenu, quel que soit l'endroit où le véhicule se trouve.

28 Counsel for the respondent not only argued that there should be a 15- to 20-minute waiting period before the ALERT test was administered but also that, during the waiting period, the police officer should indicate that the driver had the right to con-

L'avocat de l'intimé soutient non seulement qu'il devrait y avoir une période d'attente de 15 à 20 minutes avant l'administration du test ALERT, mais aussi que le policier devrait, pendant cette période, informer le conducteur qu'il a droit à l'as-

sult counsel. This submission demonstrates the weakness of the argument. Quite simply, it is not possible to conduct a roadside test “forthwith”, that is immediately, and at the same time require the driver to be subject to a detention which is sufficiently lengthy to provide an opportunity to retain and instruct counsel under s. 10(b) of the *Charter*. A delay of that length without the right to instruct counsel might well not only be inconsistent with s. 10(b) of the *Charter* but also be such that it could not be saved by s. 1. This is not to say that if, in the past, a police constable has waited to ensure an accurate ALERT test reading that this will invalidate or render inadmissible the test results. The respondent’s position, if adopted, would create unnecessary conflicts.

Where a statute is open to more than one interpretation, one of which is constitutional and the other of which is not, the interpretation which is consistent with the constitution should be adopted. See *Severn v. The Queen* (1878), 2 S.C.R. 70, at p. 103; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, at pp. 803-4. In my view, to interpret “forthwith” as meaning “immediately” is consistent with the *Charter* and should therefore be adopted. This conclusion is supported by the very nature of the ALERT test which is designed to be no more than a preliminary screening device. As such it should be administered immediately both for the protection of other users of the road and for the convenience of drivers who have nothing to fear from taking such a test. Support for this position can be garnered from a consideration of those relatively rare circumstances when immediate ALERT testing might lead to inaccurate results.

2. What Test Results Would In Fact Be Affected by Residual Mouth Alcohol?

The respondent does not suggest that there is a problem with the ALERT testing device itself. Nor is it argued that a 15-minute delay would be required prior to administering every ALERT test. Rather, it is submitted that the purpose of the postponement is to allow residual mouth alcohol to dissipate prior to the test. The evidence indicated that

sistance d’un avocat. Cette affirmation illustre bien la faiblesse de son argument. On ne peut tout simplement pas dire qu’il faut procéder «immédiatement» à un test routier, c’est-à-dire tout de suite, et soutenir en même temps que le conducteur doit être détenu pendant une période suffisamment longue pour qu’il ait l’occasion d’avoir recours à l’assistance d’un avocat en vertu de l’al. 10b) de la *Charte*. Un tel délai sans possibilité d’avoir recours à l’assistance d’un avocat risquerait non seulement d’être incompatible avec l’al. 10b) de la *Charte*, mais aussi de ne pas être sauvegardé par l’article premier. Cela ne signifie pas que si, par le passé, un policier a attendu afin de faire subir un test ALERT qui soit exact, les résultats du test seront invalidés ou inadmissibles. L’adoption de la position de l’intimé créerait des conflits inutiles.

Lorsqu’une loi donne ouverture à plus d’une interprétation, dont l’une est constitutionnelle et l’autre non, il faut adopter celle qui est compatible avec la Constitution. Voir les arrêts *Severn c. The Queen* (1878), 2 R.C.S. 70, à la p. 103; *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, aux pp. 803 et 804. À mon avis, il est compatible avec la *Charte* de donner au terme «immédiatement» le sens de «tout de suite» et c’est cette interprétation que l’on devrait en conséquence adopter. Cette conclusion se fonde sur la nature même du test ALERT qui, dans sa conception, n’est rien de plus qu’un appareil de détection préliminaire. C’est pourquoi il devrait être administré immédiatement tant pour la protection des autres usagers de la route que pour éviter les inconvénients aux conducteurs qui n’ont rien à craindre de ce test. Cette position s’appuie aussi sur un examen des circonstances relativement rares où le test ALERT administré immédiatement risque de donner lieu à des résultats inexacts.

2. Quels résultats risquent d’être modifiés par les traces d’alcool dans la bouche?

L’intimé ne soutient pas que le test ALERT présente un problème en soi, ni d’ailleurs qu’il faudrait attendre 15 minutes avant de faire subir chaque test ALERT. Il soutient plutôt qu’un tel délai permettrait à toute trace d’alcool dans la bouche de s’évaporer avant le test. Selon la preuve, il demeure des traces d’alcool dans la bouche pen-

29

30

residual alcohol remains in a person's mouth for 15 to 20 minutes after the last drink is consumed or if there is burping or regurgitation. It is accepted that all mouth alcohol dissipates in a period of 15 to 20 minutes.

31 It can be seen that the 15-minute postponement would only be necessary to accommodate drinkers with indigestion or, more frequently, those who see fit to take a drink shortly before driving their car. It seems to me entirely reasonable that the driver who does take a drink in those circumstances should be prepared to accept the consequences. The ALERT test serves as a screening device which can indicate those drivers who may have consumed more alcohol than is permitted. As such, it can confirm that an officer has the requisite grounds to require a driver who fails the test to take the breathalyzer test.

32 If, as a consequence of taking a drink shortly before driving, there is in fact an unusually high level of residual mouth alcohol, the results of the false ALERT reading will be rectified by the breathalyzer test which requires a 15-minute observation period before it is performed. Any inconvenience arising from the requirement that a breathalyzer test be taken results from the driver's action of taking the alcohol so close to the time he started to drive. An impaired driver is a potentially lethal hazard that must be detected and removed from the road as quickly as possible. The ability to administer the test immediately helps to protect the public by detecting those who may be a danger. The relatively rare occasions on which an ALERT test may be erroneous as a result of the driver consuming a very recent drink must be tolerated in the interest of the safety of the public.

33 This requirement to undergo the ALERT testing immediately should be regarded as one of the obligations that flows from the right to drive. In *Galaske v. O'Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670, at p. 686, it was noted that the driving of a motor vehicle is neither a God-given nor a constitutional right. Rather, it is a privilege granted by licence. Attached to every right are concomitant duties,

dant 15 à 20 minutes après la dernière consommation ou une éructation ou régurgitation. Il est reconnu que toute trace d'alcool dans la bouche s'évapore en 15 à 20 minutes.

On constate qu'il n'y aurait lieu d'attendre 15 minutes que si une personne a une indigestion ou si, ce qui est plus fréquent, elle juge bon de prendre un verre juste avant de prendre le volant. Il me semble tout à fait raisonnable d'affirmer que le conducteur qui prend un verre dans ces circonstances devrait être disposé à accepter les conséquences de son acte. Le test ALERT est un appareil de détection qui permet de découvrir les conducteurs qui ont pu consommer plus d'alcool que permis. Il peut donc confirmer qu'un policier a les motifs requis pour exiger d'un conducteur qu'il se soumette à un alcootest.

Si une personne a un taux résiduel d'alcool inhabituellement élevé dans la bouche parce qu'elle a pris un verre juste avant de prendre le volant, les résultats erronés du test ALERT seront rectifiés par l'alcootest, qui doit être précédé d'une période d'observation de 15 minutes avant d'être effectué. Tout inconvénient découlant de la nécessité de soumettre le conducteur à un alcootest résulte de ce qu'il a décidé de consommer de l'alcool juste avant de prendre le volant. Un conducteur dont les facultés sont affaiblies présente un danger mortel qu'il faut détecter et écarter de la circulation dès que possible. La possibilité de faire subir le test tout de suite aide à protéger le public en détectant les personnes susceptibles de constituer un danger. Dans l'intérêt de la sécurité du public, il faut accepter qu'il y aura des cas relativement rares où le test ALERT pourra donner des résultats erronés du fait que le conducteur a consommé de l'alcool juste avant de partir.

Cette exigence de se soumettre immédiatement au test ALERT devrait être considérée comme l'une des obligations qui découlent du droit de conduire. Dans l'arrêt *Galaske c. O'Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670, à la p. 686, notre Cour a affirmé que conduire un véhicule automobile n'est ni un droit naturel ni un droit constitutionnel. Il s'agit d'un privilège qui tient plutôt à la possession

obligations and responsibilities. This is true of the licensed right to drive. One of the prime responsibilities of a driver is to see that reasonable care is exercised in the operation of the motor vehicle, and specifically, that it is driven in a manner which does not endanger members of the public. That duty or responsibility cannot be fulfilled by an impaired driver who, by definition, endangers others. In furtherance of the duty not to endanger others, there exists an obligation to comply with a police officer's reasonable request to supply a breath sample. Complying with a reasonable request to take an ALERT test is a very small price to pay for the privilege of driving.

3. Uniformity of ALERT Test Procedures

In *R. v. Pierman; R. v. Dewald* (1994), 19 O.R. (3d) 704 (C.A.), it was held that police officers should adopt a flexible approach to s. 254(2). It was stated that, as a general rule, a police officer must not delay the taking of a sample for an ALERT test and that the demand and testing should occur immediately. This, it was said, was necessary in order for the section to comply with the *Charter*. However, it was also held that where a police officer is of the opinion that a breath sample will be contaminated because of the presence of mouth alcohol, the police officer may postpone the making of the demand for breath or may postpone the administration of the test for 15 minutes in order to allow the mouth alcohol to dissipate. It was recognized that there is a certain inconsistency which flows from this flexible approach. It was put in this way at p. 711:

If . . . we were to hold that a police officer is entitled to wait 15 minutes before taking a breath sample pursuant to s. 254(2) of the *Criminal Code*, solely on the hypothesis that the suspect may have consumed alcohol within the previous 15 minutes, we would be, in my view, unduly expanding the statutory basis upon which motorists may be detained without access to counsel. It would have been open for Parliament to provide a time frame within which s. 254(2) should operate, as it did,

d'un permis. À chaque droit correspondent des obligations et des responsabilités. C'est le cas du droit de conduire accordé par l'attribution d'un permis. L'une des principales responsabilités d'un conducteur est de faire preuve de diligence raisonnable dans la conduite de son véhicule et, plus précisément, de conduire de façon à ne pas mettre le public en danger. Un conducteur dont les facultés sont affaiblies ne peut s'acquitter de cette obligation ou responsabilité puisqu'il constitue, par définition, un danger pour les autres. Pour s'acquitter de l'obligation qu'il a de ne pas mettre les autres en danger, le conducteur est tenu d'obtempérer à la demande raisonnable qu'un policier lui fait de fournir un échantillon d'haleine. Obtempérer à une demande raisonnable de se soumettre à un test ALERT est un très faible prix à payer pour le privilège de conduire.

3. Uniformité des procédures du test ALERT

Dans les arrêts *R. c. Pierman; R. c. Dewald* (1994), 19 O.R. (3d) 704, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que les policiers devraient faire preuve de souplesse dans l'application du par. 254(2). La cour a affirmé que, en règle générale, un policier ne doit pas tarder à faire subir un test ALERT et il doit s'y consacrer tout de suite après avoir donné l'ordre à cette fin. De l'avis de la cour, cela est nécessaire pour que la disposition soit conforme à la *Charte*. Cependant, la cour a aussi affirmé que si un policier est d'avis qu'un échantillon d'haleine risque d'être contaminé par la présence d'alcool dans la bouche, il peut retarder l'ordre de fournir un échantillon d'haleine ou attendre 15 minutes avant de faire subir le test pour que puissent s'évaporer les traces d'alcool encore dans la bouche. On a reconnu qu'une certaine incompatibilité découle de cette démarche souple. Voici comment on l'exprime à la p. 711:

[TRADUCTION] Si [. . .] l'on nous disait qu'un policier a le droit d'attendre 15 minutes avant de prendre un échantillon d'haleine conformément au par. 254(2) du *Code criminel* seulement dans l'hypothèse où le suspect a pu consommer de l'alcool dans les 15 minutes qui précèdent, nous nous trouverions alors, à mon avis, à élargir sans raison les cas où l'on peut, en vertu de la loi, détenir un conducteur sans lui offrir l'assistance d'un avocat. Le législateur aurait pu établir un délai aux fins

for instance, in s. 258(1)(c)(ii) [with respect to breathalyzer tests]. In my opinion, it is not open to this court to expand the scope of a *Charter* infringement beyond what is necessary to give effect to the section.

35

I cannot agree that the 'flexibility' approach should be adopted. First, the wording of the *Code* indicates that a 15-minute delay is not contemplated by the two-stage screening and testing procedure set out in s. 254(2) and (3). The whole scheme anticipates a very brief detention and immediate application of the screening test. As well, a delay of 15 minutes would be inconsistent with the conclusion reached in *R. v. Thomsen*, *supra*, and it might not be justified under s. 1 of the *Charter*. It can never be forgotten that there is no criminal liability which attaches to an ALERT test failure. At the most, that failure will result in the administration of a more accurate breathalyzer test, when any false reading resulting from residual mouth alcohol will be corrected. All these factors taken together indicate that it is preferable to impose a uniform standard for the meaning of "forthwith". It follows that the demand for an ALERT test must be made immediately in every situation when a reasonable suspicion of alcohol in the body has been established.

36

The facts of this case emphasize the importance of immediate testing and clearly show that the ALERT test can accurately indicate a driver's impairment. The respondent failed the ALERT test. On his two subsequent breathalyzer tests, he registered blood alcohol levels of 230 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood and 210 milligrams in 100 millilitres of blood. Both these results are between two and three times the legal limit. The respondent did in fact pose a very real danger to the public. I can see no valid reason for changing the uniform interpretation of s. 254(2) to accommodate those who risk failing an ALERT

de l'application du par. 254(2), comme il l'a fait par exemple au sous-al. 258(1)c)(ii) [pour l'alcootest]. À mon avis, il n'est pas loisible à notre cour d'élargir l'étendue d'une violation de la *Charte* au-delà de ce qui est nécessaire pour donner effet à la disposition en question.

À mon avis, il n'y a pas lieu d'adopter cette démarche «souple». Premièrement, le libellé du *Code* n'indique pas qu'il faut attendre 15 minutes avant de faire subir au conducteur la procédure en deux étapes de détection et de contrôle visée aux par. 254(2) et (3). L'ensemble du régime se fonde sur une très brève période de détention et sur l'administration immédiate du test de détection. Aussi, un délai de 15 minutes serait incompatible avec la conclusion de l'arrêt *R. c. Thomsen*, précité, et il pourrait ne pas se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. On ne saurait oublier qu'un échec au test ALERT n'entraîne aucune responsabilité criminelle. Tout au plus, le conducteur en question aura à se soumettre à l'alcootest qui permettra d'obtenir des résultats plus précis et de corriger tout résultat erroné auquel aurait donné lieu la présence de traces d'alcool dans la bouche. Compte tenu de l'ensemble de ces facteurs, il est préférable d'imposer un critère uniforme pour l'interprétation du terme «immédiatement». Il s'ensuit qu'un policier doit donner à une personne l'ordre de se soumettre à un test ALERT dès qu'il a des motifs raisonnables de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme.

Les faits en l'espèce font ressortir qu'il est important de faire subir un test immédiatement et montrent clairement que le test ALERT peut indiquer avec précision que les facultés d'un conducteur sont affaiblies. L'intimé a échoué au test ALERT. Selon les deux alcootests qui ont suivi, il avait un taux d'alcoolémie de 230 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang et de 210 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang. Ces résultats sont entre deux et trois fois plus élevés que la limite prévue par la loi. L'intimé représentait un danger très réel pour le public. À mon avis, il n'existe aucun motif valable de modifier l'interprétation uniforme du par. 254(2) par souci de commodité pour ceux qui risquent d'échouer au

test by taking a drink immediately before they drive their cars.

Reasonable and Probable Grounds

The respondent contended that a fail result on the ALERT test could not establish the reasonable and probable grounds necessary to make the breathalyzer demand under s. 254(3) of the *Criminal Code*. This, it was said, flows from the knowledge that police officers have or should have that the ALERT test may be inaccurate due to the presence of residual mouth alcohol. Constable Mashford testified: "Upon having the — reading of fail registered on [the ALERT] I, at that point, formed the opinion that Mr. Bernshaw's ability to operate a motor vehicle was impaired by alcohol". Yet, he had observed other symptoms of impairment upon which he could very properly have based his conclusion that he had reasonable and probable grounds for making the demand. He had seen the respondent driving erratically, he smelled alcohol on his breath and noted that his eyes were red and glassy. In addition, the respondent had admitted that he had been drinking. I would have thought that those symptoms, in themselves, would have constituted reasonable and probable grounds for making the demand.

The constable, in a commendable manner, wished to have his observations and suspicions confirmed by the ALERT test. It was not unreasonable for him to take this position. However, I would observe that to satisfy himself that he had the reasonable and probable grounds required by s. 253(3) in this case, as well as in many other similar situations, the observations of the officer as to signs of impairment may well be sufficient, in themselves, to form the basis for the reasonable and probable grounds required to make the breathalyzer demand. Further, if an officer has a reasonable suspicion, based on observation or reliable information that the driver has alcohol in his body, and as a result requires an ALERT test to be taken, then a fail result, in and of itself, may be sufficient to raise the officer's suspicions to the reasonable and probable grounds required to make

test ALERT parce qu'ils ont pris un verre immédiatement avant de prendre la route.

Motifs raisonnables

L'intimé soutient qu'un échec au test ALERT ne pouvait permettre d'établir les motifs raisonnables justifiant l'ordre de subir un alcootest en vertu du par. 254(3) du *Code criminel*. À son avis, ceci découle du fait que les policiers savaient ou auraient dû savoir que le test ALERT risquait de donner un résultat inexact à cause de la présence de traces d'alcool dans la bouche. L'agent Mashford a témoigné en ces termes: [TRADUCTION] «Lorsque j'ai vu que l'appareil [ALERT] avait enregistré un «échec», c'est à ce moment que je me suis fait l'opinion que la capacité de M. Bernshaw de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'effet de l'alcool». Cependant, il avait observé d'autres symptômes de l'état d'ébriété de M. Bernshaw à partir desquels il aurait très bien pu conclure qu'il avait des motifs raisonnables d'ordonner à l'intimé de se soumettre à un test. Il l'avait vu conduire de façon irrégulière, il avait détecté chez lui une odeur d'alcool et il avait remarqué qu'il avait les yeux rouges et vitreux. En outre, l'intimé avait admis avoir consommé de l'alcool. À mon avis, ces symptômes auraient en soi constitué des motifs raisonnables de donner l'ordre en question à l'intimé.

Le policier voulait, d'une façon fort louable, que le test ALERT confirme ses observations et ses soupçons. Il ne lui était pas déraisonnable d'agir ainsi. Cependant, je tiens à faire remarquer que, afin de vérifier s'il avait les motifs raisonnables requis par le par. 253(3) en l'espèce, comme dans bien d'autres cas semblables, ses observations quant aux signes d'ivresse peuvent fort bien être suffisantes en soi pour servir de fondement aux motifs raisonnables justifiant d'ordonner à un conducteur de se soumettre à un alcootest. Par ailleurs, si, à partir de ses observations ou de renseignements fiables, un policier a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme du conducteur, et lui ordonne de ce fait de se soumettre à un test ALERT, un échec au test peut en soi transformer les soupçons en motifs raisonnables d'ordonner au conducteur de se soumettre à un

a breathalyzer demand. In other words, once a police officer has, in fact, a reasonable suspicion of alcohol in the body, the use of the ALERT test is warranted and the officer may rely on the results of that test in order to make a breathalyzer demand. The mere possibility that the ALERT test might have been inaccurate because of alcohol consumed shortly before driving and within the 15 minutes prior to the test is insufficient to invalidate the reasonableness of the officer's belief based on the result of the test.

Current Applicability of Rilling v. The Queen

39 In this case, the police officer undoubtedly had reasonable and probable grounds for making the breathalyzer demand. It is therefore not strictly necessary to consider the applicability of *Rilling v. The Queen*, *supra*. Yet, both parties addressed this issue and there seems to be a difference of opinion on the question among the Courts of Appeal. In *Rilling*, it was held that the lack of reasonable and probable grounds for making the demand was irrelevant in those situations where the driver had, in any event, acceded to the request. This Court adopted the position of the Court of Appeal, which was put in this way, at p. 198:

It is my opinion that this Court should accept and adopt the views expressed in the *Orchard*, *Showell* and *Flegel* cases, *supra*, and hold that while absence of reasonable and probable grounds for belief of impairment may afford a defence to a charge of refusal to submit to a breathalyzer test laid under subs. (2) of s. 235 of the Code, it does not render inadmissible certificate evidence in the case of a charge under s. 236 of the Code. The motive which actuates a peace officer in making a demand under s. 235(1) is not a relevant consideration when the demand has been acceded to.

40 The British Columbia Court of Appeal in this case held that *Rilling* was no longer good law since it was decided prior to the *Charter*.

alcootest. En d'autres termes, lorsqu'un policier a, en fait, des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme, l'utilisation du test ALERT est justifié et le policier peut se fonder sur les résultats de ce test pour ordonner au conducteur de se soumettre à un alcootest. La simple possibilité que le test ALERT risque de donner des résultats inexacts en raison de la consommation d'alcool juste avant de conduire et dans les 15 minutes précédant le test ne suffit pas à invalider le caractère raisonnable de la croyance du policier fondée sur ces résultats.

Applicabilité de l'arrêt Rilling c. La Reine

Dans la présente affaire, le policier avait certainement des motifs raisonnables d'ordonner à l'intimé de se soumettre à un alcootest. En conséquence, il n'est pas strictement nécessaire d'examiner l'applicabilité de l'arrêt *Rilling c. La Reine*, précité. Cependant, les deux parties ont soulevé ce point et les cours d'appel semblent diverger d'opinions à ce sujet. Dans l'arrêt *Rilling*, notre Cour a statué que l'absence de motifs raisonnables d'ordonner l'alcootest n'était pas pertinent dans les cas où le conducteur avait, de toute façon, obtempéré à l'ordre. Notre Cour a adopté la position de la Cour d'appel, qui était exprimée dans les termes suivants, à la p. 198:

[TRADUCTION] J'estime que cette Cour doit faire siennes les opinions émises dans les affaires *Orchard*, *Showell* et *Flegel*, précitées, et conclure que l'absence de motifs raisonnables et probables de croire que la capacité de conduire du prévenu était affaiblie, bien que constituant un moyen de défense opposable à une accusation portée en vertu du par. (2) de l'art. 235 du Code pour avoir refusé de subir un alcootest, ne rend pas irrecevable le certificat de l'analyste dans le cas d'une accusation portée en vertu de l'art. 236 du Code. Le motif qui a incité un agent de la paix à faire une sommation en vertu du par. (1) de l'art. 235 n'est pas un élément pertinent lorsque l'on a obtempéré à cette sommation.

En l'espèce, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que l'arrêt *Rilling* ne constitue plus le droit applicable puisqu'il a été rendu avant l'adoption de la *Charte*.

In my view, the Court of Appeal erred in taking this position. Certainly the *Charter* is relevant. An accused may be able to establish on the balance of probabilities that the taking of breath samples infringed his *Charter* rights. For example, it might be contended that the requisite reasonable and probable grounds for making the breathalyzer demand were absent, and that, in the circumstances, the admission of those breathalyzer results would bring the administration of justice into disrepute. In those circumstances, the breathalyzer evidence might well not be accepted. Yet, where an accused complies with the breathalyzer demand, the Crown need not prove as part of its case that it had reasonable and probable grounds to make that demand. Rather, I think, the onus rests upon the accused to establish on the balance of probabilities that there has been a *Charter* breach and that, under s. 24(2), the evidence should be excluded. There should not be an automatic exclusion of the breathalyzer test results.

Several provincial appellate courts have taken the position that the *Rilling* case is still applicable in appropriate circumstances. That is to say where breath samples are obtained without reasonable and probable grounds for the demand, the evidence should only be excluded upon an application by the accused to exclude it pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. See *R. v. McNulty* (1991), 35 M.V.R. (2d) 27 (Ont. C.A.); *R. v. Lintell* (1991), 64 C.C.C. (3d) 507 (Alta. C.A.); *R. v. Dwernychuk* (1992), 77 C.C.C. (3d) 385 (Alta. C.A.), leave to appeal refused, [1993] 2 S.C.R. vii; *R. v. Marshall* (1989), 91 N.S.R. (2d) 211 (C.A.); *R. v. Langdon* (1992), 74 C.C.C. (3d) 570 (Nfld. C.A.); *R. v. Leneal* (1990), 68 Man. R. (2d) 127 (C.A.). This, I think, is the approach that should be adopted.

Summary

In my view, the word “forthwith” in s. 254(2) means “immediately”. Police officers must make a demand for an ALERT sample immediately upon forming a reasonable suspicion of alcohol in the

À mon avis, la Cour d’appel a commis une erreur en adoptant cette position. Certes, la *Charte* est pertinente. Il est possible qu’un accusé puisse établir, selon la prépondérance des probabilités, que le prélèvement des échantillons d’haleine contrevient aux droits que lui garantit la *Charte*. Par exemple, on pourrait soutenir que le policier n’avait pas, comme la disposition l’exige, de motifs raisonnables d’ordonner l’alcootest, et que, dans ces circonstances, l’utilisation des résultats obtenus serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Dans ces circonstances, la preuve obtenue au moyen de l’alcootest pourrait ne pas être utilisée. Cependant, lorsqu’un accusé obtempère à l’ordre de se soumettre à un alcootest, le ministère public n’a pas à établir qu’il avait des motifs raisonnables de donner l’ordre en question. À mon avis, il appartient plutôt à l’accusé d’établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’il y a eu violation de la *Charte* et que les éléments de preuve recueillis devraient être écartés conformément au par. 24(2). Les résultats des alcootests ne devraient pas être écartés automatiquement.

Plusieurs cours d’appel provinciales ont adopté comme position que l’arrêt *Rilling* est toujours applicable dans les circonstances appropriées. C’est-à-dire, que lorsque des échantillons d’haleine sont obtenus sans qu’il existe de motifs raisonnables d’en ordonner le prélèvement, les éléments de preuve recueillis devraient être écartés seulement si l’accusé en fait la demande conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Voir *R. c. McNulty* (1991), 35 M.V.R. (2d) 27 (C.A. Ont.); *R. c. Lintell* (1991), 64 C.C.C. (3d) 507 (C.A. Alb.); *R. c. Dwernychuk* (1992), 77 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Alb.), autorisation de pourvoi refusée, [1993] 2 R.C.S. vii; *R. c. Marshall* (1989), 91 N.S.R. (2d) 211 (C.A.); *R. c. Langdon* (1992), 74 C.C.C. (3d) 570 (C.A.T.-N.); *R. c. Leneal* (1990), 68 Man. R. (2d) 127 (C.A.). Je crois que c’est la démarche qui devrait être adoptée.

Résumé

À mon avis, le terme «immédiatement» utilisé au par. 254(2) signifie «tout de suite». Les policiers doivent ordonner à un conducteur de se soumettre à un test ALERT dès qu’ils ont des raisons

41

42

43

body and they must administer the test immediately upon making that demand for a breath sample. Section 254(2) does not anticipate, require or include a 15-minute delay to allow residual mouth alcohol to dissipate either prior to making the demand or prior to administering the test. This conclusion flows from a consideration of the gravity of the problem of drinking and driving; the system set out in the *Criminal Code* for screening and subsequently testing drivers for their alcohol level; the protection of the public; the convenience of the motoring public who can immediately continue on their way after successfully passing the ALERT test; the interpretation of the section to comply with the *Charter*; and the nature of the risk involved in not proceeding immediately with the test.

Disposition

44 In the result, the appeal is allowed, the judgment of the British Columbia Court of Appeal is set aside, and the conviction and sentence imposed at trial are restored.

The judgment of La Forest, Sopinka, McLachlin and Major JJ. was delivered by

45 SOPINKA J. — I have read the reasons of Justice Cory and while I am in agreement with my colleague that the appeal should be allowed, with respect, I cannot agree with the reasons by which he arrived at the result. In the circumstances of the present appeal, I agree that the police officer had reasonable and probable grounds to make a breathalyzer demand based on the results of the screening test along with the other indicia of impairment. However, I am not prepared to hold that, as a matter of law, a “fail” result is sufficient to constitute reasonable and probable grounds, *per se*, where a police officer is aware of circumstances that make the results of the test unreliable.

46 In the case at bar there is no evidence that such circumstances were present. There was no evidence concerning the time when the respondent consumed his last drink of alcohol nor was there

de soupçonner la présence d’alcool dans l’organisme et ils doivent procéder au test immédiatement lorsqu’ils donnent cet ordre. Le paragraphe 254(2) ne prévoit, n’exige ni n’inclut un délai de 15 minutes pour que toute trace possible d’alcool dans la bouche puisse s’évaporer, soit avant l’ordre de fournir un échantillon d’haleine soit avant de procéder au test. Cette conclusion repose sur un examen de la gravité du problème de l’alcool au volant, du régime établi dans le *Code criminel* pour découvrir les conducteurs dont les facultés sont affaiblies et les soumettre ensuite à un test, de la protection du public, de l’absence d’inconvénient pour les conducteurs qui peuvent poursuivre immédiatement leur chemin s’ils réussissent le test ALERT, de l’interprétation de la disposition de façon à respecter la *Charte* et, enfin, de la nature du risque de ne pas procéder immédiatement au test.

Dispositif

En définitive, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler l’arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique et de rétablir la déclaration de culpabilité et la peine prononcées au procès.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, McLachlin et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — J’ai lu les motifs du juge Cory et, à son instar, je suis d’avis qu’il y a lieu d’accueillir le pourvoi; cependant, en toute déférence, je ne souscris pas aux motifs sur lesquels il fonde sa décision. Dans les circonstances de l’espèce, le policier avait, à mon avis, des motifs raisonnables d’ordonner un alcootest compte tenu des résultats du test de détection et des autres indices d’ébriété. Cependant, je ne suis pas disposé à conclure qu’un «échec» suffit, en droit, à constituer des motifs raisonnables dans le cas où le policier est au courant de circonstances qui rendent non fiables les résultats du test.

En l’espèce, il n’y a aucune preuve de l’existence de telles circonstances. En effet, on n’a pas présenté de preuve quant au moment de la dernière consommation de l’intimé ni quant à d’autres cir-

any evidence of other circumstances which would render the results of the test unreliable. The officer was entitled to rely on the results of the test in support of his opinion that reasonable and probable grounds existed on which to base a demand for a breathalyzer test. The decision as to whether a peace officer believes on reasonable and probable grounds that an offence is being committed and, therefore, that a demand is authorized under s. 254(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, must be based on the circumstances of the case. It is, therefore, essentially a question of fact and not one of pure law.

I. Relevant Statutory Provisions

Criminal Code

254. . . .

(2) Where a peace officer reasonably suspects that a person who is operating a motor vehicle or vessel or operating or assisting in the operation of an aircraft or of railway equipment or who has the care or control of a motor vehicle, vessel or aircraft or of railway equipment, whether it is in motion or not, has alcohol in the person's body, the peace officer may, by demand made to that person, require the person to provide forthwith such a sample of breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of the breath to be made by means of an approved screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of breath to be taken.

(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 . . .

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

constances qui auraient pour effet de rendre non fiables les résultats du test. Le policier était en droit de se fier à ces résultats pour se faire l'opinion qu'il existait des motifs raisonnables le justifiant d'ordonner un alcootest. C'est en fonction des circonstances de chaque cas qu'il faut décider si un agent de la paix a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre une infraction, le justifiant d'ordonner un alcootest en vertu du par. 254(3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. En conséquence, il s'agit essentiellement d'une question de fait et non de droit seulement.

I. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel

254. . . .

(2) L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme de la personne qui conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef, ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, peut lui ordonner de lui fournir, immédiatement, l'échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour l'analyser à l'aide d'un appareil de détection approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.

(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.

officer for the purpose of enabling such samples to be taken.

II. Issues

47 The following issues are raised for consideration:

1. Did the Court of Appeal err in law by ruling that unless a peace officer either ascertains when a driver consumed his last drink of alcohol or waits at least 15 minutes before administering an approved screening device test, one cannot rely on a "fail" reading on the approved screening device test in making a breathalyzer demand under s. 254(3) of the *Criminal Code*?
2. What is the proper interpretation of "forthwith" in s. 254(2) of the *Criminal Code*? Specifically, is it appropriate to read into the meaning of "forthwith" a requirement that a peace officer either ascertain when a subject consumed his last drink of alcohol or wait for a period of 15 minutes before administering an approved screening device test?

III. Analysis

A. Does a "fail" result *per se* furnish reasonable and probable grounds to demand a breathalyzer?

48 The *Criminal Code* provides that where a police officer believes on reasonable and probable grounds that a person has committed an offence pursuant to s. 253 of the *Code*, the police officer may demand a breathalyzer. The existence of reasonable and probable grounds entails both an objective and a subjective component. That is, s. 254(3) of the *Code* requires that the police officer subjectively have an honest belief that the suspect has committed the offence and objectively there must exist reasonable grounds for this belief: *R. v. Callaghan*, [1974] 3 W.W.R. 70 (Sask. Dist. Ct.); *R. v. Belnavis*, [1993] O.J. No. 637 (Gen. Div.) (QL); *R. v. Richard* (1993), 12 O.R. (3d) 260 (Prov. Div.); and see also *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, regarding the requirements for reasonable and probable grounds in the context of an arrest.

II. Les questions en litige

Notre Cour doit examiner les questions suivantes:

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en statuant qu'un agent de la paix ne peut, sauf s'il a déterminé quand le conducteur a pris sa dernière consommation ou s'il a attendu 15 minutes avant de lui faire subir un test au moyen d'un appareil de détection approuvé, se fonder sur un échec enregistré par cet appareil pour lui ordonner de se soumettre à un alcootest en vertu du par. 254(3) du *Code criminel*?
2. Quelle est l'interprétation à donner au terme «immédiatement» au par. 254(2) du *Code criminel*? Plus particulièrement, est-il approprié d'affirmer que cette expression signifie qu'un agent de la paix doit soit déterminer le moment de la dernière consommation, soit attendre 15 minutes avant de faire subir un test au moyen d'un appareil de détection approuvé?

III. Analyse

A. Un «échec» fournit-il en soi des motifs raisonnables d'ordonner un alcootest?

En vertu du *Code criminel*, lorsqu'un policier a des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis une infraction à l'art. 253 du *Code*, il peut lui ordonner de se soumettre à un alcootest. L'existence de motifs raisonnables comporte un élément objectif et un élément subjectif. En effet, en vertu du par. 254(3) du *Code*, le policier doit subjectivement croire sincèrement que le suspect a commis l'infraction et, objectivement, cette croyance doit être fondée sur des motifs raisonnables: *R. c. Callaghan*, [1974] 3 W.W.R. 70 (C. dist. Sask.); *R. c. Belnavis*, [1993] O.J. No. 637 (Div. gén.) (QL); *R. c. Richard* (1993), 12 O.R. (3d) 260 (Div. prov.); voir également *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, relativement aux motifs raisonnables exigés dans le contexte d'une arrestation.

It is clear that Parliament has set up a statutory scheme whereby a screening test can be administered by the police merely upon entertaining a reasonable suspicion that alcohol is in a person's body. The purpose behind this screening test is evidently to assist police in furnishing the reasonable grounds necessary to demand a breathalyzer. The roadside screening test is a convenient tool for confirming or rejecting a suspicion regarding the commission of an alcohol-related driving offence under s. 253 of the *Code*. A "fail" result may be considered, along with any other indicia of impairment, in order to provide the police officer with the necessary reasonable and probable grounds to demand a breathalyzer. Normally, where a properly conducted roadside screening test yields a "fail" result, this alone will be sufficient to furnish a police officer with such grounds.

Nonetheless, as I stated at the outset, it cannot be said that a "fail" result *per se* provides reasonable and probable grounds. If that were the case, it was open to Parliament to indicate this intention in the *Criminal Code*. Yet, nowhere in s. 254 is it indicated that a "fail" result on an approved screening device is deemed to provide reasonable and probable grounds. Thus, it is necessary to determine as a question of fact in each case whether or not the police officer had an honest belief based on reasonable and probable grounds that the suspect had committed an offence under s. 253 of the *Code*.

Where there is evidence that the police officer knew that the suspect had recently consumed alcohol and expert evidence shows that the subsequent screening test would be unreliable due to the presence of alcohol in the mouth, it cannot be decreed, as a matter of law, that both the subjective and objective tests have been satisfied. To so hold would fly in the face of the evidence. What if the officer testifies that he did not believe that the ALERT reading provided the necessary grounds? Is his or her evidence to be ignored? The requirement in s. 254(3) that reasonable and probable grounds exist is not only a statutory but a constitutional requirement as a precondition to a lawful search and seizure under s. 8 of the *Canadian*

Il est clair que le législateur a établi un régime législatif qui permet au policier de faire subir un test de détection lorsqu'il a simplement des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans l'organisme d'une personne. Ce test vise de toute évidence à aider le policier à fournir les motifs raisonnables le justifiant d'ordonner un alcootest. Le test de détection routier est un moyen utile de confirmer ou de rejeter un soupçon relativement à la perpétration d'une infraction de conduite avec facultés affaiblies en contravention de l'art. 253 du *Code*. Le policier peut tenir compte d'un «échec» ainsi que de tout autre signe d'ébriété pour déterminer qu'il a des motifs raisonnables d'ordonner un alcootest. En temps normal, lorsqu'un test de détection routier bien effectué donne lieu à un «échec», ce résultat suffira à donner au policier les motifs requis.

Néanmoins, comme je l'ai fait remarquer au début, on ne peut affirmer qu'un «échec» fournit en soi des motifs raisonnables. Si c'était le cas, le législateur aurait pu indiquer son intention dans le *Code criminel*. Pourtant, l'art. 254 n'indique nullement qu'un «échec» à un test au moyen d'un appareil de détection approuvé est réputé fournir des motifs raisonnables. En conséquence, il faut déterminer comme une question de fait dans chaque cas si le policier avait des motifs raisonnables de croire sincèrement que le suspect avait commis une infraction à l'art. 253 du *Code*.

Lorsqu'il existe une preuve que le policier savait que le suspect avait récemment consommé de l'alcool et que la preuve d'expert démontre que l'on ne peut se fier au test de détection à cause de la présence d'alcool dans la bouche, on ne peut, en droit, affirmer que les critères subjectif et objectif ont été respectés. Ce serait faire échec à la preuve que de prétendre le contraire. Qu'en est-il du cas où le policier témoigne que le test ALERT ne lui a pas fourni les motifs nécessaires? Faut-il faire abstraction de son témoignage? L'exigence de motifs raisonnables prévue au par. 254(3) est une exigence non seulement légale, mais aussi constitutionnelle, qu'il faut respecter, en vertu de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, à

49

50

51

Charter of Rights and Freedoms. Section 8 requires that reasonable and probable grounds exist in fact and not that their presence can be deemed to exist notwithstanding the evidence.

52 With respect, I cannot accept my colleague's suggestion that the interests of preventing drunk driving and the fact that it will be only rarely that circumstances arise whereby the screening test will yield false results justify any "inconvenience arising from the requirement that a breathalyzer test be taken" (p. 276). Those instances, even if they are rare (about which there is no evidence in this case), constitute violations of s. 8 of the *Charter*. I am unaware of any principle of statutory interpretation which sanctions breaches of the *Charter* provided such breaches are rare.

53 Nor do I find much consolation in the observation that someone who has consumed alcohol immediately prior to driving must bear the risk of a "false fail" result on the screening device. Is such a person somehow entitled to less protection than another who waits 15 minutes? Moreover, taking a drink within the 15-minute period is not the only circumstance which renders the test unreliable. According to the RCMP training course manual, the result is also distorted by a burp or a belch. In each case a waiting period of about 15 minutes is recommended. Should all these cases be lumped together to bear the consequences of a "false fail" reading? These individuals, as much as any others, are entitled to the protection of s. 8 of the *Charter*. The fact that a subsequent breathalyzer result may rectify the inaccurate "fail" obtained by a faulty screening test is no solace to an individual whose *Charter* rights have been violated. This is not just a matter of inconvenience to the individual. The existence of reasonable and probable grounds is essential to protect the privacy rights of anyone who might be subjected to a search and seizure by the police.

54 In *R. v. Richardson*, Ont. Prov. Div., October 31, 1990, unreported, Sharpe Prov. Div. J. held that an officer who was trained in the use of screening

titre de condition préalable à une fouille, saisie ou perquisition légitime. L'article 8 exige que les motifs raisonnables existent dans les faits et non que l'on puisse en présumer l'existence nonobstant la preuve.

En toute déférence, je ne peux souscrire à l'opinion de mon collègue, qui affirme que les intérêts de la prévention de la conduite en état d'ébriété et le fait qu'il y aura rarement des cas où le test de détection donnera des résultats erronés justifient tout «inconvenient découlant de la nécessité de soumettre le conducteur à un alcootest» (p. 276). Ces cas, même s'ils sont rares (ce dont on n'a pas fait la preuve en l'espèce) constituent des violations de l'art. 8 de la *Charte*. Je ne connais aucun principe d'interprétation des lois qui sanctionne les violations de la *Charte*, même rares.

De plus, je ne trouve pas très réconfortante l'observation que la personne qui a consommé de l'alcool immédiatement avant de prendre le volant doit assumer le risque que l'appareil de détection produise un «faux échec». Cette personne aurait-elle droit à moins de protection qu'une autre qui attend 15 minutes avant de partir? Par ailleurs, une consommation dans cette période de 15 minutes ne constitue pas la seule circonstance qui rend le test non fiable. Selon le manuel de formation de la GRC, le résultat est également faussé par une érucation. Dans chaque cas, on recommande d'attendre environ 15 minutes. Toutes les personnes visées par ces cas doivent-elles subir les conséquences d'un «faux échec»? Ces personnes ont, autant que d'autres, droit à la protection de l'art. 8 de la *Charte*. Le fait qu'un alcootest subséquent permette de rectifier le faux «échec» résultant d'un test de détection fautif n'est d'aucun réconfort pour une personne dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés. Ce n'est pas simplement une question d'inconvenient pour cette personne. L'existence de motifs raisonnables est essentielle à la protection des droits à la vie privée de toute personne qui risque de faire l'objet d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie par la police.

Dans l'affaire *R. c. Richardson*, Div. prov. Ont., 31 octobre 1990, décision inédite, le juge Sharpe a statué qu'un policier qui a appris à utiliser les

devices and who failed to wait 15 minutes prior to administering the test did not have reasonable and probable grounds to demand a breathalyzer. The reasoning of Sharpe Prov. Div. J. emphasizes that an unreliable test cannot form the necessary legal foundation for a subsequent breathalyzer demand:

Even when the machine is calibrated properly [the reading may be] unreliable if the proper waiting time is not adhered to; this could result [in] a reading that was either too high or too low. An improper taking of the test with a resulting variable reading cannot in the opinion of the court, form either reasonable or probable grounds for the making of a Demand under Section 254(3) of the Criminal Code of Canada. [Emphasis added.]

It must be noted that in *Richardson*, unlike in the case at bar, there was evidence to the effect that the accused had consumed alcohol within the 15 minutes prior to the test.

It is important to understand the frailties associated with the roadside screening tests and the potential unreliability which may result from the presence of mouth alcohol. The manufacturer of the alcohol screening device used in the present case recognizes that when certain circumstances prevail, the results will not be accurate. The following extract from the manufacturer's manual concerning the effects of mouth alcohol is pertinent:

The concentration of alcohol in a drink is much higher than would ever be present in the blood so that, if a breath sample were analysed soon after the subject had consumed his or her last drink, the reading would be very high due to residual alcohol remaining in the mouth. Some of this mouth alcohol would evaporate into the expired air but this breath alcohol reading would not reflect the true blood alcohol concentration.

It is important therefore that a period of at least twenty minutes has elapsed since the subject had his or her last drink. This twenty minute period allows for any mouth alcohol to be dispersed, so that a valid breath alcohol analysis can be carried out to determine the blood alcohol concentration.

appareils de détection mais qui a omis d'attendre 15 minutes avant de faire subir le test n'avait pas de motifs raisonnables d'ordonner un alcootest. Dans son raisonnement, le juge Sharpe fait ressortir qu'un test non fiable ne peut constituer le fondement juridique nécessaire d'un ordre de se soumettre à un alcootest:

[TRADUCTION] Même si l'appareil est bien calibré [le résultat peut être] non fiable si l'on ne respecte pas le délai approprié; le résultat pourrait être trop élevé ou trop bas. Un test mal administré et le résultat incertain qui s'ensuit ne peuvent, de l'avis de la cour, servir à créer des motifs raisonnables d'ordonner un alcootest en vertu du par. 254(3) du Code criminel du Canada. [Je souligne.]

Je tiens à faire ressortir que dans l'affaire *Richardson*, contrairement à la situation en l'espèce, il existait une preuve que l'accusé avait pris une consommation dans les 15 minutes qui avaient précédé le test.

Il importe de comprendre que les tests de détection routiers comportent des faiblesses et risquent de ne pas être fiables si une personne a des traces d'alcool dans la bouche. Le fabricant de l'appareil de détection utilisé en l'espèce reconnaît que, dans certaines circonstances, les résultats ne seront pas précis. Voici à cet égard un extrait pertinent du manuel du fabricant, qui porte sur les effets de la présence de traces d'alcool dans la bouche:

[TRADUCTION] La concentration d'alcool dans une consommation est de beaucoup supérieure à celle susceptible d'exister dans le sang, de sorte que si un échantillon d'haleine est analysé peu après la dernière consommation du sujet, le résultat sera très élevé à cause de la présence de traces d'alcool encore dans la bouche. Une partie de ces traces d'alcool serait évaporée dans l'air expiré, mais le résultat ainsi obtenu ne refléterait pas l'alcoolémie réelle.

Il importe en conséquence d'attendre au moins vingt minutes à partir du moment de la dernière consommation du sujet. Au cours de cette période de vingt minutes, il y aura évaporation de toute trace d'alcool dans la bouche et l'on pourra ensuite procéder à une analyse valide de l'haleine pour déterminer l'alcoolémie.

Similarly, if the subject has recently regurgitated or vomited, after a recent drink, this too could introduce alcohol into the mouth and so affect the result of a subsequent breath test. [Emphasis added.]

56

It is also relevant to note the statements in the manual of the training course given by the RCMP with respect to the operation of the screening devices and the unreliability caused by the presence of mouth alcohol:

All deep lung breath samples originate in the lower part of the lungs, pass through the windpipe and the mouth before entering the S-L2. Any residual alcohol present in the mouth during this time will contaminate the breath sample. The raw alcohol, because of its high concentration, saturates the breath sample and produces false high results on the S-L2. As an example, a FAIL may be indicated on the S-L2 when the correct result is actually a WARN or PASS.

Raw alcohol can be present in the mouth as a result of the recent consumption of alcoholic beverages or if a belch or burp were to bring up alcohol from the stomach. This residual alcohol will disappear quite rapidly, generally taking fifteen (15) minutes or less to dissipate.

As a result, the total time from your initial observation of the person at the vehicle until the time the person blows into the S-L2 should not be less than fifteen (15) minutes. This practice will minimize the possibility that mouth alcohol will affect the S-L2 test. [Emphasis added.]

57

Although the RCMP training suggests a waiting period of not less than 15 minutes whereas the manufacturer recommends waiting 20 minutes, the basic concern is the same. In order to ensure that the results of the test are not falsely elevated, one must wait an adequate period of time so that any mouth alcohol present has had an opportunity to dissipate.

58

In the present case, the adverse effect of mouth alcohol on the results of the screening test, as illustrated by the above passages, was confirmed by the expert evidence of Mr. Wong. He testified that, when administering a breathalyzer or a screening

De même, si le sujet a récemment régurgité ou vomi, après une consommation récente, il pourrait aussi y avoir des traces d'alcool dans la bouche, ce qui pourrait aussi modifier le résultat de toute analyse d'haleine effectuée par la suite. [Je souligne.]

Il est également pertinent de citer les passages qui, dans le manuel de la formation offerte par la GRC, portent sur l'utilisation des appareils de détection et leur non-fiabilité lorsqu'il y a présence de traces d'alcool dans la bouche:

[TRADUCTION] Tous les échantillons d'haleine profonde émanent de la partie inférieure des poumons, passent par la trachée et la bouche avant d'entrer dans le S-L2. Toute trace d'alcool présente dans la bouche contaminera l'échantillon d'haleine. L'alcool pur, à cause de sa concentration élevée, sature l'échantillon d'haleine et donne lieu à des résultats faussement élevés sur le S-L2. Ainsi, le S-L2 pourrait bien indiquer un ÉCHEC alors qu'il s'agit d'un cas d'AVERTISSEMENT ou de RÉUSITE.

Il peut y avoir présence d'alcool pur dans la bouche s'il y a eu consommation récente de boissons alcoolisées ou si la personne a éternué, ce qui fait remonter l'alcool se trouvant dans l'estomac. Ces traces d'alcool se dissiperont assez rapidement, généralement en moins de quinze (15) minutes.

C'est pourquoi il devrait s'écouler au moins quinze (15) minutes entre le moment où vous faites une première observation de la personne au volant et celui où elle souffle dans le S-L2. Cette pratique permettra de réduire au minimum le risque que les traces d'alcool se trouvant dans la bouche viennent fausser le test effectué au moyen du S-L2. [Je souligne.]

Bien que le manuel de formation de la GRC recommande une période d'attente d'au moins 15 minutes et le fabricant, de 20 minutes, la préoccupation fondamentale demeure la même. Pour que les résultats du test ne soient pas faussement élevés, il faut allouer une certaine période pour permettre l'évaporation de toute trace d'alcool dans la bouche.

En l'espèce, le témoignage de l'expert, M. Wong, confirme l'incidence défavorable de la présence de traces d'alcool dans la bouche sur les résultats du test de détection, comme l'illustrent les passages reproduits. Selon M. Wong, lorsqu'il fait

device, as a precaution “[t]he technician is to ensure that the subject has not consumed any alcohol at least twenty minutes prior to taking a first sample”. The reason for the precaution, according to Mr. Wong, was that “if there’s any mouth alcohol, that will falsely elevate the result on the Alcolmeter SL/2 and give a false result”. That is, the blood-alcohol level reading would be falsely elevated.

If the scientific evidence establishes a high degree of unreliability with respect to the screening device when certain conditions prevail, and if a police officer knows, for example based on his or her training, that the resultant screening device will provide inaccurate results where a suspect has consumed alcohol within the 15 minutes prior to administering the test, how can the police officer testify that he or she had an honest belief of impairment, absent other indicia? Surely the knowledge that the screening test is unreliable would vitiate any subjective belief that an officer may have regarding reasonable and probable grounds of the commission of an offence under s. 253 of the *Code*. A police officer will have difficulty in concluding that such a flawed test upgrades one’s mere suspicion into reasonable and probable grounds. If the police officer is to give an honest answer as to his belief, I cannot see how, as a matter of law, we can tell the officer that the answer is wrong.

This, of course, is assuming that the results of the screening test are the sole basis for raising a police officer’s mere suspicion to full reasonable grounds to demand a breathalyzer under s. 253(3) of the *Code*. If other symptoms or indicia are present which are sufficient to provide reasonable and probable grounds, then the officer need not rely solely on a faulty screening device test and the above problem would not necessarily arise. As I indicated earlier, each case must be assessed on its facts. However, a “fail” result *per se* is insufficient to furnish reasonable and probable grounds where circumstances exist as discussed above, such that

subir un alcootest ou un test de détection, à titre de précaution, [TRADUCTION] «[l]e technicien doit s’assurer que le sujet n’a pas consommé d’alcool au cours des vingt dernières minutes avant le prélèvement du premier échantillon». La raison de cette précaution est la suivante: [TRADUCTION] «la présence de traces d’alcool dans la bouche élèvera faussement le résultat de l’alcoomètre SL/2 et donnera un résultat erroné». Ce qui signifie que l’alcoolémie serait faussement élevée.

Si la preuve scientifique établit que l’appareil de détection est loin d’être fiable en présence de certaines conditions et si un policier sait, par exemple à cause de la formation qu’il a reçue, que l’appareil donnera des résultats inexacts dans le cas où un suspect a pris une consommation dans les 15 minutes avant le test, comment ce policier peut-il affirmer dans son témoignage qu’il croyait sincèrement que les facultés de cette personne étaient affaiblies, s’il n’existe pas d’autres signes d’ébriété? De toute évidence, le fait qu’un policier est au courant de la non-fiabilité du test de détection viendrait annihiler toute croyance subjective à l’existence de motifs raisonnables lui permettant de croire à la perpétration d’une infraction à l’art. 253 du *Code*. Un policier aura de la difficulté à conclure qu’un tel test erroné permet de transformer de simples soupçons en motifs raisonnables. Si le policier doit donner une réponse sincère quant à ce qu’il croyait, je ne peux voir comment l’on pourrait, en droit, lui dire que sa réponse est erronée.

Ceci suppose, bien entendu, que les résultats du test de détection serviront seuls à transformer les simples soupçons d’un policier en motifs raisonnables d’ordonner un alcootest en vertu du par. 253(3) du *Code*. Dans le cas où d’autres symptômes ou signes fournissent au policier des motifs raisonnables, alors il n’a pas à se fier seulement sur un test de détection erroné, et le problème mentionné ne se présenterait pas nécessairement. Comme je l’ai déjà indiqué, chaque cas doit être examiné par rapport aux faits qui lui sont propres. Cependant, un «échec» ne suffit pas en soi pour fournir au policier des motifs raisonnables dans le

59

60

the police know that the test would yield faulty results.

B. *The interpretation of "forthwith": Must the screening test be administered immediately?*

61 The possibility that a police officer may not be able to rely on a screening device result which is known to be unreliable if it is administered within 15 minutes of the last drink consumed by the suspect raises concerns regarding the requirement of s. 254(2) of the *Code* that the suspect provide a breath sample forthwith. The problem arises if "forthwith" is interpreted to mean that the roadside test must be administered immediately and that there is no authority to delay 15 minutes in order to ensure the accuracy of the test results. As was noted by Fairgieve Prov. Div. J. in *R. v. Richard, supra*, if this were the situation then police officers would be faced with the dilemma whereby the test might be invalidated as unreliable if administered without delay, yet would also be invalidated as an unauthorized test under s. 254(2) if the police officer did wait 15 minutes. This would appear to create an intolerable situation as it would emasculate the statutory scheme in circumstances where the police officer knows the suspect has very recently consumed his or her last drink of liquor. In my view, this could not have been the intention of Parliament.

62 This Court has twice before considered the meaning of "forthwith" in the context of the statutory scheme in question. In *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, this Court had the opportunity to consider the meaning of "forthwith" in s. 234.1(1), the predecessor to s. 254(2) of the *Code*. Section 234.1 was worded slightly differently as it applied only to persons driving a motor vehicle and the provision referred to the use of a "roadside" screening device. In the current provision, there is no reference to "roadside" and s. 254(2) applies equally to vessels, aircraft and railway equipment. However, like my colleague Cory J., I do not believe that anything turns on the difference between the provisions. In my view, the characteri-

cas où existent les circonstances dont j'ai parlé, qui lui permettent de savoir que le test donnera des résultats erronés.

B. *L'interprétation du terme «immédiatement»: Le test de détection doit-il être administré tout de suite?*

L'exigence du par. 254(2) du *Code*, que le suspect fournisse immédiatement un échantillon d'haleine, soulève un problème vu le risque qu'un policier puisse bien ne pas être en mesure de se fier au résultat d'un appareil de détection qu'il sait non fiable s'il est administré dans les 15 minutes qui suivent la dernière consommation du suspect. Ce problème existe si l'on considère que le terme «immédiatement» signifie que le test routier doit être administré tout de suite et que le policier n'est aucunement justifié d'attendre 15 minutes pour s'assurer de la fiabilité des résultats du test. Comme le juge Fairgieve l'a fait remarquer dans l'affaire *R. c. Richard*, précité, si tel était le cas, les policiers seraient devant le dilemme suivant: ou le test risque d'être invalidé pour cause de non-fiabilité s'il est administré sans délai, ou il serait aussi invalidé comme étant non autorisé en vertu du par. 254(2) dans le cas où le policier a attendu 15 minutes. Cela créerait une situation intolérable puisque l'on se trouverait à atténuer l'objet de la loi dans les cas où le policier sait que le suspect a consommé son dernier verre très peu de temps auparavant. À mon avis, le législateur ne peut avoir eu cette intention.

Notre Cour a à deux reprises examiné le sens du terme «immédiatement» ou «sur-le-champ» dans le contexte du régime législatif en cause. Dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, notre Cour a eu l'occasion d'examiner le sens de «sur-le-champ» au par. 234.1(1), maintenant le par. 254(2) du *Code*, où le terme utilisé est «immédiatement». Le libellé de l'art. 234.1 était légèrement différent puisqu'il visait seulement les conducteurs d'un véhicule à moteur et que l'alcootest était qualifié par le terme «roadside» dans le texte anglais. Dans la disposition actuelle, le terme «roadside» n'apparaît pas et le par. 254(2) s'applique aussi à quiconque conduit un bateau, un aéronef et du matériel ferroviaire. Cependant, à l'instar de mon

zation of the screening device as “roadside” is merely indicative of the fact that, in the old provision, Parliament did not include the possibility that the test could be administered to detect the impaired operation of other vehicles such as aircraft or railway equipment. Section 254(2), however, specifically mentions these forms of transportation and so the test is not necessarily conducted “roadside”. This does not, however, change the meaning to be given to “forthwith”.

In *Thomsen*, it was determined that the roadside demand for a breath sample violated s. 10(b) of the *Charter*; however, the provision was saved by s. 1. In the course of his reasons, Le Dain J. addressed the meaning of “forthwith” at p. 651:

In our reasons for judgment in *Therens*, both Estey J. and I, in comparing s. 234.1(1) [now s. 254(2)] and s. 235(1), also attached importance to the fact that Parliament chose to use the word “forthwith” without qualification in s. 234.1(1) but the words “forthwith or as soon as practicable” and “then or as soon thereafter as is practicable” in s. 235(1).

And later, at p. 653:

These observations emphasize what, as a practical matter, is implied by the words “forthwith” and “roadside” in s. 234.1(1). That there is to be no opportunity for contact with counsel prior to compliance with a s. 234.1(1) demand is, in my opinion, an implication of the terms of s. 234.1(1) when viewed in the context of the breath testing provisions of the *Criminal Code* as a whole. A s. 234.1(1) roadside screening device test is to be administered at roadside, at such time and place as the motorist is stopped, and as quickly as possible, having regard to the outside operating limit of two hours for the breathalyzer test which it may be found to be necessary to administer . . . [Emphasis added.]

Although the above passage states that the screening test should be administered as soon as possible, the fact that one should have regard to the two-hour limit for the breathalyzer test suggests

collègue le juge Cory, je ne crois pas que la différence entre les deux dispositions soit pertinente. À mon avis, le fait que l’ancienne disposition utilisait dans le texte anglais le terme «roadside» est une simple indication que le législateur n’avait pas inclus que le test pourrait être administré pour découvrir les conducteurs d’autres véhicules, comme un aéronef ou du matériel ferroviaire, dont les facultés étaient affaiblies. Toutefois, le par. 254(2) mentionne expressément ces moyens de transport, et le test n’est donc pas alors nécessairement administré sur le bord de la route. Cependant, cela ne modifie pas le sens du terme «immédiatement».

Dans l’arrêt *Thomsen*, notre Cour a statué qu’une demande d’échantillon d’haleine allait à l’encontre de l’al. 10b) de la *Charte*, mais que la disposition était sauvegardée par l’article premier. Dans ses motifs, le juge Le Dain a examiné le sens du terme «sur-le-champ», à la p. 651:

Dans les motifs de jugement que nous avons rédigés dans l’affaire *Therens*, le juge Estey et moi-même, en comparant les par. 234.1(1) [maintenant le par. 254(2)] et 235(1), avons également attaché de l’importance au fait que le législateur a choisi d’utiliser l’expression «sur-le-champ» sans plus au par. 234.1(1), mais l’expression «sur-le-champ ou dès que possible» au par. 235(1).

Et plus loin, à la p. 653:

Ces remarques soulignent ce que sous-entendent en pratique les expressions «sur-le-champ» et «roadside» que l’on trouve au par. 234.1(1). À mon avis, le fait qu’il ne doit pas y avoir d’occasion de communiquer avec un avocat avant d’obtempérer à la sommation faite en vertu du par. 234.1(1) découle des termes de ce paragraphe lorsqu’ils sont examinés en fonction de l’ensemble des dispositions du *Code criminel* relatives à l’alcooltest. L’alcooltest [test de détection] que prévoit le par. 234.1(1) doit être pratiqué sur le bord de la route, au moment et à l’endroit où l’automobiliste est arrêté, et aussi rapidement que possible compte tenu du délai de deux heures imparti pour l’éthylométrie [analyse] qu’on peut juger nécessaire de pratiquer . . . [Je souligne.]

Bien que le passage que je viens de citer précise que le test de détection doit être administré dès que possible, le fait qu’il faut tenir compte du délai de deux heures imparti pour l’analyse laisse entendre

that a 15-minute delay would not offend the provision nor the scheme of s. 254 of the *Code*. Implicit in the requirement that the sample be provided forthwith is any operational time component. The peace officer has to ready the equipment and instruct the suspect on what to do. In short, the statutory provisions must allow the time required to take a proper test. The duration of this time requirement is constrained by the fact that there is an overall time limit of two hours if the scheme is to work.

65 In *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139, this Court considered the meaning of “forthwith” in relation to essentially the identical provision as s. 254(2) of the *Code*. In that case the issue was whether waiting 30 minutes for the necessary apparatus to be delivered fell outside the meaning of “forthwith” such that there was no authorized demand to submit to the screening device test. Lamer C.J., for the Court, held that the reasons in *Thomsen* were directly applicable to the amended provision, s. 238(2) (now s. 254(2)). It was concluded that the actions of the police officer fell outside the ambit of s. 238(2) since the officer did not demand that the suspect provide a breath sample forthwith. In this regard, Lamer C.J. stated the following, at p. 150:

The context of s. 238(2) indicates no basis for departing from the ordinary, dictionary meaning of the word “forthwith” which suggests that the breath sample is to be provided immediately. Without delving into an analysis of the exact number of minutes which may pass before the demand for a breath sample falls outside of the term “forthwith”, I would simply observe that where, as here, the demand is made by a police officer who is without an A.L.E.R.T. unit and the unit does not, in fact, arrive for a half hour, the provisions of s. 238(2) will not be satisfied. [Emphasis added].

66 The above passage seems to indicate that the *Grant* case does not rule out the possibility that there is in fact some leeway to administer the test after a certain period of delay. Lamer C.J. expressly declined to decide the exact length of

qu’un délai de 15 minutes n’irait pas à l’encontre du régime prévu à l’art. 254 du *Code* ni de son objet. L’exigence de prélèvement immédiat de l’échantillon comporte implicitement un délai opérationnel. L’agent de la paix doit préparer le matériel et indiquer au suspect ce qu’il doit faire. Bref, les dispositions législatives doivent accorder suffisamment de temps pour procéder à un test valable. Le temps nécessaire doit s’inscrire à l’intérieur du délai global de deux heures prévu pour assurer le bon fonctionnement du régime.

Dans l’arrêt *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139, notre Cour a examiné le sens du terme «immédiatement» employé dans une disposition essentielle semblable au par. 254(2) du *Code*. Dans cette affaire, il s’agissait de déterminer si une attente de 30 minutes avant la livraison de l’appareil requis était contraire au sens du terme «immédiatement», de sorte que l’ordre de se soumettre au test de détection n’était pas autorisé. Le Juge en chef Lamer, au nom de notre Cour, a statué que les motifs dans l’arrêt *Thomsen*, précité, étaient directement applicables à la disposition modifiée, le par. 238(2) (maintenant le par. 254(2)). Notre Cour a conclu que les gestes du policier n’étaient pas conformes au par. 238(2) puisqu’il n’avait pas demandé que le suspect fournisse immédiatement un échantillon d’haleine. À cet égard, le juge en chef Lamer affirme à la p. 150:

Rien dans le contexte du par. 238(2) ne permet d’attribuer au mot «immédiatement» un sens différent de celui que lui donne habituellement le dictionnaire, soit que l’échantillon d’haleine doit être fourni tout de suite. Sans analyser plus à fond le nombre exact de minutes qui peuvent s’écouler pour que l’on puisse considérer que l’échantillon d’haleine n’a pas été fourni «immédiatement», je ferais toute simplement observer que, dans le cas où, comme en l’espèce, le policier qui donne l’ordre n’a pas d’alcootest (A.L.E.R.T.) en sa possession et où le dispositif en question n’arrive qu’une demi-heure plus tard, l’ordre donné ne respecte pas les dispositions du par. 238(2). [Je souligne.]

Ce passage semble indiquer que l’arrêt *Grant* n’écarte pas la possibilité que le policier dispose d’une certaine latitude pour faire subir le test après un certain laps de temps. Le juge en chef Lamer a explicitement refusé de déterminer la durée exacte

time before which the demand could be said to fall outside the term “forthwith”. In *Grant*, however, a half-hour delay in circumstances where no screening device was even at the scene fell outside the ambit of the *Criminal Code*.

A number of cases decided both prior to *Grant* as well as subsequently have held that “forthwith” does not mean immediately. In *R. v. Seo* (1986), 54 O.R. (2d) 293 (C.A.), it was held that the test could be administered as soon as reasonably possible in the circumstances. Finlayson J.A. noted that “forthwith” is defined in Jowitt’s Dictionary of English Law as well as in Black’s Law Dictionary to mean within a reasonable time having regard to the provision and the circumstances of the case.

In *R. v. Wannacott* (1990), 23 M.V.R. (2d) 248 (Ont. Dist. Ct.), aff’d (1991), 5 O.R. (3d) 300 (C.A.), the police waited nine minutes prior to giving the test due to recent consumption of alcohol. McDermid J. held that waiting in order to ensure the accuracy of the screening test was still within the meaning of forthwith. At page 251, it was stated that “[t]oo narrow an interpretation of the word ‘forthwith’ in s. 254 will thwart the intention of the Legislature”. Thus, where the police act in good faith, delays of this type should not be a basis for rejecting the results of the screening device.

Similarly, in *R. v. Kaczmarek* (1994), 16 O.R. (3d) 510 (Gen. Div.) the police waited 11 minutes before administering the test because the accused had been smoking which could also adversely affect the test results. Hayes J. cited *Grant* as well as *Wannacott* and held that the delay of 11 minutes was within the meaning of “forthwith” in s. 254(2) of the *Code*.

du délai à l’expiration duquel l’ordre d’un policier se situerait en dehors de la portée du terme «immédiatement». Cependant, dans l’arrêt *Grant*, un délai d’une demi-heure alors qu’il n’y avait même pas d’appareil de détection sur les lieux n’était pas conforme au *Code criminel*.

Dans un certain nombre de décisions rendues avant l’arrêt *Grant* et par la suite, les tribunaux ont statué que le terme «immédiatement» ne signifie pas tout de suite. Dans l’arrêt *R. c. Seo* (1986), 54 O.R. (2d) 293 (C.A.), le tribunal a statué que le test pourrait être administré dès qu’il était raisonnablement possible de le faire compte tenu des circonstances. Le juge Finlayson a fait remarquer que, suivant le Jowitt’s Dictionary of English Law ainsi que le Black’s Law Dictionary, le terme «*forthwith*» signifie dans un délai raisonnable compte tenu de la disposition et des circonstances de l’affaire.

Dans l’arrêt *R. c. Wannacott* (1990), 23 M.V.R. (2d) 248 (C. dist. Ont.), conf. par (1991), 5 O.R. (3d) 300 (C.A.), le policier avait attendu neuf minutes avant de faire subir le test parce qu’il y avait eu consommation récente d’alcool. Le juge McDermid a conclu que l’on était toujours à l’intérieur de la définition du terme «immédiatement» dans le cas où l’attente vise à assurer l’exactitude du test de détection. Il affirme à la p. 251: [TRA-DUCTION] «Une interprétation trop restrictive du terme «immédiatement» à l’art. 254 irait à l’encontre de l’intention du législateur.» En conséquence, dans le cas où la police agit de bonne foi, les délais de cette nature ne devraient pas servir de fondement au rejet des résultats du test de détection.

De même, dans l’affaire *R. c. Kaczmarek* (1994), 16 O.R. (3d) 510 (Div. gén.), la police avait attendu 11 minutes avant de faire subir le test parce que l’accusé avait fumé, ce qui risquait aussi d’en fausser les résultats. Le juge Hayes a cité l’arrêt *Grant* ainsi que la décision *Wannacott* et a conclu que cette attente de 11 minutes respectait le sens du terme «immédiatement» visé au par. 254(2) du *Code*.

67

68

69

70

Accordingly, it appears that courts are willing to give a broad interpretation to the meaning of “forthwith” as set out in the *Grant* decision. In my view this is appropriate given the wording and context of the legislation. The relevant portion of s. 254(2) of the *Code* reads as follows:

... the peace officer may, by demand made to that person, require the person to provide forthwith such a sample of breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of the breath to be made by means of an approved screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of breath to be taken. [Emphasis added.]

The provision specifically contemplates that the police officer is entitled to demand a breath sample which enables a proper analysis of the breath. In the situation where the officer knows that a suspect has just recently consumed alcohol, a proper sample can only be attained by waiting at least 15 minutes. Thus, the wording of the provision adds support to the argument that “forthwith” must be given a flexible interpretation.

71

This conclusion is also supported by two recent cases from the Ontario Court of Appeal. In *R. v. Pierman*; *R. v. Dewald* (1994), 19 O.R. (3d) 704, the court considered whether police officers are entitled to wait 15 minutes prior to taking a breath sample under s. 254(2) of the *Code* in order to ensure proper functioning of the machine. After reviewing the jurisprudence, Arbour J.A. stated that whether or not one can delay 15 minutes cannot be determined in the abstract. If the police could never wait 15 minutes, then the officer would be faced with the choice of disregarding the “fail” result due to the suspicion of its unreliability, or taking the suspect for a breathalyzer test and overlooking the concern that the screening result may have been falsely high. On the other hand, Arbour J.A. noted that if the officer is entitled to wait 15 minutes before administering the test, this unduly expands the detention without access to counsel. Arbour J.A. concluded as follows at p. 711:

En conséquence, il appert que les tribunaux sont disposés à donner une interprétation large au terme «immédiatement» comme notre Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Grant*. À mon avis, cette interprétation est appropriée compte tenu du libellé et du contexte du texte législatif. Voici à cet égard le passage pertinent du par. 254(2) du *Code*:

L’agent de la paix [. . .] peut lui ordonner de lui fournir, immédiatement, l’échantillon d’haleine qu’il estime nécessaire pour l’analyser à l’aide d’un appareil de détection approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon. [Je souligne.]

Cette disposition prévoit expressément qu’un policier a le droit d’ordonner à une personne de lui fournir l’échantillon d’haleine nécessaire à l’analyse. Dans le cas où le policier sait qu’un suspect a récemment consommé de l’alcool, il doit attendre au moins 15 minutes avant de prélever un échantillon valable. En conséquence, le libellé de la disposition appuie l’argument que le terme «immédiatement» doit être interprété avec souplesse.

Deux affaires récentes entendues à la Cour d’appel de l’Ontario viennent aussi appuyer cette conclusion. Dans *R. c. Pierman*; *R. c. Dewald* (1994), 19 O.R. (3d) 704, la cour a examiné si les policiers sont autorisés à attendre 15 minutes avant de prélever un échantillon d’haleine en vertu du par. 254(2) du *Code* pour s’assurer du bon fonctionnement de l’appareil. Après avoir examiné la jurisprudence, le juge Arbour a précisé que l’on ne pouvait décider dans l’abstrait s’il fallait attendre 15 minutes ou non. Si le policier n’avait jamais la possibilité d’attendre 15 minutes, alors il pourrait soit ne pas tenir compte de l’«échec» à cause du risque de non-fiabilité du résultat, soit ordonner au suspect de se soumettre à un alcootest sans se préoccuper du fait que le résultat du test de détection était peut-être faussement élevé. Par contre, le juge Arbour a fait remarquer que si le policier a le droit d’attendre 15 minutes avant de faire subir le test, il prolonge ainsi excessivement la période de détention pendant laquelle le suspect n’a pas accès à l’assistance d’un avocat. Le juge Arbour conclut à la p. 711:

In my view, a police officer cannot delay the taking of a breath sample, when acting pursuant to s. 254(2) of the *Criminal Code*, unless he or she is of the opinion that a breath sample provided immediately will not allow for a proper analysis of the breath to be made by an approved screening device. The officer is not required to take a sample that she or he believes is not suitable for a proper analysis. The expression "proper analysis" incorporates an element of accuracy If there are facts which cause the officer to form the opinion that a short delay is required in order to obtain an accurate result, I think that the officer is acting within the scope of the section in delaying the taking of the breath sample. In such a case, as I indicated earlier, I do not think that it matters whether the officer postpones making the demand or postpones administering the test after having made the demand. [Emphasis added.]

Therefore, because in that case there was evidence that Pierman might have consumed alcohol just prior to being stopped by the police, it was legitimate to delay the test. Whereas, in Dewald's case, the police had no information as to when the accused last consumed alcohol and so delaying the test was not justifiable. Arbour J.A. held that the police can only detain a suspect for an extra 15 minutes where there is some factual basis upon which to suspect that the screening device would yield an inaccurate result.

I adopt the flexible approach taken by Arbour J.A. In my view, it is in accord with the purpose of the statutory scheme and ensures that a police officer has an honest belief based on reasonable and probable grounds prior to making a breathalyzer demand. Waiting 15 minutes is permitted under s. 254(2) of the *Code* when this is in accordance with the exigencies of the use of the equipment. This applies when an officer is aware of the potential inaccuracy in the particular case.

Although there is no doubt that the screening test should generally be administered as quickly as possible, it would entirely defeat the purpose of Parliament to require the police to administer the screening test immediately in circumstances where the results would be rendered totally unreliable and

[TRADUCTION] À mon avis, un policier ne peut retarder le prélèvement de l'échantillon d'haleine, lorsqu'il agit en application du par. 254(2) du *Code criminel*, sauf s'il est d'avis qu'un échantillon d'haleine prélevé immédiatement ne pourra être analysé à l'aide d'un appareil de détection approuvé. Le policier n'est pas tenu de prélever un échantillon qui, à son avis, ne pourra être analysé convenablement. L'expression «*proper analysis*» [employée dans le texte anglais] comporte un élément d'exactitude. [. . .] Dans le cas où des faits portent le policier à croire qu'il est nécessaire d'attendre un peu pour obtenir un résultat exact, j'estime qu'il agit à l'intérieur du cadre de la disposition s'il retarde le prélèvement de l'échantillon d'haleine. Dans un tel cas, comme je l'ai déjà indiqué, il importe peu que le policier attende pour ordonner au suspect de se soumettre à un test ou attende pour le faire subir après avoir donné cet ordre. [Je souligne.]

Par conséquent, dans cette affaire, le policier pouvait légitimement attendre pour faire subir le test parce qu'il existait une preuve que Pierman avait peut-être consommé de l'alcool juste avant d'être intercepté. Cependant, dans le cas de Dewald, le policier n'avait aucun renseignement quant au moment où l'accusé avait pris sa dernière consommation d'alcool et il n'était pas justifié de retarder le test. Le juge Arbour a conclu que la police ne peut détenir un suspect pendant une période additionnelle de 15 minutes que dans le cas où des faits lui permettent de croire que l'appareil de détection donnerait un résultat inexact.

J'adopte la démarche souple préconisée par le juge Arbour. À mon avis, elle est conforme à l'objet du régime législatif et garantit qu'un policier a une conviction sincère fondée sur des motifs raisonnables avant d'ordonner un alcootest. Le paragraphe 254(2) du *Code* permet d'attendre 15 minutes pour se conformer aux exigences d'utilisation de l'appareil. Ceci s'applique dans le cas où un policier sait que le résultat risque de ne pas être exact dans un cas donné.

Certes, il n'y a pas de doute que le test de détection devrait généralement être administré dès que possible; cependant, on irait tout à fait à l'encontre du but du législateur si l'on exigeait que la police fasse subir le test de détection tout de suite dans des circonstances qui rendraient les résultats totale-

72

73

74

flawed. The flexible approach strikes the proper balance between Parliament's objective in combating the evils of drinking and driving, on the one hand, and the rights of citizens to be free from unreasonable search and seizure. I do not believe that the matter is advanced by quoting statistics. Although we all agree that Parliament has every reason to vigorously pursue the objective of reducing the carnage on our highways, that objective is not advanced by subjecting innocent persons to invasions of privacy on the basis of faulty tests. I do not believe that this is what Parliament intended in enacting s. 254 of the *Criminal Code*.

75 I note that a potential problem which may arise from delaying the screening test, and which was discussed by my colleague in his reasons as well as by Arbour J.A., is whether the suspect is entitled to access to counsel when detained for a longer period. In the *Thomsen* case, it was held that the roadside screening procedure was a reasonable limit on one's right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*. In my view, a delay in the order of 15 minutes in order to obtain a proper sample of breath is not inconsistent with *Thomsen*. It would indeed be strange for us to hold that the rights of some persons under one provision of the *Charter* (s. 8) must be sacrificed in order to preserve the limit on their rights under another provision (s. 10(b)).

C. Application to the facts of this case

76 In light of the above analysis, it is necessary to determine whether, on the facts of this particular case, the police officer had an honest belief on reasonable and probable grounds that the respondent had committed an offence under s. 253 of the *Code* notwithstanding the potential unreliability of the screening device.

77 As my colleague Cory J. noted, several other potential indicia of impairment were present in this case aside from the evidence provided by the screening test. Constable Mashford testified that

ment non fiables et faussés. L'adoption d'une démarche souple permet d'établir l'équilibre approprié entre l'objectif du législateur dans sa lutte contre les méfaits de la conduite en état d'ébriété, d'une part, et les droits des citoyens de ne pas faire l'objet de fouilles, de perquisitions ou de saisies abusives, d'autre part. À mon avis, rien ne sert de citer des statistiques. Bien que nous soyons tous d'accord pour dire que le législateur a raison de chercher énergiquement à réduire l'hécatombe sur nos routes, on n'aide nullement à la réalisation de cet objectif en permettant qu'il soit porté atteinte à la vie privée de personnes innocentes sur le fondement de tests erronés. À mon avis, ce n'est pas l'intention qu'avait le législateur lorsqu'il a adopté l'art. 254 du *Code criminel*.

Je tiens à mentionner un problème, examiné par mon collègue et par le juge Arbour, que le fait d'attendre avant de faire subir un test de détection risque de soulever: le suspect a-t-il droit à l'assistance d'un avocat s'il est détenu pendant plus longtemps? Dans l'arrêt *Thomsen*, précité, notre Cour a statué que le test de détection constituait une limite raisonnable au droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) de la *Charte*. À mon avis, il n'est pas incompatible avec l'arrêt *Thomsen* d'attendre 15 minutes pour obtenir un échantillon d'haleine valable. Il serait en fait curieux que notre Cour statue qu'il y a lieu de sacrifier les droits de certaines personnes garantis par une disposition de la *Charte* (l'art. 8) pour préserver la restriction imposée aux droits que leur garantit une autre disposition (l'al. 10b)).

C. Application aux faits en l'espèce

Compte tenu de l'analyse qui précède, il est nécessaire de déterminer si le policier avait, à partir des faits en l'espèce, des motifs raisonnables de croire sincèrement que l'intimé avait commis une infraction à l'art. 253 du *Code*, nonobstant la non-fiabilité possible de l'appareil de détection.

Comme mon collègue le juge Cory le fait remarquer, il existait en l'espèce plusieurs autres signes d'ébriété à part la preuve fournie par le test de détection. L'agent Mashford a témoigné qu'il avait

he noticed a vehicle exceeding the speed limit and drifting, on two occasions, from the shoulder of the road to the centre and back with the brake lights flickering on and off. As well, upon questioning the respondent, a smell of liquor was detected and the respondent admitted that he had been drinking. Furthermore, Constable Mashford also noticed that the respondent's eyes were extremely red and glassy. Based on the foregoing, arguably the police officer could have had reasonable and probable grounds to demand a breathalyzer even absent any screening device test results. In that case, the potential unreliability of the test results would not vitiate any belief based on reasonable and probable grounds.

However, Constable Mashford testified as follows:

Upon having the — the reading of fail registered on [the screening device] I, at that point, formed the opinion that Mr. Bernshaw's ability to operate a motor vehicle was impaired by alcohol. [Emphasis added.]

Thus, the evidence would appear to indicate that, despite the other possible indicia of impairment, he did not form a belief based on reasonable and probable grounds, which would authorize a breathalyzer demand, until after administering the roadside screening test. In this regard, MacKenzie Prov. Ct. J. concluded the following:

It was clear that Constable Mashford's suspicion that Mr. Bernshaw might be impaired was raised to a belief that he had reasonable and probable grounds to make a breathalyzer demand because of the failure on the ALERT device. [Emphasis added.]

For the purposes of my reasons, I will assume that absent the "fail" result on the screening test, there would not have been sufficient reasonable and probable grounds to demand a breathalyzer. Therefore, it must be determined if Constable Mashford was entitled to rely on the "fail" result of the screening test.

In the present case, there is absolutely no evidence with respect to the timing of the respondent's last drink. That is, it is unknown whether any alcohol was consumed within a period of 15

remarqué un véhicule qui circulait à une vitesse excédant la limite et qui, à deux reprises, était allé de l'accotement jusqu'au centre de la route, et dont les feux de freinage s'allumaient et s'éteignaient. De plus, lorsqu'il a interrogé l'intimé, il a décelé une odeur d'alcool et l'intimé a admis avoir bu. En outre, l'agent Mashford a constaté que ses yeux étaient extrêmement rouges et vitreux. En se fondant sur ce qui précède, on peut soutenir que le policier pouvait avoir suffisamment de motifs raisonnables d'ordonner un alcootest, même en l'absence de résultats obtenus au moyen d'un appareil de détection. Dans ce cas, la non-fiabilité possible de ces résultats n'aurait pas eu pour effet de vicier une croyance fondée sur des motifs raisonnables.

Cependant, l'agent Mashford a témoigné en ces termes:

[TRADUCTION] Lorsque j'ai vu que [l'appareil de détection] avait enregistré un «échec», c'est à ce moment que je me suis fait l'opinion que la capacité de M. Bernshaw de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'effet de l'alcool. [Je souligne.]

La preuve paraît donc indiquer que, malgré les autres indices possibles d'ébriété, il n'a acquis une croyance fondée sur des motifs raisonnables, le justifiant d'ordonner un alcootest, qu'après avoir fait subir le test de détection. À cet égard, le juge MacKenzie conclut en ces termes:

[TRADUCTION] Il est clair que les soupçons que l'agent Mashford avait quant aux facultés affaiblies de M. Bernshaw se sont transformés en motifs raisonnables de croire qu'il lui était justifié d'ordonner un alcootest à cause de l'échec au test ALERT. [Je souligne.]

Pour les fins qui m'intéressent, je vais supposer que, abstraction faite de «l'échec» au test de détection, il n'existait pas suffisamment de motifs raisonnables d'ordonner un alcootest. En conséquence, il faut déterminer si l'agent Mashford avait le droit de se fier à «l'échec» au test de détection.

En l'espèce, il n'existe absolument aucune preuve quant au moment de la dernière consommation de l'intimé, c'est-à-dire que l'on ne sait pas s'il avait pris une consommation dans les 15

78

79

80

minutes prior to the screening test. The police officer made no inquiry concerning how long it was prior to administering the screening test that the respondent last consumed alcohol. Without Constable Mashford having this knowledge, it is too speculative to assert that the screening device result was unreliable. Where the particular screening device used has been approved under the statutory scheme, the officer is entitled to rely on its accuracy unless there is credible evidence to the contrary.

81 It was suggested by the respondent that prior to demanding that a suspect submit a breath sample for the screening test, the police officer ought to inquire when the suspect last consumed alcohol in order to ensure an accurate test. However, in my view, there is no duty on the police to make any such inquiry. A suspect is under no obligation to answer such a question and thus it would be improper to impose such a duty on the police. That is not to say that the suspect may not volunteer such information, either spontaneously or in response to a query of the police. In such a case, where the officer is told that the detainee has consumed liquor within the last 15 minutes, or where other reasons exist for the officer to believe that alcohol was recently present in the mouth of the suspect due to regurgitation, the officer may wait an appropriate period of time prior to administering the screening device. However, the police are not required to ascertain such information by posing the question to the suspect prior to administering the screening device test.

82 That is not to say that the mere fact the officer is told by the suspect that alcohol has recently been consumed automatically requires the delay of the screening test. A police officer is entitled to disbelieve the suspect, in which case there will be no doubt in the mind of the officer regarding the validity of the screening device results. However, if the officer believes the suspect, then in order to ensure an accurate test, a delay will be justified. It must be assumed that the police officer will act *bona fide* in this regard. If he does not, the trial judge is in a position to find that the officer lacked the necessary ground.

minutes qui ont précédé le test de détection. Avant de faire subir ce test, le policier n'a pas demandé à l'intimé quand il avait pris sa dernière consommation. Puisque l'agent Mashford ne disposait pas de cette information, il serait trop conjectural de soutenir que le résultat obtenu de l'appareil de détection n'était pas fiable. Dans le cas où l'appareil de détection utilisé a été approuvé en vertu du régime législatif, le policier peut se fier à l'exactitude de cet appareil sauf s'il existe une preuve crédible à l'effet contraire.

De l'avis de l'intimé, avant d'ordonner à un suspect de se soumettre à un test de détection, le policier doit lui demander quand il a pris sa dernière consommation afin de s'assurer d'obtenir un résultat précis. Cependant, à mon avis, la police n'est pas obligée de faire cette demande. Un suspect n'étant pas tenu de répondre à une telle question, il ne serait pas approprié d'imposer à la police une telle obligation. Cela ne veut pas dire que le suspect ne peut de lui-même fournir ces renseignements, soit de façon spontanée ou en réponse à une question de la police. Dans un tel cas, si le policier est informé que le détenu a consommé de l'alcool dans les 15 minutes qui précèdent, ou s'il a d'autres motifs de croire que le suspect a récemment eu des traces d'alcool dans la bouche parce qu'il a régurgité, il peut attendre pendant une période appropriée avant de faire subir le test de détection. Cependant, le policier n'est pas tenu d'obtenir ces renseignements en posant une question en ce sens au suspect avant de faire subir le test de détection.

Cela ne veut pas dire pour autant que le policier doit automatiquement retarder le test de détection en raison du simple fait que le suspect lui dit qu'il a récemment pris une consommation d'alcool. Un policier a le droit de ne pas croire le suspect, auquel cas il n'aura aucun doute quant à la validité des résultats du test de détection. Cependant, si le policier croit le suspect, alors il sera justifié de retarder le test afin d'en assurer l'exactitude. On doit supposer que le policier agit de bonne foi à cet égard. Sinon, le juge du procès sera en mesure de conclure que le policier n'avait pas le motif requis.

In other cases, the evidence establishing the fact that the person has consumed a substance which will skew the results is manifest and the officer will no doubt wait a period of time to ensure that the screening test results are accurate. For example, the officer may have actually witnessed the suspect consume alcohol within the last 15 minutes. See *R. v. Jackson* (1993), 147 A.R. 173 (Q.B.).

In the present case, Mr. Wong gave evidence that the presence of mouth alcohol could distort the results of the roadside test. Expert evidence in the abstract is not helpful unless there is a link to the facts of the particular case. Even if the expert testifies that the screening device would be wholly unreliable in the event that a suspect has had alcohol within the 15 minutes prior to the test, this evidence is meaningless where there is no evidence that alcohol was in fact recently consumed. Therefore, at best, the expert evidence of Mr. Wong could only show that a possibility existed that the screening device would be inaccurate. This is not sufficient to vitiate an honest belief based on reasonable and probable grounds where the police officer did not believe that the test would be unreliable and one could only speculate whether or not it would, in fact, have been unreliable.

Illustrative of my conclusion on the facts of this case is the decision in *R. v. Lintell* (1991), 64 C.C.C. (3d) 507 (Alta. C.A.), a case factually analogous to the one at bar. The police officer in that case failed to wait 15 minutes prior to administering the roadside screening test in order to ensure that the presence of mouth alcohol would not skew the results. The court noted that there was no evidence that the accused had any alcohol in his mouth nor that this was a realistic possibility. Doubt about contamination by mouth alcohol was mere speculation and so there was no reason for the officer to have believed that the test results may have been unreliable. Therefore, the search was held to be reasonable.

Dans d'autres cas, il existe une preuve manifeste du fait que la personne a consommé une substance qui aura pour effet de fausser les résultats, et le policier attendra alors sûrement pendant un certain temps pour s'assurer de l'exactitude des résultats. Par exemple, le policier peut avoir été témoin du fait que le suspect a consommé de l'alcool dans les 15 minutes qui précèdent. Voir *R. c. Jackson* (1993), 147 A.R. 173 (B.R.).

En l'espèce, M. Wong a affirmé dans son témoignage que la présence de traces d'alcool dans la bouche risque de fausser les résultats du test routier. Le témoignage de l'expert, pris dans l'abstrait, n'est pas utile, sauf s'il peut se rattacher aux faits en l'espèce. Même si l'expert soutient que l'appareil de détection ne serait aucunement fiable dans le cas où un suspect a consommé de l'alcool au cours des 15 minutes avant le test, ce témoignage n'est d'aucune utilité si l'on n'a pas fait la preuve d'une consommation récente d'alcool. En conséquence, le témoignage d'expert de M. Wong pourrait tout au plus démontrer l'inexactitude possible de l'appareil de détection. Cela ne suffit pas à vicier une croyance sincère fondée sur des motifs raisonnables lorsque le policier croyait en la fiabilité du test; la réponse à la question de savoir si le test aurait en fait été fiable ou non ne serait que pure conjecture.

L'arrêt *R. c. Lintell* (1991), 64 C.C.C. (3d) 507 (C.A. Alb.), dont les faits sont analogues à ceux de l'espèce, vient appuyer la conclusion à laquelle j'arrive à partir des faits. Dans cette affaire, le policier n'avait pas attendu 15 minutes avant de faire subir le test de détection pour s'assurer que la présence de traces d'alcool dans la bouche ne vienne fausser les résultats. La cour a indiqué qu'il n'existait aucune preuve que l'accusé avait des traces d'alcool dans la bouche ni que c'était une possibilité réaliste. Les doutes soulevés relativement à la contamination causée par des traces d'alcool dans la bouche étaient de simples conjectures et le policier n'avait donc aucun motif de croire que les résultats du test risquaient de ne pas être fiables. Par conséquent, la cour a jugé que la fouille n'était pas abusive.

83

84

85

86 Similarly, on the facts of this case, I would conclude that Constable Mashford did have the necessary reasonable and probable grounds to make a breathalyzer demand under s. 254(3) of the *Code*.

IV. Disposition

87 In the result, I would also allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal and restore the conviction and sentence imposed at trial.

The following are the reasons delivered by

88 L'HEUREUX-DUBÉ J. — With all due respect to my two colleagues, I do not find either of their approaches to resolving the problem raised by the present appeal entirely satisfactory. On one hand, I cannot agree with Justice Cory that the ALERT test should be administered immediately even under circumstances where it would not be objectively reasonable to do so. On the other hand, I cannot agree with Justice Sopinka that we should adhere so purely to the subjective component of reasonable and probable grounds that we should leave officers to judge personally in every case whether a short hold-off period in administering the ALERT test is warranted. In my opinion, the correct approach to interpreting the interaction of ss. 254(2) and (3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, lies in between their proposed approaches. I believe that there is a practical middle ground which I encourage the police to follow as standard procedure in the future, which will both simplify and clarify the administration of the ALERT test.

89 The interaction of ss. 254(2) and (3) of the *Criminal Code* presents, on its face, a conundrum. On one hand, s. 254(2) requires that the ALERT test be administered “forthwith”. At the same time, s. 254(3) stipulates that an officer must believe on reasonable and probable grounds that an offence under s. 253 has been committed in order to found a breathalyzer demand. On the one hand, a screening test that is not administered “forthwith” is not a proper demand under s. 254(2) of the *Code*, and is therefore not a basis for proceeding further

De même, vu les faits de l'espèce, je suis d'avis de conclure que l'agent Mashford avait les motifs raisonnables nécessaires pour ordonner un alcootest en vertu du par. 254(3) du *Code*.

IV. Dispositif

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée et la peine infligée au procès.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — En toute déférence pour mes deux collègues, aucune de leur approche ne me semble entièrement satisfaisante pour résoudre le problème que soulève ce pourvoi. D'une part, je ne peux être d'accord avec le juge Cory que le test ALERT devrait être administré immédiatement même dans des circonstances où il ne serait pas objectivement raisonnable de le faire. D'autre part, je ne peux non plus être d'accord avec le juge Sopinka que nous devrions adhérer de façon aussi stricte au critère subjectif des motifs raisonnables de sorte que nous laissions aux policiers la tâche de juger par eux-mêmes dans chaque cas si un court délai dans la demande du test ALERT est requis. J'estime que l'approche la plus appropriée dans l'interprétation de l'interaction entre les par. 254(2) et (3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, se situe entre les deux pôles qu'ils avancent. Il existe, à mon avis, une solution mitoyenne pratique que j'encourage la police à adopter comme la norme procédurale à suivre, de nature à la fois à simplifier et à clarifier l'administration du test ALERT.

L'interaction des par. 254(2) et (3) du *Code criminel*, à première vue, fait problème. D'une part, le par. 254(2) exige que le test ALERT soit administré «immédiatement». Du même souffle, le par. 254(3) prévoit qu'un policier doit avoir des motifs raisonnables de croire qu'une infraction à l'art. 253 a été commise pour pouvoir requérir un alcootest. D'autre part, un test de détection qui n'est pas administré «immédiatement» ne constitue pas une demande appropriée en vertu du par. 254(2) du *Code*, et ne saurait en conséquence justifier

against the motorist. On the other hand, the respondent's expert evidence suggests that there are instances in which administering the screening test "forthwith" would render the test unreliable due to the presence of mouth alcohol. Following this conundrum through to its logical conclusion, where a test is unreliable to the knowledge of the officer administering it, then how can he or she rely upon it as the basis for the reasonable and probable belief required by s. 254(3)?

In my view, it is entirely conceivable, indeed likely, that Parliament did not at the time of passing this legislation advert to the possibility that mouth alcohol could render a roadside screening test manifestly unreliable. It most likely assumed that such a test could be administered forthwith and provide meaningful results sufficient to give rise to the grounds necessary for a breathalyzer demand. The respondent's uncontradicted expert evidence suggests that the assumption that the results are meaningful could very well be wrong in certain circumstances. Where the officer comes across such circumstances, he or she may no longer be able to rely uniquely upon the screening test for the reasonable and probable grounds required to make a breathalyzer demand. An interpretive Catch-22 therefore ensues. Although it is quite manifest that Parliament intended its approved screening devices to be capable of furnishing the necessary reasonable and probable grounds to found a breathalyzer demand, we are now faced with a situation in which one of the assumptions upon which that scheme was founded may be demonstrably incorrect in certain circumstances. Given that the plain language of the provisions gives this Court little guidance regarding Parliament's intention in such a situation, I propose to address this problem by reference to, firstly, the spirit and purpose of the legislation and, secondly, the underlying *Charter* values with which we must strive to remain consistent (*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).

d'autres mesures contre le conducteur. Par contre, selon le témoin expert de l'intimé, il y a des cas où un test de détection administré «immédiatement» donnerait lieu à des résultats non fiables à cause de la présence de traces d'alcool dans la bouche. Le conclusion logique de cette énigme serait la suivante: si le policier qui fait subir le test sait qu'il n'est pas fiable, comment peut-il s'y fier pour acquérir les motifs raisonnables exigés par le par. 254(3)?

J'estime qu'il est tout à fait concevable, en fait probable, que le législateur n'ait pas envisagé, lors de l'adoption de la disposition, la possibilité que la présence de traces d'alcool dans la bouche rende un test de détection manifestement non fiable. Il a fort vraisemblablement supposé qu'un tel test pouvait être administré immédiatement et fournir des résultats significatifs qui devaient suffire à fournir les motifs nécessaires à une demande de se soumettre à un alcootest. Selon le témoignage de l'expert de l'intimé, qui n'a pas été contredit, la présomption selon laquelle les résultats sont exacts pourrait bien être erronée dans certaines circonstances. Dans de telles circonstances, un policier ne peut plus se fier uniquement au test de détection pour affirmer qu'il a des motifs raisonnables d'ordonner un alcootest. Il s'ensuit alors une situation sans issue. Bien qu'il soit tout à fait manifeste que le législateur a voulu que les appareils de détection approuvés permettent à un policier d'avoir les motifs raisonnables nécessaires pour requérir un alcootest, nous nous trouvons ici devant un cas où l'on peut démontrer que l'une des présomptions à la base du régime pourrait, dans certaines circonstances, être incorrecte. Puisque le sens ordinaire des termes employés dans les dispositions en cause donne à notre Cour peu d'indications quant à l'intention du législateur dans un tel cas, je me propose d'examiner ce problème en analysant premièrement l'esprit et l'objet de la loi, et deuxièmement, les valeurs sous-jacentes de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que nous devons nous efforcer de respecter (*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).

91

As I see it, Parliament intended that its roadside screening test scheme principally address two important and interrelated goals: (1) providing a convenient, expedient, and reasonably objective basis upon which police may remove from the highway drivers that pose a potential danger to others while (2) minimizing to the greatest extent possible the unjustifiable inconvenience and detention of drivers. On a literal reading of the provisions in ss. 254(2) and (3) of the *Code*, we cannot give full effect to one aspect of Parliament's purpose without detracting from the other. This Court must therefore determine, as a matter of statutory interpretation, the manner in which ss. 254(2) and (3) of the *Code* interact. In so doing, it must find a way to reconcile the requirement that the screening test be administered "forthwith" with the requirement that a breathalyzer demand be based on "reasonable and probable grounds" in a manner that is consistent with the particular context in which these terms are used in the *Code* yet not inconsistent with *Charter* values.

92

I agree with my colleague Cory J. that a 15-minute postponement of the ALERT test will generally only be necessary in instances where drivers have seen fit to consume alcohol very shortly before driving their car. I agree, moreover, that any inconvenience arising from the requirement to take a breathalyzer test following a fail on the ALERT test is directly attributable to the driver's voluntary act of consuming alcohol so close to the time of driving. In the vast majority of cases, therefore, the driver is, in effect, the author of his or her own misfortune. Finally, I appreciate the fact that the screening test is intended to enable police to evaluate sobriety quickly, efficiently and reasonably reliably in order to remove impaired drivers from the highways. The screening test is a quick heuristic, a rough and ready means to address, curtail and deter a very real danger on the roads. It is a screening device. Implicit in such a role is the acknowledgement that it is not perfect. Partly for this reason, its results carry no penal consequences. In light of all of these considerations, I agree with my colleague Cory J. that the purpose of the ALERT scheme, the comparatively minor consequences of

À mon avis, le législateur avait l'intention que le test de détection rencontre deux objectifs importants et interreliés: (1) fournir à la police un moyen utile, rapide et raisonnablement objectif d'éliminer de nos routes les conducteurs susceptibles de constituer un danger pour les autres et (2) réduire en même temps le plus possible les cas où des conducteurs sont incommodés ou détenus de façon injustifiable. Si l'on interprète littéralement les par. 254(2) et (3) du *Code*, nous ne pouvons donner plein effet à un aspect de l'objectif du législateur sans porter atteinte à l'autre. Notre Cour doit en conséquence déterminer, en tant que question d'interprétation des lois, quelle est la corrélation entre les par. 254(2) et (3) du *Code*. Ce faisant, nous devons trouver un moyen de concilier l'exigence voulant que le test de détection soit administré «immédiatement» avec le fait que la demande de se soumettre à un alcootest doit reposer sur des «motifs raisonnables», d'une façon qui soit compatible avec le contexte particulier dans lequel ces termes sont utilisés dans le *Code*, mais qui ne soit pas incompatible avec les valeurs de la *Charte*.

À l'instar de mon collègue le juge Cory, je suis d'avis qu'il n'y aura généralement lieu d'attendre 15 minutes avant le test ALERT que dans les cas où un conducteur a décidé de consommer de l'alcool juste avant de prendre le volant. Je suis également d'accord pour dire que tout inconvénient lié à la nécessité de se soumettre à un alcootest à la suite d'un échec au test ALERT est directement attribuable à la consommation volontaire d'alcool par le conducteur si peu de temps avant de prendre le volant. Par conséquent, dans la grande majorité des cas, le conducteur est en fait l'artisan de son propre malheur. Enfin, je reconnais que le test de détection vise à permettre à la police de juger rapidement, efficacement et de manière raisonnablement fiable de la sobriété d'une personne, de façon à éliminer de la route les conducteurs dont les facultés sont affaiblies. Le test de détection est un moyen rapide, facile et sommaire de lutter contre un danger très réel sur les routes. C'est un appareil de détection qui, de ce fait même, n'est pas parfait. C'est en partie pour ce motif que ses résultats ne donnent pas lieu à des conséquences pénales. Compte tenu de toutes ces considérations, je suis

a false “fail”, and the pressing policy concerns underlying the need for uniformity, certainty and efficiency in the administration of the scheme all militate toward resolving this ambiguity in favour of administering the test in all cases without significant delay. I hesitate, however, to straitjacket police into having to administer the test in situations where it would even be objectively unreasonable to rely on the ALERT test results as the sole basis for formulating a belief on reasonable and probable grounds. I doubt, moreover, that such an unbending interpretation of these two provisions is consistent with the *Charter*.

Like both of my colleagues, I adopt as my starting point the presumption that the ALERT test, a device approved by Parliament, is, when properly administered to the knowledge of the officer, itself sufficient grounds to found the belief on reasonable and probable grounds required to warrant a breathalyzer demand. I do not think that there can be any dispute that this was Parliament’s intention. In my view, however, having regard to the purpose of the ALERT scheme and to this Court’s obligation to prefer interpretations that are consistent with *Charter* values over those that are not, this rule cannot be absolute.

In my view, there are two *Charter* values which are relevant to interpreting the ambiguity produced by the interaction of ss. 254(2) and (3) of the *Criminal Code*. The first is the value underlying s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that an individual only be detained without counsel for as little time as reasonably possible under the circumstances. This value no doubt informed this Court’s interpretation of the term “forthwith” in s. 254(2) in *R. v. Grant*, [1991] 3 S.C.R. 139, and appears to underlie Cory J.’s approach in the present appeal. The second is the value underlying s. 8 of the *Charter* that individuals not be subject to unreasonable interference with their reasonable expectations of privacy. This value would appear to find expression in Sopinka J.’s reasons. My approach differs from those of my

d’accord avec mon collègue le juge Cory pour dire que l’objet du régime ALERT, les conséquences relativement mineures d’un faux «échec», et les préoccupations de principe urgentes qui sous-tendent la nécessité d’uniformité, de certitude et d’efficacité dans l’application du régime militent tous en faveur de résoudre cette ambiguïté par l’administration du test, sans délai important, dans tous les cas. Cependant, j’hésite à forcer la police à faire subir le test dans les cas où il serait même objectivement déraisonnable de se fier aux résultats du test ALERT comme seul fondement pour baser une croyance à des motifs raisonnables. Par ailleurs, je doute qu’une interprétation aussi rigide de ces deux dispositions soit compatible avec la *Charte*.

Comme mes deux collègues, je pars de l’hypothèse que le test ALERT, un appareil approuvé par le législateur, peut, s’il est bien administré à la connaissance du policier, lui fournir les motifs suffisants requis pour fonder sa croyance en des motifs raisonnables de croire qu’il peut requérir un alcootest. Je ne crois pas que l’on puisse contester que c’était là l’intention du législateur. Cependant, à mon avis, compte tenu de l’objet du régime ALERT et de l’obligation que notre Cour a de préférer les interprétations compatibles avec les valeurs de la *Charte* à celles qui ne le sont pas, cette règle ne peut être absolue.

J’estime que deux des valeurs reconnues par la *Charte* sont pertinentes à l’interprétation de l’ambiguïté à laquelle donne lieu l’interaction des par. 254(2) et (3) du *Code criminel*. La première est la valeur sous-jacente à l’al. 10b) de la *Charte*, selon laquelle une personne ne peut être détenue sans l’assistance d’un avocat que pendant une période aussi courte que possible dans les circonstances. Cette valeur a certainement guidé l’interprétation que notre Cour a donnée au terme «immédiatement» visé au par. 254(2) dans l’arrêt *R. c. Grant*, [1991] 3 R.C.S. 139, et paraît être à la base de l’analyse du juge Cory en l’espèce. La seconde est la valeur sous-jacente à l’art. 8 de la *Charte* selon laquelle il ne saurait être porté atteinte à la vie privée d’une personne de façon déraisonnable. Cette valeur semble être exprimée dans les motifs du

93

94

colleagues Cory and Sopinka JJ. because I seek to balance and give consideration to both values under the circumstances, without specifically giving primacy to one or the other.

95 Since Cory J. has already dealt cogently with the importance of ascribing an interpretation to s. 254(2) that is consistent with the values underlying s. 10(b) of the *Charter*, I prefer to focus on the underlying s. 8 values in s. 254(3) that, under the circumstances, place those s. 10(b) values in counterpoise.

96 I agree with my colleague Sopinka J. that “reasonable and probable grounds” is not only a statutory precondition to a breathalyzer demand but also a touchstone of the *Charter*. I also agree that such grounds ordinarily have both a subjective and an objective component. I am uncomfortable, however, with his conclusion that an officer may hold off administering the test whenever the officer believes there is credible evidence that suggests that the screening test may be unreliable in the given circumstances. His approach would require an officer to assess subjectively the factual basis for reasonable and probable grounds on the whole of the circumstances in each and every instance. It also encourages officers to wait in ambiguous circumstances, out of an abundance of caution. With respect, such an interpretation seems to trench overly on the values underlying s. 10(b) of the *Charter*, and invites second-guessing at trial of the officer’s judgment of a magnitude that strikes me as almost certainly inconsistent with the nature and purpose of the ALERT scheme. This scheme, it must be recalled, was intended by Parliament to facilitate the “rough and ready” roadside evaluation of sobriety with a minimum of inconvenience to the driver and a maximum of certainty and efficiency to those charged with its administration.

97 Even under the *Charter*, “reasonable and probable grounds” can mean different things in different contexts. This Court has previously referred to the

judge Sopinka. Ma démarche diffère de celle de mes collègues les juges Cory et Sopinka en ce que je cherche à trouver un équilibre en considérant ces deux valeurs au regard des circonstances, sans expressément faire primer l’une sur l’autre.

Puisque le juge Cory a déjà fort éloquemment fait ressortir l’importance d’interpréter le par. 254(2) d’une façon compatible avec les valeurs sous-jacentes à l’al. 10b) de la *Charte*, je préfère mettre l’accent sur les valeurs sous-jacentes à l’art. 8 dans le par. 254(3), valeurs qui, dans les circonstances, font contrepois à celles de l’al. 10b).

Je reconnais, comme mon collègue le juge Sopinka, que l’existence de «motifs raisonnables» constitue non seulement une condition statutaire préalable à une demande d’alcooltest, mais aussi une pierre angulaire de la *Charte*. Je conviens également que ces motifs raisonnables comportent ordinairement un élément tant subjectif qu’objectif. Je demeure, cependant, mal à l’aise devant sa conclusion à l’effet qu’un policier peut attendre avant d’administrer le test chaque fois qu’il croit qu’il existe une preuve crédible de nature à suggérer que le test de détection risque de ne pas être fiable dans les circonstances. Cette approche exigerait du policier qu’il évalue subjectivement dans chaque cas le fondement factuel pour évaluer s’il existe des motifs raisonnables par rapport à la totalité des circonstances. Elle encourage aussi le policier à attendre dans des circonstances ambiguës, par excès de prudence. En toute déférence, une telle interprétation semble empiéter indûment sur les valeurs qui sous-tendent l’al. 10b) de la *Charte* et invite, lors du procès, à mettre en doute le jugement exercé par le policier à un point qui, à mon avis, est presque certainement incompatible avec la nature et l’objet du régime ALERT. Le législateur voulait, on se rappellera, que ce régime constitue un moyen «facile et sommaire» d’évaluer la sobriété en bordure de la route, en réduisant au minimum les inconvénients pour le conducteur et en offrant le maximum de certitude et d’efficacité aux personnes chargées de son application.

Même en vertu de la *Charte*, l’existence de «motifs raisonnables» peut vouloir dire différentes choses dans différents contextes. Notre Cour a déjà

standard of “reasonable and probable grounds” as one of “credibly-based probability”: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 167; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 446, and, on another occasion, of “reasonable probability” or “reasonable belief”: *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at p. 1166 (*per* Wilson J.). These different formulations are, themselves, unhelpful for the purpose of deciding what “reasonable and probable grounds” mean in the case at bar. What is more important is an examination of the context in which that phrase, and the values underlying that phrase, arise.

In *Hunter v. Southam Inc.*, Dickson J. (as he then was) observed that the value actually underlying the s. 8 right against unreasonable search and seizure and the oft-cited requirement that a search be premised on “reasonable and probable grounds” is the “reasonable expectation of privacy” (at pp. 159-60):

The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from “unreasonable” search and seizure, or positively as an entitlement to a “reasonable” expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis in original.]

See also *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at p. 641 (*per* Wilson J.). Notably, this Court has recognized on numerous occasions that what constitutes “reasonableness” and what constitutes a “reasonable expectation of privacy” may vary from one context to the other, depending upon the competing considerations at the heart of the issue: *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at p. 155; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at pp. 526-28. “[T]he standard of review of what is ‘reasonable’ in a given context must be flexible if it is to be

affirmé que la norme des «motifs raisonnables» est celle de la «probabilité fondée sur la crédibilité»: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 167; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, à la p. 446, et, à une autre occasion, elle a parlé de «probabilité raisonnable» ou de «croyance raisonnable»: *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, à la p. 1166 (le juge Wilson). Ces différentes formulations sont en soi peu utiles à l’interprétation de l’expression «motifs raisonnables» dans notre cas. Il importe davantage d’examiner le contexte dans lequel cette expression est employée ainsi que les valeurs qui la sous-tendent.

Dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a fait remarquer que, dans le cas du droit contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l’art. 8, et de l’exigence souvent citée qu’une fouille ou perquisition doit être fondée sur l’existence de «motifs raisonnables», la valeur sous-jacente est le fait de «s’attendre raisonnablement à la protection de la vie privée» (aux pp. 159 et 160):

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu’une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l’art. 8, qu’elle soit exprimée sous la forme négative, c’est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies «abusives», ou sous la forme positive comme le droit de s’attendre «raisonnablement» à la protection de la vie privée, indique qu’il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi. [Souligné dans l’original.]

Voir aussi l’arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, à la p. 641 (le juge Wilson). Notre Cour a reconnu, à plusieurs reprises, il ne faut pas l’oublier, que ce qui est «raisonnable» et le fait «de s’attendre raisonnablement à la protection de la vie privée» peuvent varier d’un contexte à l’autre, selon le choc des considérations au cœur d’un litige donné: *Hunter c. Southam Inc.*, précité, à la p. 155; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, aux pp. 526 à 528. «[L]a norme d’examen de ce qui est «raisonnable» dans un contexte donné doit

realistic and meaningful”: *McKinlay Transport Ltd.*, *supra*, at p. 645 (*per Wilson J.*).

99

Context has often been differentiated on the basis of whether the offence is criminal/quasi-criminal or administrative/regulatory in nature. See *McKinlay Transport Ltd.*, at p. 647. It need not always depend on such factors, however. In *Simmons*, *supra*, this Court held that the degree of personal privacy reasonably expected at customs border points is lower than that in most other situations and that a fair degree of latitude must be given to customs officials in order for them to effectuate the state interest in controlling both who and what enters its borders. This conclusion was buttressed by the fact that the impugned search in *Simmons* constituted only a strip search, and therefore was not so highly invasive of bodily integrity and dignity that it would be considered unreasonable under s. 8 of the *Charter*. Closer to the question raised in the present appeal, in *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, Cory J. emphasized the special context of the lower expectation of privacy in a motor vehicle. In *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, at p. 884, moreover, he underlined the fact that driving was a licensed activity:

[The licensing requirement] serves to confirm that those who drive are familiar with the standards of care which must be maintained by all drivers. There is a further aspect that must be taken into consideration in light of the licensing requirement for drivers. Licensed drivers choose to engage in the regulated activity of driving. They place themselves in a position of responsibility to other members of the public who use the roads.

Although these remarks were made in the context of his discussion of the appropriate *mens rea* requirement for the offence of dangerous driving, I believe his comments to be equally apposite to the context of impaired driving. Equally relevant is the fact that this Court has frequently recognized the unique context in which impaired driving offences arise as a factor in justifying legislation under s. 1

être souple si on veut qu'elle soit réaliste et ait du sens»: *McKinlay Transport Ltd.*, précité, à la p. 645 (le juge Wilson).

Pour ce qui est du contexte, on a souvent fait une distinction entre d'une part, les infractions criminelles ou quasi criminelles, et, d'autre part, les infractions de nature administrative ou réglementaire. Voir *McKinlay Transport Ltd.*, à la p. 647. Il ne doit pas, toutefois, toujours dépendre de ces facteurs. Dans l'arrêt *Simmons*, précité, notre Cour a statué que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations et qu'il faut donner aux agents des douanes suffisamment de latitude pour leur permettre de répondre à l'intérêt de l'État dans le contrôle tant des personnes que des effets qui entrent sur son territoire. Cette conclusion s'appuyait sur le fait que la fouille attaquée était purement une fouille à nu, et ne violait donc pas de façon aussi invasive l'intégrité physique de la personne pour qu'elle puisse être considérée abusive en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. L'arrêt *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527 se rapproche davantage de la question soulevée en l'espèce; le juge Cory y a mis l'accent sur le contexte spécial des attentes moindres en matière de vie privée à l'intérieur d'un véhicule à moteur. En outre, dans l'arrêt *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, à la p. 884, le juge Cory a fait ressortir le fait que la conduite est une activité qui nécessite un permis:

[L'exigence d'un permis] sert en outre à confirmer que les personnes qui conduisent connaissent les normes de diligence auxquelles sont soumis tous les conducteurs. De plus, vu l'exigence d'un permis de conduire, il faut tenir compte de ce que les titulaires de permis choisissent de se livrer à l'activité réglementée qu'est la conduite d'un véhicule automobile. Ils assument ainsi une responsabilité envers tous les autres membres du public qui circulent sur les chemins.

Bien que ces remarques aient été faites dans le contexte de l'examen que le juge Cory faisait de la *mens rea* exigée pour l'infraction de conduite dangereuse, je suis d'avis qu'elles sont tout aussi pertinentes dans le contexte de la conduite avec facultés affaiblies. Est également pertinent le fait que notre Cour a fréquemment reconnu le contexte unique dans lequel se produisent les infractions de

that was found to violate a *Charter* right. See, e.g., *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Dedman*, [1985] 2 S.C.R. 2.

What is the nature of the reasonable expectation of privacy in relation to the monitored activity in question (in this case, roadside assessments of drivers' sobriety)? As was the case in *Simmons*, *supra*, I believe that this activity is one in which the reasonable expectation of privacy is lower due both to the nature of the activity and to the nature of the means available to regulate it. ALERT tests, spot checks, and other such measures all regulate conduct arising in the particular context of driving and with the particular goal of curtailing a particular subset of that activity — impaired driving. When individuals obtain a driver's licence, they accept the many responsibilities that come with that privilege and, most importantly, undertake a responsibility to others to conduct themselves safely on the nation's roadways. It is common knowledge, moreover, that impaired driving is dangerous and that the state must take certain measures to curb this pressing problem. People who decide to drink and drive do so either in conscious disregard for, or wilful acceptance of, the risks which that activity entails. Any reasonable expectation of privacy which they may entertain while in their vehicle is therefore lower with respect to assessments of their sobriety than with respect to most other activities that do not raise similar considerations. Of course, it is fair to say that once police embark upon investigative action which no longer relates to the regulation of potentially dangerous driving activity, then the rationale articu-

conduite avec facultés affaiblies comme facteur permettant de justifier, en vertu de l'article premier, une loi qui a été jugée contraire à un droit garanti par la *Charte*. Voir par exemple les arrêts *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Dedman*, [1985] 2 R.C.S. 2.

Quelle est la nature des attentes raisonnables en matière de vie privée par rapport à l'activité contrôlée en cause (en l'espèce, la détermination de la sobriété des conducteurs en bordure de la route)? Comme dans le cas de l'arrêt *Simmons*, précité, je suis d'avis qu'il s'agit d'une activité pour laquelle les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres tant à cause de la nature de l'activité que de celle des moyens disponibles pour la réglementer. Les tests ALERT, les contrôles au hasard et autres mesures de cette nature visent toutes à réglementer une activité qui s'exerce dans le contexte particulier de la conduite d'un véhicule et avec le but précis d'enrayer un problème précis — la conduite avec facultés affaiblies. Lorsqu'une personne obtient un permis de conduire, elle accepte les nombreuses responsabilités qui accompagnent ce privilège et, par surcroît, s'engage envers les autres à conduire prudemment sur les routes de notre pays. Par ailleurs, il est de notoriété publique que la conduite avec facultés affaiblies est dangereuse et que l'État doit prendre certaines mesures pour enrayer ce problème urgent. Les personnes qui décident de prendre le volant alors qu'elles ont bu le font sans aucun souci des risques que cette activité génère ou en les acceptant volontairement. Les attentes raisonnables en matière de vie privée que ces personnes peuvent avoir à l'intérieur de leur véhicule sont en conséquence moindres relativement à la détermination de leur sobriété qu'elles le seraient relativement à la plupart des autres activités qui ne soulèvent pas de considérations similaires. Certes, il est juste d'affirmer qu'une fois que la police commence une enquête qui n'a aucun rapport avec la réglementation de la conduite d'un véhicule, conduite susceptible d'être dangereuse, les raisons que j'ai invoquées peuvent ne plus s'appliquer: voir par

lated above may no longer apply: see, e.g., *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615.

exemple l'arrêt *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615.

101 I am therefore not altogether convinced that the values underlying s. 8 of the *Charter* require that this Court interpret the "reasonable and probable grounds" standard in the context of the interaction of ss. 254(2) and (3) in the same manner as might otherwise be required in most contexts. In my view, motorists have a lesser reasonable expectation of privacy with respect to verification of their sobriety than they do with respect to other, unrelated offences. This expectation is a function of both the nature of the activity engaged in and the threat that roadside sobriety tests are intended to address. Those who drive after consuming alcohol know full well the risks that they run. It lies ill in the mouth of a motorist who exhibits symptoms sufficient to found an officer's reasonable suspicion that there is alcohol in the body to say that he nonetheless has a reasonable expectation of privacy against reasonable subsequent investigation of that symptom by way of an ALERT screening test and, should a fail result register on that test, a breathalyzer test. Thus, in the interests of certainty and given the very special context of both the problem of impaired driving and the means reasonably available to address that problem, some innovation with respect to the subjective component of "reasonable and probable grounds" is justifiable in order to further Parliament's manifest purpose of effectively addressing, curtailing, and deterring the bane of impaired driving through the screening test scheme. Although I may be mistaken, I fail to see how this conclusion is not also implicit in my colleague Cory J.'s reasons.

En conséquence, je ne suis pas tout à fait convaincue que les valeurs qui sous-tendent l'art. 8 de la *Charte* exigent que notre Cour interprète la norme des «motifs raisonnables» dans le contexte de l'interaction des par. 254(2) et (3) de la même façon qu'elle pourrait être tenue de le faire dans la plupart d'autres contextes. À mon avis, les conducteurs ont des attentes raisonnables moindres en matière de vie privée lorsqu'il s'agit de la vérification de leur sobriété, que celles qu'ils auraient relativement à d'autres infractions qui ne leur seraient pas liées. Ces attentes tiennent tant à la nature de l'activité qu'à la menace contre laquelle les tests de sobriété effectués en bordure de la route veulent lutter. Les personnes qui prennent le volant après avoir consommé de l'alcool connaissent bien les risques qu'elles courent. Un conducteur qui affiche des signes d'ébriété suffisants pour qu'un policier ait des motifs raisonnables de soupçonner qu'il a de l'alcool dans l'organisme serait mal venu de dire qu'il a néanmoins des attentes raisonnables en matière de vie privée, dans le but d'empêcher une vérification raisonnable de ces signes au moyen d'un test ALERT et, en cas d'un échec à ce test, d'un alcootest. En conséquence, dans l'intérêt d'assurer la certitude du régime et compte tenu du contexte très spécial tant du problème de la conduite avec facultés affaiblies que des moyens raisonnables disponibles pour enrayer ce fléau, il est justifié d'innover dans une certaine mesure relativement à l'élément subjectif de la norme des «motifs raisonnables» de façon à réaliser l'objet que le législateur visait manifestement, c'est-à-dire lutter efficacement contre le fléau de la conduite avec facultés affaiblies au moyen des tests de détection. Je peux me tromper, mais je ne vois pas comment les motifs de mon collègue le juge Cory ne comportent pas implicitement cette même conclusion.

102 Having canvassed what I believe to be the two primary *Charter* values attending the interpretation of ss. 254(2) and (3), I now pass to the thorny question of whether a fail on an ALERT test should, as a matter of law, be sufficient to provide

Ayant fait une revue de ce que je considère comme les deux valeurs fondamentales de la *Charte* qui doivent sous-tendre l'interprétation des par. 254(2) et (3), je passe maintenant à l'analyse de l'épineuse question de savoir si un échec au test

the necessary grounds for a breathalyzer demand. As I have already indicated, I believe that a purposive approach to ss. 254(2) and (3) dictates that we generally answer this question in the affirmative, with some limited exceptions, upon which I shall elaborate immediately below.

Firstly, there may be circumstances under which it is not only advisable but actually objectively necessary for the officer to wait a certain period of time in order to obtain a proper sample, such as to prevent damage to the device's detector cell due to smoke (see *R. v. Kaczmarek* (1994), 16 O.R. (3d) 510 (Gen. Div.); *R. v. Jackson* (1993), 147 A.R. 173 (Q.B.)), or where the officer has actually seen the accused consume alcohol or belch or regurgitate — all actions which the RCMP manual acknowledges can unduly affect the accuracy of the screening test because of the presence of mouth alcohol. In such cases, the officer must objectively know that the device is more likely than not to yield an incorrect reading and must know that the device's results could not form the basis for a breathalyzer demand. If, in the opinion of the officer, there were insufficient other indicia of impairment to justify a breathalyzer demand, then a short wait would be necessary before the ALERT device could be relied on for such a purpose.

Another possibility is that a motorist may volunteer that he has consumed alcohol within the last 15 minutes. In such cases, I would disagree with Sopinka J.'s conclusion that an officer may believe or disbelieve that statement. For the reasons that I have outlined above, I believe that the unique context of roadside assessments of sobriety justifies, as a practical matter, some innovation with respect to the subjective component of reasonable and probable grounds. Consequently, in the interests of certainty, I would say that an officer should, in those cases, take the motorist at his word and hold off administering the test for sufficient time to negate the possibility of mouth alcohol affecting the test. Moreover, even in the absence of such an assertion, where a police officer nonetheless hon-

ALERT devrait être suffisant, en droit, pour établir les motifs nécessaires pour demander un alcootest. Comme je l'ai déjà indiqué, j'estime qu'une analyse fondée sur l'objet des par. 254(2) et (3) exige que, généralement, nous répondions par l'affirmative à cette question, sous réserve de quelques exceptions limités dont je vais discuter maintenant.

Premièrement, il peut y avoir des cas où il est non seulement souhaitable mais en fait objectivement nécessaire que le policier attende un certain temps avant d'obtenir un échantillon approprié, par exemple pour ne pas endommager la cellule de détection de l'appareil parce que la personne a fumé (voir *R. c. Kaczmarek* (1994), 16 O.R. (3d) 510 (Div. gén.); *R. c. Jackson* (1993), 147 A.R. 173 (B.R.)), ou parce que le policier a effectivement vu la personne accusée consommer de l'alcool, éructer ou régurgiter — ce qui, selon le manuel de la GRC, peut fausser l'exactitude du test de détection à cause de la présence de traces d'alcool dans la bouche. Dans ces cas, le policier doit savoir objectivement qu'il y a plus de chances que l'appareil donnera un résultat inexact que le contraire, et il doit savoir que les résultats ne pourraient servir de base à une demande de se soumettre à l'acootest. Si, de l'avis du policier, il n'existe pas suffisamment d'autres signes d'ébriété le justifiant de requérir un alcootest, il devrait alors attendre pendant une courte période avant de pouvoir se fier à l'appareil ALERT à une telle fin.

Il est possible également qu'un conducteur admette de son plein gré qu'il a consommé de l'alcool dans les 15 dernières minutes. Dans un tel cas, je ne suis pas d'accord avec le juge Sopinka lorsqu'il dit qu'un policier peut croire ou ne pas croire cette affirmation. Pour les motifs déjà mentionnés, je crois que le contexte unique des évaluations de la sobriété en bordure de la route justifie, sur le plan pratique, une certaine innovation relativement à l'élément subjectif des motifs raisonnables. Par conséquent, dans l'intérêt de la certitude, je dirais qu'un policier devrait alors croire le conducteur sur parole et retarder à administrer le test assez longtemps pour empêcher la possibilité que des traces d'alcool dans la bouche influent sur le résultat du test. En outre, même en l'absence

estly believes, for whatever reason, that the motorist has consumed alcohol or smoked within the last 15 minutes then the officer should hold off administering the test for 15 minutes.

d'une telle affirmation, si un policier croit quand même sincèrement, pour quelque motif que ce soit, que le conducteur a consommé de l'alcool ou fumé dans les 15 dernières minutes, il doit alors attendre 15 minutes avant de faire subir le test.

105 Whenever the officer decides that it is necessary to wait for a short period in order to ensure the reliability of the ALERT test, however, the officer should read a prepared statement to the motorist, essentially saying: "I believe that you may have consumed alcohol or smoked within the last 15 minutes. Since alcohol consumption or smoking within the last 15 minutes can render this screening test unreliable, I will have to ask you, for your own benefit, to wait 15 minutes without smoking or drinking before I administer this test." By indicating to the motorist the reason for the delay, the officer will give the motorist an opportunity to volunteer additional information which may enable the officer to require the motorist to take the test right away. A motorist who believes that he is sober and who has not consumed alcohol or smoked within the last 15 minutes will at that point have the opportunity to volunteer to take the test right away. This is consistent with Parliament's intention that the ALERT test be administered at a minimum of inconvenience to motorists, enabling those who are clearly below the limit to be on their way. By contrast, a motorist who suspects that he may be over the legal limit will probably remain quiet, hoping to profit from the extra time. In either case, the officer will then be able to rely both reasonably and honestly on the ALERT test result for reasonable and probable grounds.

Lorsque le policier décide qu'il doit attendre un certain temps afin de s'assurer de la fiabilité du test ALERT, il devrait toutefois lire au conducteur une formule type disant essentiellement: «Je crois que vous avez pris de l'alcool ou fumé dans les 15 dernières minutes. Puisque le fait d'avoir bu de l'alcool ou fumé dans les 15 dernières minutes peut influencer sur la fiabilité de ce test de détection, je dois vous demander, dans votre propre intérêt, d'attendre 15 minutes, sans fumer ni boire d'alcool, avant que je vous fasse subir le test.» En indiquant au conducteur la raison du délai, le policier lui donnera l'occasion de fournir de son plein gré d'autres renseignements qui pourraient permettre d'exiger qu'il se soumette au test tout de suite. Un conducteur qui croit qu'il est sobre et qui n'a pas consommé d'alcool ni fumé dans les 15 dernières minutes aura, à ce moment-là, la possibilité d'offrir de son plein gré de subir le test immédiatement. Cela est conforme à l'intention du législateur que le test ALERT soit administré avec le moins d'inconvénients possibles pour les conducteurs, de façon à permettre à ceux dont l'alcoolémie est nettement sous la limite légale de poursuivre leur route. Par contre, le conducteur qui craint avoir dépassé la limite légale attendra probablement sans rien dire, espérant bénéficier de la période additionnelle qui lui est allouée. Dans les deux cas, le policier aura alors des motifs raisonnables de se fier à la fois raisonnablement et sincèrement au résultat du test ALERT.

106 Interpreting s. 254(2) as contemplating a delay under such circumstances, though violating s. 10(b), would be upheld under s. 1 for the very reasons expressed in *R. v. Thomsen, supra*. The reading by police of such a prepared statement where they have formulated an honest belief of recent consumption would minimally impair the motorist's s. 10(b) rights, since it would serve to apprise the motorist of the reason for the delay, and allow the motorist the opportunity to make an informed

Bien qu'interpréter le par. 254(2) comme envisageant la possibilité d'un délai dans ces circonstances violerait l'al. 10b), cette violation sera justifiée en vertu de l'article premier pour les motifs exprimés dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, précité. La lecture par le policier de la formule mentionnée plus haut lorsqu'il croit sincèrement qu'il y a eu consommation récente porterait atteinte de façon minimale aux droits que l'al. 10b) garantit au conducteur, car le conducteur serait mis au courant des

decision to waive that delay, and to communicate that waiver to the police. Police have a single, clear guideline on how to act in all situations. The administration of the screening tests will be both simplified and clarified, and challenges at trial to the procedure followed by the officer will be minimized. All of this will be accomplished without actually requiring officers to make specific inquiries of the motorist (since such questions may, themselves, raise s. 10(b) *Charter* concerns).

I strongly encourage police to adopt such a practice. I believe that it will make life easier for motorists, for police and for the courts. I would emphasize, however, that failure by the officer to read this statement does not necessarily mean that the motorist's s. 10(b) rights have been violated. The statement need only be read on those occasions when an officer believes, for any credible reason, in recent smoking or alcohol consumption. Mere knowledge, for instance, that the accused has consumed alcohol during the course of the evening, absent other circumstances, would not be sufficiently precise to found such a belief, or to warrant a delay in the administering of the test.

I agree with Sopinka J. that where an officer waits a reasonable amount of time in order to ensure that the ALERT test yields accurate results, this delay is not inconsistent with the requirement in s. 254(2) that the sample be provided "forthwith", nor with this Court's pronouncements in *R. v. Grant, supra*, and *R. v. Thomsen, supra*. I would simply note that in neither of those cases did this Court turn its mind to contexts in which the delay resulted from the exercise of an abundance of reasonable care. Where the police wait in order to ensure the accuracy of the screening test, this waiting period can only benefit the driver, since it virtually eliminates the possibility that he or she will blow a false "fail" and be taken in for a breathalyzer on an erroneous basis. I cannot help but observe that the admission of breathalyzer evi-

motifs du délai et il aurait ainsi la possibilité de prendre en toute connaissance de cause la décision de renoncer à ce délai et d'en faire part au policier. Les policiers ont ainsi une directive unique et claire sur la façon d'agir dans tous les cas. L'administration du test de détection sera simplifiée et clarifiée, et les contestations, lors du procès, de la procédure suivie par le policier en seront minimisées. Tout cela pourra se faire sans que les policiers aient à poser des questions précises au conducteur (puisque ces questions pourraient, elles-mêmes, entraîner l'application de l'al. 10b) de la *Charte*).

J'encourage fortement les policiers à adopter cette pratique. Je crois qu'elle facilitera les choses pour les conducteurs, pour la police et pour les tribunaux. Je tiens à souligner, toutefois, que l'omission de la part du policier de lire cette formule ne signifiera pas nécessairement qu'il y a eu violation des droits que l'al. 10b) garantit au conducteur. La formule ne doit être lue que lorsqu'un policier croit, pour quelque motif crédible que ce soit, que le conducteur a fumé ou consommé de l'alcool récemment. Le simple fait de savoir, par exemple, que l'accusé a consommé de l'alcool au cours de la soirée, en l'absence d'autres circonstances, ne serait pas un motif assez précis pour fonder une telle croyance, ou pour justifier un délai dans l'administration du test.

J'estime avec le juge Sopinka que dans le cas où un policier attend pendant une période raisonnable pour s'assurer de l'exactitude des résultats du test ALERT, ce délai n'est pas incompatible avec l'exigence que l'échantillon soit fourni «immédiatement», prévue au par. 254(2), ni avec les arrêts *R. c. Grant* et *R. c. Thomsen*, précités, de notre Cour. Je noterais simplement que dans aucun de ces deux arrêts notre Cour ne s'est penchée sur des circonstances dans lesquelles le délai a résulté d'un excès de précautions raisonnables. Dans le cas où la police attend pour s'assurer de l'exactitude du test de détection, cette attente ne peut qu'être favorable au conducteur, puisqu'elle élimine pratiquement la possibilité qu'il obtienne un faux «échec» et qu'il doive se soumettre à un alcootest à partir d'un résultat erroné. Je ne puis m'empêcher de faire

107

108

dence obtained under such circumstances, even if it were obtained in violation of the *Charter*, could hardly be seen to bring the administration of justice into disrepute.

remarquer qu'il serait difficile d'affirmer que l'utilisation de la preuve obtenue au moyen d'un alcootest dans de telles circonstances, même en contravention de la *Charte*, serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

109 To summarize, this Court recognized in *Grant*, *supra*, that it is imprudent to make blanket assertions about what length of delay would be inconsistent with the term "forthwith" in s. 254(2). I believe that this term must be approached in a manner that recognizes the interrelationship of ss. 254(2) and (3). In my opinion, it would defy the wording of s. 254(3) and defeat the values underlying s. 8 of the *Charter* to conclude that a fail on an ALERT test can always form the basis for such a demand. It would frustrate the manifest intention of Parliament and invite absurdity to define "forthwith" so strictly that officers must administer the test without delay even in circumstances where they could not even objectively rely on the screening test result for a "proper analysis" and thus for the reasonable and probable grounds required under s. 254(3) for a breathalyzer demand. At the same time, I am concerned that it may trench unduly on the values underlying s. 10(b) of the *Charter* to conclude, without elaboration or guidance to the police, that an officer may hold off administering the test whenever he believes there to be credible evidence that the screening test may not yield accurate results under the circumstances. I also believe such an interpretation to be inconsistent with Parliament's intention that the screening test be administered with the greatest degree of ease, certainty and efficiency possible to all concerned.

En résumé, notre Cour a reconnu dans l'arrêt *Grant*, précité, qu'il est imprudent de faire un énoncé général quant à ce qui constituerait un délai incompatible avec le terme «immédiatement» utilisé au par. 254(2). À mon avis, ce terme doit être interprété d'une façon qui reconnaisse l'interrelation entre les par. 254(2) et (3). En effet, il serait contraire au libellé du par. 254(3) et aux valeurs qui sous-tendent l'art. 8 de la *Charte* de conclure qu'un échec au test ALERT peut en toutes circonstances servir de fondement à une demande d'alcootest. Ce serait aller à l'encontre de l'intention manifeste du législateur et aboutir à une absurdité que de définir le terme «immédiatement» de façon si étroite que les policiers seraient tenus de faire subir le test sans délai même dans les circonstances où ils ne pourraient même pas se fier objectivement au résultat du test de détection aux fins d'une «analyse convenable» et, ainsi, de l'établissement des motifs raisonnables qu'exige le par. 254(3) aux fins d'une demande d'alcootest. Par ailleurs, j'estime que l'on risque d'empiéter excessivement sur les valeurs sous-jacentes à l'al. 10b) de la *Charte* si l'on conclut, sans élaborer et sans formuler de guide pour la police, qu'un policier peut attendre avant de faire subir le test de détection chaque fois qu'il a raison de croire qu'il existe une preuve crédible que ce test risque de ne pas donner des résultats exacts dans ces circonstances. Je suis aussi d'avis qu'une telle interprétation serait incompatible avec l'intention du législateur, soit que le test de détection devrait être administré avec le plus de facilité, de certitude et d'efficacité possible pour toutes les personnes concernées.

110 In the present case, it would appear from the trial record that the officer did observe other signs of impairment that could have furnished the requisite belief for a breathalyzer demand. The officer's testimony, however, suggests that he did not form the requisite belief until after he had administered the screening test. The Court of Appeal disposed

Dans le présent cas, le dossier du procès paraît révéler que le policier a en fait observé d'autres signes d'ébriété qui auraient pu lui permettre d'établir la croyance requise à l'appui d'une demande d'alcootest. Le témoignage du policier suggère, cependant, qu'il n'avait acquis cette croyance qu'après avoir fait subir le test de détection. La

of this case on that basis. Like my colleague Sopinka J., I am therefore prepared to assume that the officer relied on the screening test result as the basis for his breathalyzer demand. For the reasons outlined above, I would conclude that the officer was entitled to rely on the fail registered by the screening device to found the requisite belief for a breathalyzer demand pursuant to s. 254(3). No evidence was adduced that suggested that the officer was aware of recent alcohol consumption or any other factors that could reasonably affect the reliability of the device. As such, he was entitled to rely on the ALERT test as a basis for his breathalyzer demand.

Consequently, I would allow the appeal and reinstate the respondent's conviction.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. — I agree with Justice Sopinka and also concur with the suggestions of Justice L'Heureux-Dubé as to certain police procedures being desirable in the circumstances she describes, though not mandatory.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Green, Higinbotham & Claus, Victoria.

Cour d'appel a tranché l'appel en fonction de ce témoignage. À l'instar de mon collègue, le juge Sopinka, je suis en conséquence disposée à tenir pour acquis que le policier s'est fié au résultat du test de détection comme justification de sa demande d'alcootest. Pour les motifs qui précèdent, je conclurais que le policier pouvait se fier à l'échec enregistré par l'appareil de détection pour former la croyance requise à l'appui d'une demande d'alcootest conformément au par. 254(3). On n'a présenté aucune preuve à l'effet que le policier était au courant d'une consommation récente d'alcool ou de l'existence d'autres facteurs qui auraient pu raisonnablement influencer sur la fiabilité de l'appareil. Il pouvait donc se fier au résultat du test ALERT pour exiger l'alcootest.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité de l'intimé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER — Je suis d'accord avec le juge Sopinka et je souscris également à titre indicatif et non obligatoire aux propositions du juge L'Heureux-Dubé quant à certaines procédures policières qui seraient souhaitables dans les circonstances qu'elle décrit.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Green, Higinbotham & Claus, Victoria.

111

112



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, 1995 Vol. 1

3^e cahier, 1995 Vol. 1

Cited as [1995] 1 S.C.R. 315-450

Renvoi [1995] 1 R.C.S. 315-450

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

B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto 315

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Parents objecting to blood transfusion for their infant for religious reasons — Children's Aid Society granted temporary wardship of infant under Child Welfare Act — Infant receiving blood transfusion — Whether provisions of Child Welfare Act infringe parents' right to choose medical treatment for their infant contrary to s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, c. 66, ss. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Parents objecting to blood transfusion for their infant for religious reasons — Children's Aid Society granted temporary wardship of infant under Child Welfare Act — Infant receiving blood transfusion — Whether provisions of Child Welfare Act infringe parents' freedom of religion — If so, 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
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

B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto 315

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Parents opposés pour des motifs religieux à ce que leur enfant en bas âge reçoive une transfusion sanguine — Tutelle de l'enfant accordée temporairement à la Children's Aid Society en application de la Child Welfare Act — Transfusion sanguine pratiquée sur l'enfant — Les dispositions de la Child Welfare Act portent-elles atteinte au droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant, contrairement à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, ch. 66, art. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Parents opposés pour des motifs religieux à ce que leur enfant en bas âge reçoive une transfusion sanguine — Tutelle de l'enfant accordée temporairement à la Children's Aid

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

infringement justified as reasonable limit — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, c. 66, ss. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Costs — Judicial discretion — Parents objecting to blood transfusion for their infant for religious reasons — Children's Aid Society granted temporary wardship of infant under Child Welfare Act — District Court judge dismissing parents' appeal and awarding costs against intervening Attorney General — Whether costs order should be overturned.

R. v. Blenner-Hassett; R. v. Piluke..... 443

Criminal law — Charge to jury — Mens rea — Serious misdirections with respect to mens rea.

R. v. Halcrow 440

Criminal law — Assault — Use of force in disciplining children — Accused convicted of assault causing bodily harm — Charges not laid until 11 years after events — Whether trial judge should have granted stay of proceedings.

R. v. Laporte 442

Criminal law — Charge to jury — Question from jury concerning difference between second degree murder and manslaughter — Trial judge not commenting on provocation in answering question — No miscarriage of justice resulting from trial judge's answer.

R. v. Simpson 449

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention or imprisonment — Remedy — Police failing to bring accused before justice within time prescribed — Trial judge entering stay of proceedings — No reason for interfering with trial judge's exercise of discretion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 24(1).

T. (M) v. A. (H) 445

Practice — Supreme Court of Canada — Stay of execution — Contempt of court in family law case — Imprisonment — Interim release — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1.

SOMMAIRE (Fin)

Société en application de la Child Welfare Act — Transfusion sanguine pratiquée sur l'enfant — Les dispositions de la Child Welfare Act portent-elles atteinte à la liberté de religion des parents? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée en tant que limite raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, ch. 66, art. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Dépens — Pouvoir discrétionnaire judiciaire — Parents opposés pour des motifs religieux à ce que leur enfant en bas âge reçoive une transfusion sanguine — Tutelle de l'enfant accordée temporairement à la Children's Aid Society en application de la Child Welfare Act — Rejet par un juge de la Cour de district de l'appel des parents et condamnation aux dépens du procureur général intervenant — L'ordonnance relative aux dépens devrait-elle être écartée?

R. c. Blenner-Hassett; R. c. Piluke..... 443

Droit criminel — Exposé au jury — Mens rea — Graves directives erronées concernant la mens rea.

R. c. Halcrow 440

Droit criminel — Voies de fait — Usage de la force pour discipliner des enfants — Accusée déclarée coupable de voies de fait causant des lésions corporelles — Accusations portées seulement 11 ans après les faits — Le juge du procès aurait-il dû accorder un arrêt des procédures.

R. c. Laporte 442

Droit criminel — Exposé au jury — Question du jury au sujet de la différence entre le meurtre au deuxième degré et l'homicide involontaire coupable — Omission du juge du procès de faire des commentaires sur la provocation en répondant à la question — Aucune erreur judiciaire ne résultant de la réponse du juge.

R. c. Simpson 449

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention ou emprisonnement arbitraires — Réparation — Omission de la police de faire comparaître l'accusé en justice dans le délai prescrit — Arrêt des procédures ordonné par le juge du procès — Aucun motif de s'ingérer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 24(1).

T. (M) c. A. (H) 445

Pratique — Cour suprême du Canada — Sursis d'exécution — Outrage au tribunal dans une affaire de droit de la famille — Emprisonnement — Mise en liberté provisoire — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1.

Richard B. and Beena B. *Appellants*

v.

Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, the Official Guardian for Sheena B., an Infant, and the Attorney General for Ontario *Respondents*

and

The Attorney General of Canada and the Attorney General of Quebec *Interveners*

INDEXED AS: B. (R.) v. CHILDREN'S AID SOCIETY OF METROPOLITAN TORONTO

File No.: 23298.

Hearing and judgment on appeal: March 17, 1994.

Reasons and judgment on cross-appeal delivered: January 27, 1995.

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 liberty — Fundamental justice — Parents objecting to blood transfusion for their infant for religious reasons — Children's Aid Society granted temporary wardship of infant under Child Welfare Act — Infant receiving blood transfusion — Whether provisions of Child Welfare Act infringe parents' right to choose medical treatment for their infant contrary to s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, c. 66, ss. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Parents objecting to blood transfusion for their infant for religious reasons — Children's Aid Society granted temporary wardship of infant under Child Welfare Act — Infant receiving blood transfusion — Whether provisions of Child Welfare Act infringe parents' freedom of religion — If so, whether infringement

Richard B. et Beena B. *Appellants*

c.

Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, le tuteur public de Sheena B., mineure, et le procureur général de l'Ontario *Intimés*

et

Le procureur général du Canada et le procureur général du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: B. (R.) c. CHILDREN'S AID SOCIETY OF METROPOLITAN TORONTO

N° du greffe: 23298.

Audition et jugement quant au pourvoi principal: 17 mars 1994.

Motifs et jugement quant au pourvoi incident déposés: 27 janvier 1995.

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 à la liberté — Justice fondamentale — Parents opposés pour des motifs religieux à ce que leur enfant en bas âge reçoive une transfusion sanguine — Tutelle de l'enfant accordée temporairement à la Children's Aid Society en application de la Child Welfare Act — Transfusion sanguine pratiquée sur l'enfant — Les dispositions de la Child Welfare Act portent-elles atteinte au droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant, contrairement à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, ch. 66, art. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Parents opposés pour des motifs religieux à ce que leur enfant en bas âge reçoive une transfusion sanguine — Tutelle de l'enfant accordée temporairement à la Children's Aid Society en application de la Child Welfare Act — Transfusion sanguine pratiquée sur l'enfant — Les dispositions de la Child Welfare Act por-

justified as reasonable limit — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, c. 66, ss. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Costs — Judicial discretion — Parents objecting to blood transfusion for their infant for religious reasons — Children's Aid Society granted temporary wardship of infant under Child Welfare Act — District Court judge dismissing parents' appeal and awarding costs against intervening Attorney General — Whether costs order should be overturned.

S.B. was born four weeks prematurely. Within the first few weeks of her life she exhibited many physical ailments and received a number of medical treatments, to which her parents, the appellants, consented. At their request the attending physicians avoided the use of a blood transfusion because, as Jehovah's Witnesses, the appellants objected to it for religious reasons; they also claimed it was unnecessary. When S.B. was a month old, her haemoglobin level had dropped to such an extent that the attending physicians believed that her life was in danger and that she might require a blood transfusion to treat potentially life-threatening congestive heart failure. Following a hearing on short notice to the appellants, the Provincial Court (Family Division) granted the respondent Children's Aid Society a 72-hour wardship. At a status review two doctors testified that although the child's condition had improved, it was still marginal, and they wished to maintain the ability to transfuse in case of an emergency. The head of ophthalmology at the hospital testified that he suspected the child had infantile glaucoma and needed to undergo exploratory surgery within the following week to confirm the diagnosis. This procedure had to be performed under general anaesthetic, and another doctor testified that a blood transfusion would be necessary. The wardship order was extended for a period of 21 days. S.B. received a blood transfusion as part of the examination and operation for the suspected glaucoma. A second Provincial Court order then terminated the respondent's wardship, and the child was returned to her parents. The appellants appealed both orders to the District Court, which dismissed the appeal and awarded costs against the Attorney General of Ontario, who had intervened in the proceedings. The Court of Appeal dismissed the appellants' appeal and the Attorney General of Ontario's cross-appeal on the issue of costs. This appeal is to determine whether s. 19(1)(b)(ix) of the Ontario

tent-elles atteinte à la liberté de religion des parents? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée en tant que limite raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, ch. 66, art. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Dépens — Pouvoir discrétionnaire judiciaire — Parents opposés pour des motifs religieux à ce que leur enfant en bas âge reçoive une transfusion sanguine — Tutelle de l'enfant accordée temporairement à la Children's Aid Society en application de la Child Welfare Act — Rejet par un juge de la Cour de district de l'appel des parents et condamnation aux dépens du procureur général intervenant — L'ordonnance relative aux dépens devrait-elle être écartée?

S.B. est née quatre semaines avant terme. Au cours des premières semaines de sa vie, elle a reçu, afin de remédier à de nombreux troubles physiques, plusieurs traitements médicaux auxquels ses parents, les appelants, ont consenti. Ces derniers ont demandé aux médecins traitants de ne procéder à aucune transfusion sanguine, parce qu'en tant que témoins de Jéhovah ils s'y opposaient pour des motifs religieux; ils soutenaient également qu'une telle procédure n'était pas nécessaire. Un mois après sa naissance, le taux d'hémoglobine de S.B. a chuté à tel point que les médecins traitants ont craint pour sa vie et ont estimé qu'il pourrait être nécessaire de procéder à une transfusion sanguine pour traiter une insuffisance cardiaque globale qui risquait d'être fatale. À la suite d'une audience tenue après que les appelants eurent été avisés à la dernière minute, la Cour provinciale (Division de la famille) a accordé une tutelle de 72 heures à la société d'aide à l'enfance intimée. Lors d'une instance en révision du statut de l'enfant, deux médecins ont témoigné que, malgré son amélioration, l'état de santé de l'enfant était encore précaire, et qu'ils souhaitaient demeurer en mesure de pratiquer une transfusion en cas d'urgence. Le chef du département d'ophtalmologie de l'hôpital a témoigné qu'il redoutait que l'enfant soit atteint de glaucome infantile et doive subir une chirurgie exploratoire dans les semaines suivantes afin de confirmer le diagnostic. Cette procédure nécessitait une anesthésie générale et un autre médecin a témoigné qu'une transfusion sanguine serait nécessaire. La tutelle a été prolongée pour une période de 21 jours. S.B. a reçu une transfusion sanguine dans le cadre de l'examen et de l'opération pour le glaucome redouté. Une seconde ordonnance de la Cour provinciale a ensuite mis fin à la tutelle de l'intimée, et l'enfant a été rendue à ses parents. Les appelants ont interjeté appel contre les deux ordonnances devant la Cour de district qui a rejeté l'appel et condamné aux dépens le procureur

Child Welfare Act, which defines "child in need of protection", together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), deny parents a right to choose medical treatment for their infants, contrary to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, or infringe the appellants' freedom of religion as guaranteed under s. 2(a) of the *Charter*, and, if so, whether the infringement is justifiable under s. 1 of the *Charter*. The issue raised in the cross-appeal is whether the District Court erred in awarding costs against the Attorney General of Ontario.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting on the cross-appeal): The appeal and the cross-appeal should be dismissed.

1. Appeal

Section 7

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The liberty protected by s. 7 of the *Charter* does not mean unconstrained freedom. Freedom of the individual to do what he or she wishes must, in any organized society, be subjected to numerous constraints for the common good. The state undoubtedly has the right to impose many types of restraints on individual behaviour, and not all limitations will attract *Charter* scrutiny. On the other hand, liberty does not mean mere freedom from physical restraint. In a free and democratic society, the individual must be left room for personal autonomy to live his or her own life and to make decisions that are of fundamental personal importance.

The right to nurture a child, to care for its development, and to make decisions for it in fundamental matters such as medical care, are part of the liberty interest of a parent. The common law has long recognized that parents are in the best position to take care of their children and make all the decisions necessary to ensure their well-being. This recognition was based on the presumption that parents act in the best interest of their child. Although the philosophy underlying state intervention has changed over time, most contemporary statutes deal

général de l'Ontario qui était intervenu dans l'instance. La Cour d'appel a rejeté l'appel des appelants ainsi que l'appel incident du procureur général de l'Ontario sur la question des dépens. Le présent pourvoi vise à déterminer si le sous-al. 19(1)b)(ix) de la *Child Welfare Act* de l'Ontario, qui définit l'expression «enfant ayant besoin de protection», ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12), privent les parents du droit de choisir un traitement médical pour leurs enfants en bas âge, contrairement à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou s'ils portent atteinte à la liberté de religion que garantit aux appelants l'al. 2a) de la *Charte*, et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. La question soulevée dans le pourvoi incident est de savoir si la Cour de district a commis une erreur en condamnant aux dépens le procureur général de l'Ontario.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente quant au pourvoi incident): Les pourvois principal et incident sont rejetés.

1. Pourvoi principal

Article 7

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: La liberté garantie à l'art. 7 de la *Charte* n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte. La liberté de l'individu de faire ce qu'il entend doit, dans toute société organisée, être assujettie à de nombreuses contraintes au nom de l'intérêt commun. L'État a certes le droit d'imposer de nombreuses formes de restrictions au comportement individuel et ce ne sont pas toutes les restrictions qui feront l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. D'autre part, la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne.

Les droits d'éduquer un enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux, font partie du droit à la liberté d'un parent. La common law reconnaît depuis longtemps que les parents sont les mieux placés pour prendre soin de leurs enfants et pour prendre toutes les décisions nécessaires à leur bien-être. Cette reconnaissance est fondée sur la présomption que les parents agissent dans l'intérêt de leur enfant. Bien que la philosophie qui sous-tend l'in-

ing with child protection matters, and in particular the Ontario Act, while focusing on the best interest of the child, favour minimal intervention. In recent years, courts have expressed some reluctance to interfere with parental rights, and state intervention has been tolerated only when necessity was demonstrated, thereby confirming that the parental interest in bringing up, nurturing and caring for a child, including medical care and moral upbringing, is an individual interest of fundamental importance to our society.

While parents bear responsibilities toward their children, they must enjoy correlative rights to exercise them, given the fundamental importance of choice and personal autonomy in our society. Although this liberty interest is not a parental right tantamount to a right of property in children, our society is far from having repudiated the privileged role parents exercise in the upbringing of their children. This role translates into a protected sphere of parental decision-making which is rooted in the presumption that parents should make important decisions affecting their children both because parents are more likely to appreciate the best interests of their children and because the state is ill-equipped to make such decisions itself. While the state may intervene when it considers it necessary to safeguard the child's autonomy or health, such intervention must be justified.

While children undeniably benefit from the *Charter*, most notably in its protection of their rights to life and to the security of their person, they are unable to assert these rights, and our society accordingly presumes that parents will exercise their freedom of choice in a manner that does not offend the rights of their children. If one considers the multitude of decisions parents make daily, it is clear that in practice, state interference in order to balance the rights of parents and children will arise only in exceptional cases. The state can properly intervene in situations where parental conduct falls below the socially acceptable threshold, but in doing so it is limiting the constitutional rights of parents rather than vindicating the constitutional rights of children.

In the present case the application of the Act deprived the appellants of their right to decide which medical treatment should be administered to their infant and in so doing has infringed upon the parental "liberty" protected in s. 7 of the *Charter*. This deprivation, however,

intervention de l'État ait évolué au fil des ans, la plupart des lois contemporaines en matière de protection des enfants et, en particulier, la Loi de l'Ontario, tout en mettant l'accent sur l'intérêt de l'enfant, favorisent une intervention minimale. Au cours des dernières années, les tribunaux ont fait preuve d'une certaine hésitation à s'immiscer dans les droits des parents et l'intervention de l'État n'a été tolérée que lorsqu'on en avait démontré la nécessité, ce qui confirme que le droit des parents d'élever, d'éduquer et de prendre soin de l'enfant, notamment de lui procurer des soins médicaux et de lui offrir une éducation morale, est un droit individuel d'importance fondamentale dans notre société.

Bien que les parents aient des responsabilités envers leurs enfants, ils doivent jouir de droits corrélatifs de s'en acquitter, étant donné l'importance fondamentale du choix et de l'autonomie personnelle dans notre société. Quoique ce droit à la liberté ne soit pas un droit parental équivalent à un droit de propriété sur les enfants, notre société est loin d'avoir répudié le rôle privilégié que les parents jouent dans l'éducation de leurs enfants. Ce rôle se traduit par un champ protégé de prise de décision par les parents, fondé sur la présomption que ce sont eux qui devraient prendre les décisions importantes qui touchent leurs enfants parce qu'ils sont plus à même d'apprécier ce qui est dans leur intérêt et que l'État n'est pas qualifié pour prendre ces décisions lui-même. Même si l'État peut intervenir lorsqu'il considère nécessaire de préserver l'autonomie ou la santé de l'enfant, cette intervention doit être justifiée.

Bien que les enfants bénéficient indéniablement de la protection de la *Charte*, plus particulièrement en ce qui concerne leur droit à la vie et à la sécurité de leur personne, ils ne sont pas en mesure de faire valoir ces droits et notre société présume donc que leurs parents exerceront leur liberté de choix d'une manière qui ne violera pas les droits de leurs enfants. Si l'on considère la multitude de décisions que les parents prennent tous les jours, il est évident qu'en pratique l'intervention de l'État visant à soulever les droits des parents et ceux des enfants n'aura lieu que dans des cas exceptionnels. L'État peut à bon droit intervenir dans les cas où le comportement des parents ne respecte pas la norme minimale socialement acceptable, mais ce faisant, il restreint les droits constitutionnels des parents plutôt que de défendre les droits constitutionnels des enfants.

En l'espèce, l'application de la Loi a privé les appellants de leur droit de décider quel traitement médical devrait être administré à leur enfant, et la Loi a donc enfreint la «liberté» parentale garantie à l'art. 7 de la *Charte*. Cette privation était toutefois conforme aux

was made in accordance with the principles of fundamental justice. The common law has long recognized the power of the state to intervene to protect children whose lives are in jeopardy and to promote their well-being, basing such intervention on its *parens patriae* jurisdiction. The protection of a child's right to life and to health is a basic tenet of our legal system, and legislation to that end accords with the principles of fundamental justice, so long as it also meets the requirements of fair procedure. Section 19(1)(b)(ix) of the Act, although broad in scope, is compatible with a modern conception of life that embodies the notion of quality of life. The general procedure under the Act also accords with the principles of fundamental justice. The parents must receive reasonable notice of the hearing in which their rights might be affected. Further, the wardship order depriving the parents of the right to refuse medical treatment for their infant is granted by a judge following an adversarial process where conflicting evidence may be presented. The onus of proof is on the Children's Aid Society, and it has been recognized by the courts that it must present a strong case. Finally, the initial order granting wardship to the Children's Aid Society must be reviewed before its expiry.

The notice the parents received of the wardship hearing in this case was reasonable in the circumstances, and the initial wardship order was limited to 72 hours, to enable the parties to come back with further evidence. As well, although the appellants were not able to present conflicting medical evidence at the initial hearing, they were nonetheless represented by counsel, who cross-examined the witnesses summoned by the Children's Aid Society and presented submissions.

Per Cory, Iacobucci and Major JJ.: An exercise of parental liberty which seriously endangers the survival of the child should be viewed as falling outside s. 7 of the *Charter*. While the right to liberty embedded in s. 7 may encompass the right of parents to have input into the education of their child, and in fact may very well permit parents to choose among equally effective types of medical treatment for their children, it does not include a parents' right to deny a child medical treatment that has been adjudged necessary by a medical professional and for which there is no legitimate alternative. The child's right to life must not be so completely subsumed to the parental liberty to make decisions regarding that child. Although an individual may refuse any medical procedures upon her own person, it is quite another matter to speak for another separate individual,

principes de justice fondamentale. La common law reconnaît depuis longtemps le pouvoir de l'État d'intervenir pour protéger l'enfant dont la vie est en danger et pour promouvoir son bien-être, en fondant cette intervention sur sa compétence *parens patriae*. La protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé est un précepte fondamental de notre système juridique et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable. Malgré sa large portée, le sous-al. 19(1)(b)(ix) de la Loi est compatible avec une conception moderne de la vie qui englobe celle de la qualité de vie. La procédure générale établie dans la Loi est conforme aux principes de justice fondamentale. Les parents doivent recevoir un préavis raisonnable de l'audience au cours de laquelle leurs droits pourront être touchés. En outre, l'ordonnance de tutelle qui prive les parents du droit de refuser un traitement médical pour leur enfant est rendue par un juge à la suite d'une procédure contradictoire où des éléments de preuve opposés peuvent être présentés. Le fardeau de la preuve incombe à la société d'aide à l'enfance, et les tribunaux ont reconnu qu'elle doit présenter une preuve solide. Enfin, l'ordonnance initiale accordant la tutelle à la société d'aide à l'enfance doit être révisée avant son expiration.

Le préavis que les parents ont reçu de l'audience relative à la tutelle était raisonnable compte tenu des circonstances, et l'ordonnance initiale de tutelle a été limitée à 72 heures afin de permettre aux parties de revenir avec une preuve supplémentaire. En outre, bien que les appelants aient été incapables de présenter une preuve médicale contradictoire lors de l'audience initiale, ils ont néanmoins été représentés par un avocat qui a contre-interrogé les témoins appelés par la société d'aide à l'enfance et présenté des arguments.

Les juges Cory, Iacobucci et Major: Il y a lieu de considérer que l'exercice de la liberté parentale qui compromet sérieusement la survie de l'enfant n'est pas visé par l'art. 7 de la *Charte*. Bien que le droit à la «liberté», consacré à l'art. 7, puisse comprendre le droit des parents de jouer un rôle dans l'éducation de leur enfant et qu'en fait il puisse très bien permettre aux parents de choisir entre différentes formes également efficaces de traitement médical pour leurs enfants, il ne comprend pas un droit des parents de refuser à leur enfant un traitement médical jugé nécessaire par un professionnel de la santé et pour lequel il n'existe aucune autre solution valable. Le droit de l'enfant à la vie ne doit pas être aussi totalement assujéti à la liberté des parents de prendre des décisions le concernant. Bien qu'une personne puisse refuser des procédures médicales pour elle-

especially when that individual cannot speak for herself. Parental duties are to be discharged according to the "best interests" of the child. The exercise of parental beliefs that grossly invades those best interests is not activity protected by the right to liberty in s. 7. There is simply no room within s. 7 for parents to override the child's right to life and security of the person. To hold otherwise would be to risk undermining the ability of the state to exercise its legitimate *parens patriae* jurisdiction and jeopardize the *Charter's* goal of protecting the most vulnerable members of society.

Per Lamer C.J.: The liberty interest protected by s. 7 of the *Charter* has not been infringed in this case because it includes neither the right of parents to choose (or refuse) medical treatment for their children nor, more generally, the right to bring up or educate their children without undue interference by the state. While this type of parental liberty is important and fundamental within the more general concept of the autonomy or integrity of the family unit, it does not fall within the ambit of s. 7. By including the expression "right to liberty" in s. 7, the framers of the *Charter* did not intend to protect "liberty" in its broadest sense or in all its dimensions. The right to liberty protected by s. 7 is not, within the meaning of the *Charter*, a fundamental freedom of the individual; rather it is a fundamental right which may be limited only in accordance with the principles of fundamental justice. The wording of the provision, its structure, the context in which it is found, the relationship there may be between it and the other provisions, as well as the historical context in which the *Charter* was adopted, are all factors that must be taken into consideration in seeking to identify the purpose of a protected right or freedom, in order to preserve the coherence of the entire constitutional text and maintain the integrity of the intention of Parliament. The principles of fundamental justice are a qualifier of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person, and thus serve to establish the parameters of the interests. Since the principles of fundamental justice are elements that are essentially within the domain of the justice system, the type of liberty to which s. 7 refers must be the liberty that may be taken away or limited by a court or by another agency on which the state confers a coercive power by which it may enforce the laws that it enacts. Accordingly, the subject matter of s. 7 must be the conduct of the state when the state calls on law enforcement officials to enforce and secure obedience to the law, or

même, il en va autrement lorsqu'il s'agit de s'exprimer pour une autre personne, particulièrement lorsque cette dernière n'est pas en mesure d'exprimer sa propre volonté. Les parents doivent s'acquitter de leurs obligations dans «l'intérêt» de l'enfant. L'exercice des croyances des parents qui empiète outre mesure sur cet intérêt n'est pas protégé par le droit à la liberté prévu à l'art. 7. Cet article ne permet simplement pas aux parents de passer outre au droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne. Conclure autrement risquerait de miner la capacité de l'État d'exercer sa compétence *parens patriae* légitime et compromettrait l'objectif de la *Charte* qui est de protéger les membres les plus vulnérables de la société.

Le juge en chef Lamer: Le droit à la liberté protégé par l'art. 7 de la *Charte* n'a pas été violé en l'espèce parce qu'il n'inclut ni le droit des parents de choisir (ou de refuser) un traitement médical pour leurs enfants, ni, d'une façon plus générale, celui d'élever ou d'éduquer leurs enfants sans ingérence indue de la part de l'État. Bien qu'important et fondamental à l'intérieur du concept plus général de l'autonomie ou de l'intégrité de l'unité familiale, ce type de liberté parentale ne relève pas du champ d'application de l'art. 7. Par l'inclusion de l'expression «droit à la liberté» à l'art. 7, les rédacteurs de la *Charte* n'ont pas voulu protéger la «liberté» dans son sens le plus large ou dans toutes ses dimensions. Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 n'est pas, au sens de la *Charte*, une liberté fondamentale de l'individu; c'est un droit fondamental qui ne peut être restreint qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le texte de la disposition, sa structure, le contexte dans lequel elle s'insère, le rapport qui peut exister entre elle et les autres dispositions, de même que le contexte historique de l'adoption de la *Charte* sont tous des éléments qui doivent être pris en considération lors de la recherche de l'objet d'un droit ou d'une liberté protégés afin de préserver la cohérence de l'ensemble du texte constitutionnel et de conserver l'intégrité de l'intention du législateur. Les principes de justice fondamentale constituent un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne, et servent donc à établir les paramètres de ces intérêts. Les principes de justice fondamentale étant des éléments qui relèvent essentiellement du système d'administration de la justice, le type de liberté visé par l'art. 7 doit être celui qui peut être retiré ou restreint par une cour de justice ou par un autre organisme auquel l'État confie un pouvoir de coercition permettant d'assurer le respect de ses lois. Par conséquent, l'art. 7 doit viser le comportement de l'État lorsque celui-ci intervient par

invokes the law to deprive a person of liberty through judges, magistrates, ministers, board members, etc.

The nature of the rights guaranteed by s. 7, taken as a whole, and the close connection established between those rights and the principles of fundamental justice, necessarily mean that this constitutional protection is connected with the physical dimension of the word "liberty", which can be lost through the operation of the legal system. In a majority of cases this protection is therefore specific to our criminal or penal justice system and is triggered primarily by the operation of that system. The freedoms that the *Charter* expressly recognizes and identifies as fundamental are found in s. 2. If s. 7 were to include any type of freedom whatever, provided that it could be described as fundamental, the need for and purpose of s. 2 might be seriously questioned. The nature of the other rights set out in s. 7 is another element of interpretation that militates in favour of a distinction between the scope of the words "freedom" and "liberty" as they are used in ss. 2 and 7. Since the right to life, liberty and security of the person are three distinct rights which the framers deliberately placed, in sequence, in a single provision, there must be a connection or linkage among them. This connection is found in the person himself or herself, as a corporeal entity, as opposed to the person's spirit, aspirations, conscience, beliefs, personality or, more generally, the expression or realization of what makes up the person's non-corporeal identity. The right to liberty, in this context, must therefore be set up against imprisonment, detention or any form of control or of constraint on freedom of movement. Moreover, extending the scope of the word "liberty" in s. 7 to include any type of freedom might mean that a large proportion of the legislative provisions in force could be challenged on the ground that they infringe this liberty interest. It would then be for the courts, in each case, to decide whether or not the freedom invoked was a fundamental freedom in our free and democratic society, whether the limit complied with the principles of fundamental justice, or whether the limit was reasonable and could be justified in a free and democratic society. In so doing the judiciary would inevitably be legislating, when this is not its function.

Per Sopinka J.: It is unnecessary to determine whether a liberty interest is engaged in this case because the threshold requirement of a breach of the principles

des forces répressives pour assurer l'application et le respect des lois ou lorsqu'il invoque la loi pour priver une personne de sa liberté par l'entremise des juges, magistrats, ministres, commissaires, etc.

La nature de l'ensemble des droits garantis par l'art. 7 et la relation étroite établie entre ces droits et les principes de justice fondamentale commandent que cette protection constitutionnelle soit reliée à la dimension physique du terme «liberté», laquelle peut être perdue par l'intervention du système juridique. Dans la majorité des cas, cette protection est donc spécifique à notre système de justice criminelle ou pénale et déclenchée principalement par son intervention. On trouve à l'art. 2 les libertés expressément reconnues et qualifiées de fondamentales par la *Charte*. Si l'article 7 devait inclure tout type de liberté, pourvu qu'elle puisse être qualifiée de fondamentale, l'on pourrait se questionner sérieusement sur la pertinence et la raison d'être de l'art. 2. La nature des autres droits énoncés à l'art. 7 est un autre élément d'interprétation qui milite en faveur d'une distinction entre la portée du terme «liberté» utilisé aux art. 2 et 7. Puisque les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne sont trois droits distincts que les rédacteurs ont sciemment intégrés, l'un à la suite de l'autre, à l'intérieur d'une seule et même disposition, il doit exister entre eux un lien ou un point commun. Le point de rattachement se situe au niveau de la personne elle-même en tant qu'entité corporelle, par opposition à son esprit, ses aspirations, sa conscience, ses croyances, sa personnalité ou, plus généralement, l'expression ou la réalisation de ce qui compose son identité immatérielle. Le droit à la liberté, dans ce contexte, doit donc être opposé à l'emprisonnement, à la détention ou à toute forme de contrôle ou de contrainte sur la liberté de mouvement. Par ailleurs, élargir la portée du terme «liberté» de l'art. 7 pour y inclure tout type de liberté pourrait signifier qu'une grande partie des dispositions législatives en vigueur pourraient être contestées pour le motif qu'elles portent atteinte à ce droit à la liberté. Il appartiendrait alors aux tribunaux de décider, dans chaque cas, si la liberté invoquée constitue ou non une liberté fondamentale de notre société libre et démocratique, si la restriction est conforme aux principes de justice fondamentale, ou encore si la restriction est raisonnable et peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ce faisant, le pouvoir judiciaire se trouverait inévitablement à légiférer alors que tel n'est pas son rôle.

Le juge Sopinka: Il n'est pas nécessaire de déterminer si un droit à la liberté est en cause en l'espèce du fait que l'exigence préliminaire d'une violation des prin-

of fundamental justice is not met. In all other respects La Forest J.'s reasons were agreed with.

Section 2(a)

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.: The right of parents to rear their children according to their religious beliefs, including that of choosing medical and other treatments, is a fundamental aspect of freedom of religion, guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*. While the purpose of the Act, the protection of children, does not infringe on the appellants' freedom of religion, the legislative scheme it implements, culminating in a wardship order depriving the parents of the custody of their child, seriously infringed on the appellants' freedom to choose medical treatment for their child in accordance with the tenets of their faith. This infringement was justified, however, under s. 1 of the *Charter*. The state interest in protecting children at risk is a pressing and substantial objective. The Act allows the state to assume parental rights when a judge has determined that a child is in need of treatment that his parents will not consent to. The process contemplated by the Act is carefully crafted, adaptable to a myriad of different situations, and far from arbitrary. The Act makes provision for notice to be given, for evidence to be called, for time limits to be imposed upon Crown wardship and other orders, as well as for procedural protections to be afforded to parents.

Per Lamer C.J. and Cory, Iacobucci and Major JJ.: A parent's freedom of religion, guaranteed under s. 2(a) of the *Charter*, does not include the imposition of religious practices which threaten the safety, health or life of the child. Although the freedom of belief may be broad, the freedom to act upon those beliefs is considerably narrower, as it is subject to such limitations as are necessary to protect the fundamental rights and freedoms of others. Since S.B. has never expressed any agreement with the Jehovah's Witness faith or any religion, there is an impingement on her freedom of conscience, which arguably includes the right to live long enough to make one's own reasoned choice about the religion one wishes to follow as well as the right not to hold a religious belief. "Freedom of religion" should not encompass activity that so categorically negates the "freedom of conscience" of another. While s. 1 of the *Charter* may be the appropriate forum for balancing the interests of the state against the rights violation of the aggrieved individual, such a balance is not required here, since the nexus of the balancing operates between the child's

cipes de justice fondamentale n'est pas remplie. Les motifs du juge La Forest sont acceptés à tout autre égard.

Alinéa 2a)

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin: Le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs croyances religieuses, dont celui de choisir les traitements médicaux et autres, est un aspect fondamental de la liberté de religion garantie à l'al. 2a) de la *Charte*. Bien que l'objet de la Loi, la protection de l'enfant, ne porte pas atteinte à la liberté de religion des appelants, le régime législatif qu'elle met en œuvre et qui aboutit à une ordonnance de tutelle privant les parents de la garde de leur enfant a gravement porté atteinte à leur droit de choisir un traitement médical pour leur enfant, conformément aux préceptes de leur foi. Cette atteinte était toutefois justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. L'intérêt de l'État dans la protection des enfants en danger est un objectif urgent et réel. La Loi permet à l'État d'assumer les droits parentaux lorsqu'un juge détermine qu'un enfant a besoin d'un traitement auquel ses parents ne consentiront pas. Le processus prévu par la Loi est conçu avec soin, est adaptable à une multitude de situations différentes et est loin d'être arbitraire. La Loi contient des dispositions concernant le préavis à donner, la preuve à produire, la durée de la tutelle de la Couronne et d'autres ordonnances, de même que les garanties procédurales à accorder aux parents.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, Iacobucci et Major: La liberté de religion d'un parent, garantie à l'al. 2a) de la *Charte*, ne l'autorise pas à imposer à son enfant des pratiques religieuses qui menacent sa sécurité, sa santé ou sa vie. Bien que la liberté de croyance puisse être vaste, la liberté d'agir suivant ces croyances est beaucoup plus restreinte, puisqu'elle est assujettie aux restrictions qui sont nécessaires pour préserver les libertés et droits fondamentaux d'autrui. Puisque S.B. n'a jamais adhéré à la foi des témoins de Jéhovah ni à aucune religion, il y a atteinte à sa liberté de conscience qui, pourrait-on soutenir, comprend le droit de vivre assez longtemps pour faire son propre choix raisonné sur la religion à laquelle elle souhaite adhérer, de même que le droit de n'avoir aucune croyance religieuse. La «liberté de religion» ne devrait pas comprendre une activité qui nie aussi catégoriquement la «liberté de conscience» d'autrui. Bien que l'article premier de la *Charte* puisse convenir pour évaluer les intérêts de l'État en fonction de la violation des droits de l'individu lésé, cette évaluation n'est pas nécessaire en l'espèce puisque

right to life and security of the person and her parents' right to freedom of religion.

2. Cross-appeal

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: While the awarding of costs against an intervening Attorney General acting in the public interest in favour of a party who raises the constitutionality of a statute appears highly unusual, this case appears to have raised special and peculiar problems. The District Court's exercise of discretion, which was supported by the Court of Appeal, should thus not be interfered with.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The cross-appeal with respect to costs should be allowed. While it is true that appellate courts should not in general interfere with a trial court's exercise of discretion, a court of appeal can interfere where that discretion has not been exercised judicially and judiciously. Section 42(1) of the *Supreme Court Act* is aimed solely at preventing parties from bringing an appeal from a purely discretionary decision, and does not prevent this Court from interfering with a trial judge's discretion if he or she erred in formulating the principles upon which the discretion was exercised. Awards of costs, while within judicial discretion, can be reviewed by an appellate court on the basis that they were made, *inter alia*, on wrong principles, on a misapprehension of significant facts or in a non-judicial manner. Moreover, s. 47 of the *Supreme Court Act* specifically grants this Court a wide discretion with respect to lower courts' costs orders.

The long-standing rule regarding costs is that they are generally awarded to a successful party, absent misconduct on his or her part. This rule, however, is not absolute. Rule 57.01 of the *Ontario Rules of Civil Procedure* provides a list of factors (the amount claimed and the amount recovered in the proceeding, the complexity of the proceeding, the importance of the issues, etc.) for a judge to consider in the exercise of his or her discretion with respect to an order for costs. According to Rule 57.01, costs can even be ordered against a successful party in a "proper case". This case, however, was not such a "proper case", given all of the circumstances and

le nœud de l'évaluation se situe entre le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne et le droit de ses parents à la liberté de religion.

2. Pourvoi incident

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Même si la condamnation aux dépens du procureur général qui intervient, dans l'intérêt public, en faveur d'une partie qui conteste la constitutionnalité d'une loi, paraît fort inhabituelle, cette affaire paraît avoir soulevé des problèmes spéciaux et particuliers. Il n'y a donc pas lieu d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de district, qui a reçu l'appui de la Cour d'appel.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Il y a lieu d'accueillir le pourvoi incident quant aux dépens. S'il est vrai que les tribunaux d'appel ne devraient pas, en général, intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de première instance, une cour d'appel peut intervenir lorsque ce pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé judiciairement et judicieusement. Le paragraphe 42(1) de la *Loi sur la Cour suprême* ne vise qu'à empêcher les parties de porter en appel une décision purement discrétionnaire, et il n'empêche pas notre Cour d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance s'il a commis une erreur en formulant les principes sur lesquels il a fondé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Même si elle relève du pouvoir discrétionnaire judiciaire, l'attribution de dépens peut être contrôlée par une cour d'appel pour le motif, notamment, qu'elle est fondée sur des principes erronés ou une mauvaise compréhension de faits importants, ou parce qu'elle a été faite d'une manière non judiciaire. De plus, l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême* confère expressément à notre Cour un large pouvoir discrétionnaire relativement aux ordonnances rendues en la matière par les tribunaux d'instance inférieure.

Selon la règle qui s'applique depuis longtemps en la matière, des dépens sont généralement accordés à la partie qui obtient gain de cause, à moins d'une conduite répréhensible de sa part. Cette règle n'est toutefois pas absolue. La règle 57.01 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario énumère une liste de facteurs (le montant demandé dans l'instance et le montant obtenu, la complexité de l'instance, l'importance des questions en litige, etc.) qu'un juge doit considérer dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de dépens. Aux termes de la règle 57.01, même la partie qui obtient gain de cause peut être condamnée aux dépens, «le cas

in spite of the fact that it was a constitutional challenge based on a fundamental freedom guaranteed by the *Charter*.

The resources available to the parties should not generally be a relevant factor in awarding costs. It is contrary to public policy that an Attorney General be, as a matter of course, treated as having an unlimited source of funds and for that sole reason be required, even if successful, to pay the other party's costs. Such a result could open the floodgates and encourage marginal applications for constitutional challenges. While there are clearly cases where the government will be required to pay the costs of a particular litigation regardless of its outcome, these cases remain very limited exceptions and are not based on the relative resources of the parties but rather on the importance for the government or the public of having a particular issue decided by the courts. As well, generally in such cases there is a prior understanding that the costs will be borne by the government, independently of the result. Thus, the District Court judge was correct in not basing his order for costs on the relative resources of the parties.

The District Court judge was also correct in finding that there was no misconduct on the part of the Attorney General of Ontario. However, misconduct is only one criterion among many which a judge is entitled to consider in determining how costs should be awarded. Consequently, even in the absence of misconduct, a costs order against a successful party could be justified. That being said, under Rule 57.01, the court's discretion to depart from the general rule of awarding costs to the successful party must be exercised judiciously and judicially. It cannot be exercised arbitrarily, capriciously or for improper reasons.

None of the factors considered by the District Court judge and the Court of Appeal in support of the impugned costs order, in and of themselves or considered in totality, justify the costs order against the successful Attorney General of Ontario in the case at hand. First, the District Court judge, in awarding costs against the Attorney General of Ontario, suggested that the "litigation was originally triggered by an act of the state". However, while the fact that a state action is the trigger for a particular litigation may warrant some considera-

tionnement». Toutefois, il ne convient pas en l'espèce de le faire, compte tenu de toutes les circonstances et en dépit du fait qu'il s'agissait d'une contestation de nature constitutionnelle fondée sur une liberté fondamentale garantie par la *Charte*.

Les ressources dont disposent les parties ne devraient pas, en règle générale, constituer un facteur pertinent en matière d'attribution de dépens. Il est contraire à l'ordre public de traiter automatiquement le procureur général comme une source de fonds intarissable et de l'obliger, pour ce seul motif, à payer les frais de la partie adverse même s'il obtient gain de cause. Un tel résultat risquerait de déclencher une avalanche et d'encourager les demandes marginales de contestations constitutionnelles. Bien qu'il y ait manifestement des cas où le gouvernement sera tenu de payer les frais d'un litige donné, peu importe l'issue de celui-ci, ces cas demeurent des exceptions très limitées et sont fondés non pas sur les ressources relatives des parties, mais plutôt sur l'importance pour le gouvernement ou le public qu'une question donnée soit tranchée par les tribunaux. De même, dans ces cas, il est généralement convenu à l'avance que les frais seront assumés par le gouvernement, indépendamment du résultat. Aussi, le juge de la Cour de district a eu raison de ne pas fonder son ordonnance en matière de dépens sur les ressources relatives des parties.

Le juge de la Cour de district a également eu raison de conclure qu'il n'y avait pas eu d'inconduite de la part du procureur général de l'Ontario. Cependant, l'inconduite est un seul critère parmi de nombreux autres qu'un juge peut considérer pour déterminer la façon d'accorder des dépens. En conséquence, même en l'absence d'inconduite, la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause pourrait être justifiée. Cela étant dit, en vertu de la règle 57.01, le pouvoir discrétionnaire judiciaire de déroger à la règle générale pour accorder des dépens à la partie qui obtient gain de cause doit être exercé judicieusement et judiciairement. Il ne peut être exercé de façon arbitraire, capricieuse ou pour des motifs impropres.

Aucun des facteurs considérés par le juge de la Cour de district et la Cour d'appel pour justifier l'ordonnance relative aux dépens qui est contestée ne justifie, en soi ou dans l'ensemble, la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario qui a obtenu gain de cause en l'espèce. Premièrement, en condamnant aux dépens le procureur général de l'Ontario, le juge de la Cour de district a laissé entendre que le «litige avait été déclenché initialement par l'action de l'État». Toutefois, bien que le fait qu'une action de l'État ait déclenché un

tion in determining how costs are allocated, it is not a factor which should be determinative with respect to the allocation of costs. Furthermore, in this case, it was the act of the appellant parents in refusing a blood transfusion for their daughter which originally triggered the litigation. The fact that the parents then challenged the constitutionality of the *Child Welfare Act* provides no basis for awarding costs against the Attorney General for Ontario, who intervened to defend the constitutionality of that statute. The fact that there was state action in answer to a constitutional challenge, whether as an intervener or a party to the litigation, absent any impropriety, as here, cannot be the basis for awarding costs against a successful party. Furthermore, there is a general rule that a party granted intervener status in the public interest is neither entitled to nor liable for the costs in the matter.

Second, the District Court judge erred when he stated that the particular importance of the case before him warranted the ordering of costs against the intervening Attorney General of Ontario. While Rule 57.01(1)(d) expressly states that "the importance of the issues" is a factor which can be considered by a court in awarding costs, this factor seems to be much more relevant with respect to whether costs should be awarded at all, rather than with respect to whether costs should be awarded against a successful party. Furthermore, it is not apparent that this case raises issues of sufficient national importance to justify awarding costs against a successful intervener. Moreover, it would not be in the interest of justice or in the interest of the administration of justice to hold that the fact that a case raises an issue of national importance is in and of itself sufficient to justify awarding costs against a successful party, in this case an intervener. Finally, the fact that the appellants raised a *Charter* issue does not in and of itself make their case one of particular importance.

Third, Tarnopolsky J.A.'s reasons at the Court of Appeal, suggesting that an award of costs against the Attorney General of Ontario might be justified by the fact that the appellants challenged the state on the basis of freedom of religion, a "fundamental freedom" guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*, were not agreed with. The fact that an individual alleges an infringement of a right or a freedom guaranteed by the *Charter* is not in and of itself sufficient to attract an exception to the general rule as to costs. To hold otherwise would mean that

litige particulier puisse mériter d'être considéré en décidant de l'allocation des dépens, ce ne devrait pas être un facteur déterminant à cet égard. De plus, en l'espèce, c'est le refus des parents appelants de consentir à ce que leur fille subisse une transfusion sanguine qui a déclenché initialement le litige. Le fait que les parents aient alors contesté la constitutionnalité de la *Child Welfare Act* ne justifie aucunement la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario qui est intervenu pour défendre la constitutionnalité de la loi en question. Le fait que l'État ait répondu à une contestation constitutionnelle, que ce soit à titre d'intervenant ou de partie au litige, en l'absence, comme c'est le cas ici, de toute impropriété, ne saurait justifier la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause. En outre, il existe une règle générale voulant qu'une partie, à qui l'on accorde le statut d'intervenant dans l'intérêt public, n'ait pas droit aux dépens de l'instance, ni ne les assume.

Deuxièmement, le juge de la Cour de district a commis une erreur lorsqu'il a dit que l'importance particulière de l'affaire dont il était saisi justifiait la condamnation aux dépens de l'intervenant le procureur général de l'Ontario. Bien que la règle 57.01(1)d précise que «l'importance des questions en litige» est un facteur dont le tribunal peut tenir compte en accordant des dépens, ce facteur semble être beaucoup plus pertinent quant à savoir simplement s'il y a lieu d'accorder des dépens, que quant à savoir s'il y a lieu de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause. Par ailleurs, il n'appert pas que la présente affaire soulève des questions d'importance nationale suffisantes pour justifier la condamnation aux dépens d'un intervenant qui obtient gain de cause. En outre, il ne serait pas dans l'intérêt de la justice ni dans celui de l'administration de la justice de conclure que le fait qu'une affaire soulève une question d'importance nationale est suffisant en soi pour justifier la condamnation aux dépens d'une partie qui obtient gain de cause, en l'occurrence un intervenant. Enfin, le fait que les appelants aient soulevé une question relative à la *Charte* ne confère pas en soi une importance particulière à leur cas.

Troisièmement, on n'a pas souscrit aux motifs du juge Tarnopolsky de la Cour d'appel, qui laissent entendre que la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario pourrait être justifiée par le fait que les appelants se sont attaqués à l'État en invoquant la liberté de religion, une «liberté fondamentale» garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. Le fait qu'un particulier allègue la violation d'une liberté ou d'un droit garantis par la *Charte* n'est pas suffisant en soi pour entraîner une exception à la règle générale en matière de dépens. Conclure autre-

all accused or individuals challenging a statute on *Charter* grounds would be entitled to an award of costs against the state.

Fourth, the District Court judge noted that this case "proceeded in a most unusual fashion and laborious manner". However, the fact that the proceedings in the District Court constituted a lengthy re-trial where fresh evidence was adduced cannot be a source of reproach to the Attorney General of Ontario and cannot serve as a basis for the impugned costs order. Besides, it is not evident that the present case was actually unusual in its proceedings.

Finally, even taken together, the factors considered by the District Court judge and Tarnopolsky J.A. of the Court of Appeal could not make this case a proper one to allow a departure from the general rule as to costs.

Cases Cited

By La Forest J.

Referred to: *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944); *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania v. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992); *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606; *Re C.P.L.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940); *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Lavigne v. Ontario Public Service Employ-*

ment signifierait que tous les accusés ou particuliers qui se fondent sur la *Charte* pour contester une loi auraient droit à ce que l'État soit condamné aux dépens.

Quatrièmement, le juge de la Cour de district a souligné que l'affaire «s'est déroulée de la façon la plus inhabituelle et ardue». Toutefois, le fait que les procédures devant la Cour de district aient constitué un long nouveau procès où une nouvelle preuve a été produite ne peut être une source de reproches envers le procureur général de l'Ontario et ne peut servir de fondement à l'ordonnance en matière de dépens contestée. De plus, il n'est pas évident que les procédures de la présente affaire ont été véritablement inhabituelles.

Enfin, même considérés ensemble, les facteurs dont le juge de la Cour de district et le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel ont tenu compte ne pourraient permettre en l'espèce une dérogation à la règle générale en matière de dépens.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *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. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Prince c. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944); *Stanley c. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972); *Wisconsin c. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania c. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992); *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606; *Re C.P.L.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Cantwell c. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940); *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Lavigne c.*

ees Union, [1991] 2 S.C.R. 211; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

By Iacobucci and Major JJ.

Referred to: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Re R.K.* (1987), 79 A.R. 140; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328, aff'd [1989] 1 S.C.R. 1392; *Re D.* (1982), 30 R.F.L. (2d) 277; *M. (R.E.D.) v. Director of Child Welfare* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 380 (Q.B.), appeal quashed and application to reinstate refused (1988), 88 A.R. 346 (C.A.); *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211.

By Lamer C.J.

Considered: *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; **referred to:** *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357.

By Sopinka J.

Referred to: *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting on the cross-appeal)

Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada (1986), 56 O.R. (2d) 240; *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *R. v. Pringle*, [1989] 1 S.C.R. 1645; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326;

Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

Citée par les juges Iacobucci et Major

Arrêts mentionnés: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Re R.K.* (1987), 79 A.R. 140; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328, conf. par [1989] 1 R.C.S. 1392; *Re D.* (1982), 30 R.F.L. (2d) 277; *M. (R.E.D.) c. Director of Child Welfare* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 380 (B.R.), appel annulé et demande de rétablissement refusée (1988), 88 A.R. 346 (C.A.); *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts examinés: *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; **arrêts mentionnés:** *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt mentionné: *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente quant au pourvoi incident)

Canadian Newspapers Co. c. Attorney-General of Canada (1986), 56 O.R. (2d) 240; *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *R. c. Pringle*, [1989] 1 R.C.S. 1645; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326;

R. v. Corbett, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694; *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130; *539618 Ontario Ltd. v. Stathopoulos* (1992), 11 O.R. (3d) 364; *Prodon v. Vickrey* (1988), 31 C.P.C. (2d) 264; *Nolet v. Nolet* (1985), 68 N.S.R. (2d) 370; *Smov Industrie Ceramiche S.P.A. v. Sole Ceramic Importing Ltd.* (1983), 141 D.L.R. (3d) 672; *Andrews v. Andrews* (1980), 120 D.L.R. (3d) 252; *Kalesky v. Kalesky* (1974), 51 D.L.R. (3d) 30; *Donald Campbell and Co. v. Pollak*, [1927] A.C. 732; *Downey v. Roaf* (1873), 6 P.R. 89; *In Re Pattullo and The Corporation of the Town of Orangeville* (1899), 31 O.R. 192; *London & British North America Co. v. Haigh*, [1922] 1 W.W.R. 172; *Hudson's Bay Co. v. Sjostrom*, [1924] 3 W.W.R. 271; *Villeneuve v. Rur. Mun. Kelvington*, [1929] 2 D.L.R. 919; *Wawrzyniak v. Jagiellicz* (1988), 9 A.C.W.S. (3d) 175; *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Coronation Insurance Co. v. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 S.C.R. 622; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *Hartford v. Langdon Coach Lines Co.* (1975), 10 O.R. (2d) 617; *Wismer v. Javelin International Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 26; *Attorney-General of Quebec v. Cronier* (1981), 63 C.C.C. (2d) 437; *R. v. Pawlowski* (1993), 20 C.R. (4th) 233; *Carey v. The Queen*, Ont. H.C., No. 1954/76, September 13, 1988; *B.C. (Govt.) v. Worthington (Can.) Inc.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 145; *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832* (1990), 70 Man. R. (2d) 59; *Hines v. Nova Scotia (Registrar of Motor Vehicles)* (1990), 78 D.L.R. (4th) 162; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *John Doe v. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1992), 7 C.P.C. (3d) 33; *Janigan v. Harris* (1989), 70 O.R. (2d) 5; *Poizer v. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316.

Statutes and Regulations Cited

African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 6.
American Convention on Human Rights, art. 7.

R. c. Corbett, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694; *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Charles Osenton & Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130; *539618 Ontario Ltd. c. Stathopoulos* (1992), 11 O.R. (3d) 364; *Prodon c. Vickrey* (1988), 31 C.P.C. (2d) 264; *Nolet c. Nolet* (1985), 68 N.S.R. (2d) 370; *Smov Industrie Ceramiche S.P.A. c. Sole Ceramic Importing Ltd.* (1983), 141 D.L.R. (3d) 672; *Andrews c. Andrews* (1980), 120 D.L.R. (3d) 252; *Kalesky c. Kalesky* (1974), 51 D.L.R. (3d) 30; *Donald Campbell and Co. c. Pollak*, [1927] A.C. 732; *Downey c. Roaf* (1873), 6 P.R. 89; *In Re Pattullo and The Corporation of the Town of Orangeville* (1899), 31 O.R. 192; *London & British North America Co. c. Haigh*, [1922] 1 W.W.R. 172; *Hudson's Bay Co. c. Sjostrom*, [1924] 3 W.W.R. 271; *Villeneuve c. Rur. Mun. Kelvington*, [1929] 2 D.L.R. 919; *Wawrzyniak c. Jagiellicz* (1988), 9 A.C.W.S. (3d) 175; *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Coronation Insurance Co. c. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 R.C.S. 622; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Hartford c. Langdon Coach Lines Co.* (1975), 10 O.R. (2d) 617; *Wismer c. Javelin International Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 26; *Attorney-General of Quebec c. Cronier* (1981), 23 C.R. (3d) 97; *R. c. Pawlowski* (1993), 20 C.R. (4th) 233; *Carey c. The Queen*, H.C. Ont., n° 1954/76, 13 septembre 1988; *B.C. (Govt.) c. Worthington (Can.) Inc.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 145; *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. c. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832* (1990), 70 Man. R. (2d) 59; *Hines c. Nova Scotia (Registrar of Motor Vehicles)* (1990), 78 D.L.R. (4th) 162; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *John Doe c. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1992), 7 C.P.C. (3d) 33; *Janigan c. Harris* (1989), 70 O.R. (2d) 5; *Poizer c. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316.

Lois et règlements cités

African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 6.
American Convention on Human Rights, art. 7.

- American Declaration of the Rights and Duties of Man*, arts. 1, 25.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(a), (b), 3 to 5, 6, 7, 8 to 14, 15, 33.
- Child and Family Services Act*, 1984, S.O. 1984, c. 55.
- Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66 [rep. S.O. 1984, c. 55, s. 208], ss. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (6), (10), (11), (12), 30(1), 37, 41.
- Children's Protection Act*, R.S.O. 1927, c. 279.
- Constitution Act, 1982*, s. 52.
- Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11, ss. 122, 141(1) [now *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 109, 131(1)].
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 126(1).
- European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221, art. 5(1).
- International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, arts. 6, 9(1).
- Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84, r. 57.01(1)(c), (d), (2).
- Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 42(1), 47.
- United States Constitution, Fourteenth Amendment.
- Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 3.
- American Declaration of the Rights and Duties of Man*, art. 1, 25.
- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2a), b), 3 à 5, 6, 7, 8 à 14, 15, 33.
- Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66 [abr. L.O. 1984, ch. 55, art. 208], art. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (6), (10), (11), (12), 30(1), 37, 41.
- Children's Protection Act*, R.S.O. 1927, ch. 279.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 126(1).
- Constitution des États-Unis, Quatorzième amendement.
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221, art. 5(1).
- Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 3.
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.
- Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille*, L.O. 1984, ch. 55.
- Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, ch. 11, art. 122, 141(1) [maintenant *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 109, 131(1)].
- Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 42(1) [mod. 1993, ch. 34, art. 117], 47.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 6, 9(1).
- Règles de procédure civile*, Règl. de l'Ont. 560/84, r. 57.01(1)(c), (d), (2).

Authors Cited

- Bala, Nicholas, and J. Douglas Redfearn. "Family Law and the 'Liberty Interest': Section 7 of the Canadian Charter of Rights" (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 274.
- Colvin, Eric. "Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 560.
- House of Commons Debates*, 1st Sess., 32nd Parl., October 6, 1980, p. 3285.
- Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 10 O.R. (3d) 321, 96 D.L.R. (4th) 45, 43 R.F.L. (3d) 36, 58 O.A.C. 93, affirming a judgment of Whealy Dist. Ct. J. (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 10, affirming an order of Main Prov. Ct. J. (1983), 36 R.F.L. (2d) 70, granting wardship of an infant to the Children's Aid Society and an order of Walmsley A.C. Prov. J. (1983), 36 R.F.L. (2d) 80, terminating the

Doctrine citée

- Bala, Nicholas, and J. Douglas Redfearn. «Family Law and the «Liberty Interest»: Section 7 of the Canadian Charter of Rights» (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 274.
- Colvin, Eric. «Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1989), 68 *R. du B. can.* 560.
- Débats de la Chambre des communes*, 1^{re} sess., 32^e lég., 6 octobre 1980, p. 3285.
- Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 10 O.R. (3d) 321, 96 D.L.R. (4th) 45, 43 R.F.L. (3d) 36, 58 O.A.C. 93, qui a confirmé un jugement du juge Whealy de la Cour de district (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 10, qui avait confirmé une ordonnance du juge Main de la Cour provinciale (1983), 36 R.F.L. (2d) 70, accordant la tutelle d'une mineure à la Children's Aid Society, et une ordonnance du juge en chef adjoint Walmsley de la Cour provinciale (1983), 36 R.F.L. (2d) 80, met-

wardship. Appeal and cross-appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting on the cross-appeal.

John M. Burns, W. Glen How, Q.C., and David C. Day, Q.C., for the appellants.

Alexander Duncan, for the respondent the Children's Aid Society of Metropolitan Toronto.

Debra Paulseth, for the respondent the Official Guardian of Ontario.

Janet E. Minor and Robert E. Charney, for the respondent the Attorney General for Ontario.

Roslyn J. Levine, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Isabelle Harnois, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The following are the reasons delivered by

¹ LAMER C.J. — I have had the benefit of reading the reasons of Justice La Forest and the joint reasons of Justices Iacobucci and Major. I am in agreement with them with respect to the result of this appeal. For the reasons stated by my colleagues Iacobucci and Major JJ., I agree that the impugned provisions of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, now repealed, do not violate the freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. With respect to the analysis under s. 7 of the *Charter*, however, I have arrived at this result for reasons that are different from those of my colleagues. More specifically, I am of the opinion that the liberty interest protected by s. 7 has not been infringed because it includes neither the right of parents to choose (or refuse) medical treatment for their children nor, more generally, the right to bring up or educate their children without undue interference by the state. While this type of liberty ("parental liberty") is important and fundamental within the more general concept of the autonomy or integrity of the family unit, it does not fall within the ambit of s. 7.

tant fin à la tutelle. Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente quant au pourvoi incident.

John M. Burns, W. Glen How, c.r., et David C. Day, c.r., pour les appelants.

Alexander Duncan, pour l'intimée la Children's Aid Society of Metropolitan Toronto.

Debra Paulseth, pour l'intimé le tuteur public de l'Ontario.

Janet E. Minor et Robert E. Charney, pour l'intimé le procureur général de l'Ontario.

Roslyn J. Levine, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Isabelle Harnois, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs du juge La Forest, ainsi que des motifs conjoints des juges Iacobucci et Major. Je suis d'accord avec eux quant à l'issue du présent pourvoi. Pour les motifs exprimés par mes collègues les juges Iacobucci et Major, je conviens que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, maintenant abrogée, ne violent pas la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En ce qui a trait à l'analyse fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, j'arrive cependant à ce résultat pour des motifs différents de ceux de mes collègues. Plus particulièrement, je suis d'avis que le droit à la liberté protégé par l'art. 7 n'a pas été violé parce qu'il n'inclut ni le droit des parents de choisir (ou de refuser) un traitement médical pour leurs enfants, ni, d'une façon plus générale, celui d'élever ou d'éduquer leurs enfants sans ingérence indue de la part de l'État. Bien qu'important et fondamental à l'intérieur du concept plus général de l'autonomie ou de l'intégrité de l'unité familiale, ce type de liberté (la «liberté parentale») ne relève pas du champ d'application de l'art. 7.

The Liberty Interest Protected by s. 7 of the Charter

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 500, I clearly expressed my agreement with the opinion of Wilson J., who had said in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 205, that "it is incumbent upon the Court to give meaning to each of the elements, life, liberty and security of the person, which make up the 'right' contained in s. 7". However, in analysing the rights protected by s. 7 of the *Charter*, this Court has often taken an exclusionary approach or has preferred to refrain from expressing an opinion as to the scope of the rights protected and has instead concluded that the impugned legislation complied with the principles of fundamental justice. Although the question in the case at bar could also be disposed of, as Tarnopolsky J.A. of the Court of Appeal did ((1992), 10 O.R. (3d) 321), by holding simply that, assuming that the type of liberty claimed by the appellants is protected by s. 7 of the *Charter*, the impugned statute does not violate the principles of fundamental justice, nevertheless I believe that it is necessary, having regard to the opinion expressed by my colleague La Forest J., to take time to consider the nature of the liberty interest which, in my view, is constitutionally protected in the context of s. 7 of the *Charter*.

With the exception of certain remarks by Wilson J., this Court has never really, up to this point, examined the concept of liberty in s. 7 except in close connection with the context of the criminal or penal law, by which the state takes action, through the courts or other agencies, to create or punish offences or, more generally, to exercise coercive power over certain human activities.

In *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, the appellant, a pastor of a fundamentalist church, educated his children and others in a school program operating in the church basement. He had refused both to send his children to public school and to seek an exemption as required by the *Alberta School Act*. He was charged with several counts of truancy, an offence for which the Act provided for punishment

Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la Charte

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 500, j'ai clairement exprimé mon accord avec l'opinion du juge Wilson qui avait dit, dans *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 205, qu'il «incombe à la Cour de préciser le sens de chacun des éléments, savoir la vie, la liberté et la sécurité de la personne, qui constituent le «droit» mentionné à l'art. 7». Toutefois, en procédant à l'analyse des droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*, notre Cour a souvent procédé par exclusion ou encore préféré s'abstenir de se prononcer sur la portée des droits protégés pour plutôt conclure que la législation attaquée respectait les principes de justice fondamentale. Quoique, comme l'a fait le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel ((1992), 10 O.R. (3d) 321), la présente question pourrait également être tranchée en statuant simplement qu'en présumant que le type de liberté dont se réclament les appelants est protégé par l'art. 7 de la *Charte*, la loi contestée ne viole pas les principes de justice fondamentale, je crois néanmoins nécessaire, compte tenu de l'opinion exprimée par mon collègue le juge La Forest, de m'attarder sur la nature du droit à la liberté qui, selon moi, bénéficie d'une protection constitutionnelle dans le contexte de l'art. 7 de la *Charte*.

À l'exception de certaines remarques du juge Wilson, notre Cour n'a, jusqu'à maintenant, jamais vraiment envisagé le concept de liberté de l'art. 7 autrement qu'en relation étroite avec le contexte du droit criminel ou pénal par lequel l'État intervient, par l'entremise des tribunaux ou d'autres organismes, pour criminaliser, punir ou, d'une façon plus générale, exercer un pouvoir de coercition sur certaines activités humaines.

Dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, l'appellant, pasteur d'une église fondamentaliste, éduquait ses enfants ainsi que d'autres dans le cadre d'un programme scolaire donné dans le sous-sol de l'église. Il avait refusé tant de les envoyer à l'école publique que de demander une exemption comme l'exigeait la *School Act* de l'Alberta. Il a été inculpé en vertu d'accusations de

2

3

4

by imprisonment in default of payment of the prescribed fine. The appellant argued that the impugned provisions of the Act in issue infringed his freedom of religion as guaranteed by s. 2(a) of the *Charter* and deprived him, contrary to s. 7, of his freedom to educate his children as he saw fit, in that the restrictions imposed by the Act with respect to evidence of efficient instruction prevented him from making a full answer and defence.

non-fréquentation scolaire de la part de ses enfants, infraction pour laquelle la loi prévoyait une peine d'emprisonnement, à défaut du paiement de l'amende prescrite. L'appelant a fait valoir que les dispositions contestées de la loi en cause violaient sa liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte* et le privaient, en violation de l'art. 7, de sa liberté d'éduquer ses enfants comme il l'entendait, en ce que les restrictions imposées par la Loi en matière de preuve de la conformité de son enseignement l'empêchaient d'opposer une défense pleine et entière.

5 La Forest J., who wrote the reasons for the majority of this Court, concluded that assuming that liberty as used in s. 7 included the right of parents to educate their children as they saw fit, the impugned provisions did not deprive them of that right in a manner that was not in accordance with the principles of fundamental justice. Wilson J., dissenting, concluded, for herself alone, that the "liberty" protected by s. 7 includes the right of parents to bring up and educate their children in accordance with their conscientious beliefs. Referring first to p. 205 of the decision in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, in which she had written, citing a passage from *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), "that the concepts of the right to life, the right to liberty, and the right to security of the person are capable of a broad range of meaning", she then noted, at p. 317, the full and generous interpretation given to the expression "liberty" by the United States Supreme Court, at p. 399 of the decision in *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923):

Le juge La Forest qui a rédigé les motifs de notre Cour à la majorité a conclu qu'en presumant que la liberté, au sens de l'art. 7, comprenait le droit des parents d'éduquer leurs enfants comme ils l'entendaient, les dispositions contestées ne les privaient pas de ce droit d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Pour sa part, le juge Wilson, dissidente, conclut, pour son propre compte seulement, que la «liberté» protégée à l'art. 7 inclut le droit des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances. Se référant d'abord à la p. 205 de l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, où elle avait écrit, en citant un extrait de l'arrêt *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), que «les concepts du droit à la vie, du droit à la liberté et du droit à la sécurité de sa personne peuvent avoir plusieurs acceptions», elle souligne ensuite, à la p. 317, l'interprétation large et généreuse que la Cour suprême des États-Unis a donnée au terme «liberté» à la p. 399 de l'arrêt *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923):

Without doubt, it denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, to establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized . . . as essential to the orderly pursuit of happiness by free men.

[TRADUCTION] Ce terme s'entend sans aucun doute non seulement de l'absence de contrainte physique mais également du droit des particuliers de contracter, de vaquer aux occupations ordinaires de la vie, d'acquiescer des connaissances utiles, de se marier, de fonder un foyer et d'élever des enfants, d'adorer Dieu selon sa conscience et, en général, de jouir des privilèges reconnus depuis longtemps [. . .] comme étant essentiels à la poursuite du bonheur par les hommes libres.

6 She then cited a passage from the comments of Dickson C.J. who wrote, in his examination of the

Elle cite ensuite un extrait des commentaires du juge en chef Dickson qui, en examinant le rôle et

role and scope of s. 1 of the *Charter* in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society:

Before concluding that the “right to liberty” protected by s. 7 of the *Charter* includes the right of parents to bring up and educate their children in accordance with their conscientious beliefs, subject to the rights of the community, she added, at p. 318:

I believe that the framers of the Constitution in guaranteeing “liberty” as a fundamental value in a free and democratic society had in mind the freedom of the individual to develop and realize his potential to the full, to plan his own life to suit his own character, to make his own choices for good or ill, to be non-conformist, idiosyncratic and even eccentric — to be, in to-day’s parlance, “his own person” and accountable as such.

In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, this Court undertook a similar examination of the constitutionality of s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, in relation to the rights protected by s. 7 of the *Charter*. In that case the state, as a general rule, forced a woman, by threat of criminal sanction, to carry the foetus to term. In a few clearly defined, exceptional cases, however, therapeutic abortion was permitted when the criteria and procedural requirements laid down had first been met. However, a woman who underwent an abortion without complying with the criteria and formalities, and the practitioner who procured it, were liable to a sentence of imprisonment.

A majority of this Court concluded, although for varying reasons, that the legislative scheme set

la portée de l’article premier de la *Charte*, écrit dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136:

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l’être humain, la promotion de la justice et de l’égalité sociales, l’acceptation d’une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

Avant de conclure que le «droit à la liberté» protégé par l’art. 7 de la *Charte* inclut, dans la limite du respect des droits de la collectivité, le droit des parents d’élever et d’éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances, elle ajoute, à la p. 318:

Je crois que les rédacteurs de la Constitution en garantissant la «liberté» en tant que valeur fondamentale d’une société libre et démocratique, avaient à l’esprit la liberté pour l’individu de se développer et de réaliser son potentiel au maximum, d’établir son propre plan de vie, en accord avec sa personnalité; de faire ses propres choix, pour le meilleur ou pour le pire, d’être non-conformiste, original et même excentrique, d’être, en langage courant, «lui-même» et d’être responsable en tant que tel.

Dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, notre Cour a été amenée à examiner, de façon semblable, la constitutionnalité de l’art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, en regard des droits protégés par l’art. 7 de la *Charte*. Dans cette affaire, l’État, d’une façon générale, forçait la femme, sous la menace d’une sanction criminelle, à mener le foetus à terme. Dans quelques cas exceptionnels bien circonscrits, l’avortement thérapeutique était cependant permis lorsque les critères et exigences procédurales prescrites étaient préalablement remplis. Toutefois, la femme qui subissait l’avortement alors que les critères et formalités n’avaient pas été respectés, de même que le praticien qui le lui procurait, étaient passibles d’une peine d’emprisonnement.

Notre Cour à la majorité a conclu, quoique pour des raisons différentes, que le régime législatif

7

8

9

forth in s. 251 of the *Code* violated the right to security of the person that is protected by s. 7 of the *Charter* and that the procedural requirements and restrictions laid down in s. 251 permitting a "legal" abortion to be obtained did not comply with the principles of fundamental justice. However, the question of whether the "right to liberty" protected by s. 7 had been violated was not addressed by the majority. Speaking for herself alone, Wilson J. stated that she was of the opinion that s. 251 of the *Code* violated not only the right to security of the person but also the right to liberty, also protected by s. 7, as well as the freedom of conscience guaranteed in s. 2(a) of the *Charter*. According to Wilson J., it may be concluded from the purpose of the *Charter* and from s. 7 thereof that the "right to liberty" guarantees to every individual, free from state intervention, a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting his or her private life, in order to preserve the human dignity of individuals and enable them to feel self-worth and exercise self-determination. She based that assertion on her analysis of the American jurisprudence on the subject of liberty, and on the comments of Dickson C.J. in *Oakes, supra*, and in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, where he wrote, at p. 346:

It should also be noted, however, that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government. It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or "firstness" of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as "fundamental". They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

énoncé à l'art. 251 du *Code* violait le droit à la sécurité de la personne protégé par l'art. 7 de la *Charte* et que les exigences procédurales et les restrictions énoncées à l'art. 251, permettant l'obtention d'un avortement «légal», n'étaient pas conformes aux principes de justice fondamentale. La question de la violation du «droit à la liberté» garanti par l'art. 7 n'a toutefois pas été abordée par la majorité. S'exprimant en son propre nom seulement, le juge Wilson s'est dite d'avis que l'art. 251 du *Code* violait non seulement le droit à la sécurité de sa personne mais également le droit à la liberté, également protégé par l'art. 7, de même que la liberté de conscience garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. Suivant le juge Wilson, l'objet de la *Charte* et de son art. 7 permettent de conclure que le «droit à la liberté» garanti à chaque individu, sans intervention de l'État, une marge d'autonomie personnelle sur les décisions importantes et fondamentales touchant intimement à sa vie privée afin de préserver sa dignité humaine, de lui faire prendre conscience de sa propre valeur et d'assurer son autonomie. Elle fonde cette affirmation sur l'analyse qu'elle fait de la jurisprudence américaine traitant de la liberté et sur les commentaires du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité, et dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, où il écrit, à la p. 346:

Toutefois, il faut aussi remarquer que l'insistance sur la conscience et le jugement individuels est également au cœur de notre tradition politique démocratique. La possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition *sine qua non* de la légitimité, de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'auto-détermination. C'est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c'est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés «fondamentales». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*.

10 Wilson J. concluded, at p. 167: "This conception of the proper ambit of the right to liberty under our

Le juge Wilson conclut, à la p. 167: «Cette conception de la portée qu'il convient de donner au

Charter is consistent with the American jurisprudence on the subject." She recognized, however, that care must undoubtedly be taken to avoid a mechanical application of concepts developed in different cultural and constitutional contexts.

Thus, relying primarily on the comments of Dickson C.J. in *R. v. Oakes* and *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* and on the American experience which, with the Fifth and Fourteenth Amendments, has given a broad interpretation to the concept of "liberty" and elevated the concept of the "integrity of the family unit" and of "parental rights" to the constitutional level, Wilson J. in *Jones* and *Morgentaler* expressly extended the ambit of the concept of the "right to liberty" in s. 7 to include protection of parents' right to bring up and educate their children in accordance with their conscientious beliefs and a woman's right to decide to terminate a pregnancy. I would note, however, that in both these cases the factual context in which Wilson J. made these comments was one in which the state was interfering in individual and personal choices in order to turn particular behaviour into a criminal offence.

To resolve the instant appeal my colleague La Forest J. proposes an approach analogous to the one adopted by Wilson J. I cannot concur in this interpretation, which is in my opinion, and I say this with great respect, wrong for several reasons.

First, I have already stated at p. 498 of *Re B.C. Motor Vehicle Act* and at p. 1171 of *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, that I rejected the application of the series of American decisions to the interpretation of s. 7 and the definition of the expression "liberty" in the context of our *Charter*, because those decisions were made in a specific historical context which, *inter alia*, does not have either s. 52 of the *Constitution Act* or the internal checks and balances of ss. 1 and 33 of the *Charter*, nor even an equivalent of s. 7 itself. In addition, these decisions ignore the fundamental differences in the structure and formulation of the two consti-

droit à la liberté sous le régime de notre *Charte* est conforme à la jurisprudence américaine sur le sujet.» Elle reconnaît cependant qu'il faut sans doute prendre garde d'appliquer mécaniquement des concepts élaborés dans des contextes culturels et constitutionnels différents.

Ainsi, s'appuyant principalement sur les commentaires du juge en chef Dickson dans les arrêts *R. c. Oakes* et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* et sur l'expérience américaine qui, avec les Cinquième et Quatorzième amendements, a donné une interprétation large au concept de «liberté» pour y élever la notion «d'intégrité de l'unité familiale» et de «droits parentaux» au niveau constitutionnel, le juge Wilson a, dans les arrêts *Jones* et *Morgentaler*, explicitement étendu la portée du concept de «droit à la liberté» de l'art. 7 à la protection du droit des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances, et à celle du droit, pour la femme, de décider d'interrompre une grossesse. Je soulignerai toutefois que, dans ces deux arrêts, les commentaires du juge Wilson ont été faits dans un contexte factuel où l'État empiétait sur les choix individuels et personnels pour ériger en infraction criminelle un comportement déterminé.

Pour la solution du présent pourvoi, mon collègue le juge La Forest propose une approche analogue à celle adoptée par le juge Wilson. Je ne peux concourir à cette interprétation qui, soit dit en toute déférence, est à mon avis erronée pour plusieurs raisons.

D'une part, j'ai déjà mentionné, à la p. 498 du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, et à la p. 1171 du *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, que je rejetais l'application de la série de décisions américaines à l'interprétation de l'art. 7 et à la définition du terme «liberté» dans le contexte de notre *Charte* parce que celles-ci ont été rendues dans un contexte historique particulier où on ne trouve ni l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ni le contrôle interne de l'article premier et de l'art. 33 de la *Charte*, ni l'équivalent de l'art. 7 lui-même. De plus, ces décisions ignorent les différences fondamentales de structure et de formula-

11

12

13

tutions, which mandate distinct interpretations. Moreover, while I do not deny the wisdom and accuracy of the various comments by Dickson C.J., cited earlier by Wilson J. and in the present case by La Forest J., I am nonetheless of the view that those comments must be given limited application in analysing and interpreting s. 7 of the *Charter*. They must be seen in the context in which they were written. In the comment cited from *Oakes*, Dickson C.J. listed various essential values and principles that must guide the courts in interpreting *Charter* provisions. I note that those values and principles are essentially connected with the fundamental freedoms and various categories of rights found in the *Charter*. It therefore appears to me that Dickson C.J. was speaking primarily of the purpose of the *Charter* when taken as a whole. Moreover, his comment cited from *Big M Drug Mart Ltd.* refers expressly to the ability of each citizen to make free and informed decisions as aspects of the right to freedom of conscience.

tion entre les deux constitutions, lesquelles commandent des interprétations distinctes. Par ailleurs, sans nier la sagesse et la justesse des différents commentaires du juge en chef Dickson, cités antérieurement par le juge Wilson et, en l'espèce, par le juge La Forest, je suis néanmoins d'avis que ceux-ci doivent recevoir une application limitée lors de l'analyse et de l'interprétation de l'art. 7 de la *Charte*. Ils doivent être replacés dans le contexte dans lequel ils ont été écrits. Dans le commentaire rapporté de l'arrêt *Oakes*, le juge en chef Dickson rappelle différentes valeurs et principes essentiels qui doivent guider les tribunaux lors de l'interprétation des dispositions de la *Charte*. Or, je constate que cette énumération se rattache essentiellement aux libertés fondamentales et aux différentes catégories de droits qui figurent dans la *Charte*. Il m'apparaît donc que le juge en chef Dickson s'est d'abord exprimé sur l'objet de la *Charte* considérée dans son ensemble. En outre, dans son commentaire tiré de l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, il mentionne explicitement la possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées en tant qu'aspects du droit à la liberté de conscience.

14

I do not believe that the mere presence of the word "liberty" in s. 7 means that we can transpose these comments by Dickson C.J. into that section without distinction or nuance. Not all individual freedoms are recognized, a priori, as fundamental values of our society. The text of s. 1 in no way suggests this; it says simply that "[t]he *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it . . ." (emphasis added). With due respect for the contrary opinion, I am not prepared to recognize that, by including the expression "right to liberty" in s. 7, the framers of the *Charter* intended to protect "liberty" in its broadest sense or in all its dimensions. The comments made by Dickson C.J. are certainly very proper and apposite but they are most meaningful when we consider them in reference to the principles that must guide the courts in interpreting the freedoms set out in the *Charter*. In my view, those freedoms are the freedoms guaranteed in particular by ss. 2 and 6. The other provisions, as their very wording indicates, refer to rights, although it is

Je ne crois pas que la simple présence du terme «liberté» dans le texte de l'art. 7 permette, sans distinction ni nuance, d'y transposer ces propos du juge en chef Dickson. Ce ne sont pas toutes les libertés individuelles qui, a priori, sont reconnues comme des valeurs fondamentales de notre société. Le texte de l'article premier ne laisse rien entendre de tel; il dit simplement que «[l]a *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés» (je souligne). En toute déférence pour l'opinion contraire, je ne suis pas disposé à reconnaître que, par l'inclusion de l'expression «droit à la liberté» à l'art. 7, les rédacteurs de la *Charte* ont voulu protéger la «liberté» dans son sens le plus large ou dans toutes ses dimensions. Les commentaires du juge en chef Dickson sont certes très justes et pertinents mais ils prennent toute leur signification dans la mesure où ils renvoient aux principes qui doivent guider les tribunaux dans l'interprétation des libertés énoncées dans la *Charte*. À mon avis, ces libertés sont celles garanties notamment par les art. 2 et 6. Les autres

possible that a number of them could ground certain freedoms. Thus the "right to liberty" protected by s. 7 is not, within the meaning of the *Charter*, a fundamental freedom of the individual; it is a fundamental right which may be limited only in accordance with the principles of fundamental justice.

Although it is recognized that through judicial interpretation the courts are called upon to play an important creative and necessary role, which indeed enables the law to change and adapt constantly to our society, nevertheless such interpretation must be strictly limited and circumscribed by the guidelines laid down by the Constitution or the legislation that our country, through its elected leaders and representatives, has adopted. Thus while, as this Court has repeatedly said, we must adopt a large and liberal interpretation of the *Charter*, this does not in any way mean that its provisions can be given whatever interpretation might be deemed useful or convenient. The flexibility of the principles it expresses does not give us authority to distort their true meaning and purpose, nor to manufacture a constitutional law that goes beyond the manifest intention of its framers. I am therefore entirely in agreement with McIntyre J., who wrote, at p. 394 of *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313:

... while a liberal and not overly legalistic approach should be taken to constitutional interpretation, the *Charter* should not be regarded as an empty vessel to be filled with whatever meaning we might wish from time to time.

This Court has already held that the purposive method of interpretation must be adopted when we are seeking to define the nature and scope of a freedom or right guaranteed by the *Charter*. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, Dickson J. stated, at p. 344:

This Court has already, in some measure, set out the basic approach to be taken in interpreting the *Charter*. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this

dispositions, comme l'indique leur texte même, visent plutôt des droits, même s'il est possible qu'un certain nombre d'entre eux puissent sous-tendre certaines libertés. Ainsi, le «droit à la liberté» garanti par l'art. 7 n'est pas, au sens de la *Charte*, une liberté fondamentale de l'individu; c'est un droit fondamental qui ne peut être restreint qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Même s'il est reconnu que les cours de justice, par le biais de l'interprétation judiciaire, sont appelées à jouer un rôle créatif important et nécessaire qui permet, certes, l'évolution du droit et son adaptation constante à notre société, il demeure néanmoins que cette interprétation doit être strictement limitée et encadrée par les balises fixées par la Constitution ou les lois dont s'est doté notre pays par l'entremise de ses dirigeants et représentants élus. Ainsi, quoiqu'il faille, comme notre Cour l'a souvent répété, adopter une interprétation large et libérale de la *Charte*, il n'en découle pas pour autant que ses dispositions peuvent recevoir toute interprétation que l'on pourrait juger utile ou opportun de leur donner. La souplesse des principes qu'elle véhicule ne nous autorise pas à en dénaturer le sens et l'objet véritables, ou encore à forger un droit constitutionnel qui outrepassé l'intention manifeste de ses rédacteurs. Je suis donc entièrement d'accord avec le juge McIntyre qui, à la p. 394 du *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, écrivait:

... bien qu'il faille adopter une attitude libérale et pas trop formaliste en matière d'interprétation constitutionnelle, la *Charte* ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner.

Notre Cour a déjà jugé que le mode d'interprétation en fonction de l'objet visé doit être adopté lorsque l'on cherche à circonscrire la nature et la portée d'une liberté ou d'un droit garanti par la *Charte*. Dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, le juge Dickson déclare, à la p. 344:

Cette Cour a déjà, dans une certaine mesure, énoncé la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2

Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect. [Emphasis in original.]

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection. [Emphasis added.]

17

Thus the wording of the provision, its structure, the context in which it is found, the relationship there may be between it and the other provisions, as well as the historical context in which the *Charter* was adopted, are all factors that must be taken into consideration in seeking to identify the purpose of a protected right or freedom, in order to preserve the coherence of the entire constitutional text and maintain the integrity of the intention of Parliament. A proper and prudent interpretation of the *Charter* is especially necessary because it is a constitutional document of great import that cannot be altered by a mere statutory amendment if this Court were to misunderstand or err as to the scope of the rights and freedoms to which exceptional protection is afforded.

18

Section 7 of the *Charter* provides:

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.

and the French version reads as follows:

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

R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger. [Souligné dans l'original.]

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. [Je souligne.]

Ainsi, le texte de la disposition, sa structure, le contexte dans lequel elle s'insère, le rapport qui peut exister entre elle et les autres dispositions, de même que le contexte historique de l'adoption de la *Charte* sont tous des éléments qui doivent être pris en considération lors de la recherche de l'objet d'un droit ou d'une liberté protégés afin de préserver la cohérence de l'ensemble du texte constitutionnel et de conserver l'intégrité de l'intention du législateur. Une interprétation juste et prudente de la *Charte* est d'autant plus importante qu'il s'agit d'un document constitutionnel de très grande valeur qui ne peut être modifié par simple amendement législatif si notre Cour devait se méprendre ou se tromper sur la portée des droits et libertés auxquels une protection exceptionnelle est accordée.

L'article 7 de la *Charte* prévoit:

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.

et la version anglaise se lit de la façon suivante:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof

qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

This section contains only three distinct rights, which may be dealt with independently: the right to life, the right to liberty and the right to security of the person (*Singh v. Minister of Employment and Immigration, supra*, at pp. 204-5; *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at p. 500; and *R. v. Morgentaler, supra*, at p. 52). As I said in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 501:

The principles of fundamental justice, on the other hand, are not a protected interest, but rather a qualifier of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person.

As a qualifier, the phrase serves to establish the parameters of the interests but it cannot be interpreted so narrowly as to frustrate or stultify them. [Emphasis added.]

Thus, on the one hand, s. 7 means that the protection afforded to these rights is not absolute; the state may limit them as long as it does so in accordance with the principles of fundamental justice. On the other hand, the connection drawn between the principles of fundamental justice and the protected rights must be an indication of the nature and scope of the rights protected. The liberty in question must therefore be one that may be limited through the operation of some mechanism that involves and actively engages the principles of fundamental justice. Principles of fundamental justice pertain to the justice system. They are designed to govern both the means by which one may be brought before the judicial system and the conduct of judges and other actors once the individual is brought within it. Apart from a situation in which the state engages the judicial system, it is difficult to think of an application for the principles of fundamental justice. As I said at p. 503 of *Re B.C. Motor Vehicle Act*:

... the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent

except in accordance with the principles of fundamental justice.

Cet article ne comprend que trois droits distincts qui peuvent être traités séparément: le droit à la vie, le droit à la liberté et le droit à la sécurité de la personne (*Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, aux pp. 204 et 205, *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 500, et *R. c. Morgentaler*, précité, à la p. 52). Comme je le mentionne dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, à la p. 501:

Les principes de justice fondamentale, d'autre part, constituent non pas un intérêt protégé, mais plutôt un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne.

À titre de modificatif, cette expression sert à établir les paramètres des intérêts, mais elle ne peut être interprétée étroitement au point de les rendre inutiles ou vides de sens. [Je souligne.]

L'article 7 signifie donc, d'une part, que la protection accordée à ces droits n'est pas absolue; l'État peut les restreindre, mais cette atteinte ne sera justifiée que dans la mesure où elle est conforme aux principes de justice fondamentale. D'autre part, le lien entre les principes de justice fondamentale et les droits protégés doit être un indice de la nature et de la portée des droits protégés. En l'espèce, il doit donc s'agir d'une liberté qui peut être restreinte par l'intervention d'un mécanisme qui fait appel aux principes de justice fondamentale et qui les engage activement. Les principes de justice fondamentale évoquent le système d'administration de la justice. Ils sont destinés à régir tant la façon dont une personne peut être amenée devant le système judiciaire que la conduite des juges et des autres intervenants lorsque l'individu se retrouve devant ce système. En dehors d'un contexte où l'État fait appel à l'appareil judiciaire, il est difficile de trouver une application aux principes de justice fondamentale. Comme je l'affirme, à la p. 503 du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*:

... les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public

19

20

domain of the judiciary as guardian of the justice system. [Emphasis added.]

21

At pages 1173-74 of *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, I also expressed the opinion that “[t]he interests protected by s. 7 are those that are properly and have been traditionally within the domain of the judiciary” and, more specifically, when the state “invokes the judiciary to restrict a person’s physical liberty through the use of punishment or detention, when it restricts security of the person, or when it restricts other liberties by employing the method of sanction and punishment traditionally within the judicial realm” (emphasis added). I have not changed my opinion. Since the principles of fundamental justice are elements that are essentially within the domain of the justice system, the type of liberty s. 7 refers to must be the liberty that may be taken away or limited by a court or by another agency on which the state confers a coercive power to enforce its laws. In other words, s. 7 actively engages the principles of fundamental justice and demands that the state respect them when it intends to infringe on the right to life, liberty or security of the person. It is judges who invented and developed the concept of “fundamental justice”. That concept, I repeat, essentially involves the judicial system and the decision-making bodies whose decisions are enforceable and are supported through the state’s coercive power. The principles of fundamental justice must therefore be capable of being relevant to the rights that s. 7 is designed to protect. They must be capable of being implicated in the restriction of the rights set out otherwise these rights cannot be guaranteed. Accordingly, the subject matter of s. 7 must be the conduct of the state when the state calls on law enforcement officials to enforce and secure obedience to the law, or invokes the law to deprive a person of liberty through judges, magistrates, ministers, board members, etc.

en général, mais du pouvoir inhérent de l’appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. [Je souligne.]

Aux pages 1173 et 1174 du *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, précité, j’exprime également l’opinion que «[I]es intérêts protégés par l’art. 7 sont ceux qui relèvent traditionnellement et à proprement parler du pouvoir judiciaire» et, plus particulièrement, lorsque l’État «recourt au pouvoir judiciaire pour restreindre la liberté physique d’une personne, par l’imposition d’une peine ou par la détention, lorsqu’il restreint la sécurité de la personne ou lorsqu’il restreint d’autres libertés en employant un mode de sanction et de peine qui relève traditionnellement du domaine judiciaire» (je souligne). Je n’ai pas changé d’opinion. Les principes de justice fondamentale étant des éléments qui relèvent essentiellement du système d’administration de la justice, le type de liberté visé par l’art. 7 doit être celui qui peut être retiré ou restreint par une cour de justice ou par un autre organisme auquel l’État confie un pouvoir de coercition permettant d’assurer le respect de ses lois. En d’autres termes, l’art. 7 engage, de façon active, les principes de justice fondamentale et commande à l’État de les respecter lorsqu’il entend porter atteinte aux droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Ce sont les juges qui ont inventé et élaboré le concept de «justice fondamentale», lequel, je le répète, implique essentiellement l’appareil judiciaire et les organismes décisionnels dont les décisions sont exécutoires grâce au pouvoir coercitif de l’État. Il faut donc que les principes de justice fondamentale puissent être pertinents quant aux droits que l’art. 7 entend protéger. Ils doivent pouvoir être impliqués dans la restriction des droits énoncés, sinon ces droits ne peuvent être garantis. Par conséquent, l’art. 7 doit viser le comportement de l’État lorsque celui-ci intervient par des forces répressives pour assurer l’application et le respect des lois ou lorsqu’il invoque la loi pour priver une personne de sa liberté par l’entremise des juges, magistrats, ministres, commissaires, etc.

22

With due respect for the contrary opinion, I am still convinced that the nature of the rights guaranteed by s. 7, taken as a whole, and the close con-

En toute déférence pour l’opinion contraire, je demeure convaincu que la nature de l’ensemble des droits garantis par l’art. 7 et la relation étroite

nection established between those rights and the principles of fundamental justice, necessarily mean that this constitutional protection is connected with the physical dimension of the word "liberty", which can be lost through the operation of the legal system. In a majority of cases, therefore, this protection is specific to our criminal or penal justice system and is triggered primarily by the operation of that system. I say a majority of cases, here, because I recognize, as Prof. Eric Colvin noted at p. 584 of his article "Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 560, that it is possible to imagine limited circumstances in which an individual could be deprived of his or her liberty otherwise than by the application of the criminal or penal law. For example, Prof. Colvin refers to the civil processes for restraining a mentally disordered person or isolating a contagious person. In any event in my view, the principle that must be adopted is that generally speaking s. 7 was not designed to protect even fundamental individual freedoms if those freedoms have no connection with the physical dimension of the concept of "liberty". There are other provisions in the *Charter* that perform that function.

Moreover, at p. 512 of *Re B.C. Motor Vehicle Act*, I also pointed out the close connection between ss. 8 to 14 and s. 7, in that they deal with specific infringements of the right to life, liberty and security of the person which offend the principles of fundamental justice and which therefore violate s. 7. These sections are therefore intended to illustrate, although not exhaustively, certain parameters of the nature of the rights protected by s. 7, which is a more general provision. Not only do these sections refer clearly and directly to various phases and aspects of the criminal justice process, which is the ultimate example of a system for depriving a person of liberty or limiting his or her liberty, but they also appear under the heading "Legal Rights".

In *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, Estey J. examined the role of headings in interpreting the *Charter*. He concluded, at pp. 376-77:

établie entre ces droits et les principes de justice fondamentale commandent que cette protection constitutionnelle soit reliée à la dimension physique du terme «liberté», laquelle peut être perdue par l'intervention du système juridique. Dans la majorité des cas, cette protection est donc spécifique à notre système de justice criminelle ou pénale et déclenchée principalement par son intervention. Je dis ici dans la majorité des cas parce que je reconnais, comme le mentionne le professeur Eric Colvin, à la p. 584 de son article «Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1989), 68 *R. du B. can.* 560, qu'il est possible d'envisager des circonstances limitées où l'individu pourra être privé de sa liberté autrement que par l'application du droit criminel ou pénal. À titre d'exemple, le professeur Colvin mentionne les procédures civiles permettant de détenir une personne souffrant de troubles mentaux ou d'isoler un malade contagieux. Quoi qu'il en soit, le principe qu'il faut à mon avis retenir est que, d'une façon générale, l'art. 7 n'est pas conçu pour protéger les libertés individuelles, même fondamentales, si celles-ci n'ont aucun lien avec la dimension physique du concept de «liberté». D'autres dispositions de la *Charte* assurent cette fonction.

Par ailleurs, je souligne également, à la p. 512 du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, le lien étroit entre les art. 8 à 14 et l'art. 7, en ce qu'ils visent des atteintes spécifiques aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui contreviennent aux principes de justice fondamentale et qui, en tant que telles, violent l'art. 7. Sans être limitatifs, ces articles doivent donc illustrer certains paramètres de la nature des droits protégés par la disposition plus générale qu'est l'art. 7. Or, non seulement ces articles visent-ils clairement et directement différents aspects et phases du processus de justice criminelle, système par excellence pour priver ou limiter la liberté, mais encore sont-ils chapeautés de la rubrique «Garanties juridiques».

Dans *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, le juge Estey a examiné le rôle des rubriques dans l'interprétation de la *Charte*. Il conclut, aux pp. 376 et 377:

It is clear that these headings were systematically and deliberately included as an integral part of the *Charter* for whatever purpose. At the very minimum, the Court must take them into consideration when engaged in the process of discerning the meaning and application of the provisions of the *Charter*. The extent of the influence of a heading in this process will depend upon many factors including (but the list is not intended to be all-embracing) the degree of difficulty by reason of ambiguity or obscurity in construing the section; the length and complexity of the provision; the apparent homogeneity of the provision appearing under the heading; the use of generic terminology in the heading; the presence or absence of a system of headings which appear to segregate the component elements of the *Charter*; and the relationship of the terminology employed in the heading to the substance of the headlined provision. . . .

At a minimum the heading must be examined and some attempt made to discern the intent of the makers of the document from the language of the heading. [Emphasis added.]

25

The *Charter* includes a body of headings which, in my view, make it not only easier to read but also to separate and group its various elements. Thus we have the headings "Guarantee of Rights and Freedoms" (s. 1), "Fundamental Freedoms" (s. 2), "Democratic Rights" (ss. 3 to 5), "Mobility Rights" (s. 6), "Legal Rights" (ss. 7 to 14), "Equality Rights" (s. 15) and so on. The close relationship between the terminology used in the various headings and the substance of the provisions that follow each heading indicates, first, that the framers of the *Charter* clearly had in mind creating different categories of rights and freedoms, and second, that the meaning, scope and nature of the rights set forth must be different. Accordingly, we note that two headings, "Fundamental Freedoms" and "Mobility Rights" ("*Liberté de circulation et d'établissement*" in the French version), refer specifically to "freedom" in the sense of the ability of every individual to choose, act or "be" as he or she sees fit, free of any constraints. The other headings refer to different categories of rights.

26

Not only are the freedoms that the *Charter* expressly recognizes and identifies as fundamental grouped under a single heading, but they are also found within a single section (s. 2) which enumer-

Il est manifeste que, quel qu'en soit le but, ces rubriques ont été ajoutées de façon systématique et délibérée de manière à faire partie intégrante de la *Charte*. La Cour doit, à tout le moins, en tenir compte pour déterminer le sens et l'application des dispositions de la *Charte*. L'influence qu'aura une rubrique sur ce processus dépendra de plusieurs facteurs dont (sans que cette énumération se veuille exhaustive) la difficulté d'interpréter l'article à cause de son ambiguïté ou de son obscurité, la longueur et la complexité de la disposition, l'homogénéité apparente de la disposition qui suit la rubrique, l'emploi de termes génériques dans la rubrique, la présence ou l'absence d'un ensemble de rubriques qui semblent séparer les divers éléments de la *Charte* et le rapport qui existe entre la terminologie employée dans la rubrique et le contenu de la disposition qui la suit. . .

Il faut à tout le moins examiner la rubrique et, à partir de son texte, tenter de discerner l'intention des rédacteurs du document. [Je souligne.]

La *Charte* comprend un ensemble de rubriques qui, à mon sens, permettent non seulement d'en faciliter la lecture mais également d'en séparer et regrouper les divers éléments. Ainsi retrouve-t-on les rubriques «Garantie des droits et libertés» (article premier), «Libertés fondamentales» (art. 2), «Droits démocratiques» (art. 3 à 5), «Liberté de circulation et d'établissement» (art. 6), «Garanties juridiques» (art. 7 à 14), «Droits à l'égalité» (art. 15), etc. Le rapport étroit entre la terminologie des différentes rubriques et le contenu des dispositions qui suivent chacune d'elles indique, d'une part, que les rédacteurs de la *Charte* ont clairement envisagé de créer différentes catégories de droits et libertés et, d'autre part, que le sens, la portée et la nature des droits énoncés doivent être différents. On remarque dès lors que deux rubriques, soit «Libertés fondamentales» et «Liberté de circulation et d'établissement», visent spécifiquement la «liberté» au sens de la faculté qu'a l'individu de choisir, d'agir, ou «d'être» comme il l'entend, en l'absence de toute contrainte. Les autres rubriques visent différentes catégories de droits.

Les libertés expressément reconnues et qualifiées de fondamentales par la *Charte* sont non seulement regroupées sous une même rubrique, mais également contenues à l'intérieur d'un même arti-

ates them in general terms that allow for inclusion of a great diversity of more specific "freedoms" reflecting the fundamental values of our society. Under s. 1, these freedoms are "subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". The language of s. 2 also clearly indicates that it is intended to be exhaustive. It does not provide that "Everyone has the following fundamental freedoms, in particular", it states that "Everyone has the following fundamental freedoms" (emphasis added).

With great respect for the contrary opinion, I am unable to believe that the framers would have limited the types of fundamental freedoms to which they intended to extend constitutional protection in such explicit terms, in s. 2, and then, in s. 7, conferred "general" protection by using a generic expression which would, unless its meaning were limited, include the freedoms already protected by ss. 2 and 6, as well as all freedoms that were not listed. This approach is clearly contrary to the principles of legislative drafting that require that a general provision be placed before the provisions for its specific application. Moreover, if s. 7 were to include any type of freedom whatever, provided that it could be described as fundamental, we might seriously question the need for and purpose of s. 2. Either it is redundant, or s. 7 should then be considered to be a residual provision so that we can make up for anything that Parliament may have left out.

With due respect for Wilson J., I believe that her reasons in *Jones* and *Morgentaler* reveal the difficulty caused by this approach. First, at p. 319 of the decision in *Jones*, she concluded that s. 7 includes the right of a parent to bring up and educate one's children in accordance with one's conscientious beliefs. Section 2(a) of the *Charter* itself expressly protects freedom of conscience and religion. Second, in *Morgentaler*, she concluded that s. 251 of the *Criminal Code* infringes the right

cle (art. 2) qui les énumère dans des termes généraux qui permettent d'y inclure une grande diversité de «libertés» plus spécifiques reflétant les valeurs fondamentales de notre société. Aux termes de l'article premier, ces libertés «ne peuvent être restreint[e]s que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». L'article 2 est également rédigé dans des termes qui indiquent clairement son caractère limitatif. Il ne prévoit pas que «Chacun a, notamment, les libertés fondamentales suivantes», il énonce que «Chacun a les libertés fondamentales suivantes» (je souligne).

En toute déférence pour l'opinion contraire, je suis incapable de me convaincre que les rédacteurs ont pu, à l'art. 2, limiter dans des termes aussi explicites les types de libertés fondamentales auxquels ils entendaient assurer une protection constitutionnelle pour ensuite accorder, à l'art. 7, une protection «générale» par l'utilisation d'un terme générique qui, à moins d'en restreindre le sens, inclurait de toute évidence les libertés déjà protégées par les art. 2 et 6, de même que toutes celles qui n'ont pas été énumérées. Cette façon de faire va clairement à l'encontre des principes de rédaction législative qui commandent qu'une disposition générale soit placée devant ses dispositions d'application particulière. Par ailleurs, si l'art. 7 devait inclure tout type de liberté, pourvu qu'elle puisse être qualifiée de fondamentale, l'on pourrait se questionner sérieusement sur la pertinence et la raison d'être de l'art. 2. Ou bien il s'agit d'une redondance, ou bien l'art. 7 devrait alors être considéré comme une disposition résiduaire permettant de palier aux oublis du législateur.

En toute déférence pour le juge Wilson, je crois que ses motifs dans les arrêts *Jones* et *Morgentaler* font ressortir la difficulté que soulève cette approche. D'une part, elle conclut, à la p. 319 de l'arrêt *Jones*, que l'art. 7 inclut le droit des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances. Or, l'alinéa 2a) de la *Charte* protège explicitement la liberté de conscience et de religion. D'autre part, elle conclut, dans l'arrêt *Morgentaler*, que l'art. 251 du *Code*

27

28

to liberty set out in s. 7 which guarantees everyone a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting his or her private life, and she then stated, at pp. 175-76:

In my view, the deprivation of the s. 7 right with which we are concerned in this case offends s. 2(a) of the *Charter*. I say this because I believe that the decision whether or not to terminate a pregnancy is essentially a moral decision, a matter of conscience. [Emphasis added.]

29 She therefore concluded, for the same reasons but using different words, that s. 251 of the *Code* also violated the freedom of conscience protected by s. 2(a). Finally, at pp. 179-80, she added:

Accordingly, for the state to take sides on the issue of abortion, as it does in the impugned legislation by making it a criminal offence for the pregnant woman to exercise one of her options, is not only to endorse but also to enforce, on pain of a further loss of liberty through actual imprisonment, one conscientiously-held view at the expense of another. . . .

Legislation which violates freedom of conscience in this manner cannot, in my view, be in accordance with the principles of fundamental justice within the meaning of s. 7. [Emphasis added.]

30 With due respect for the contrary opinion, these comments clearly show, in my view, the practical difficulty that arises from this interpretation. In any situation that could potentially fall within the ambit of s. 2, that same freedom would also be covered by s. 7. For example, we may ask what the legal solution would have been if, in *Jones*, the appellant had argued that the impugned legislative provisions violated his freedom of conscience, which is protected by s. 2(a), and his parental liberty, which is protected by s. 7. This situation would mean not only that the legislative foundation would be duplicated, but also that two distinct levels of analysis would have to be applied to assess the justification for the restriction that would render the impugned legislation valid. I do

criminel porte atteinte au droit à la liberté énoncé à l'art. 7 qui garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur les décisions importantes touchant intimement à sa vie privée puis, elle affirme, aux pp. 175 et 176:

À mon avis, l'atteinte au droit conféré par l'art. 7 qui nous intéresse en l'espèce enfreint l'al. 2a) de la *Charte*. Si je dis ceci, c'est que je crois que la décision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une décision morale, une question de conscience. [Je souligne.]

Elle conclut donc, pour les mêmes motifs mais en utilisant d'autres mots, que l'art. 251 du *Code* viole également la liberté de conscience protégée par l'al. 2a). Elle ajoute enfin, aux pp. 179 et 180:

Par conséquent, lorsque l'État prend parti sur la question de l'avortement, comme il le fait dans la loi contestée en incriminant l'exercice par la femme enceinte d'une de ses options, non seulement il adopte mais aussi il impose, sous peine d'une autre perte de liberté par emprisonnement, une opinion dictée par la conscience des uns aux dépens d'une autre. . . .

Une loi qui viole la liberté de conscience de cette manière ne saurait, à mon avis, être conforme aux principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7. [Je souligne.]

En toute déférence pour l'opinion contraire, ces énoncés démontrent bien, à mon avis, la difficulté pratique que pose une telle interprétation. Dans toute situation relevant potentiellement du champ d'application de l'art. 2, cette même liberté serait également visée par l'art. 7. Par exemple, on peut se demander quelle aurait été la solution juridique si, dans l'affaire *Jones*, l'appelant avait allégué que les dispositions législatives contestées violaient sa liberté de conscience protégée par l'al. 2a) et sa liberté parentale protégée par l'art. 7. Cette situation engendrerait non seulement un dédoublement du fondement législatif mais également l'application concurrente de deux niveaux d'analyse distincts quant à la justification de la restriction pour valider la législation attaquée. Je ne crois pas que

not believe that this could have been Parliament's intention when it enacted ss. 2 and 7.

Others may try to explain this situation by arguing that s. 2, unlike s. 7, applies solely to the freedoms set out therein and differs from s. 7 in that it says nothing about the principles of fundamental justice applying so that an infringement of those freedoms may be legitimized. First, this is forgetting the existence of s. 1 which, to a large extent, plays a role equivalent to the role played by the principles of fundamental justice in s. 7: it circumscribes the extent to which the state may take action to limit the rights and freedoms protected. It is also forgetting that in most circumstances it is practically impossible to establish a relationship between the principles of fundamental justice and the type of freedoms listed in s. 2, other than by restricting the protection to circumstances in which it is appropriate. For example, the appellants in the case at bar argued that the impugned provisions of the *Child Welfare Act* that allow for temporary legal custody of their child to be awarded to the Children's Aid Society violate their freedom of religion. In view of the fact that the statute provides that judicial authorization must first be obtained, it would be possible, in this precise context, to examine whether the infringement of freedom of religion complied with the principles of fundamental justice. But what principles of fundamental justice could be invoked, for example, if a statute limited freedom of expression by banning, on pain of payment of a fine, any statement concerning a member of a political body? What principles of fundamental justice could be invoked if a statute banned, on pain of payment of a fine, any manifestation of religious convictions in a public place? What principles of fundamental justice could be invoked if a statute compelled me to have at least three children so that Canada would have its next generation – and so on? In these situations, the protected freedoms would indeed be violated, but clearly it is possible to imagine a host of circumstances in which it would be difficult to draw any connection whatever with the principles of fundamental justice in order to determine whether the infringement was lawful. Accordingly, it is apparent that this role has necessarily fallen to s. 1

telle ait pu être l'intention du législateur lorsqu'il a édicté les art. 2 et 7.

D'autres pourront tenter d'expliquer cet état de choses en soutenant que, contrairement à l'art. 7, l'art. 2 s'applique uniquement aux libertés qui y sont énoncées et diffère de l'art. 7 en ce qu'il ne fait aucune référence aux principes de justice fondamentale pour permettre de légitimer une atteinte à ces libertés. C'est d'abord oublier la présence de l'article premier qui, dans une large mesure, assure un rôle équivalent à celui que jouent les principes de justice fondamentale à l'art. 7, soit celui de circonscrire la mesure dans laquelle l'État peut intervenir pour restreindre les droits et libertés protégés. C'est également oublier que, dans la plupart des circonstances, il est pratiquement impossible d'établir un lien entre les principes de justice fondamentale et le type de libertés énumérées à l'art. 2, si ce n'est en restreignant la protection aux circonstances qui s'y prêtent. Par exemple, les appelants allèguent en l'espèce que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act*, qui permettent d'accorder la garde légale temporaire de leur enfant à la Children's Aid Society, violent leur liberté de religion. Compte tenu du fait que la loi prévoit qu'une autorisation judiciaire doit être préalablement obtenue, il serait possible, dans ce contexte précis, d'examiner si l'atteinte à la liberté de religion est conforme aux principes de justice fondamentale. Mais, par exemple, quels principes de justice fondamentale pourraient être invoqués si une loi restreignait la liberté d'expression en interdisant, sous peine d'amende, toute déclaration concernant un membre d'un corps politique? Quels principes de justice fondamentale pourraient être invoqués si une loi interdisait, sous peine d'amende, toute forme de manifestation de convictions religieuses dans un endroit public? Quels principes de justice fondamentale pourraient être invoqués si une loi m'obligeait à avoir au moins trois enfants pour assurer la relève canadienne, etc.? Dans ces situations, les libertés protégées seraient certes violées mais l'on constate qu'il est possible d'imaginer une multitude de circonstances dans lesquelles il serait difficile de faire quelque lien que ce soit avec les principes de justice fondamentale pour vérifier la légitimité de l'atteinte. On

of the *Charter* and that it is difficult not to conclude that the subject matter of s. 2 and of s. 7, as reflected in the different dimensions of "liberty" that each is designed to protect, is quite obviously different. Moreover, since the fundamental freedoms set out in s. 2 are formulated in terms that refer to sufficiently broad concepts, it is reasonable to think that the framers of the *Charter* did not intend to make the right to liberty in s. 7 a residual right that could include any component of the fundamental freedoms set out in s. 2.

32 This approach, which aims to include in s. 7 any freedom that is deemed to be fundamental in a free and democratic Canadian society, also presents a major disadvantage in terms of the actual nature of the freedom that may be invoked, since all the freedoms that have already been identified as fundamental by the framers and set out in s. 2 could and should be included in the "liberty" protected by s. 7. Since, moreover, they are set forth in terms that are capable of covering a very broad ground, the same would be true of all the components or manifestations of those various rights. Thus everyone would have not only the fundamental freedom of religion, conscience, expression and so on, but also the "right to liberty" of religion, of conscience, of expression and so on.

33 I am still convinced that s. 7 is not a tautology, particularly because it adds two distinct rights that are not set out anywhere else in the *Charter* and that are not in any way connected with what are called fundamental freedoms. In my view, the nature of the other rights set out in s. 7 is another element of interpretation that militates in favour of a distinction between the scope of the words "freedom" and "liberty" as they are used in ss. 2 and 7. Section 7 provides that everyone has the right to life, liberty and security of the person. As I noted earlier, these are three distinct rights which the framers deliberately placed, in sequence, in a single provision. There must therefore be a connection or linkage among these different rights. In my opinion, the connection is found in the person him-

constate dès lors que ce rôle est nécessairement dévolu à l'article premier de la *Charte* et qu'il est difficile de ne pas conclure que les art. 2 et 7 visent manifestement des réalités distinctes qui se reflètent au niveau des différentes dimensions du terme «liberté» que chacun est destiné à protéger. Par ailleurs, les libertés fondamentales énoncées à l'art. 2 étant formulées dans des termes visant des concepts suffisamment larges, il est raisonnable de penser que les rédacteurs de la *Charte* n'ont pas entendu faire du droit à la liberté de l'art. 7 un droit résiduaire susceptible d'inclure tout démembrement des libertés fondamentales énoncées à l'art. 2.

Cette approche tendant à inclure dans l'art. 7 toute liberté jugée fondamentale dans une société canadienne libre et démocratique présente également un inconvénient majeur au niveau de la qualification même de la liberté qui peut être invoquée, puisque toutes les libertés déjà qualifiées de fondamentales par les rédacteurs et énoncées à l'art. 2 pourraient et devraient être incluses dans «la liberté» protégée par l'art. 7. Étant par ailleurs énoncées en des termes susceptibles d'un vaste contenu, il en serait de même de toutes les composantes ou manifestations de ces différents droits. Ainsi, chacun aurait non seulement la liberté fondamentale de religion, de conscience, d'expression, etc., mais également «droit à la liberté» de religion, de conscience, d'expression, etc.

Je demeure convaincu que l'art. 7 n'est pas tautologique, d'autant plus qu'il ajoute deux droits distincts, énoncés nulle part ailleurs dans la *Charte*, et qui n'ont aucun lien avec les libertés dites fondamentales. À mon avis, la nature des autres droits énoncés à l'art. 7 est un autre élément d'interprétation qui milite en faveur d'une distinction entre la portée du terme «liberté» utilisé aux art. 2 et 7. L'article 7 édicte que chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Comme je l'ai déjà mentionné, il s'agit de trois droits distincts que les rédacteurs ont sciemment intégrés, l'un à la suite de l'autre, à l'intérieur d'une seule et même disposition. Il doit donc exister un lien ou un point commun entre ces différents droits. À mon avis, le point de rattachement se

self or herself, as a corporeal entity, as opposed to the person's spirit, aspirations, conscience, beliefs, personality or, more generally, the expression or realization of what makes up the person's non-corporeal identity. The right to liberty, in this context, must therefore be set up against imprisonment, detention or any form of control or of constraint on freedom of movement.

I agree with my colleague La Forest J. that the word "liberty" in its broadest sense does not mean the mere absence of physical restraint. In French, this word certainly includes two distinct dimensions, the physical and the abstract or intangible. These two dimensions are reflected in ss. 7 and 2, respectively, of the *Charter*, the English version of which uses the words "liberty" and "freedom". With due respect for the contrary opinion, I am of the opinion that the fact that two different expressions are used in the English version is neither meaningless nor accidental. The expression "freedom" refers to a concept that is related to but distinct from the expression "liberty", but it has no equivalent in French, where the two dimensions are expressed in one single word: "*liberté*". The meaning is then determined by the context.

Moreover, since most laws have the effect of limiting a freedom, the same approach could mean, depending on the facts, that a large proportion of the legislative provisions in force could be challenged on the ground that they infringe the liberty guaranteed by s. 7 of the *Charter*. It would then be for the courts, in each case, to decide whether or not the freedom invoked was a fundamental freedom in our free and democratic society, whether the limit complied with the principles of fundamental justice which, as I noted, often do not apply, or whether the limit was reasonable and could be justified in a free and democratic society. We must keep in mind, first, that what may be important and fundamental to one person may very well not be to another, including the judge who hears the case, and second, that by adopting this approach the judiciary would inevitably be legis-

situé au niveau de la personne elle-même en tant qu'entité corporelle, par opposition à son esprit, ses aspirations, sa conscience, ses croyances, sa personnalité ou, plus généralement, l'expression ou la réalisation de ce qui compose son identité immatérielle. Le droit à la liberté, dans ce contexte, doit donc être opposé à l'emprisonnement, à la détention ou à toute forme de contrôle ou de contrainte sur la liberté de mouvement.

Je conviens avec mon collègue le juge La Forest que le terme «liberté», dans son sens le plus large, ne s'entend pas simplement de l'absence de contrainte physique. Ce terme, dans la langue française, inclut certainement deux dimensions distinctes, les dimensions physique et abstraite ou intangible. Ces deux dimensions se reflètent respectivement dans les art. 7 et 2 de la *Charte* qui, dans sa version anglaise, utilise les termes «*liberty*» et «*freedom*». En toute déférence pour l'opinion contraire, je suis d'avis que l'utilisation de deux termes différents dans la version anglaise n'est pas sans signification, ni le fruit du hasard. Le terme «*freedom*» vise un concept apparenté mais distinct de celui de «*liberty*», mais il n'a cependant pas d'équivalent dans la langue française où les deux dimensions s'expriment par un seul et même mot: «liberté». Le sens est alors déterminé par le contexte.

Par ailleurs, puisque la plupart des lois ont pour effet de restreindre une liberté, cette même approche pourrait signifier, dans les faits, qu'une grande partie des dispositions législatives en vigueur pourraient être contestées pour le motif qu'elles portent atteinte à la liberté garantie par l'art. 7 de la *Charte*. Il appartiendrait alors aux tribunaux de décider, dans chaque cas, si la liberté invoquée constitue ou non une liberté fondamentale de notre société libre et démocratique, si la restriction est conforme aux principes de justice fondamentale qui, je le rappelle, ne trouveront souvent aucune application, ou encore si la restriction est raisonnable et peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Or, l'on doit garder à l'esprit, d'une part, que ce qui peut être important et fondamental pour l'un peut très bien ne pas l'être pour l'autre, notamment pour le juge qui entend la

34

35

lating, when this is not its function. With respect, I believe that this situation does not reflect the purpose of the *Charter* or of s. 7, or the intention of Parliament.

36 To summarize my opinion, I would simply say that extending the scope of the word "liberty" in s. 7 to include any type of freedom other than that which is connected with the physical dimension of the word "liberty" would not only be contrary to the structure of the *Charter* and of the provision itself, but would also be contrary to the scheme, the context and the manifest purpose of s. 7. Furthermore, it would have the effect of conferring *prima facie* constitutional protection on all eccentricities expressed by members of our society under the rubric of "liberty", in addition to taking away all legitimacy or purpose from other provisions of the *Charter* such as s. 2 or s. 6, for example, since they would be redundant. It seems apparent to me that this cannot be the purpose of s. 7, or of the *Charter* itself, which is a constitutional instrument. It must also be clearly understood that this approach would inevitably lead to a situation where we would have government by judges. This is not the case at present, but I would emphasize again that it must not become the case.

37 Finally, I would add the following brief comments. First, there may be those who may believe that I am trying, by what may appear an overly restrictive interpretation, to limit the ambit of s. 7 and that I risk closing the door on the possible adaptation of the values and principles expressed by the *Charter* to society's future realities and aspirations. I shall simply note that while I am limiting the scope of the "right to liberty" to its essentially physical dimension, which is at issue primarily, but surely not exclusively, in the criminal justice system, this right may cover a multitude and variety of situations. Most statutes interfere with individual liberty and most are enforced by sanctions imposed after conviction for federal or provincial offences. Where a statute does not make it an offence to contravene its provisions, s. 126(1)

cause et, d'autre part, que l'adoption de cette approche amènerait inévitablement le pouvoir judiciaire à légiférer alors que tel n'est pas son rôle. En toute déférence, je crois que cette situation ne reflète ni l'objet de la *Charte*, ni celui de l'art. 7, ni l'intention du législateur.

Pour résumer ma pensée, je dirai simplement qu'élargir la portée du terme «liberté» de l'art. 7 pour y inclure tout type de liberté autre que celui qui se rattache à la dimension physique du terme «liberté» irait à l'encontre non seulement de la structure de la *Charte* et de la disposition elle-même mais également à l'encontre de l'économie, du contexte et de l'objet manifeste de l'art. 7. Qui plus est, cela aurait pour effet d'accorder une protection constitutionnelle *prima facie* à toutes les excentricités véhiculées sous le vocable de «liberté» par les membres de notre société, en plus de retirer toute légitimité ou raison d'être à d'autres dispositions de la *Charte* tels les art. 2 ou 6, par exemple, puisqu'ils seraient redondants. Il m'apparaît évident que tel ne peut être l'objet de l'art. 7, ni même celui du document constitutionnel qu'est notre *Charte*. Il faut également bien comprendre que cette approche aboutirait inévitablement à une situation de gouvernement par les juges. Ce n'est pas le cas présentement, mais j'insisterais de nouveau pour dire que cela ne doit pas le devenir non plus.

J'ajouterai enfin les brefs commentaires suivants. D'abord, certains pourront croire que je tente, par mon interprétation qui peut paraître trop restrictive, de limiter le champ d'application de l'art. 7 et que je risque de fermer la porte aux possibilités d'adaptation des valeurs et principes véhiculés par la *Charte* à la réalité et aux aspirations de la société de demain. Je mentionnerai simplement que, quoique je limite la portée du «droit à la liberté» à sa dimension essentiellement physique, laquelle est mise en cause principalement, mais sûrement pas seulement, par le système de justice criminelle, ce droit peut viser une multitude et une variété de situations. En effet, la plupart des lois touchent à la liberté individuelle et la plupart d'entre elles sont mises en application au moyen de sanctions imposées à la suite d'une déclaration

of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, provides:

126. (1) Every one who, without lawful excuse, contravenes an Act of Parliament by wilfully doing anything that it forbids or by wilfully omitting to do anything that it requires to be done is, unless a punishment is expressly provided by law, guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

The circumstances in which the state may take action to deprive a person of liberty occur often enough and are diverse enough that we can appreciate the importance of the rights protected by s. 7 of the *Charter* and understand that provision's obvious purpose.

The approach that I am adopting also appears to me to be supported by the international human rights instruments on which the framers of our *Charter* drew extensively. On October 6, 1980, in the Debates of the House of Commons (at p. 3285), the Minister of Justice, Jean Chrétien, stated:

Sections 7 to 14 of the Charter set out basic legal rights of Canadians. Some of these rights derive from the Canadian Bill of Rights and some are new. Of the latter, some derive from the International Covenant on Civil and Political Rights. [Emphasis added.]

Article 9(1) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, reads as follows:

Article 9. 1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.

With the exception of the fact that this article does not set forth the right to life (which is provided for in art. 6 of the Covenant), this passage is strikingly similar to what we find in s. 7 of our *Charter*. If we consult selected decisions of the Human Rights Committee we find that this article has been

de culpabilité d'infraction à une loi fédérale ou provinciale. Lorsque la loi ne prévoit aucune infraction pour une contravention à ses dispositions, le par. 126(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, prévoit:

126. (1) À moins qu'une peine ne soit expressément prévue par la loi, quiconque, sans excuse légitime, contrevient à une loi fédérale en accomplissant volontairement une chose qu'elle défend ou en omettant volontairement de faire une chose qu'elle prescrit, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans.

Les circonstances dans lesquelles l'État peut intervenir pour priver une personne de sa liberté sont suffisamment fréquentes et diversifiées pour permettre d'apprécier l'importance des droits protégés par l'art. 7 de la *Charte* et de comprendre l'objet manifeste de cette disposition.

L'approche que j'adopte m'apparaît également appuyée par les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme dont les rédacteurs de notre *Charte* se sont largement inspirés. Le 6 octobre 1980, dans les débats de la Chambre des communes (à la p. 3285), le ministre de la Justice Jean Chrétien disait:

Les articles 7 à 14 de la Charte énoncent les garanties juridiques des Canadiens. Certains de ces droits découlent de la Déclaration canadienne des droits adoptés à la Chambre par le très honorable M. Diefenbaker, et certains sont nouveaux. Parmi ces derniers, certains proviennent du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. [Je souligne.]

Or, le par. 9(1) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, se lit de la façon suivante:

Article 9. 1. Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi.

À l'exception du fait que cet article n'énonce pas le droit à la vie (celui-ci est prévu à l'art. 6 du Pacte), ce texte s'apparente remarquablement à celui que l'on trouve à l'art. 7 de notre *Charte*. La consultation de décisions sélectionnées du Comité des droits de l'homme démontre que cet article a

invoked in cases of allegedly unlawful arrest, detention, imprisonment, mistreatment and torture. I have not found any decision that raised any question other than a violation of the physical dimension of the person. Moreover, art. 5(1) of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, also sets forth the right to liberty and security of the person. The provisions of the various paragraphs of that article indicate unequivocally that "physical liberty" alone is contemplated by this provision, as is confirmed by an examination of a few decisions of the European Court of Human Rights. Other instruments relating to human rights that set forth a right to liberty and security of the person are to the same effect (*American Convention on Human Rights*, art. 7; *African Charter on Human and Peoples' Rights*, art. 6; *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 3; *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, arts. 1 and 25). For the purposes of this appeal, I am in no way suggesting that I am basing my conclusion on the interpretation given to art. 9 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* or art. 5 of the *European Convention on Human Rights*. I am fully aware that the weight to be given to the foregoing may be uncertain, but nevertheless I believe that it provides an additional indication, at least, of the scope that the framers of the *Charter* may have intended to give to the expression "right to liberty" in the context of s. 7.

été invoqué dans des cas d'arrestation présumément illégale, de détention, d'emprisonnement, de mauvais traitements et de torture. Je n'ai repéré aucune décision soulevant autre chose qu'une atteinte à la dimension physique de la personne. Par ailleurs, le par. 5(1) la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221, énonce également le droit à la liberté et à la sécurité de la personne. Les différentes dispositions que contient cet article indiquent sans équivoque qu'il vise seulement la «liberté physique», ce que confirme l'examen de plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. D'autres textes relatifs aux droits de l'homme énonçant un droit à la liberté et à la sécurité de la personne vont dans le même sens (*American Convention on Human Rights*, art. 7; *African Charter on Human and Peoples' Rights*, art. 6; *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 3; *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, art. 1 et 25). Je ne prétends aucunement, pour les fins du présent pourvoi, fonder ma conclusion sur l'interprétation qui est donnée à l'art. 9 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ni sur celle de l'art. 5 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Je suis pleinement conscient de la valeur relative de ce qui précède mais je crois néanmoins qu'il y a là, à tout le moins, une indication supplémentaire de la portée que les rédacteurs de la *Charte* ont pu entendre donner à l'expression «droit à la liberté» dans le cadre de l'art. 7.

39 Finally, but without stating an opinion on the question, I would note, with respect, that I would be much more receptive to the appellants' argument and my colleague's reasons concerning the constitutional protection of parental rights if it had been argued that this right, or the freedom to make choices for our children, was protected by the freedom of conscience guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*. As Dickson J. stated so aptly, at p. 346 of *Big M Drug Mart Ltd.*, it is precisely the rights associated with freedom of individual conscience that are central "both to basic beliefs about human

Enfin, sans toutefois me prononcer sur la question, je mentionnerais, en toute déférence, que je serais beaucoup plus réceptif à l'argumentation des appelants et aux motifs de mon collègue concernant la protection constitutionnelle des droits parentaux si l'on avait fait valoir que ce droit, ou la liberté de faire des choix pour nos enfants, était protégé par la liberté de conscience garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. Comme le dit si bien le juge Dickson à la p. 346 de l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, ce sont précisément les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle qui «se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de

worth and dignity and to a free and democratic political system . . .”.

Disposition

I am therefore of the opinion that the appeal should be dismissed on the ground that the impugned provisions of the *Child Welfare Act* do not violate the appellants' freedom of religion or their “parental rights” or, more precisely, their right to choose (or refuse) medical treatment for their child, since such a right is not protected by s. 7 of the *Charter*.

I would dispose of the cross-appeal in the manner proposed by my colleague La Forest J.

The judgment of La Forest, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

LA FOREST J. — This appeal raises the constitutionality of state interference with child-rearing decisions. The appellants are parents who argue that the Ontario *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, infringes their right to choose medical treatment for their infant in accordance with the tenets of their faith. They claim that this right is protected under both ss. 7 and 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Facts

Sheena B. was born four weeks prematurely, on June 25, 1983. Soon after, she was transferred to the Hospital for Sick Children in Toronto because of her physical condition. Within the first few weeks of her life she exhibited many physical ailments and received a number of medical treatments. Her parents, the appellants, consented to all the treatments provided during those initial weeks. At their request, the attending physicians avoided the use of a blood transfusion in the treatment of Sheena because, as Jehovah's Witnesses, the appellants objected to it for religious reasons; they also claimed it was unnecessary.

l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique . . .»

Dispositif

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi pour le motif que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act* ne violent ni la liberté de religion des appelants, ni leur «droits parentaux» ou, plus précisément, leur droit de choisir (ou de refuser) un traitement médical pour leur enfant, tel droit n'étant pas protégé par l'art. 7 de la *Charte*.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi incident de la manière proposée par mon collègue le juge La Forest.

Version française du jugement des juges La Forest, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'intervention de l'État dans les décisions relatives à l'éducation d'un enfant. Les appelants sont des parents qui font valoir que la *Child Welfare Act* de l'Ontario, R.S.O. 1980, ch. 66, porte atteinte à leur droit de choisir pour leur enfant un traitement médical conforme aux dogmes de leur foi. Ils soutiennent que ce droit est protégé par l'art. 7 et l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les faits

Sheena B. est née le 25 juin 1983, quatre semaines avant terme. Elle a peu après été transférée au Hospital for Sick Children de Toronto en raison de son état physique. Au cours des premières semaines qui ont suivi sa naissance, elle a reçu plusieurs traitements médicaux afin de remédier à de nombreux troubles physiques. Ses parents, les appelants, ont consenti à tous les traitements qui lui ont été administrés pendant ces premières semaines. Ils ont demandé aux médecins traitants de ne procéder à aucune transfusion sanguine pour traiter Sheena, parce qu'en tant que témoins de Jéhovah ils s'y opposaient pour des motifs religieux; ils soutenaient également qu'une telle procédure n'était pas nécessaire.

40

41

42

43

- 44 On July 30, the child's haemoglobin level had dropped to such an extent that the attending physicians believed her life was in danger and that she might require a blood transfusion to treat potentially life-threatening congestive heart failure. On July 31, following a hearing on short notice to the appellants, Judge Main of the Ontario Provincial Court (Family Division) granted the respondent Children's Aid Society a 72-hour wardship, on the basis of the evidence of Dr. Perlman that a transfusion might be necessary and that it would not be for experimental purposes. A status review was held on August 3, but was adjourned; it resumed on August 18 and 19. Dr. Pape and Dr. Swyer both testified that although the child's condition had improved, it was still marginal, and they wished to maintain the ability to transfuse in case of an emergency. Dr. Morin, head of ophthalmology at the Hospital for Sick Children, testified that he suspected Sheena had infantile glaucoma and needed to undergo exploratory surgery within the following week to confirm the diagnosis. This procedure had to be performed under general anaesthetic, and Dr. Swyer testified that a blood transfusion would be necessary. Main Prov. Ct. J. extended the wardship order for a period of 21 days: (1983), 36 R.F.L. (2d) 70. On August 23, Sheena received a blood transfusion as part of the examination and operation for the suspected glaucoma.
- Le 30 juillet, le taux d'hémoglobine de l'enfant a chuté à tel point que les médecins traitants ont craint pour sa vie et ont estimé qu'il pourrait être nécessaire de procéder à une transfusion sanguine pour traiter une insuffisance cardiaque globale qui risquait d'être fatale. Le 31 juillet, à la suite d'une audience tenue après que les appelants eurent été avisés à la dernière minute, le juge Main de la Cour provinciale de l'Ontario (Division de la famille) a accordé à l'intimée, la Children's Aid Society (la «société d'aide à l'enfance»), une tutelle de 72 heures en se fondant sur le témoignage du Dr Perlman, selon lequel une transfusion pourrait être nécessaire et ne servirait aucune fin expérimentale. Une instance en révision du statut de l'enfant a été tenue le 3 août, puis ajournée. Elle a repris le 18 août et s'est poursuivie le lendemain. Les Drs Pape et Swyer ont tous deux témoigné que, malgré son amélioration, l'état de santé de l'enfant était encore précaire, et qu'ils souhaitaient demeurer en mesure de pratiquer une transfusion en cas d'urgence. Le Dr Morin, chef du département d'ophtalmologie du Hospital for Sick Children, a témoigné qu'il redoutait que Sheena soit atteinte de glaucome infantile et doive subir une chirurgie exploratoire dans les semaines suivantes afin de confirmer le diagnostic. Cette procédure nécessitait une anesthésie générale et le Dr Swyer a témoigné qu'une transfusion sanguine serait nécessaire. Le juge Main a prolongé la tutelle pour une période de 21 jours: (1983), 36 R.F.L. (2d) 70. Le 23 août, Sheena a reçu une transfusion sanguine dans le cadre de l'examen et de l'opération pour le glaucome redouté.

- 45 A second Provincial Court order terminated the respondent's wardship on September 15, and the child was returned to her parents: (1983), 36 R.F.L. (2d) 80. Both orders of the Provincial Court were appealed to the District Court by the appellants. The respondent Children's Aid Society countered with a motion to dismiss which was allowed on the grounds that the transfusion had been administered and the wardship terminated, thereby leaving no *lis* between the parties, and that the *Child Welfare Act* had been repealed and replaced by the *Child and Family Services Act*,
- Une seconde ordonnance de la Cour provinciale a mis fin à la tutelle de l'intimée, le 15 septembre, et l'enfant a été rendue à ses parents: (1983), 36 R.F.L. (2d) 80. Les appelants ont interjeté appel contre les deux ordonnances de la Cour provinciale, devant la Cour de district. La société d'aide à l'enfance intimée a répliqué au moyen d'une requête en rejet d'appel, qui a été accueillie pour le motif, d'une part, que plus aucun litige n'opposait les parties étant donné que la transfusion avait été administrée et que la tutelle avait pris fin, et, d'autre part, que toute la question était devenue

1984, S.O. 1984, c. 55, thus rendering the whole issue moot: (1985), 32 A.C.W.S. (2d) 149.

On an appeal to the Court of Appeal, that court held that the District Court had erred in so holding as there remained the issues of interference with the rights of the parents in determining their child's medical treatment, and of the constitutionality of the *Child Welfare Act*. These issues were referred back to the District Court and a hearing of the appeal, including the constitutional questions, was ordered on the merits: (1988), 63 O.R. (2d) 385, 47 D.L.R. (4th) 388, 15 R.F.L. (3d) 388. The District Court dismissed the appellants' appeal from the Provincial Court on the merits: (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 10. The court awarded costs against the respondent Attorney General of Ontario, who had intervened in the proceedings. The appellants' appeal to the Court of Appeal was dismissed. The respondent Attorney General of Ontario's cross-appeal on the issue of costs was also dismissed, Houlden J.A. dissenting: (1992), 10 O.R. (3d) 321, 96 D.L.R. (4th) 45, 43 R.F.L. (3d) 36, 58 O.A.C. 93.

The Courts Below

Provincial Court, Family Division (Wardship Application, July 31, 1983)

At the initial wardship application hearing, Main Prov. Ct. J. was concerned with the issue of whether the increase in the child's haemoglobin level following a transfusion would, as was the opinion of Dr. Perlman, reduce the risk of fatal congestive heart failure or pulmonary deficiency in the event of a crisis. Main Prov. Ct. J. observed:

I believe that the decision for this must lie with the court, not with the Children's Aid Society nor the parents. It is the decision of this court this afternoon that the rights of the parents are going to be subject to the rights of the child, and that the choices and decisions to be made will, for a very short period of time, be left in the hands of persons other than the parents. This is a very serious step and one not taken lightly and one not

théorique du fait que la *Child Welfare Act* avait été abrogée et remplacée par la *Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille*, L.O. 1984, ch. 55: (1985), 32 A.C.W.S. (2d) 149.

En appel, la Cour d'appel a conclu que la Cour de district avait commis une erreur en tirant cette conclusion puisque la question de l'intervention dans les droits des parents de décider quels traitements médicaux seront administrés à leur enfant, et celle de la constitutionnalité de la *Child Welfare Act* demeuraient entières. Ces questions ont été renvoyées à la Cour de district et une audition au fond a été ordonnée notamment sur les questions constitutionnelles: (1988), 63 O.R. (2d) 385, 47 D.L.R. (4th) 388, 15 R.F.L. (3d) 388. La Cour de district a rejeté l'appel au fond des appelants contre les ordonnances de la Cour provinciale: (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 10. La cour a condamné aux dépens l'intimé, le procureur général de l'Ontario, qui était intervenu dans l'instance. Les appelants ont été déboutés en Cour d'appel. L'appel incident de l'intimé, le procureur général de l'Ontario, sur la question des dépens a également été rejeté, le juge Houlden étant dissident: (1992), 10 O.R. (3d) 321, 96 D.L.R. (4th) 45, 43 R.F.L. (3d) 36, 58 O.A.C. 93.

Les juridictions inférieures

Cour provinciale, Division de la famille (demande de tutelle, 31 juillet 1983)

Lors de la première audition sur la demande de tutelle, le juge Main de la Cour provinciale s'est demandé si l'augmentation du taux d'hémoglobine de l'enfant obtenue grâce à une transfusion réduirait, comme l'affirmait le Dr Perlman, le risque d'une insuffisance cardiaque globale ou d'une déficience pulmonaire en cas de crise. Le juge Main s'exprime ainsi:

[TRADUCTION] J'estime qu'il appartient à la cour et non à la société d'aide à l'enfance, ou aux parents, de prendre une décision à cet égard. Notre cour conclut, cet après-midi, que les droits des parents seront assujettis aux droits de l'enfant, et qu'il appartiendra, pendant une très brève période, à des personnes autres que les parents de faire les choix et de prendre les décisions qui s'imposent. Il s'agit là d'une mesure très importante qui

taken automatically, as I must be satisfied, and I am. I have seen stronger cases on behalf of the Society than this one, but on the balance of probabilities and despite the number of positive things in favour of the parents' case, I am going to make the order.

- 48 Main Prov. Ct. J. awarded wardship to the Children's Aid Society for 72 hours rather than the 30-day period requested. This order was made in light of the fact that the appellants had received short notice of the hearing; Main Prov. Ct. J. wanted to give them the opportunity to present further evidence and submissions.

Provincial Court, Family Division (1983), 36 R.F.L. (2d) 70

- 49 Main Prov. Ct. J. considered a significant amount of evidence over a two-day hearing before ordering that the wardship be continued for a period of 21 days. The appellants chose not to call any expert witnesses although they testified themselves and their counsel cross-examined the respondent's witnesses.

- 50 Main Prov. Ct. J. reviewed the current medical status of Sheena, whom he found to be still in a critical condition and requiring a high level of intensive care. He noted that she continued to suffer from serious but undiagnosed problems and that she risked suffering several types of crises. He stated in particular that "[t]he thing which is of concern and for which there is not one single shred of evidence in contradiction is that should a crisis occur, it could be less than 30 minutes before the child is dead" (p. 75). Should such a situation arise, doctors would have needed to be able to react immediately in order to save the infant's life.

- 51 Main Prov. Ct. J. recognized that there was a heavy onus upon the respondent to establish the need for intervention in violation of parental rights. He held that this onus had been met, and

ne doit pas être prise à la légère, ni automatiquement; je dois être convaincu, et je le suis. La société a cité des causes plus convaincantes que celle-ci, mais selon la prépondérance des probabilités et en dépit des nombreux points positifs en faveur de la prétention des parents, je vais rendre l'ordonnance.

Le juge Main a confié la tutelle de l'enfant à la société d'aide à l'enfance pour 72 heures plutôt que pour la période de 30 jours demandée. Ce faisant, il a tenu compte du fait que les appelants avaient été avisés de la tenue de l'audition à la dernière minute; le juge Main souhaitait leur offrir la possibilité de présenter d'autres éléments de preuve et arguments.

Cour provinciale, Division de la famille (1983), 36 R.F.L. (2d) 70

Le juge Main a examiné une grande quantité d'éléments de preuve pendant une audience de deux jours, avant d'ordonner que la tutelle soit maintenue pour une période de 21 jours. Les appelants ont choisi de n'appeler aucun témoin expert, bien qu'ils aient eux-mêmes témoigné et que leur avocat ait contre-interrogé les témoins de l'intimée.

Le juge Main a examiné l'état de santé de Sheena qui, à son avis, était toujours critique et nécessitait des soins intensifs accentués. Il a fait remarquer qu'elle souffrait encore de problèmes graves mais non diagnostiqués, et qu'elle risquait d'être victime de plusieurs formes de crises. Il a affirmé, notamment, qu'[TRADUCTION] «[u]n fait demeure important, et il n'y a pas le moindre élément de preuve qui le contredise, c'est que si une crise devait survenir, l'enfant pourrait mourir en moins de 30 minutes» (p. 75). Si une telle situation s'était présentée, les médecins auraient dû être en mesure de réagir immédiatement pour sauver la vie de l'enfant.

Le juge Main a reconnu que l'intimée devait s'acquitter du lourd fardeau d'établir la nécessité d'une intervention violant les droits des parents. Il a conclu que l'intimée s'était acquittée de ce far-

that state intervention in the family was "absolutely essential" (p. 77). He added, at p. 78:

It is my firm opinion that the court does not have to wait until the situation gets to the stage where the parents wish to deny the child any medical assistance, as has been submitted.

Main Prov. Ct. J. also expressed the desire that the appellants be permitted to seek a second opinion before the transfusion and the eye examination.

District Court of Ontario

In the District Court, the appellants argued that s. 19(1)(b)(ix) of the Act was loosely worded so as to delegate to a doctor, rather than a judge, the decision as to whether a child is in need of protection. Whealy Dist. Ct. J. disagreed and noted specifically the way in which the section was interpreted by the judge at first instance: Main Prov. Ct. J. placed the civil onus on the state and only granted a restricted order; he also allowed a delay so that the appellants could present medical evidence.

With respect to s. 2(a) of the *Charter*, Whealy Dist. Ct. J. held that the Act, which originated from a statute first adopted in 1927, was not aimed at Jehovah's Witnesses since they have only refused blood transfusions on grounds of religious principles since 1945. On that basis and relying on case law, he concluded that the purpose of the legislation did not infringe s. 2(a) of the *Charter*.

With respect to s. 7 of the *Charter*, Whealy Dist. Ct. J. decided the following:

When an infant, totally incapable of making any decision, is in a life threatening situation and the appropriate treatment is denied or refused by its parents, it cannot be said that any potential protection as given under section 7 for the family unit can be invoked against the right of the infant to live. Section 7 addresses itself also to "the principles of fundamental justice". It can hardly be said

deau et que l'intervention de l'État dans la famille était [TRADUCTION] «absolument essentielle» (p. 77). Il ajoute ceci, à la p. 78:

[TRADUCTION] Je crois fermement que la cour n'est pas tenue d'attendre que la situation en vienne au point où les parents souhaitent refuser à l'enfant toute assistance médicale, comme on l'a soumis.

Le juge Main a également exprimé le souhait que les appelants soient autorisés à demander une seconde opinion avant la transfusion et l'examen des yeux.

Cour de district de l'Ontario

Devant la Cour de district, les appelants ont fait valoir que le sous-al. 19(1)(b)(ix) de la Loi était rédigé en des termes généraux de façon à déléguer à un médecin, plutôt qu'à un juge, la tâche de décider si l'enfant a besoin de protection. Écartant cet argument, le juge Whealy a souligné précisément la façon dont le juge de première instance avait interprété cette disposition: le juge Main de la Cour provinciale a imposé le fardeau civil à l'État et n'a accordé qu'une ordonnance limitée; il a également accordé un délai afin de permettre aux appelants de soumettre une preuve médicale.

52

En ce qui concerne l'al. 2a) de la *Charte*, le juge Whealy a conclu que la Loi, qui émanait d'un texte de loi adopté pour la première fois en 1927, ne visait pas les témoins de Jéhovah puisque ce n'est que depuis 1945 qu'ils refusent les transfusions sanguines pour des raisons de principes religieux. Pour ce motif et se fondant sur la jurisprudence, il a conclu que l'objet de la Loi ne violait pas l'al. 2a) de la *Charte*.

53

Quant à l'art. 7 de la *Charte*, le juge Whealy décide ceci:

[TRADUCTION] Lorsque la vie d'un enfant en bas âge, totalement incapable de prendre une décision, est en danger, et que ses parents refusent qu'on lui administre le traitement indiqué, on ne saurait dire que toute protection susceptible d'être accordée à la cellule familiale par l'article 7 peut être opposée au droit de vivre de l'enfant. L'article 7 mentionne également les «principes de

54

that the principles of fundamental justice could be invoked to deny a child a chance to live.

It is worth noting as well that the rights set out in section 7 are conditional and not absolute. The rights therein set out can be interfered with if done in accordance with the principles of fundamental justice. The scheme of the *Child Welfare Act*, in my view, meets all the tests of fundamental justice, including a fair hearing before an impartial judicial tribunal.

55 Whealy Dist. Ct. J. examined whether there was sufficient evidence before the trial judge to support the wardship order and held that Main Prov. Ct. J. "viewed it with appropriate care and caution, and that he applied the appropriate onus in making his decision".

56 Whealy Dist. Ct. J. also had to decide whether the evidence presented before him altered his conclusion. He heard evidence from Dr. Morin, who defended his 1983 diagnosis of glaucoma, and from Dr. McCormick, who believed there had been no urgent need for an eye examination. Whealy Dist. Ct. J. relied on the evidence of Dr. Morin, since four other doctors had agreed with his diagnosis of probable congenital glaucoma, and because he believed Dr. McCormick's suspicion was without foundation. He also heard from anaesthesiologists and haematologists on the issue of whether a transfusion was necessary to undertake the surgery. He preferred the evidence of the respondents' witnesses that anaesthetic could not safely be administered without a transfusion, to that of Dr. Furman to the effect that general anaesthetic could have safely been administered without a transfusion by the use of haemo-dilution. The appellants presented evidence to show that there were inherent risks involved in using blood transfusions in the non-surgical treatment of Sheena, and that alternative treatments could have been used. However, Whealy Dist. Ct. J. accepted the evidence of Dr. Andrew-O'Brodovich that a transfusion was necessary given the risks of administering a general anaesthetic to a child with such a low haemoglobin level, and the evidence of Dr. Sinclair that, in the circumstances, no alternative to blood transfusions would have raised the

justice fondamentale». On ne saurait guère soutenir qu'il est possible de les invoquer pour refuser à un enfant la chance de vivre.

Il vaut également la peine de souligner que les droits énoncés à l'article 7 sont conditionnels et non absolus. Il peut y être porté atteinte conformément aux principes de justice fondamentale. L'économie de la *Child Welfare Act* satisfait, selon moi, à tous les critères de justice fondamentale, dont le droit à un procès équitable devant une cour de justice impartiale.

Le juge Whealy s'est demandé si le juge de première instance disposait d'une preuve suffisante pour justifier l'ordonnance de tutelle, et il a conclu que le juge Main [TRADUCTION] «a considéré [la preuve] avec tout le soin et la circonspection nécessaires, et qu'il a appliqué le fardeau approprié en prenant sa décision».

Le juge Whealy devait également déterminer si la preuve qui lui avait été soumise modifiait sa conclusion. Il a entendu le témoignage du Dr Morin, qui a défendu le diagnostic de glaucome qu'il avait posé en 1983, et celui du Dr McCormick qui était d'avis qu'il n'y avait eu aucun besoin urgent de procéder à un examen de la vue. Le juge Whealy s'est fondé sur le témoignage du Dr Morin, puisque quatre autres médecins avaient souscrit à son diagnostic de glaucome congénital probable, et parce qu'il croyait que les doutes du Dr McCormick étaient sans fondement. Il a également entendu des anesthésistes et des hématologistes sur la question de savoir s'il était nécessaire de procéder à une transfusion au cours de la chirurgie. Il a préféré les propos des témoins des intimés, selon lesquels l'anesthésie ne pouvait être pratiquée sans danger en l'absence d'une transfusion, au témoignage du Dr Furman, selon lequel une anesthésie générale aurait pu être pratiquée de façon sécuritaire sans transfusion au moyen de l'hémodylution. Par la preuve qu'ils ont soumise, les appelants ont tenté de démontrer que le recours à des transfusions sanguines dans le traitement non chirurgical de Sheena comportait des risques inhérents et que l'on aurait pu recourir à d'autres traitements. Cependant, le juge Whealy a accepté le témoignage du Dr Andrew-O'Brodovich suivant lequel une transfusion était nécessaire étant donné les risques que comporte une anesthésie générale

haemoglobin level as required. He also relied on Dr. Sinclair's opinion that a transfusion in these circumstances represented a medically accepted standard of practice. Dr. Scherz testified that alternatives to blood transfusion would have been appropriate in the circumstances. Whealy Dist. Ct. J. disregarded the evidence on the basis that it did not address the issue of oxygen-carrying capacity in the red blood cells while under general anaesthetic in an infant with Sheena's problems. He did not take into account the opinion of Dr. Spence that blood transfusions were often unnecessary since he found Dr. Spence's work to be "on the cutting edge of new medical therapy rather than in the main body of the medical profession".

On the issue of costs, Whealy Dist. Ct. J. stated:

As to costs, it is my view, because the Court of Appeal regarded this case as an opportunity to have a test case, because the Attorney General and the Official Guardian have intervened and fully participated before the Court of Appeal and before me, and because in order to consider all of this highly technical material, both counsel and I required daily transcripts, that this is an appropriate case to order costs to be paid by the Attorney General of this province.

However, he gave the parties the opportunity to present further submissions before making a final order. In an addendum to his reasons, Whealy Dist. Ct. J. awarded costs against the Attorney General of Ontario, given that the case had "proceeded in a most unusual fashion and laborious manner for all concerned, and I am not aware of any case where a first level appeal from a decision of a trial judge has gone this circuitous route and ended up with the appeal being transformed into what amounts to a re-trial on fresh evidence".

pour un enfant dont le taux d'hémoglobine est si bas, ainsi que le témoignage du D^r Sinclair selon lequel, dans les circonstances, seule une transfusion sanguine aurait permis d'élever le taux d'hémoglobine au niveau requis. Il s'est également appuyé sur l'opinion du D^r Sinclair suivant laquelle une transfusion représentait, dans ces circonstances, une norme de pratique médicale acceptée. Le D^r Scherz a témoigné que d'autres solutions auraient convenu dans les circonstances. Le juge Whealy n'a pas tenu compte de ce témoignage pour le motif qu'il n'abordait pas la question de la capacité oxyphorique des globules rouges au moment où un enfant qui a les problèmes de Sheena est sous anesthésie générale. Il n'a pas tenu compte de l'opinion du D^r Spence, selon laquelle les transfusions sanguines étaient souvent inutiles, puisqu'il a conclu que les travaux du D^r Spence se situent [TRADUCTION] «à l'avant-garde des nouvelles thérapies médicales et non dans le courant principal de la profession médicale».

Sur la question des dépens, le juge Whealy affirme ceci:

[TRADUCTION] En ce qui concerne les dépens, je suis d'avis qu'il convient, en l'espèce, de condamner aux dépens le procureur général de notre province, étant donné que la Cour d'appel a estimé que la présente affaire pourrait être un cas type, que le Procureur général et le tuteur public sont intervenus et ont participé pleinement en Cour d'appel et devant moi, et que, pour considérer tous ces documents fort techniques, les deux avocats et moi-même avons dû recourir à des transcriptions quotidiennes.

Il a toutefois donné aux parties la possibilité de soumettre d'autres arguments avant de rendre une ordonnance définitive. Dans un addenda à ses motifs, le juge Whealy a condamné aux dépens le procureur général de l'Ontario pour le motif que l'affaire [TRADUCTION] «s'est déroulée de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés, et je ne suis au courant d'aucune affaire où l'appel de premier niveau interjeté à l'encontre d'une décision d'un juge de première instance a emprunté ce détour pour finir par se transformer en ce qui équivaut à un nouveau procès fondé sur une nouvelle preuve».

57

58

Court of Appeal (1992), 10 O.R. (3d) 321

59 Tarnopolsky J.A., speaking for the majority of the Court of Appeal, did not disrupt the findings of the District Court judge regarding the need for the eye surgery performed by Dr. Morin, the need for a blood transfusion in conjunction with the anaesthetic used in the eye surgery, or the need for a blood transfusion in the non-surgical treatment of Sheena. With respect to s. 7 of the *Charter*, Tarnopolsky J.A. followed the approach adopted by this Court in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, and held that assuming an interference with the parents' liberty interest, the legislation did not violate the principles of fundamental justice. In particular, he found that s. 19(1)(b)(ix) of the Act did not delegate to the doctor the decision whether a child was in need of protection. The definition in s. 19(1)(b)(ix), he noted, was qualified by two distinct requirements, only one of which had to be met to warrant intervention: "The first is that the parents have acted contrary to the recommendations of a medical practitioner. The second is that the treatment is 'necessary for the child's health and well-being'" (pp. 335-36). The trier of fact, therefore, ultimately determined whether the child was in need of protection.

60 The appellants complained of the lack of disclosure at the summary protection hearing, in particular of the fact that Dr. Perlman did not disclose a contrary view he had received, on consultation, with respect to congestive heart failure. Tarnopolsky J.A. found that this shortfall "was not so significant that it denied the appellants a fair hearing" (p. 344). As for other procedural complaints, he was of the view that these did not deprive the appellants of their liberty in a manner contrary to the principles of fundamental justice either. He stated, at pp. 345-46:

In my view, the respondents are correct that the procedures outlined in s. 28 of the *Child Welfare Act* ensure

Cour d'appel (1992), 10 O.R. (3d) 321

S'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, le juge Tarnopolsky n'a pas modifié les conclusions du juge de la Cour de district relativement à la nécessité pour le Dr Morin d'effectuer une chirurgie oculaire, à la nécessité de procéder à une transfusion sanguine parallèlement à l'anesthésie pratiquée au cours de la chirurgie oculaire, ou à la nécessité de recourir à une transfusion sanguine dans le traitement non chirurgical de Sheena. Quant à l'art. 7 de la *Charte*, le juge Tarnopolsky a suivi la méthode adoptée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, pour conclure qu'à supposer qu'il y ait eu entrave au droit à la liberté des parents, la loi en cause ne violait pas les principes de justice fondamentale. En particulier, il a conclu que le sous-al. 19(1)(b)(ix) de la Loi ne déléguait pas au médecin la tâche de décider si un enfant avait besoin de protection. La définition énoncée au sous-al. 19(1)(b)(ix), a-t-il souligné, était tempérée par deux exigences distinctes, dont une seule devait être remplie pour justifier l'intervention: [TRADUCTION] «La première est que les parents aient agi contrairement aux recommandations d'un médecin. La seconde est que le traitement soit «nécessaire pour la santé et le bien-être de l'enfant»» (pp. 335 et 336). Le juge des faits a donc finalement décidé si l'enfant avait besoin de protection.

Les appelants se sont plaint de l'absence de communication de la preuve lors de l'instance sommaire portant sur la protection de l'enfant, et, en particulier, du fait que le Dr Perlman n'a pas divulgué l'opinion contraire qu'il avait reçue, lors d'une consultation, relativement à l'insuffisance cardiaque globale. Le juge Tarnopolsky a conclu que cette lacune [TRADUCTION] «n'était pas grave au point de nier aux appelants une audition équitable» (p. 344). Quant aux autres plaintes en matière de procédure, il s'est dit d'avis que leur objet n'avait pas non plus privé les appelants de leur liberté d'une manière contraire aux principes de justice fondamentale. Il dit ceci, aux pp. 345 et 346:

[TRADUCTION] À mon avis, les intimés ont raison d'affirmer que les procédures énoncées à l'art. 28 de la

that the interests of the parents are given full judicial protection. Pursuant to that provision, witnesses were summoned at the initial hearing on July 31, 1983, to give evidence and produce records. The parents were notified of the hearing, although not until the day on which it was held. The parents were represented by counsel and they, too, gave evidence. Their counsel, who is extensively experienced in issues of this kind, was permitted to cross-examine all of the witnesses called by the C.A.S. As well, there was no suggestion that the judge hearing the application was in any way biased. In light of the dire need for preventive action, which was revealed by the evidence presented at the hearing, it is my opinion that the hearing was conducted in accordance with the principles of fundamental justice.

Tarnopolsky J.A. then considered whether the impugned sections of the Act violated s. 2(a) of the *Charter*. He agreed with the District Court judge that the purpose of the Act did not violate s. 2(a). However, he stated that the legislation had the effect of restraining the appellants from manifesting their religious views by controlling the treatment provided to Sheena. While he acknowledged that the right of the appellants to choose medical treatment for their infant in accordance with their religious beliefs was protected under s. 2(a) of the *Charter*, he added that it was so only so long as it did not impede the vital and overriding state interest in the life and health of a child. He was of the view that any limitations on freedom of religion were best addressed under s. 1 of the *Charter*. After reviewing the four branches of the s. 1 test, set out recently in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, he decided that a violation of s. 2(a) would be saved by s. 1. He held that the connection between the means used in this case and the objective of the *Child Welfare Act* was obvious. He also stated, at p. 353:

In my opinion, where a blood transfusion may be necessary to save the life of a child or to protect it from a serious handicap, it is difficult to imagine a means of ensuring that treatment is provided once the actual necessity arises, which is a less restrictive means than that employed in this case. The appellants' rights were only impeded once a court came to the conclusion that the exercise of those rights would endanger the health of the child.

Child Welfare Act garantissent que les droits des parents jouissent d'une pleine protection judiciaire. Conformément à cette disposition, des témoins ont été appelés, à l'audition initiale du 31 juillet 1983, pour témoigner et produire des dossiers. Les parents ont été avisés de l'audition, quoique le jour même seulement. Ils étaient représentés par un avocat et ont eux aussi témoigné. Leur avocat, très expérimenté dans ce domaine, a été autorisé à contre-interroger tous les témoins appelés par la C.A.S. En outre, on n'a pas donné à entendre que le juge saisi de la demande était de quelque façon impartial. Compte tenu de la nécessité extrême, établie par la preuve soumise à l'audition, d'une action préventive, je suis d'avis que l'audition s'est déroulée conformément aux principes de justice fondamentale.

Le juge Tarnopolsky s'est ensuite demandé si les dispositions contestées de la Loi violaient l'al. 2a) de la *Charte*. Il a convenu avec le juge de la Cour de district que l'objet de la Loi ne violait pas l'al. 2a). Toutefois, il a indiqué que la mesure législative avait pour effet d'empêcher les appelants de manifester leurs croyances religieuses en contrôlant le traitement administré à Sheena. Même s'il a reconnu que l'al. 2a) de la *Charte* protégeait le droit des appelants de choisir pour leur enfant un traitement médical conforme à leurs croyances religieuses, il a ajouté qu'il n'en était ainsi que si ce droit n'entravait pas l'intérêt vital et primordial qu'a l'État dans la vie et la santé d'un enfant. Il s'est dit d'avis que toute restriction de la liberté de religion était mieux abordée dans le cadre de l'article premier de la *Charte*. Après avoir examiné les quatre volets du critère de l'article premier, formulés récemment dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, il a décidé qu'une violation de l'al. 2a) serait sauvegardée par l'article premier. Il a conclu que le lien entre les moyens utilisés en l'espèce et l'objectif de la *Child Welfare Act* était évident. Il dit également ceci, à la p. 353:

[TRADUCTION] À mon sens, lorsqu'une transfusion sanguine peut se révéler nécessaire pour sauver la vie d'un enfant ou pour le protéger d'un handicap grave, on peut difficilement imaginer un moyen de garantir que l'on administrera, lorsque le besoin se fera sentir, un traitement moins restrictif que celui utilisé dans la présente affaire. Les droits des appelants n'ont été enfreints que lorsqu'un tribunal a conclu que leur exercice compromettrait la vie de l'enfant.

62 On the issue of costs raised in the cross-appeal, Tarnopolsky J.A. acknowledged the peculiarity of the order, but stated that there was no compelling reason to interfere with the discretionary power of the court below.

63 Goodman J.A. agreed with the reasoning of Tarnopolsky J.A. and simply commented on the award of costs made by the District Court judge. Houlden J.A. also concurred with the reasons of the majority on the main appeal. He expressed the view that even if the appellants had been successful in their appeal, they would not have been entitled to the declaratory relief they were seeking, as it intruded on the legislative function. In any event, the Act had been amended without incorporating the guidelines proposed by the appellants. However, Houlden J.A. dissented on the issue of costs because, in his view, Whealy Dist. Ct. J.'s order would create a dangerous precedent.

Issues

64 The following constitutional questions were set by the Chief Justice:

1. Does the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1)(b)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), deny parents a right to choose medical treatment for their infants, contrary to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 19(1)(b)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
3. Does the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1)(b)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), infringe the appellants' free-

Quant à la question des dépens soulevée lors de l'appel incident, le juge Tarnopolsky a reconnu la singularité de l'ordonnance, mais il a déclaré qu'il n'y avait aucune raison sérieuse de s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire du tribunal d'instance inférieure.

Le juge Goodman a souscrit au raisonnement du juge Tarnopolsky et a simplement commenté l'attribution de dépens par le juge de la Cour de district. Le juge Houlden a lui aussi souscrit aux motifs de la majorité quant à l'appel principal. Il s'est dit d'avis que, même si leur appel avait été couronné de succès, les appelants n'auraient pas eu droit au jugement déclaratoire sollicité puisqu'il empiétait sur la fonction législative. Quoi qu'il en soit, la Loi a été modifiée sans qu'y soient incorporées les directives proposées par les appelants. Par ailleurs, le juge Houlden était en désaccord sur la question des dépens parce qu'à son avis l'ordonnance du juge Whealy créait un dangereux précédent.

Les questions en litige

Le Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles suivantes:

1. La *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sous-al. 19(1)b(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12), privent-ils les parents du droit de choisir un traitement médical pour leurs enfants en bas âge, contrairement à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le sous-al. 19(1)b(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sont-ils justifiés en tant que limites raisonnables par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
3. La *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sous-al. 19(1)b(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et

dom of religion as guaranteed under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If the answer to question 3 is in the affirmative, is s. 19(1)(b)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The issue raised in the respondent's cross-appeal was whether the District Court erred in making its award of costs against the Attorney General of Ontario.

The Court rendered judgment from the bench on March 17, 1994. It dismissed the appeal and answered the first constitutional question in the negative. Question 2 does not, therefore, arise. The Court, however, reserved decision, reasons to follow, as regards whether it was under question 3 or question 4 that the legislation was constitutionally valid. Decision was also reserved on the cross-appeal.

Analysis

I shall first deal with the constitutional questions raised in the main appeal. I shall then briefly address the issue of costs raised in the cross-appeal.

Appeal: Constitutional Questions

In addition to the constitutional issues, the appellants raised certain questions of fact. As these were amply addressed by the courts below, there is no need to discuss them at length. While the appellants were, at the time of the initial wardship hearing and review, unable to adduce their own evidence and call their own experts owing to the summary nature of the proceedings, the frailty in the factual record was remedied by the admission of fresh evidence before the District Court. The appellants contended, however, that conflicting medical evidence was presented, and that Whealy

(12), portent-ils atteinte à la liberté de religion que garantit aux appelants l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le sous-al. 19(1)b)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sont-ils justifiés en tant que limites raisonnables par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

La question que l'intimée a soulevée, dans le pourvoi incident, était de savoir si la Cour de district avait commis une erreur en condamnant aux dépens le procureur général de l'Ontario.

Notre Cour a rendu jugement à l'audience le 17 mars 1994. Elle a rejeté le pourvoi et répondu par la négative à la première question constitutionnelle. La seconde question ne se pose donc pas. Notre Cour a toutefois mis sa décision en délibéré, avec motifs à suivre, quant à savoir si c'est relativement à la troisième ou à la quatrième question que la mesure législative était constitutionnelle. La décision a également été mise en délibéré relativement au pourvoi incident.

Analyse

Je me pencherai d'abord sur les questions constitutionnelles soulevées dans le pourvoi principal. J'aborderai ensuite brièvement la question des dépens soulevée dans le pourvoi incident.

Pourvoi: Questions constitutionnelles

Outre les questions constitutionnelles, les appelants ont soulevé certaines questions de fait. Comme celles-ci ont été analysées abondamment par les tribunaux d'instance inférieure, il n'est pas nécessaire de s'y attarder. Bien que les appelants n'aient pas été en mesure, à l'époque de l'instance initiale portant sur la tutelle et la révision, de présenter leur propre preuve et d'appeler leurs propres experts en raison de la nature sommaire des procédures, il a été remédié à la faiblesse du dossier factuel par l'admission de nouveaux éléments de preuve devant la Cour de district. Les appelants

65

66

67

68

Dist. Ct. J. should have deferred to their opinion regarding the necessity of a blood transfusion to assist with the anaesthetic while performing the eye surgery, as there was no right or wrong answer and a court of law was ill-placed to substitute its decision for that of the parents.

ont toutefois soutenu qu'une preuve médicale contradictoire avait été présentée et que le juge Whealy aurait dû s'en remettre à leur opinion concernant la nécessité d'assortir l'anesthésie d'une transfusion sanguine pendant la chirurgie oculaire, puisqu'il n'y avait aucune bonne ou mauvaise réponse et qu'une cour de justice était mal placée pour substituer sa décision à celle des parents.

69 Whealy Dist. Ct. J. almost uniformly preferred the evidence of the respondents' witnesses to that of the appellants', as the latter did not accord with the accepted medical practice of the time. He did so after a careful examination of the position of each witness, and in every case clearly stated persuasive reasons for preferring the testimony of one witness over another. Far from substituting his decision for that of the parents, Whealy Dist. Ct. J. simply performed his duty under the law, namely appraising the weight and credibility of the competing testimony. Whealy Dist. Ct. J.'s findings of fact were upheld by the Court of Appeal, after a careful review of all the evidence. The appellants have not demonstrated any compelling grounds for disturbing these findings.

Le juge Whealy a presque constamment préféré les opinions des témoins des intimés à celles des appelants, du fait que ces dernières n'étaient pas compatibles avec la pratique médicale acceptée à l'époque. Il en a décidé ainsi après avoir examiné soigneusement la position de chaque témoin, et, dans chaque cas, il a exposé clairement des motifs convaincants de préférer le témoignage d'un témoin à celui d'un autre. Loin de substituer sa décision à celle des parents, le juge Whealy s'est simplement acquitté de la tâche, qui lui incombait en droit, d'évaluer le poids et la crédibilité des témoignages opposés. Après avoir examiné attentivement l'ensemble de la preuve, la Cour d'appel a maintenu les conclusions de fait du juge Whealy. Les appelants n'ont fourni aucune raison sérieuse de modifier ces conclusions.

Section 7 of the Charter

L'article 7 de la Charte

70 Turning now to s. 7 of the *Charter*, the appellants argued that the right to choose medical treatment for their infant is a liberty interest protected under s. 7 of the *Charter*, and that the infringement of that interest in the present case did not conform with the principles of fundamental justice. Whealy Dist. Ct. J., we saw, dismissed the contentions of the appellants, and the Court of Appeal simply stated that even on the assumption that s. 7 of the *Charter* afforded some protection to the interest claimed by the appellants, any infringement of their liberty was done in accordance with the principles of fundamental justice.

En ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte*, les appelants ont soutenu que le droit de choisir un traitement médical pour leur enfant relève du droit à la liberté que garantit cet article et que l'atteinte à ce droit en l'espèce n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale. Le juge Whealy, nous l'avons vu, a rejeté les prétentions des appelants et la Cour d'appel a simplement affirmé que, même si l'on présuait que l'art. 7 de la *Charte* offre une certaine protection au droit invoqué par les appelants, toute atteinte qu'il pouvait y avoir eu à leur liberté était conforme aux principes de justice fondamentale.

Section 7 of the Charter and Parental Liberty

L'article 7 de la Charte et la liberté parentale

71 Although I am of the view that the principles of fundamental justice have been complied with in the present case, I nonetheless propose to comment on the scope of the protection afforded by the

Bien que je sois d'avis que les principes de justice fondamentale ont été respectés dans la présente affaire, j'entends néanmoins faire des commentaires sur la portée de la protection offerte par

Charter as it relates to the right of parents to choose medical treatment for their infant. This Court has, on many occasions, stated that the principles of fundamental justice vary according to the context; see *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869. An examination of the scope of the liberty interest appears warranted, since its formulation may affect the determination of the principles of fundamental justice. I also note that while this case can be disposed of solely on the issue of the right of parents to choose medical treatment for their infant, it is not without consequence for child protection as a whole. Intervention may well be compelling here, but this appeal raises the more general question of the right of parents to rear their children without undue interference by the state.

The appellants claim that parents have the right to choose medical treatment for their infant, relying for this contention on s. 7 of the *Charter*, and more precisely on the liberty interest. They assert that the right enures in the family as an entity, basing this argument on statements made by American courts in the definition of liberty under their Constitution. While, as I will indicate, American experience may be useful in defining the scope of the liberty interest protected under our Constitution, I agree that s. 7 of the *Charter* does not afford protection to the integrity of the family unit as such. The Canadian *Charter*, and s. 7 in particular, protects individuals. It is the individual's right to liberty under the *Charter* with which we are here concerned. The concept of the integrity of the family unit is itself premised, at least in part, on that of parental liberty. N. Bala and J. D. Redfearn, "Family Law and the 'Liberty Interest': Section 7 of the Canadian Charter of Rights" (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 274, note that a general discussion of the "family unit" often obscures two separate interests, at p. 281:

It is, however, possible to distinguish at least two different, yet interrelated interests. One is familial integrity — an interest in upholding the family as an autonomous,

la *Charte* dans la mesure où elle a trait au droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant. Notre Cour a, à maintes reprises, déclaré que les principes de justice fondamentale varient selon le contexte; voir *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869. Une analyse de la portée du droit à la liberté paraît justifiée puisque sa formulation peut influencer sur la détermination des principes de justice fondamentale. Je remarque également que, bien que la présente affaire puisse être tranchée uniquement sur la question du droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant, elle n'est pas sans conséquence pour la protection générale de l'enfant. Une intervention pourrait bien s'imposer ici, mais le présent pourvoi soulève la question plus générale du droit des parents d'éduquer leurs enfants sans ingérence indue de la part de l'État.

Les appelants prétendent que les parents ont le droit de choisir un traitement médical pour leur enfant, invoquant à l'appui de cette prétention l'art. 7 de la *Charte* et, plus précisément, le droit à la liberté. Ils soutiennent que ce droit s'applique à la famille en tant qu'entité, fondant leur argument sur les affirmations qu'ont faites les tribunaux américains pour définir la liberté sous le régime de leur Constitution. Bien que, comme je vais l'indiquer, l'expérience américaine puisse être utile pour définir la portée du droit à la liberté garanti par notre Constitution, je conviens que l'art. 7 de la *Charte* ne protège pas l'intégrité de la cellule familiale comme telle. La *Charte* canadienne et, en particulier, son art. 7 protègent les individus. Ce dont il est question ici, c'est du droit à la liberté que la *Charte* garantit à l'individu. Le concept de l'intégrité de la cellule familiale repose lui-même, du moins en partie, sur celui de la liberté parentale. Dans «Family Law and the «Liberty Interest»: Section 7 of the Canadian Charter of Rights» (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 274, à la p. 281, N. Bala et J. D. Redfearn font observer qu'une analyse générale de la «cellule familiale» éclipse fréquemment deux droits distincts:

[TRADUCTION] Il est toutefois possible de distinguer au moins deux droits qui, quoique étroitement liés, diffèrent. L'un est l'intégrité familiale — le droit de mainte-

independent unit in society. The other is parental authority — a *parental* right to enjoy family life and control various aspects of a child's life, free from unnecessary outside interference. [Emphasis in original.]

nir l'autonomie et l'indépendance de la famille dans la société. L'autre est l'autorité parentale — le droit *parental* de jouir de la vie familiale et de contrôler divers aspects de la vie de l'enfant, en l'absence de toute ingérence extérieure inutile. [En italique dans l'original.]

73

The term "liberty" has yet to be authoritatively defined in this Court, although comments have been made on both ends of the spectrum. In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, Wilson J., speaking for Dickson C.J., Lamer J. (as he then was) as well, noted that it was incumbent upon the Court to define "liberty", and conceded that the concept was susceptible of a broad range of meanings. Although she did not venture to define the scope of the liberty interest protected under s. 7 of the *Charter*, she cited the following dictum of Stewart J. in *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), at p. 572, as an example of the liberal interpretation the United States Supreme Court has given to the Fourteenth Amendment, at p. 205:

Notre Cour n'a pas encore défini péremptoirement le terme «liberté», bien que des commentaires aient été faits aux deux extrémités du spectre. Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, le juge Wilson a souligné, au nom du juge en chef Dickson et du juge Lamer (maintenant Juge en chef), qu'il incombe à la Cour de définir le terme «liberté», puis elle a admis que le concept était susceptible d'avoir plusieurs acceptions. Bien qu'elle n'ait pas entrepris de définir la portée du droit à la liberté garanti à l'art. 7 de la *Charte*, elle cite, à la p. 205, l'opinion incidente suivante que le juge Stewart a exprimée dans *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), à la p. 572, pour illustrer l'interprétation libérale que la Cour suprême des États-Unis a donnée au Quatorzième amendement:

"While this Court has not attempted to define with exactness the liberty . . . guaranteed (by the Fourteenth Amendment), the term has received much consideration and some of the included things have been definitely stated. Without doubt, it denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized . . . as essential to the orderly pursuit of happiness by free men." *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399. In a Constitution for a free people, there can be no doubt that the meaning of "liberty" must be broad indeed. See, e.g., *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 499-500; *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645.

[TRADUCTION] «Même si cette Cour n'a pas tenté de définir avec exactitude la liberté . . . garantie (par le Quatorzième amendement), ce terme a souvent été examiné et certains des éléments qui y sont compris ont été précisés de façon définitive. Ce terme s'entend sans aucun doute non seulement de l'absence de contrainte physique mais également du droit des particuliers de contracter, de vaquer aux occupations ordinaires de la vie, d'acquérir des connaissances utiles, de se marier, de fonder un foyer et d'élever des enfants, d'adorer Dieu selon sa conscience et, en général, de jouir des privilèges reconnus depuis longtemps . . . comme étant essentiels à la poursuite du bonheur par les hommes libres.» *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399. Dans la Constitution d'un peuple libre, il ne fait aucun doute que le terme «liberté» doit avoir un sens large. Voir, par exemple, *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 499 et 500; *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645.

74

In *R. v. Jones*, *supra*, speaking alone in dissent, Wilson J. gave a broad formulation of the concept of liberty. She stated, at p. 318:

Dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité, le juge Wilson, seule dissidente, formule en des termes généraux le concept de liberté. Elle affirme ceci, à la p. 318:

I believe that the framers of the Constitution in guaranteeing "liberty" as a fundamental value in a free and democratic society had in mind the freedom of the individual to develop and realize his potential to the full, to

Je crois que les rédacteurs de la Constitution en garantissant la «liberté» en tant que valeur fondamentale d'une société libre et démocratique, avaient à l'esprit la liberté pour l'individu de se développer et de réaliser

plan his own life to suit his own character, to make his own choices for good or ill, to be non-conformist, idiosyncratic and even eccentric — to be, in to-day's parlance, "his own person" and accountable as such. John Stuart Mill described it as "pursuing our own good in our own way". This, he believed, we should be free to do "so long as we do not attempt to deprive others of theirs or impede their efforts to obtain it".

While she was of the view that s. 7 protected the right of parents to bring up and educate their children according to their conscientious beliefs, Wilson J. acknowledged that this freedom was not "untrammelled". Some limits could be placed on the interest, as "liberty" did not imply the right to bring up and educate one's children "as one sees fit".

On the other hand, Lamer J., speaking for himself alone in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, rejected the line of American cases pertaining to contractual liberty, noting that such an extension of the liberty interest had also been subject to criticism in the United States. The text of the Canadian *Charter* — which does not mention "property" — and the context of its adoption were sufficiently different to mandate a distinct interpretation. According to him, s. 7, which appears in the *Charter* under the heading "Legal Rights", had to be construed in light of the rights enunciated in ss. 8 to 14, which set out traditional criminal law guarantees. Further, the term "liberty" had to be read in conjunction with its modifier, the principles of fundamental justice. Thus, a restriction on liberty had to occur as a result of an interaction with the justice system. Lamer J. appeared to limit "liberty" to its physical dimension, though he would appear to give the expression "security of the person" a somewhat broader ambit. He summarized his position as follows, at pp. 1177-78:

Put shortly, I am of the view that s. 7 is implicated when the state, by resorting to the justice system, restricts an individual's physical liberty in any circumstances. Section 7 is also implicated when the state restricts individuals' security of the person by interfering with, or

son potentiel au maximum, d'établir son propre plan de vie, en accord avec sa personnalité; de faire ses propres choix, pour le meilleur ou pour le pire, d'être non conformiste, original et même excentrique, d'être, en langage courant, «lui-même» et d'être responsable en tant que tel. John Stuart Mill décrit cela ainsi: [TRADUCTION] «rechercher notre propre bien, à notre façon». Nous devrions, pensait-il, être libre de le faire «dans la mesure où nous ne tentons pas de priver les autres du leur, ni d'entraver leurs efforts pour y parvenir».

Même si elle était d'avis que l'art. 7 garantissait aux parents le droit d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leurs croyances intimes, le juge Wilson a reconnu que cette liberté n'était pas «sans entrave». Certaines limites peuvent être imposées au droit puisque la «liberté» n'implique pas le droit d'élever et d'éduquer les enfants «comme on l'entend».

Par contre, 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 Lamer a, en son propre nom seulement, rejeté le courant de jurisprudence américaine portant sur la liberté contractuelle, en soulignant qu'une telle extension du droit à la liberté avait également fait l'objet de critiques aux États-Unis. Le texte de la *Charte* canadienne — qui ne fait pas mention du mot «bien» — et le contexte de son adoption étaient suffisamment différents pour commander une interprétation distincte. Selon lui, l'art. 7, qui figure dans la *Charte* sous la rubrique «Garanties juridiques», devait être interprété à la lumière des droits énoncés aux art. 8 à 14 qui énoncent les garanties traditionnelles en matière de droit criminel. En outre, le terme «liberté» devait être interprété en fonction de son déterminant, les principes de justice fondamentale. Ainsi, la restriction de la liberté devait être le résultat d'une interaction avec le système judiciaire. Le juge Lamer a semblé cantonner la «liberté» à sa dimension physique, tout en paraissant donner à l'expression «sécurité de la personne» une portée quelque peu plus large. Il résume ainsi sa position, aux pp. 1177 et 1178:

Bref, je suis d'avis que l'art. 7 entre en jeu lorsque l'État, en faisant appel au système judiciaire, restreint la liberté physique d'un individu dans quelque contexte que ce soit. L'article 7 entre également en jeu lorsque l'État restreint la sécurité de la personne en portant

removing from them, control over their physical or mental integrity. Finally, s. 7 is implicated when the state, either directly or through its agents, restricts certain privileges or liberties by using the threat of punishment in cases of non-compliance.

Although this may appear to be a limited reading of s. 7, it is my view that it is neither wise nor necessary to subsume all other rights in the *Charter* within s. 7. A full and generous interpretation of the *Charter* that extends the full benefit of its protection to individuals can be achieved without the incorporation of other rights and freedoms within s. 7. [Emphasis in original.]

76

Lamer J. added, however, that “[t]his is not to say that ‘liberty’ as a value underlying the *Charter* does not permeate the document in a broader, more general sense, especially as it relates to the maintenance of Canada as a ‘free and democratic society’” (p. 1179). In that case, Lamer J. was concerned with the narrower issue of “economic liberty” and the right to choose one’s profession. The case did not address an issue similar to that raised in the present appeal, where the interest claimed by the appellants is of a different nature altogether, and where the state does use the justice system to restrict it.

77

While I agree that ss. 8 to 14 are of value in interpreting s. 7 of the *Charter*, these are not the only sections to which one must turn for guidance. The interpretation of s. 7 is also informed by the other provisions of the *Charter*. Speaking for the Court in *R. v. Lyons, supra*, I put the matter as follows (at p. 326):

... the rights and freedoms protected by the *Charter* are not insular and discrete Rather, the *Charter* protects a complex of interacting values, each more or less fundamental to the free and democratic society that is Canada (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136), and the particularization of rights and freedoms contained in the *Charter* thus represents a somewhat artificial, if necessary and intrinsically worthwhile attempt to structure and focus the judicial exposition of such rights and freedoms. The necessity of structuring the discussion should not, however, lead us to overlook the importance of appreciating the manner in which the amplifica-

atteinte au contrôle que l’individu exerce sur son intégrité physique ou mentale et en supprimant ce contrôle. Enfin, l’art. 7 intervient lorsque l’État, directement ou par ses mandataires, restreint certains privilèges ou libertés par la menace de sanctions dans les cas de violation.

Bien que cela puisse paraître une lecture restrictive de l’art. 7, j’estime qu’il n’est ni sage ni nécessaire d’englober tous les autres droits de la *Charte* dans l’art. 7. On peut parvenir à une interprétation large et généreuse de la *Charte* qui accorde aux individus tout le bénéfice de sa protection sans incorporer d’autres droits et libertés à l’art. 7. [Souligné dans l’original.]

Le juge Lamer ajoute, toutefois, que «[c]ela ne veut pas dire que la «liberté» comme valeur sous-jacente à la *Charte* n’apparaît pas en filigrane partout dans le document dans un sens plus large et général, particulièrement dans la mesure où elle se rapporte au maintien au Canada d’une «société libre et démocratique»» (p. 1179). Dans cette affaire, le juge Lamer s’intéressait à la question plus restreinte de la «liberté économique» et du droit d’exercer la profession de son choix. L’affaire ne portait pas sur une question semblable à celle soulevée en l’espèce, où le droit qu’invoquent les appelants est de nature entièrement différente et où l’État a effectivement recours au système judiciaire pour le restreindre.

Bien que je convienne que les art. 8 à 14 soient utiles pour interpréter l’art. 7 de la *Charte*, ce ne sont pas là les seuls articles vers lesquels il faut se tourner pour se guider. L’interprétation de l’art. 7 tient également des autres dispositions de la *Charte*. Voici comment j’expose la question au nom de la Cour, dans l’arrêt *R. c. Lyons*, précité (à la p. 326):

... les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas séparés et distincts les uns des autres [. . .] Au contraire, la *Charte* sert à sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu’est le Canada (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136), et la spécification des droits et libertés dans la *Charte* représente en conséquence une tentative quelque peu artificielle, quoique nécessaire et intrinsèquement valable, de structurer et d’orienter l’expression judiciaire de ces mêmes droits et libertés. La nécessité d’une analyse structurée ne devrait toutefois

tion of the content of each enunciated right and freedom imbues and informs our understanding of the value structure sought to be protected by the *Charter* as a whole and, in particular, of the content of the other specific rights and freedoms it embodies.

One particular provision which affords a clue to what liberty means is s. 1 of the *Charter*, the general balancing provision. It is useful to recall its wording: the *Charter* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits as can be demonstrably justified in a free and democratic society. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Dickson C.J. stated the following (at p. 136):

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

The type of balance I have in mind was well expressed by Dickson J. (as he then was) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. In that case, Dickson J. gave a liberal interpretation of the word "freedom", albeit in the context of s. 2(a) of the *Charter* (at pp. 336-37):

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compul-

pas nous amener à perdre de vue l'importance que revêt la manière dont l'élargissement de la portée de chaque droit et liberté énoncé donne sens et forme à notre compréhension du système de valeurs que vise à protéger la *Charte* dans son ensemble et, en particulier, à notre compréhension de la portée des autres droits et libertés qu'elle garantit.

L'article premier de la *Charte*, qui est la disposition générale exigeant l'appréciation des intérêts en jeu, nous offre une indication de ce que la liberté signifie. Il est utile d'en rappeler le texte: la *Charte* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés, lesquels ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson s'exprime ainsi (à la p. 136):

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Le genre d'équilibre que j'ai à l'esprit a été bien exposé par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Dans cette affaire, le juge Dickson a donné une interprétation libérale au terme «liberté», quoique ce fut dans le contexte de l'al. 2a) de la *Charte* (aux pp. 336 et 337):

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans

sion or restraint. Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.

Although the English version of the *Charter* employs two different words, "freedom" and "liberty", both emanate from the same concept. In French, the term "*liberté*" is used in s. 2 as well as in s. 7.

80

The above-cited cases give us an important indication of the meaning of the concept of liberty. On the one hand, liberty does not mean unconstrained freedom; see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 (*per* Wilson J., at p. 524); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 (*per* Dickson C.J., at pp. 785-86). Freedom of the individual to do what he or she wishes must, in any organized society, be subjected to numerous constraints for the common good. The state undoubtedly has the right to impose many types of restraints on individual behaviour, and not all limitations will attract *Charter* scrutiny. On the other hand, liberty does not mean mere freedom from physical restraint. In a free and democratic society, the individual must be left room for personal autonomy to live his or her own life and to make decisions that are of fundamental personal importance. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, Wilson J. noted that the liberty interest was rooted in the fundamental concepts of human dignity, personal autonomy, privacy and choice in decisions going to the individual's fundamental being. She stated, at p. 166:

Thus, an aspect of the respect for human dignity on which the *Charter* is founded is the right to make funda-

des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

Malgré le fait que la version anglaise de la *Charte* utilise deux termes différents, soit «*freedom*» et «*liberty*», tous deux émanent du même concept. En français, le terme «*liberté*» est utilisé tant à l'art. 2 qu'à l'art. 7.

La jurisprudence précitée nous offre une indication importante de ce que signifie le concept de liberté. D'une part, la liberté n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte; voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486 (le juge Wilson, à la p. 524); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 (le juge en chef Dickson, aux pp. 785 et 786). La liberté de l'individu de faire ce qu'il entend doit, dans toute société organisée, être assujettie à de nombreuses contraintes au nom de l'intérêt commun. L'État a certes le droit d'imposer de nombreuses formes de restrictions au comportement individuel et ce ne sont pas toutes les restrictions qui feront l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. D'autre part, la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne. Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge Wilson a signalé que le droit à la liberté prenait racine dans les concepts fondamentaux de la dignité humaine, de l'autonomie personnelle, de la vie privée et du choix des décisions concernant l'être fondamental de l'individu. Elle affirme, à la p. 166:

Ainsi, un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la *Charte* est fondée est le droit de prendre des

mental personal decisions without interference from the state. This right is a critical component of the right to liberty. Liberty, as was noted in *Singh*, is a phrase capable of a broad range of meaning. In my view, this right, properly construed, grants the individual a degree of autonomy in making decisions of fundamental personal importance.

While I was in dissent in that case, I agree with this statement, and, indeed, I later observed in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 412, that I was sympathetic to the view that s. 7 of the *Charter* included a right to privacy. On this point, the American experience can give us valuable guidance as to the proper meaning and limits of liberty. The United States Supreme Court has given a liberal interpretation to the concept of liberty, as it relates to family matters. It has elevated both the notion of the integrity of the family unit and that of parental rights to the status of constitutional values, through its interpretation of the Fifth and Fourteenth Amendments. *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), and *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), are the two landmark cases most often cited. In the former, the Supreme Court invalidated a statute that purported to limit the teaching of foreign languages. Its decision was grounded, in part at least, on a finding that the statute interfered with the right of the parents to control the education of their children. In *Pierce v. Society of Sisters*, the Supreme Court declared unconstitutional a statute that required that children attend public schools. McReynolds J. stated, at pp. 534-35:

Under the doctrine of *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, we think it entirely plain that the Act of 1922 unreasonably interferes with the liberty of parents and guardians to direct the upbringing and education of children under their control. As often heretofore pointed out, rights guaranteed by the Constitution may not be abridged by legislation which has no reasonable relation to some purpose within the competency of the State. The fundamental theory of liberty upon which all governments in this Union repose excludes any general power of the State to standardize its children by forcing them to accept instruction from public teachers only. The child is not the mere creature of the State; those who nurture him and direct his destiny have the right,

décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté. La liberté, comme nous l'avons dit dans l'arrêt *Singh*, est un terme susceptible d'une acception fort large. À mon avis, ce droit, bien interprété, confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne.

Quoique je fus dissident dans cette affaire, je souscris à cet énoncé et, en réalité, j'ai subséquentement fait observer, dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 412, que j'étais sympathique à l'idée que l'art. 7 de la *Charte* protège un droit à la vie privée. À cet égard, l'expérience américaine peut nous être d'une aide précieuse quant à la bonne signification et aux limites de la liberté. La Cour suprême des États-Unis a donné une interprétation libérale au concept de la liberté en matière familiale. Elle a élevé la notion d'intégrité de la cellule familiale et des droits parentaux au rang de valeurs constitutionnelles grâce à son interprétation des Cinquième et Quatorzième amendements. Les deux arrêts marquants les plus fréquemment cités sont *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), et *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925). Dans le premier cas, la Cour suprême a invalidé une loi censée restreindre l'enseignement de langues étrangères. Sa décision était fondée, en partie du moins, sur la conclusion que la loi en cause empiétait sur le droit des parents de contrôler l'enseignement offert à leurs enfants. Dans l'arrêt *Pierce c. Society of Sisters*, la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelle une loi qui forçait les enfants à fréquenter les écoles publiques. Le juge McReynolds déclare ceci, aux pp. 534 et 535:

[TRADUCTION] Suivant le principe de l'arrêt *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390, il est, à notre avis, tout à fait clair que la Loi de 1922 empiète déraisonnablement sur la liberté des parents et tuteurs de diriger l'éducation des enfants dont ils ont la garde et l'enseignement qui leur est donné. Comme on l'a souvent signalé jusqu'à maintenant, les droits garantis par la Constitution ne peuvent être restreints par une loi qui n'a aucun lien raisonnable avec un objectif relevant de la compétence de l'État. La théorie fondamentale de la liberté sur laquelle s'appuient tous les gouvernements de l'Union exclut tout pouvoir général de l'État d'uniformiser ses enfants en les forçant à fréquenter les écoles publiques uniquement. L'enfant n'est pas la simple créature de l'État;

coupled with the high duty, to recognize and Oprepare him for additional obligations.

82

Those two cases have survived the *Lochner* era, a much criticized period in which the Supreme Court engaged in substantive review of many economic and social statutes. Despite the lack of unanimity on the formulation of liberty and the role of the courts in reviewing legislation, the dicta on liberty, in so far as family matters are concerned, have been consistently broad. In *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944), although the Court upheld a statute prohibiting child labour, Rutledge J. stated, for the Court (at p. 166): "It is cardinal with us that the custody, care and nurture of the child reside first in the parents, whose primary function and freedom include preparation for obligations the state can neither supply nor hinder." These cases have often been reaffirmed by the Supreme Court; see, for example, *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972), *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), and *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, *supra*. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), which echoed this broad conception of liberty, was again recently reaffirmed in *Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania v. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992).

83

Where to draw the line between interests and regulatory powers falling within the accepted ambit of state authority will often raise difficulty. But much on either side of the line is clear enough. On that basis, I would have thought it plain that the right to nurture a child, to care for its development, and to make decisions for it in fundamental matters such as medical care, are part of the liberty interest of a parent. As observed by Dickson J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, the *Charter* was not enacted in a vacuum or absent a historical context. The common law has long recognized that parents are in the best position to take care of their children and make all the decisions necessary to ensure their well-being. In *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606, our Court stated (at p. 607): "The view of the child's welfare conceives it to lie, first,

ceux qui l'élèvent et qui dirigent sa destinée ont le droit, de même que le devoir suprême, de le reconnaître et de le préparer à assumer des obligations supplémentaires.

Ces deux arrêts ont survécu à l'ère *Lochner*, une période fort critiquée au cours de laquelle la Cour suprême s'est engagée dans un examen au fond de nombreuses lois économiques et sociales. En dépit de l'absence d'unanimité sur la formulation de la liberté et le rôle des tribunaux dans la révision de mesures législatives, les opinions exprimées sur la liberté en matière familiale ont toujours été générales. Dans l'arrêt *Prince c. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944), bien que la Cour ait maintenu une loi prohibant le travail des enfants, le juge Rutledge a déclaré au nom de la Cour (à la p. 166): [TRADUCTION] «Il est essentiel pour nous que la garde, les soins et l'éducation de l'enfant appartiennent d'abord aux parents, qui ont notamment pour tâche et liberté principales de préparer l'enfant à assumer des obligations, préparation que l'État ne peut ni fournir ni empêcher.» Ces arrêts ont souvent été confirmés par la Cour suprême; voir, par exemple, *Stanley c. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972), *Wisconsin c. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), et *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, précité. L'arrêt *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), qui reprend cette conception libérale de la liberté, était encore confirmé récemment dans l'arrêt *Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania c. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992).

Il sera souvent difficile de tracer la ligne entre les intérêts et les pouvoirs de réglementation relevant de la portée reconnue de l'autorité de l'État. Mais de chaque côté de la ligne, beaucoup d'éléments sont suffisamment clairs. Pour cette raison, j'aurais cru qu'il serait évident que les droits d'éduquer un enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux, font partie du droit à la liberté d'un parent. Comme l'a fait remarquer le juge Dickson, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, la *Charte* n'a pas été adoptée sur une table rase ou en l'absence d'un contexte historique. La common law reconnaît depuis longtemps que les parents sont les mieux placés pour prendre soin de leurs enfants et pour prendre toutes les décisions néces-

within the warmth and security of the home provided by his parents". This recognition was based on the presumption that parents act in the best interest of their child. The Court did add, however, that "when through a failure, with or without parental fault, to furnish that protection, that welfare is threatened, the community, represented by the Sovereign, is, on the broadest social and national grounds, justified in displacing the parents and assuming their duties" (pp. 607-8). Although the philosophy underlying state intervention has changed over time, most contemporary statutes dealing with child protection matters, and in particular the Ontario Act, while focusing on the best interest of the child, favour minimal intervention. In recent years, courts have expressed some reluctance to interfere with parental rights, and state intervention has been tolerated only when necessity was demonstrated. This only serves to confirm that the parental interest in bringing up, nurturing and caring for a child, including medical care and moral upbringing, is an individual interest of fundamental importance to our society.

The respondents have argued that the "parental liberty" asserted by the appellants is an obligation owed to the child which does not fall within the scope of s. 7 of the *Charter*. Some decisions seem to give credit to this thesis. In *Re C.P.L.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287 (Nfld. U.F.C.), for example, a case similar to the present one, Riche J. observed, at p. 303:

The parents have individual rights which they hold as members of society. With respect to their children, they have obligations or responsibilities. The parents have a right to custody of their children while they are children and for as long as they discharge their obligations to those children. The parents maintain a right to attempt to raise their children in the same religious faith as their's [*sic*]. As between the parents and the children, the parents have few rights and many obligations.

saires à leur bien-être. Dans l'arrêt *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606, notre Cour affirme (à la p. 607): [TRADUCTION] «Selon ce point de vue, le bien-être de l'enfant repose d'abord dans la chaleur et la sécurité du foyer que lui fournissent ses parents.» Cette reconnaissance était fondée sur la présomption que les parents agissent dans l'intérêt de leur enfant. La Cour ajoute toutefois que [TRADUCTION] «si, en raison de l'omission de fournir cette protection, avec ou sans faute de la part des parents, ce bien-être est menacé, la collectivité, représentée par le Souverain, est, pour les motifs sociaux et nationaux les plus généraux, justifiée d'évincer les parents et d'assumer leurs obligations» (pp. 607 et 608). Bien que la philosophie qui sous-tend l'intervention de l'État ait évolué au fil des ans, la plupart des lois contemporaines en matière de protection des enfants et, en particulier, la Loi de l'Ontario, tout en mettant l'accent sur l'intérêt de l'enfant, favorisent une intervention minimale. Au cours des dernières années, les tribunaux ont fait preuve d'une certaine hésitation à s'immiscer dans les droits des parents et l'intervention de l'État n'a été tolérée que lorsqu'on en avait démontré la nécessité. Cela ne fait que confirmer que le droit des parents d'élever, d'éduquer et de prendre soin de l'enfant, notamment de lui procurer des soins médicaux et de lui offrir une éducation morale, est un droit individuel d'importance fondamentale dans notre société.

Les intimés ont soutenu que la «liberté parentale» invoquée par les appelants est une obligation due à l'enfant qui ne relève pas de l'art. 7 de la *Charte*. Certaines décisions semblent accrédi- ter cette thèse. Dans la décision *Re C.P.L.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287 (C.U.F.T.-N.), par exemple, une affaire semblable à celle dont nous sommes saisis, le juge Riche fait observer, à la p. 303:

[TRADUCTION] Les parents jouissent de droits individuels en tant que membres de la société. À l'égard de leurs enfants, ils ont des obligations et des responsabilités. Ils ont un droit de garde de leurs enfants tant que ceux-ci sont des enfants et aussi longtemps qu'ils s'acquittent de leurs obligations envers ceux-ci. Les parents conservent le droit de tenter d'élever leurs enfants dans la même religion que la leur. Dans la relation qu'ils ont avec leurs enfants, les parents ont peu de droits et de nombreuses obligations.

Riche J. concluded that the right of the child to parental care, rather than the rights of the parents, had been breached in a manner that did not conform to the principles of fundamental justice.

Le juge Riche a conclu que c'était le droit de l'enfant aux soins de ses parents, et non les droits des parents, qui avait été violé d'une manière qui n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale.

85

While acknowledging that parents bear responsibilities towards their children, it seems to me that they must enjoy correlative rights to exercise them. The contrary view would not recognize the fundamental importance of choice and personal autonomy in our society. As already stated, the common law has always, in the absence of demonstrated neglect or unsuitability, presumed that parents should make all significant choices affecting their children, and has afforded them a general liberty to do as they choose. This liberty interest is not a parental right tantamount to a right of property in children. (Fortunately, we have distanced ourselves from the ancient juridical conception of children as chattels of their parents.) The state is now actively involved in a number of areas traditionally conceived of as properly belonging to the private sphere. Nonetheless, our society is far from having repudiated the privileged role parents exercise in the upbringing of their children. This role translates into a protected sphere of parental decision-making which is rooted in the presumption that parents should make important decisions affecting their children both because parents are more likely to appreciate the best interests of their children and because the state is ill-equipped to make such decisions itself. Moreover, individuals have a deep personal interest as parents in fostering the growth of their own children. This is not to say that the state cannot intervene when it considers it necessary to safeguard the child's autonomy or health. But such intervention must be justified. In other words, parental decision-making must receive the protection of the *Charter* in order for state interference to be properly monitored by the courts, and be permitted only when it conforms to the values underlying the *Charter*.

Bien que je reconnaisse que les parents ont des responsabilités envers leurs enfants, il me semble qu'ils doivent jouir de droits corrélatifs de s'en acquitter. Une opinion contraire ferait fi de l'importance fondamentale du choix et de l'autonomie personnelle dans notre société. Comme je l'ai déjà mentionné, la common law a toujours présumé, en l'absence d'une démonstration de négligence ou d'inaptitude, que les parents devraient faire tous les choix importants qui touchent leurs enfants, et elle leur a accordé une liberté générale de le faire comme ils l'entendent. Ce droit à la liberté n'est pas un droit parental équivalent à un droit de propriété sur les enfants. (Heureusement, nous sommes dissociés de l'ancienne conception juridique selon laquelle les enfants étaient les biens de leurs parents.) L'État est maintenant activement présent dans bon nombre de domaines traditionnellement perçus comme étant, à juste titre, du ressort privé. Néanmoins, notre société est loin d'avoir répudié le rôle privilégié que les parents jouent dans l'éducation de leurs enfants. Ce rôle se traduit par un champ protégé de prise de décision par les parents, fondé sur la présomption que ce sont eux qui devraient prendre les décisions importantes qui touchent leurs enfants parce qu'ils sont plus à même d'apprécier ce qui est dans leur intérêt et que l'État n'est pas qualifié pour prendre ces décisions lui-même. En outre, les individus ont un intérêt personnel profond, en tant que parents, à favoriser la croissance de leurs propres enfants. Cela ne signifie pas que l'État ne peut intervenir lorsqu'il considère nécessaire de préserver l'autonomie ou la santé de l'enfant. Cette intervention doit cependant être justifiée. En d'autres termes, le pouvoir décisionnel des parents doit être protégé par la *Charte* afin que l'intervention de l'État soit bien contrôlée par les tribunaux et permise uniquement lorsqu'elle est conforme aux valeurs qui sous-tendent la *Charte*.

The respondents also argued that the infant's rights were paramount to those of the appellants and, on that basis alone, state intervention was justified. This was the conclusion reached by Whealy Dist. Ct. J. Children undeniably benefit from the *Charter*, most notably in its protection of their rights to life and to the security of their person. As children are unable to assert these, our society presumes that parents will exercise their freedom of choice in a manner that does not offend the rights of their children. If one considers the multitude of decisions parents make daily, it is clear that in practice, state interference in order to balance the rights of parents and children will arise only in exceptional cases. In fact, we must accept that parents can, at times, make decisions contrary to their children's wishes — and rights — as long as they do not exceed the threshold dictated by public policy, in its broad conception. For instance, it would be difficult to deny that a parent can dictate to his or her child the place where he or she will live, or which school he or she will attend. However, the state can properly intervene in situations where parental conduct falls below the socially acceptable threshold. But in doing so, the state is limiting the constitutional rights of parents rather than vindicating the constitutional rights of children. On this point, N. Bala and J. D. Redfearn, *supra*, observe, at p. 301:

... while the state may be justified in limiting parental rights, it is wrong to conceive of this as a situation where the court or state is somehow protecting *constitutional* rights of the child. Rather this should be viewed as a situation in which the state limits the constitutional rights of parents, and sometimes those of a child, to promote the welfare of the child. . . . However, it seems inappropriate to allow an agency of the state to invoke the Charter of Rights to limit the rights of a citizen. The Charter is intended to protect individuals from the state, not to justify state interference. [Emphasis in original.]

A similar approach, albeit in a different context, was taken in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, where a majority of this Court agreed that it would be inappropriate to limit the scope of an individual's freedom of expression under s. 2(b) by refer-

Les intimés soutiennent également que les droits de l'enfant en bas âge l'emportent sur ceux des appelants et que, pour ce seul motif, l'intervention de l'État était justifiée. C'est ce qu'a conclu le juge Whealy. Les enfants bénéficient indéniablement de la protection de la *Charte*, plus particulièrement en ce qui concerne leur droit à la vie et à la sécurité de leur personne. Comme les enfants ne sont pas en mesure de faire valoir ces droits, notre société présume que leurs parents exerceront leur liberté de choix d'une manière qui ne violera pas les droits de leurs enfants. Si l'on considère la multitude de décisions que les parents prennent tous les jours, il est évident qu'en pratique l'intervention de l'État visant à soulever les droits des parents et ceux des enfants n'aura lieu que dans des cas exceptionnels. En fait, nous devons convenir que les parents peuvent parfois prendre des décisions contraires aux vœux — et aux droits — de leurs enfants, du moment qu'ils n'excèdent pas le seuil prescrit par l'ordre public au sens large. Ainsi, on pourrait difficilement nier à un parent le pouvoir d'imposer à son enfant l'endroit où il vivra ou l'école qu'il fréquentera. Toutefois, l'État peut à bon droit intervenir dans les cas où le comportement des parents ne respecte pas la norme minimale socialement acceptable. Mais ce faisant, l'État restreint les droits constitutionnels des parents plutôt que de défendre les droits constitutionnels des enfants. Sur ce point, N. Bala et J. D. Redfearn, *loc. cit.*, font remarquer à la p. 301:

[TRADUCTION] . . . bien que l'État puisse être justifié de limiter les droits parentaux, c'est à tort que l'on en conclut que le tribunal ou l'État protège en quelque sorte les droits *constitutionnels* de l'enfant. On devrait plutôt considérer que l'État restreint les droits constitutionnels des parents, et parfois ceux d'un enfant, pour favoriser le bien-être de ce dernier [. . .] Toutefois, il semble inapproprié de permettre à un mandataire de l'État d'invoquer la Charte des droits pour restreindre les droits d'un citoyen. La Charte vise à protéger les individus contre l'État, et non à justifier l'intervention de l'État. [En italique dans l'original.]

Un point de vue semblable, quoique dans un contexte différent, a été adopté dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, où notre Cour à la majorité a convenu qu'il ne conviendrait pas de limiter la portée de la liberté d'expression que l'al.

ence to the conflicting s. 15 and s. 27 rights of others.

87

Once it is decided that the parents have a liberty interest, further balancing of parents' and children's rights should be done in the course of determining whether state interference conforms to the principles of fundamental justice, rather than when defining the scope of the liberty interest. Even assuming that the rights of children can qualify the liberty interest of their parents, that interest exists nonetheless. In the case at bar, the application of the Act deprived the appellants of their right to decide which medical treatment should be administered to their infant. In so doing, the Act has infringed upon the parental "liberty" protected in s. 7 of the *Charter*. I now propose to determine whether this deprivation was made in accordance with the principles of fundamental justice.

Principles of Fundamental Justice

88

This Court has on different occasions stated that the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles of our judicial system, as well as in the other components of our legal system; see *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*; *R. v. Beare, supra*. The state's interest in legislating in matters affecting children has a long-standing history. In *R. v. Jones, supra*, for example, I acknowledged the compelling interest of the province in maintaining the quality of education. More particularly, the common law has long recognized the power of the state to intervene to protect children whose lives are in jeopardy and to promote their well-being, basing such intervention on its *parens patriae* jurisdiction; see, for example, *Hepton v. Maat, supra*; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388. The protection of a child's right to life and to health, when it becomes necessary to do so, is a basic tenet of our legal system, and legislation to that end accords with the principles of fundamental justice, so long, of course, as it also meets the requirements of fair procedure. Section 19 of the Act is but one of the numerous legislative expressions of the *parens patriae* power. It contemplates different situations where state intervention is mandated in order to ensure the protection

2b) garanti à l'individu, par renvoi aux droits opposés que les art. 15 et 27 garantissent à autrui.

Dès qu'il est déterminé que les parents ont un droit à la liberté, il y a lieu de soupeser leurs droits et ceux des enfants pour déterminer si l'intervention de l'État est conforme aux principes de justice fondamentale, et non pour déterminer la portée du droit à la liberté. Même en tenant pour acquis que les droits des enfants peuvent atténuer le droit à la liberté de leurs parents, ce droit existe néanmoins. En l'espèce, l'application de la Loi a privé les appellants de leur droit de décider quel traitement médical devrait être administré à leur enfant. La Loi a donc enfreint la «liberté» parentale garantie à l'art. 7 de la *Charte*. Il s'agit maintenant de déterminer si cette privation d'un droit était conforme aux principes de justice fondamentale.

Les principes de justice fondamentale

Notre Cour a, à différentes occasions, indiqué que les principes de justice fondamentale doivent être puisés dans les préceptes fondamentaux de notre système judiciaire, de même que dans les composantes de notre système juridique; voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B. et R. c. Beare*, précités. Le droit de l'État de légiférer dans les domaines touchant les enfants ne date pas d'hier. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité, j'ai reconnu le droit impérieux de la province de maintenir la qualité de l'éducation. Plus particulièrement, la common law reconnaît depuis longtemps le pouvoir de l'État d'intervenir pour protéger l'enfant dont la vie est en danger et pour promouvoir son bien-être, en fondant cette intervention sur sa compétence *parens patriae*; voir, par exemple, *Hepton c. Maat*, précité, et *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388. La protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé, lorsqu'il devient nécessaire de le faire, est un précepte fondamental de notre système juridique, et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure, évidemment, où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable. L'article 19 de la Loi n'est qu'une des nombreuses expressions législatives de la compé-

of children. Only one of those is of interest here. It appears in s. 19(1)(b)(ix), which reads:

19. — (1) In this Part and Part IV,

(b) “child in need of protection” means,

- (ix) a child where the person in whose charge the child is neglects or refuses to provide or obtain proper medical, surgical or other recognized remedial care or treatment necessary for the child's health or well-being, or refuses to permit such care or treatment to be supplied to the child when it is recommended by a legally qualified medical practitioner, or otherwise fails to protect the child adequately, [Emphasis added.]

I note at the outset that this section is not limited to situations where the life of the child may be in jeopardy. It encompasses situations where treatments might be warranted to ensure his or her health or well-being. Although broad in scope, the section is compatible with a modern conception of life that embodies the notion of quality of life.

The appellants do not really contest the legitimacy of the principle that the state may intervene to protect children. Rather, they take issue with the procedure for intervention provided in the Act, and seek a declaratory judgment setting out guidelines that should be read into the Act for overriding parental choices. In light of the disposition of this appeal, there is no need to address in detail the availability of the remedy or the merits of the guidelines. Suffice it to say that the appellants propose that in a true emergency situation, there would be no need for a court order, as the common law permits doctors to provide treatment despite parental refusal. In a non-emergency situation, doctors would need a court order to override parental refusal, which could only be granted if the treatment was found by the court to be necessary, there was no alternative medical management, no

tence *parens patriae*. Il envisage diverses situations où l'intervention de l'État est requise pour garantir la protection des enfants, dont une seule est d'intérêt ici. Elle figure au sous-al. 19(1)(b)(ix), qui se lit ainsi:

[TRADUCTION] 19. — (1) Les définitions suivantes s'appliquent à la présente partie et à la partie IV.

b) «enfant ayant besoin de protection» désigne

- (ix) l'enfant qui est sous la responsabilité d'une personne qui néglige ou refuse de fournir ou de procurer les soins ou les traitements médicaux, chirurgicaux ou autres reconnus qui sont nécessaires à la santé ou au bien-être de l'enfant, ou qui refuse de permettre que ces soins ou traitements soient prodigués à l'enfant alors qu'ils sont recommandés par un médecin dûment qualifié, ou qui par ailleurs omet de protéger l'enfant adéquatement, [Je souligne.]

Je souligne, au départ, que cette disposition ne se limite pas aux situations où la vie de l'enfant peut être en danger. Elle vise également celles où des traitements pourraient être justifiés pour protéger sa santé ou son bien-être. Malgré sa large portée, la disposition est compatible avec une conception moderne de la vie qui englobe celle de la qualité de vie.

Les appellants ne contestent pas vraiment la légitimité du principe selon lequel l'État peut intervenir pour protéger les enfants. Ils contestent plutôt la procédure d'intervention prévue dans la Loi et demandent un jugement déclaratoire énonçant des directives qui devraient être considérées comme incluses dans la Loi pour passer outre aux choix des parents. Compte tenu de l'issue du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire d'analyser en détail la possibilité d'obtenir réparation ou le bien-fondé des directives. Il suffit de dire que les appelants proposent que, dans une situation véritablement urgente, il ne soit pas nécessaire d'obtenir une ordonnance judiciaire, puisque la common law permet aux médecins d'administrer un traitement malgré le refus des parents. En l'absence d'urgence, les médecins devraient obtenir une ordonnance judiciaire pour passer outre au refus des

doctor to provide alternative medical care, and 48 hours notice and full disclosure to the parents.

parents, laquelle ne pourrait être accordée que si la cour juge le traitement nécessaire, s'il n'y a aucune autre solution sur le plan médical ni aucun autre médecin pour administrer un traitement médical subsidiaire, si un préavis de 48 heures est donné et si tous les renseignements sont communiqués aux parents.

90 While the pleadings have been centred mostly on the constitutionality of s. 19(1)(b)(ix) of the Act, it is necessary to examine briefly the powers conferred on the courts in ss. 30(1) and 41, as well as the procedure established in ss. 21, 27 and 28. This will enable us to have a better understanding of the scheme devised by the legislature, and to address the appellants' arguments relating to the conformity of the deprivation of their rights to the principles of fundamental justice.

Bien que les plaidoiries aient surtout porté sur la constitutionnalité du sous-al. 19(1)(b)(ix) de la Loi, il est nécessaire d'examiner brièvement les pouvoirs conférés aux tribunaux par le par. 30(1) et l'art. 41, de même que les procédures établies aux art. 21, 27 et 28. Cela nous permettra de mieux comprendre le régime conçu par le législateur, et de répondre aux arguments des appelants concernant la conformité de la privation de leurs droits avec les principes de justice fondamentale.

91 When the Children's Aid Society has reasonable and probable grounds to believe that a child is in need of protection within the meaning of s. 19(1)(b)(ix) of the Act, it can apprehend the child without a warrant and take or confine him or her to a designated place of safety (s. 21). Upon such apprehension, s. 27 requires that the matter be brought before a court within five days for a determination of whether the child is in need of protection. Section 28 governs the procedure to be followed at the court hearing, and allows a judge to summon and compel witnesses, and to hear evidence from parents and other interested parties. Section 28(6) requires that a parent or other person with custody of the child must be given "reasonable notice" of the hearing. Section 28(10) allows the court to dispense with notice when it cannot be served and "any delay might endanger the health or safety of the child". If, at the s. 28 hearing, the court determines that the child is in need of protection, then it may make an order under s. 30(1) that the child be returned to its parents subject to society supervision, or that it be committed as a ward of the relevant Children's Aid Society. Only when the latter order is made is the Children's Aid Society, pursuant to s. 41 of the Act, vested with all rights and responsibilities of a legal guardian, including the right to consent to medical treatment. Finally, the Children's Aid Society must apply to

Lorsque la société d'aide à l'enfance a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection au sens du sous-al. 19(1)(b)(ix) de la Loi, elle peut appréhender l'enfant sans mandat et l'amener ou le confiner dans un endroit sûr désigné (art. 21). Une fois l'enfant ainsi appréhendé, l'art. 27 requiert que le dossier soit soumis à un tribunal dans les cinq jours afin qu'il détermine si l'enfant a besoin de protection. L'article 28 régit la procédure à suivre lors de l'audience judiciaire, autorise le juge à assigner et à contraindre des témoins et à entendre les témoignages des parents et des autres parties intéressées. Le paragraphe 28(6) exige qu'un parent ou une autre personne ayant la garde de l'enfant reçoive un [TRADUCTION] «préavis raisonnable» de l'audience. Le paragraphe 28(10) permet au tribunal de ne pas exiger de préavis lorsqu'il ne peut être signifié et que [TRADUCTION] «tout délai pourrait compromettre la vie ou la sécurité de l'enfant». Si, lors de l'audience fondée sur l'art. 28, le tribunal juge que l'enfant a besoin de protection, il peut alors, en vertu du par. 30(1), ordonner que l'enfant soit retourné à ses parents sous la surveillance de la société, ou qu'il devienne pupille de la société d'aide à l'enfance compétente. Ce n'est que lorsque cette dernière ordonnance est rendue que, conformément à l'art. 41 de la Loi, la société d'aide à l'enfance est investie de tous les droits et responsa-

the court to have the child's status reviewed before the expiry of the wardship order (s. 37).

The appellants attack the general procedure under the *Child Welfare Act*, and in particular the specific way in which it was carried out in the present case. As for the constitutionality of the procedure under the Act, there is no need to discuss it at length, since I am of the opinion that the scheme designed by the legislature accords with the principles of fundamental justice. The parents must receive reasonable notice of the hearing in which their rights might be affected. "Reasonable" is a flexible criterion that permits adjustments to different situations. While it is possible to hold a wardship hearing without notice in situations of emergency, s. 28(11) of the Act provides that the wardship order cannot, in the absence of another hearing with notice, exceed 30 days. In *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, this Court held that an injunction granted *ex parte* did not violate s. 7 of the *Charter*. That case differs from the present one, but its underlying proposition holds true: the procedural requirements of the principles of fundamental justice can be attenuated when urgent and unusual circumstances require expedited court action.

Further, the wardship order depriving the parents of the right to refuse medical treatment for their infant is granted by a judge following an adversarial process where conflicting evidence may be presented. The parents can act through counsel, present arguments, cross-examine witnesses, and so on. The onus of proof is on the Children's Aid Society, and it has been recognized by the courts, and by Main Prov. Ct. J. in this case, that the Children's Aid Society must present a strong case.

Finally, the initial order granting wardship to the Children's Aid Society must be reviewed

bilités d'un tuteur public, dont celui de consentir à un traitement médical. Enfin, la société d'aide à l'enfance doit demander au tribunal de réviser le statut de l'enfant avant l'expiration de l'ordonnance de tutelle (art. 37).

Les appelants contestent la procédure générale établie dans la *Child Welfare Act* et, en particulier, la façon dont elle a été appliquée dans le cas qui nous occupe. Quant à la constitutionnalité de la procédure établie par la Loi, il n'est pas nécessaire de l'analyser en détail, puisque je suis d'avis que le régime conçu par le législateur est conforme aux principes de justice fondamentale. Les parents doivent recevoir un préavis raisonnable de l'audience au cours de laquelle leurs droits pourront être touchés. Le caractère «raisonnable» est un critère souple qui permet de s'ajuster aux différentes situations. Bien qu'il soit possible de tenir une audience sur la tutelle sans préavis dans les cas d'urgence, le par. 28(11) de la Loi prévoit que l'ordonnance de tutelle ne peut, en l'absence d'une autre audience précédée d'un avis, excéder 30 jours. Dans l'arrêt *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, notre Cour a conclu qu'une injonction accordée *ex parte* ne violait pas l'art. 7 de la *Charte*. Cette affaire est différente de celle qui nous occupe, mais le principe qui la sous-tend demeure juste: les exigences des principes de justice fondamentale, sur le plan de la procédure, peuvent être atténuées lorsque des circonstances urgentes et inhabituelles requièrent que les tribunaux agissent rapidement.

En outre, l'ordonnance de tutelle qui prive les parents du droit de refuser un traitement médical pour leur enfant est rendue par un juge à la suite d'une procédure contradictoire où des éléments de preuve opposés peuvent être présentés. Les parents peuvent agir par l'intermédiaire d'un avocat, soumettre des arguments, contre-interroger des témoins, et ainsi de suite. Le fardeau de la preuve incombe à la société d'aide à l'enfance, et les tribunaux, de même que le juge Main en l'espèce, ont reconnu que la société d'aide à l'enfance doit présenter une preuve solide.

Enfin, l'ordonnance initiale accordant la tutelle à la société d'aide à l'enfance doit être révisée

92

93

94

before its expiry. In *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165, this Court held that the status review procedure under the *Child and Family Services Act* — which does not substantially differ from the old Act — is aimed at reviewing the determination of the status of the child (i.e. whether the child is still in need of protection), and not merely the opportuneness of prolonging the order. Such an interpretation best accords with the purpose of the Act, as it enables the court to monitor any relevant changes that might affect the status of the child.

95 I now propose to analyze the scheme as it has been applied to this case, and respond to the other concerns voiced by the appellants. I shall first deal with the initial wardship order of July 31, 1983. I shall then turn to the status review of August 18 and 19, 1983.

(i) Wardship Order of July 31, 1983

96 The doctors responsible for Sheena's care informed the Children's Aid Society that her life was at risk, because her parents were refusing to consent to a blood transfusion, the need of which, in the doctors' view, was imminent. It is upon those facts that the Children's Aid Society founded its reasonable and probable grounds to engage the process contemplated by the Act. The evidence indicates that the Children's Aid Society had to proceed diligently. The parents received notice of the hearing the day it was held. In light of the circumstances, the notice was reasonable. Main Prov. Ct. J., who acknowledged the short notice, limited the initial wardship order to 72 hours, so as to enable the parties to come back before him with further evidence. And although the appellants were not able to present conflicting medical evidence at the initial hearing, they were nonetheless represented by counsel, who cross-examined the witnesses summoned by the Children's Aid Society and presented submissions.

97 The appellants argued, in particular, that Dr. Perlman, who testified for the Children's Aid Soci-

avant son expiration. Dans l'arrêt *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, notre Cour a conclu que la procédure qui gouverne la révision du statut de l'enfant en vertu de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* — qui ne diffère pas substantiellement de l'ancienne loi — vise à réviser la détermination du statut de l'enfant (c'est-à-dire si l'enfant a toujours besoin de protection), et non simplement à déterminer s'il est opportun de prolonger l'ordonnance. Une telle interprétation s'accorde le mieux avec l'objectif de la Loi, car elle permet à la cour de surveiller tout changement pertinent qui pourrait influencer sur le statut de l'enfant.

J'entends maintenant analyser le régime tel qu'il a été appliqué en l'espèce, et répondre aux autres préoccupations exprimées par les appelants. J'analyserai d'abord l'ordonnance initiale de tutelle rendue le 31 juillet 1983, puis ensuite l'instance de révision du statut tenue les 18 et 19 août 1983.

(i) Ordonnance de tutelle du 31 juillet 1983

Les médecins chargés de soigner Sheena ont avisé la société d'aide à l'enfance que sa vie était en danger parce que ses parents refusaient de consentir à une transfusion sanguine dont le besoin était, selon eux, imminent. C'est sur ces faits que la société d'aide à l'enfance a fondé ses motifs raisonnables et probables d'enclencher le processus prévu dans la Loi. La preuve indique que la société d'aide à l'enfance devait agir avec diligence. Les parents ont été avisés de l'audience le jour même où elle a été tenue. Compte tenu des circonstances, le préavis était raisonnable. Le juge Main, qui a reconnu que le préavis avait été donné à la dernière minute, a limité à 72 heures l'ordonnance initiale de tutelle, de façon à permettre aux parties de revenir devant lui avec une preuve supplémentaire. En outre, bien que les appelants aient été incapables de présenter une preuve médicale contradictoire lors de l'audience initiale, ils ont néanmoins été représentés par un avocat qui a contre-interrogé les témoins appelés par la société d'aide à l'enfance et présenté des arguments.

Les appelants ont fait valoir, notamment, que le Dr Perlman, qui a témoigné au nom de la société

ety, failed to disclose the findings of Dr. Benson, the cardiologist who examined Sheena the day of the hearing. Dr. Benson was of the view that Sheena did not present any imminent risk of congestive heart failure. The respondents argued that this evidence was not available at the time of the hearing on July 31. In any event, the Court of Appeal observed that while these findings should have been disclosed, the failure to include evidence that no congestive heart condition existed was not, particularly with the benefit of hindsight, an omission of much significance. I see no reason to interfere with that conclusion. Moreover, Dr. Perlman was a witness at the wardship hearing, and assuming that there was a breach of the duty to disclose, it did not affect the conformity of the legislative scheme with the principles of fundamental justice.

(ii) Status Review of August 18 and 19, 1983

The hearing of August 18 and 19, 1983, held pursuant to s. 37 of the Act, was to review Sheena's status and to determine if the wardship order should be prolonged. The appellants received notice of the hearing at the beginning of the month of August. Although they would have had time to adduce some medical evidence to counter that of the Children's Aid Society with respect to the congestive heart condition, the appellants chose not to do so. While the child's health had slightly improved, the Children's Aid Society demonstrated, to the satisfaction of Main Prov. Ct. J., that an eventual blood transfusion was still a reasonable course of action, due to the fragile state of the child. The Children's Aid Society wished to retain the authority to consent to a blood transfusion if an emergency were to arise.

The hearing also revolved around the testimony of Dr. Morin, who testified that the child needed to undergo exploratory surgery under general anaesthetic to confirm a diagnosis of infantile glaucoma which, if established, would require surgery to preserve the child's sight. Evidence that Sheena needed to receive a transfusion in order to sustain the anaesthetic was also adduced. The appellants argued that the testimony of the ophthalmologist

d'aide à l'enfance, n'a pas révélé les conclusions du Dr Benson, le cardiologue qui a examiné Sheena le jour de l'audience. Le Dr Benson était d'avis que Sheena ne présentait aucun risque imminent d'insuffisance cardiaque globale. Les intimés ont soutenu que cette preuve n'était pas disponible à l'époque de l'audience le 31 juillet. Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel a fait remarquer que, même si ces conclusions auraient dû être révélées, le défaut d'inclure une preuve qu'il n'y avait pas insuffisance cardiaque globale n'était pas, en particulier avec le bénéfice du recul, une omission de grande importance. Je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion. En outre, le Dr Perlman a témoigné lors de l'audience sur la tutelle et, si l'on présume qu'il y a eu manquement à l'obligation de divulguer, cela n'a rien changé à la conformité du régime législatif avec les principes de justice fondamentale.

(ii) Révision du statut les 18 et 19 août 1983

L'audience des 18 et 19 août 1983, tenue conformément à l'art. 37 de la Loi, visait à réviser le statut de Sheena pour déterminer si l'ordonnance de tutelle devait être prolongée. Les appelants ont été avisés de l'audience au début du mois d'août. Même s'ils avaient le temps de produire une preuve médicale pour contrer celle de la société d'aide à l'enfance relativement à l'insuffisance cardiaque globale, les appelants ont choisi de ne pas le faire. Même si la santé de l'enfant s'était légèrement améliorée, la société d'aide à l'enfance a démontré, à la satisfaction du juge Main, qu'une transfusion sanguine représentait toujours une solution raisonnable en raison de l'état de santé précaire de l'enfant. La société d'aide à l'enfance souhaitait conserver le pouvoir de consentir à une transfusion sanguine en cas d'urgence.

L'audience a également porté sur le témoignage du Dr Morin qui a déclaré que l'enfant devait subir une chirurgie exploratoire sous anesthésie générale pour confirmer un diagnostic de glaucome infantile qui, s'il était établi, nécessiterait une chirurgie afin de préserver la vue de l'enfant. On a également produit une preuve que Sheena avait besoin d'une transfusion pour être anesthésiée. Les appelants ont soutenu que le témoignage de l'ophthalmo-

took them by surprise, as they were not informed of it in the notice. In reviewing the evidence, however, it appears that even if the appellants and their counsel were unaware that Dr. Morin would be called to testify, they had for some time been aware of this aspect of Sheena's condition. Dr. Pape, the neonatologist responsible for Sheena's care, testified on August 18 that the suspected glaucoma was diagnosed when Sheena was three to four weeks old, and that she had discussed with the appellants the desirability of exploratory surgery. Moreover, Main Prov. Ct. J., who was sensitive to the fact that the appellants did not have time to seek their own medical opinion, recommended that they be permitted to seek a second opinion before the exploratory surgery. In fact, the appellants did consult an ophthalmologist beforehand, who simply confirmed Dr. Morin's diagnosis. I do not think that the failure to notify the appellants that Dr. Morin would testify violated the principles of fundamental justice.

logiste les a pris au dépourvu puisqu'ils n'en avaient pas été informés dans le préavis. À l'examen de la preuve, il appert toutefois que, même si les appelants et leur avocat ignoraient que le Dr Morin serait appelé à témoigner, ils connaissaient depuis quelque temps déjà cet aspect de l'état de Sheena. Le Dr Pape, la néonatalogiste chargée de soigner Sheena, a témoigné le 18 août que le glaucome redouté avait été diagnostiqué lorsque Sheena était âgée de trois ou quatre semaines, et qu'elle avait étudié avec les appelants l'opportunité de procéder à une chirurgie exploratoire. De plus, le juge Main, qui était sensible au fait que les appelants n'avaient pas eu le temps de recueillir leur propre opinion médicale, a recommandé qu'ils soient autorisés à demander une seconde opinion avant la chirurgie exploratoire. En fait, les appelants ont préalablement consulté un ophthalmologiste qui a simplement confirmé le diagnostic du Dr Morin. Je ne crois pas que l'omission d'aviser les appelants que le Dr Morin témoignerait a violé les principes de justice fondamentale.

100 The appellants have also argued that the standard provided for in the Act — necessity of treatment — was not met in the case at bar, as there never was any emergency. They argued that the existence of an emergency was the premise on which the Court of Appeal based its analysis. This argument is tied to the questions of fact I have addressed above. As I am of the view that “necessity” under the Act was demonstrated, there is no need to canvass this issue further.

Les appelants ont également fait valoir qu'en l'espèce on n'a pas satisfait à la norme prévue dans la Loi — la nécessité du traitement — car il n'y a jamais eu urgence. Ils soutiennent que c'est sur l'existence d'une urgence que la Cour d'appel a fondé son analyse. Cet argument est lié aux questions de fait que j'ai abordées précédemment. Puisque je suis d'avis que la «nécessité» au sens de la Loi a été démontrée, il n'est pas nécessaire d'approfondir davantage cette question.

101 An examination of the application of the impugned provisions to the facts of this case amply demonstrates that the legislative scheme, which deprives parents of their right to choose medical treatment for their infant under certain circumstances, is in accordance with the principles of fundamental justice. Section 7 requires that a deprivation of liberty be in conformity with the principles of fundamental justice, but it does not guarantee the most equitable process of all; it dictates a threshold below which state intervention will not be tolerated: see *R. v. Lyons, supra*. Therefore, while the guidelines proposed by the appellants are more stringent than those found in the legislative

Un examen de l'application des dispositions contestées aux faits de la présente affaire démontre amplement que le régime législatif, qui prive les parents de leur droit de choisir un traitement médical pour leur enfant dans certaines circonstances, est conforme aux principes de justice fondamentale. L'article 7 requiert que la privation de liberté soit conforme aux principes de justice fondamentale, mais il ne garantit pas le processus le plus équitable entre tous; il établit le seuil sous lequel l'intervention de l'État ne sera pas tolérée: voir l'arrêt *R. c. Lyons*, précité. Par conséquent, bien que les directives proposées par les appelants soient plus strictes que celles prévues dans le

scheme, the process nonetheless respects the constitutional requirements. In fact, those guidelines were, in substance, contemplated by the legislative scheme. Section 19(1)(b)(ix) of the Act applies to treatments which are deemed necessary. The hearing is adversarial, so that a debate on the medical questions can be presented. The Act requires that the Children's Aid Society notify the parents of a hearing that might affect their rights. The epithet "reasonable" ensures that the process will be adaptable to a myriad of situations. The wardship order is circumscribed and must be reviewed before its expiry.

In sum, the appellants were entitled to such notice, access to information and rights of representation as may be fair and reasonable having regard to the nature of the proceedings and the urgency with which they must be carried out. Tarnopolsky J.A. carefully examined these issues and concluded, and I agree with him, that the procedure, having regard to all the circumstances, did not violate the principles of fundamental justice.

Section 2(a) of the Charter

Turning now to s. 2(a) of the *Charter*, the appellants argued that the Act, which deprives them of the right to refuse medical treatment for their infant on religious grounds, violates their freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*. Whealy Dist. Ct. J. found that the purpose of the statute was secular; and consequently, that there could not be any violation of the appellants' freedom of religion. Tarnopolsky J.A., on the other hand, was of the view that the Act, in its effect, infringed on the freedom of religion of the appellants, but that the infringement was justified under s. 1 of the *Charter*. I note at the outset that it is the freedom of religion of the appellants — Sheena's parents — that is at stake in this appeal, not that of the child herself. While it may be conceivable to ground a claim on a child's own freedom of religion, the child must be old enough to entertain some religious beliefs in order to do so. Sheena was only a few weeks old at the time of the transfusion.

régime législatif, le processus satisfait néanmoins aux exigences constitutionnelles. En fait, ces directives étaient essentiellement envisagées par le régime législatif. Le sous-alinéa 19(1)(b)(ix) de la Loi s'applique aux traitements réputés nécessaires. L'audience est de nature contradictoire, de sorte que les questions médicales peuvent être débattues. La Loi exige que la société d'aide à l'enfance avise les parents de l'audience qui pourrait toucher leurs droits. L'épithète «raisonnable» garantit que le processus pourra être adapté à une multitude de situations. L'ordonnance de tutelle est limitée et doit être revue avant son expiration.

Somme toute, les appelants avaient droit au préavis, à l'accès aux renseignements et à la représentation qui peuvent être justes et raisonnables, compte tenu de la nature et de l'urgence des procédures. Le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel a étudié ces questions et a conclu, ce à quoi je souscris, que, compte tenu de toutes les circonstances, la procédure n'a pas violé les principes de justice fondamentale.

L'alinéa 2a) de la Charte

En ce qui concerne l'al. 2a) de la *Charte*, les appelants font valoir que la Loi, qui les prive du droit de refuser, pour des motifs religieux, un traitement médical pour leur enfant, viole leur liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. Le juge Whealy de la Cour de district a conclu que l'objet de la Loi était laïque et, conséquemment, qu'il ne pouvait y avoir de violation de la liberté de religion des appelants. Pour sa part, le juge Tarnopolsky était d'avis que la Loi, de par son effet, portait atteinte à la liberté de religion des appelants, mais que cette atteinte était justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Je souligne, au départ, que c'est la liberté de religion des appelants — les parents de Sheena — qui est en jeu en l'espèce, et non celle de l'enfant. Même si, en théorie, il est possible de fonder une demande sur la liberté de religion de l'enfant, il faut alors que ce dernier soit suffisamment âgé pour nourrir des croyances religieuses. Sheena n'était âgée que de quelques semaines au moment de la transfusion.

102

103

104 Like the other provisions of the *Charter*, s. 2(a) must be given a liberal interpretation with a view to satisfying its purpose: see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, Dickson J. stated, at p. 336:

The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice of by teaching and dissemination. But the concept means more than that.

105 In *R. v. Jones*, *supra*, I observed that freedom of religion encompassed the right of parents to educate their children according to their religious beliefs. In *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, a case involving a custody dispute in which one of the parents was a Jehovah's Witness, L'Heureux-Dubé J. stated that custody rights included the right to decide the child's religious education. It seems to me that the right of parents to rear their children according to their religious beliefs, including that of choosing medical and other treatments, is an equally fundamental aspect of freedom of religion.

106 It is evident that the purpose of the Act is not directed at limiting the freedom of Jehovah's Witnesses to choose medical treatment for their children, including the freedom to refuse a blood transfusion on religious grounds. It was not until 1945 that the Jehovah's Witnesses adhered to that precept, while the Act originates from a law first adopted in 1927, the *Children's Protection Act*, R.S.O. 1927, c. 279. I do not rely solely on this historical fact, however. It seems to me that a simple reading of the Act makes it clear that its purpose is nothing more or less than the protection of children. But if the purpose of the Act does not infringe on the freedom of religion of the appellants, the same cannot be said of its effects. The legislative scheme implemented by the Act, which culminates in a wardship order depriving the parents of the custody of their child, has denied them the right to choose medical treatment for their infant according to their religious beliefs.

À l'instar des autres dispositions de la *Charte*, l'al. 2a) doit être interprété libéralement de façon à atteindre son objectif: voir l'arrêt *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, le juge Dickson affirme, à la p. 336:

Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

Dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité, j'ai fait remarquer que la liberté de religion comprenait le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs croyances religieuses. Dans l'arrêt *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, une affaire où l'un des parents qui demandaient la garde était témoin de Jehovah, le juge L'Heureux-Dubé a affirmé que les droits de garde incluaient le droit de décider de l'éducation religieuse de l'enfant. Il me semble que le droit des parents d'éduquer leurs enfants suivant leurs croyances religieuses, dont celui de choisir les traitements médicaux et autres, est un aspect tout aussi fondamental de la liberté de religion.

Il est évident que la Loi ne vise pas à limiter la liberté des témoins de Jehovah de choisir un traitement médical pour leurs enfants, dont la liberté de refuser une transfusion sanguine pour des motifs religieux. Ce n'est qu'en 1945 que les témoins de Jehovah ont adhéré à ce précepte, alors que la Loi tire son origine d'une loi adoptée pour la première fois en 1927, à savoir la *Children's Protection Act*, R.S.O. 1927, ch. 279. Cependant, je ne me fonde pas uniquement sur ce fait historique. Il me semble qu'une simple lecture de la Loi permet de conclure qu'elle ne vise ni plus ni moins qu'à protéger l'enfant. Cependant, si l'objet de la Loi ne porte pas atteinte à la liberté de religion des appelants, on ne peut en dire autant de ses effets. Le régime législatif mis en œuvre par la Loi, qui aboutit à une ordonnance de tutelle privant les parents de la garde de leur enfant, les a privés du droit de choisir un traitement médical pour leur enfant, conformément à leurs croyances religieuses.

However, as the Court of Appeal noted, freedom of religion is not absolute. While it is difficult to conceive of any limitations on religious beliefs, the same cannot be said of religious practices, notably when they impact on the fundamental rights and freedoms of others. The United States Supreme Court has come to a similar conclusion; see *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940). In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, this Court observed that freedom of religion could be subjected to "such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others" (p. 337). Similarly, in *P. (D.) v. S. (C.)*, *supra*, L'Heureux-Dubé J. wrote, in *obiter*, at p. 182:

I am of the view, finally, that there would be no infringement of the freedom of religion provided for in s. 2(a) were the *Charter* to apply to such orders when they are made in the child's best interests. As the Court has reiterated many times, freedom of religion, like any freedom, is not absolute. It is inherently limited by the rights and freedoms of others. Whereas parents are free to choose and practise the religion of their choice, such activities can and must be restricted when they are against the child's best interests, without thereby infringing the parents' freedom of religion.

A more difficult issue is whether the freedom of religion of the appellants is intrinsically limited by the very reasons underlying the state's intervention, namely the protection of the health and well-being of Sheena, or whether further analysis should be carried out under s. 1 of the *Charter*. In support of this thesis, the respondents have brought to this Court's attention a number of American cases, in which the scope of freedom of religion was limited. However, these cases are of little assistance, as the American Constitution contains no balancing provision comparable to s. 1 of the *Charter*.

This Court has consistently refrained from formulating internal limits to the scope of freedom of

Toutefois, comme la Cour d'appel l'a fait remarquer, la liberté de religion n'est pas absolue. Bien qu'il soit difficile d'imaginer quelque limite aux croyances religieuses, il n'en va pas de même pour les pratiques religieuses, notamment lorsqu'elles ont une incidence sur les libertés et les droits fondamentaux d'autrui. La Cour suprême des États-Unis en est venue à une conclusion semblable; voir *Cantwell c. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940). Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, notre Cour a souligné que la liberté de religion pouvait être assujettie aux «restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui» (p. 337). De même, dans l'arrêt *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, le juge L'Heureux-Dubé écrit, à titre d'opinion incidente, à la p. 182:

J'estime, enfin, qu'il n'y aurait pas de violation de la liberté de religion prévue à l'al. 2a) même si la *Charte* s'appliquait à de telles ordonnances lorsqu'elles sont émises dans le meilleur intérêt de l'enfant. Comme la Cour l'a réitéré à maintes occasions, la liberté de religion, comme toute liberté, n'est pas absolue. Elle est limitée de façon inhérente par les droits et libertés des autres. Alors que les parents sont libres de choisir et de pratiquer la religion de leur choix, ces activités peuvent et doivent être restreintes lorsqu'elles contreviennent au meilleur intérêt de l'enfant, sans pour autant violer la liberté de religion des parents.

Se pose donc la question plus difficile de savoir si la liberté de religion des appelants est intrinsèquement limitée par les motifs mêmes qui sous-tendent l'intervention de l'État, soit la protection de la santé et du bien-être de Sheena, ou de savoir si une autre analyse devrait être faite en vertu de l'article premier de la *Charte*. À l'appui de cette thèse, les intimés ont porté à l'attention de notre Cour un certain nombre de décisions américaines dans lesquelles la portée de la liberté de religion a été restreinte. Toutefois, ces décisions ne sont guère utiles puisque la Constitution américaine ne contient aucune disposition exigeant l'appréciation des intérêts en jeu qui soit comparable à l'article premier de la *Charte*.

Notre Cour s'est toujours gardée de poser des limites internes à la portée de la liberté de religion

religion in cases where the constitutionality of a legislative scheme was raised; it rather opted to balance the competing rights under s. 1 of the *Charter*; see *R. v. Jones, supra*, and *R. v. Edwards Books and Art Ltd., supra*. A similar approach was taken in the context of s. 2(b) of the *Charter*, freedom of expression. In *R. v. Keegstra, supra*, Dickson C.J., writing for the majority, stated that s. 1 was better suited than s. 2(b) to facilitate the necessary balance between state and individual interests. McLachlin J. (in dissent but not on this point) also rejected several proposed limits to the scope of s. 2(b) rights. She suggested that expression should not be excluded from the scope of s. 2(b) merely because the effect of such expression was to impede free expression by others.

110

In my view, it appears sounder to leave to the state the burden of justifying the restrictions it has chosen. Any ambiguity or hesitation should be resolved in favour of individual rights. Not only is this consistent with the broad and liberal interpretation of rights favoured by this Court, but s. 1 is a much more flexible tool with which to balance competing rights than s. 2(a). As Dickson C.J. stated in *R. v. Keegstra, supra*, while it is not logically necessary to rule out internal limits within s. 2, it is analytically practical to do so (at pp. 733-34):

Suffice it to say that I agree with the general approach of Wilson J. in *Edmonton Journal, supra*, where she speaks of the danger of balancing competing values without the benefit of a context. This approach does not logically preclude the presence of balancing within s. 2(b) — one could avoid the dangers of an overly abstract analysis simply by making sure that the circumstances surrounding both the use of the freedom and the legislative limit were carefully considered. I believe, however, that s. 1 of the *Charter* is especially well suited to the task of balancing, and consider this Court's previous freedom of expression decisions to support this belief. It is, in my opinion, inappropriate to attenuate the s. 2(b) freedom on the grounds that a particular context requires such; the large and liberal interpretation given the freedom of expression in *Irwin Toy* indicates that the preferable

dans les cas où la constitutionnalité d'un régime législatif était soulevée; elle a plutôt choisi de soulever les droits opposés dans le cadre de l'article premier de la *Charte*; voir *R. c. Jones* et *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précités. Un point de vue semblable a été adopté dans le contexte de l'al. 2b) de la *Charte*, celui de la liberté d'expression. Dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson a affirmé, au nom de la majorité, que l'article premier convient mieux que l'al. 2b) pour établir l'équilibre nécessaire entre les intérêts de l'État et ceux de l'individu. Le juge McLachlin (dissidente, mais non sur ce point) a elle aussi rejeté plusieurs limites proposées à la portée des droits garantis par l'al. 2b). Elle a laissé entendre que l'expression ne devrait pas être exclue de la portée de l'al. 2b) simplement parce qu'elle avait pour effet d'empêcher d'autres personnes de s'exprimer librement.

À mon avis, il paraît plus judicieux de laisser à l'État la tâche de justifier les restrictions qu'il a choisi d'imposer. Toute ambiguïté ou hésitation devrait être dissipée en faveur des droits de l'individu. Non seulement cela est-il conforme à l'interprétation large et libérale des droits que préconise notre Cour, mais encore l'article premier est un outil beaucoup plus souple que l'al. 2b) pour soulever des droits opposés. Comme le juge en chef Dickson l'a écrit dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, précité, bien qu'il ne soit pas logiquement nécessaire d'écartier des limites internes à l'art. 2, il est pratique de le faire sur le plan analytique (à la p. 734):

Qu'il suffise de dire que j'approuve l'approche générale adoptée par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, où elle parle du danger qu'il y a à soulever des valeurs concurrentes sans l'avantage d'un contexte. Cette approche n'exclut pas logiquement la possibilité de procéder à une telle évaluation sous le régime de l'al. 2b) — on pourrait en effet éviter les dangers d'une analyse excessivement abstraite en s'assurant simplement que soient soumises à un examen minutieux les circonstances de l'usage de la liberté en question et de la restriction législative. Je crois cependant que l'article premier de la *Charte* convient particulièrement bien à l'évaluation relative des valeurs et j'estime que les arrêts antérieurs de notre Cour concernant la liberté d'expression étayaient cette conclusion. Il n'y a pas lieu, selon moi, d'affaiblir la liberté garantie par l'al. 2b) pour le

course is to weigh the various contextual values and factors in s. 1. [Emphasis in original.]

This is not to say that an elaborate examination of the criteria established in *R. v. Oakes, supra*, will always be necessary. The effect on religious beliefs will often be so insubstantial, having regard to the nature of the legislation, that *Charter* concerns will obviously be overridden. But in this case, it cannot be maintained that the effect on the rights of the appellants was of a minor character. As I am of the view that the Act seriously infringed on the appellants' freedom to choose medical treatment for their child in accordance with the tenets of their faith, it remains to be determined whether this infringement was justified under s. 1 of the *Charter*.

Section 1 of the Charter

Turning now to s. 1 of the *Charter*, the appellants have argued that the state has not demonstrated, on a balance of probabilities, that Sheena was in need of protection within the meaning of the Act when she was apprehended by the Children's Aid Society. This argument fails to distinguish between the demonstration of the necessity of the treatment, as contemplated in the Act, and the demonstration of the reasonable nature of the legislative scheme, under s. 1 of the *Charter*. For the reasons already stated, one must take for granted the necessity of the medical treatment and thus, the need for protection under the Act.

The appellants have conceded that the state interest in protecting children at risk is a pressing and substantial objective. The Act allows the state to assume parental rights when a judge has determined that a child is in need of treatment that his parents will not consent to. As already stated when discussing the conformity of state intervention with the principles of fundamental justice, the process contemplated by the Act is carefully crafted, adaptable to a myriad of different situations, and far from arbitrary. The Act makes provision for

motif qu'un contexte particulier l'exige, car suivant l'interprétation large et libérale donnée à la liberté d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy*, il est préférable de soupeser les divers facteurs et valeurs contextuels dans le cadre de l'article premier. [Souligné dans l'original.]

Cela ne signifie pas qu'il sera toujours nécessaire de procéder à un examen approfondi des critères établis dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité. L'effet sur les croyances religieuses sera souvent si négligeable, eu égard à la nature de la mesure législative en cause, que les préoccupations fondées sur la *Charte* seront de toute évidence supplantées. Or, en l'espèce, on ne saurait soutenir que l'effet sur les droits des appelants était négligeable. Puisque je suis d'avis que la Loi a gravement porté atteinte à la liberté des appelants de choisir un traitement médical pour leur enfant, conformément aux préceptes de leur foi, il reste à déterminer si cette atteinte était justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

L'article premier de la Charte

Quant à l'article premier de la *Charte*, les appelants ont fait valoir que l'État n'a pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, que Sheena avait besoin de protection au sens de la Loi lorsqu'elle a été appréhendée par la société d'aide à l'enfance. Cet argument ne fait aucune distinction entre la démonstration de la nécessité du traitement, prévue par la Loi, et celle de la nature raisonnable du régime législatif, au sens de l'article premier de la *Charte*. Pour les motifs déjà énoncés, il faut tenir pour acquis la nécessité du traitement médical et, par conséquent, le besoin de protection au sens de la Loi.

Les appelants ont reconnu que l'intérêt de l'État dans la protection des enfants en danger est un objectif urgent et réel. La Loi permet à l'État d'assumer les droits parentaux lorsqu'un juge détermine qu'un enfant a besoin d'un traitement auquel ses parents ne consentiront pas. Comme je l'ai mentionné en analysant la conformité de l'intervention de l'État avec les principes de justice fondamentale, le processus prévu par la Loi est conçu avec soin, est adaptable à une multitude de situations différentes et est loin d'être arbitraire. La Loi

111

112

113

notice to be given, for evidence to be called, for time limits to be imposed upon Crown wardship and other orders, as well as for procedural protections to be afforded to parents. The restrictions the Act imposes on parental rights are, in my view, amply justified.

Addendum

114 Since writing the foregoing, I have read the reasons of my colleagues, Justices Iacobucci and Major. I must confess to being somewhat mystified by the purport they attribute to my reasons. I agree, of course, that parents may not, in the exercise of their rights to nurture their children, refuse them medical treatment that is necessary and for which there is no reasonable alternative. That, I thought, was the conclusion I came to. That conclusion is, of course, clearly contemplated by s. 1 of the *Charter*, which is the provision that “guarantees the rights and freedoms set out in it”, but it does so “subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”, and as far as s. 7 is concerned by the requirements of fundamental justice.

115 If my colleagues are concerned with my mode of approach — the approach, I may say, traditionally employed by this Court from the earliest stages of *Charter* adjudication —, I have concerns with their method of limiting one constitutional right against another without relevance to context. Thus some of their remarks may be understood as supporting a parent’s rights being overturned simply because a professional thinks it is necessary to do so. I would be very much concerned if a medical professional were able to override the parent’s views without demonstrating that necessity. On my approach to the issues so far as s. 7 is concerned, it would be necessary to show that such action would not be contrary to the principles of fundamental justice. More generally, s. 1 requires an interference with the right to be demonstrably justified. That, I think, is perfectly right. In a case like the present where there is no immediate urgency, a

contient des dispositions concernant le préavis à donner, la preuve à produire, la durée de la tutelle de la Couronne et d’autres ordonnances, de même que les garanties procédurales à accorder aux parents. Les restrictions que la Loi impose aux droits parentaux sont, à mon avis, amplement justifiées.

Addenda

Depuis que j’ai écrit ce qui précède, j’ai pris connaissance des motifs de mes collègues les juges Iacobucci et Major. J’avoue que le sens qu’ils prêtent à mes motifs me laisse quelque peu perplexe. Je conviens certes que, dans l’exercice de leur droit d’éduquer leurs enfants, les parents ne peuvent leur refuser un traitement médical nécessaire et pour lequel il n’existe aucune autre solution valable. C’est la conclusion à laquelle je croyais être arrivé. Cette conclusion, il va sans dire, est clairement envisagée par l’article premier de la *Charte* qui «garantit les droits et libertés qui y sont énoncés», lesquels toutefois «ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique» et, dans la mesure où l’art. 7 est concerné, qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Si mes collègues sont préoccupés par ma façon de procéder — celle-là même, si je puis dire, à laquelle notre Cour a traditionnellement eu recours depuis ses toutes premières décisions fondées sur la *Charte* —, je m’inquiète de leur façon de restreindre un droit constitutionnel en fonction d’un autre droit sans rapport avec le contexte. Ainsi, certaines de leurs observations sont susceptibles d’être interprétées comme justifiant de passer outre aux droits des parents simplement parce qu’un professionnel juge nécessaire de le faire. Je serais fort inquiet si un professionnel de la santé pouvait passer outre à l’opinion des parents sans avoir à démontrer la nécessité de le faire. Suivant ma façon d’aborder les questions en litige, dans la mesure où l’art. 7 est concerné, il serait nécessaire de démontrer que pareille mesure ne serait pas contraire aux principes de justice fondamentale. Plus généralement, l’article premier exige que la

procedure meeting the demands of fundamental justice, which I was at pains to note the Act fully provides for, would be required.

In an emergency, the demands of fundamental justice are more easily met. In *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 432, this Court alluded to a medical doctor's powers to take reasonable steps in such circumstances. These powers conform to the practices and procedures followed in this area and are consistent with principles of fundamental justice. The state's powers to exercise its legitimate *parens patriae* jurisdiction would, in my view, similarly be justified under the principles of fundamental justice. As well, these actions "prescribed by law" seem to me quite clearly to be "reasonable limits prescribed by law [that] can be demonstrably justified in a free and democratic society".

My colleagues express concern that my reasons would create a situation in which a child's right to life or security is reduced to a limitation of the parent's constitutionally protected right. I should observe that my approach is dictated by the nature of the case presented to us. The sole issue before us was that raised by the parents, i.e. that their constitutional rights were infringed in the circumstances in which medical treatment was given to the child. In such a case, the parent's rights must, under s. 1, be balanced against the interests of others in a free and democratic society — in this particular case the right of their child. In that situation, I, not surprisingly, found the parent's rights were clearly overridden. If a situation arose where it was alleged that the child's right was violated, other rights might be raised as reasonable limits, but if the right alleged was the security of the child as in the present case, then the child's right would again prevail over a parent's rights. In short the

justification d'une atteinte au droit puisse se démontrer. Cela est, à mon avis, parfaitement légitime. Lorsque, comme en l'espèce, il n'y a aucune urgence immédiate, il serait nécessaire de suivre une procédure qui respecte les exigences de la justice fondamentale et que, me suis-je donné la peine de signaler, la Loi prévoit parfaitement.

Il est plus aisé de respecter les impératifs de la justice fondamentale lorsqu'il y a urgence. Dans l'arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 432, notre Cour a fait allusion au pouvoir d'un médecin de prendre des mesures raisonnables dans ces circonstances. Ce pouvoir est conforme aux pratiques et aux procédures suivies dans le domaine et respecte les principes de justice fondamentale. Le pouvoir de l'État d'exercer sa compétence *parens patriae* légitime serait à mon avis pareillement justifié en vertu des principes de justice fondamentale. De même, ces mesures prescrites «par une règle de droit» me semblent clairement constituer des «limites qui [sont] raisonnables et dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Mes collègues disent craindre que mes motifs créent une situation où le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne en sera réduit à une restriction du droit des parents garanti par la Constitution. Je tiens à souligner que ma position est dictée par la nature de l'affaire dont nous sommes saisis. L'unique question à trancher était celle qu'ont soulevée les parents, savoir que leurs droits constitutionnels ont été violés lorsqu'un traitement médical a été administré à l'enfant. Dans un tel cas, les droits des parents doivent, en vertu de l'article premier, être soupesés en fonction des droits d'autrui dans le cadre d'une société libre et démocratique — dans ce cas-ci, le droit de leur enfant. Il n'est donc guère surprenant que j'aie conclu qu'on a clairement passé outre aux droits des parents. Si on alléguait que le droit de l'enfant a été violé, d'autres droits pourraient être invoqués à titre de limites raisonnables, mais si le droit allégué était la sécurité de l'enfant, comme c'est le cas en l'es-

116

117

issue raised governs the form, but not the substance of the analysis.

118 I am happy to see that my colleagues concede that the balancing of the competing rights could be integrated in a s. 1 analysis, since apart from specific provisions such as "fundamental justice", that is the only balancing mechanism provided under the *Charter*. The *Charter* makes no provision for directly balancing constitutional rights against one another. It is aimed rather at governmental and legislative intrusion against the protected rights; see s. 32 of the *Charter*.

119 There are occasions where it may be necessary to define a right narrowly to make it workable as in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 320, where the freedom of association was qualified to permit associations that are necessary and inevitable in a free and democratic society. That is not this case. This is simply a situation where competing constitutional rights fall within the equation in the balance called for by ss. 1 and 7. This can easily be accommodated in a s. 1 or s. 7 analysis; see, for example, *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. I should also underline that in *Lavigne*, the right was interpreted as widely as possible consistent with its being workable. Wilson J., hardly an opponent of broad *Charter* interpretation, found it necessary to define the right more narrowly than I did. I thus fail to see the analogy my colleagues would draw between *Lavigne* and the present case. In the former, it was essential to narrow the right to make it workable. Here what is attempted is to limit a right by another, with no stated mechanism for judicially determining just when, on the facts, the first right is overridden. To get a fuller appreciation of what this means in the present context, one need simply postulate that the Act impugned here, with all its inbuilt protection for parental rights, did not exist, and was substituted by an Act that made no provision even for notifying parents when some state

pèce, alors celui-ci l'emporterait encore sur les droits des parents. Bref, la question soulevée régit la forme et non le fond de l'analyse.

Je suis heureux de constater que mes collègues conviennent que l'évaluation des droits opposés pourrait être intégrée dans une analyse fondée sur l'article premier puisque, à l'exception de dispositions spécifiques comme la «justice fondamentale», cette analyse représente le seul instrument d'évaluation prévu sous le régime de la *Charte*. Cette dernière ne prévoit aucune évaluation directe de droits constitutionnels l'un par rapport à l'autre. Elle vise plutôt l'ingérence gouvernementale et législative dans les droits garantis; voir l'art. 32 de la *Charte*.

Il est parfois nécessaire de définir strictement un droit afin de le rendre applicable, comme ce fut le cas dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, à la p. 320, où il a été jugé que la liberté d'association permettait les associations qui sont nécessaires et inévitables dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il n'en est rien en l'espèce. Il s'agit simplement d'une situation où des droits constitutionnels opposés entrent en ligne de compte dans l'évaluation requise par l'article premier et l'art. 7. Cela est facilement réalisable dans une analyse fondée sur l'article premier ou sur l'art. 7; voir, par exemple, *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. Je tiens également à souligner que, dans *Lavigne*, on a interprété le droit en question aussi libéralement que possible afin de le rendre applicable. Le juge Wilson, qui n'était guère contre une interprétation libérale de la *Charte*, a jugé nécessaire de donner au droit une définition plus stricte que je ne l'ai fait moi-même. Je ne vois donc pas l'analogie que mes collègues établiraient entre *Lavigne* et la présente affaire. Dans l'arrêt *Lavigne*, il était nécessaire de restreindre la portée du droit pour le rendre applicable, alors qu'en l'espèce on tente de restreindre un droit par un autre, sans moyen explicite de déterminer judiciairement exactement quand, d'après les faits, on a passé outre au premier droit. Pour pouvoir mieux appré-

agent decided a certain treatment was necessary for a child.

In my view, *Charter* rights should always be interpreted broadly. Apart from the fact that this brings in the full contextual picture in balancing them with other rights under s. 1, a narrower interpretation has the effect of forever narrowing the ambit of judicial review, and so limiting the scope of judicial intervention for the protection of the individual rights guaranteed under the *Charter*. This approach forms the basis of my disagreement with the Chief Justice's approach to s. 7, first enunciated in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, under which he would confine liberty to physical liberty.

I add incidentally that I do not (as my colleagues Iacobucci and Major JJ. appear to suggest) think that liberty is all encompassing. I have been at pains to underline that it is limited to those essentially personal rights that are inherent to the individual which in my view include (and on this I believe we agree) the right of parents to nurture their children. Even as so defined, an interference with liberty may be justified as being in conformity with the principles of "fundamental justice". At bottom, I think "liberty" means the ordinary liberty of free men and women in a democratic society to engage in those activities that are inherent to the individual. These may not be extensive, but where they exist, they must under the Constitution be protected from state intervention unless that intervention can be justified. Sometimes that justification is evident. In other cases, it will require close contextual analysis. Here the security of the child was clearly paramount. What was more difficult, and what in the end the appellants really directed their argument to, is whether the procedures to

cier ce que cela signifie dans le présent contexte, il suffit simplement de supposer que la Loi contestée en l'espèce, avec toute la protection qu'elle accordait aux droits des parents, n'existait pas et qu'elle a été remplacée par une loi qui ne prévoyait même pas qu'il fallait aviser les parents lorsqu'un mandataire de l'État décidait qu'un traitement donné était nécessaire à un enfant.

À mon avis, les droits garantis par la *Charte* devraient toujours être interprétés libéralement. Outre le fait que cela permet d'obtenir un portrait complet du contexte lorsqu'ils sont évalués en fonction d'autres droits en vertu de l'article premier, une interprétation restrictive a pour effet de restreindre à jamais la portée du contrôle judiciaire et de limiter ainsi celle d'une intervention judiciaire visant la protection des droits individuels garantis par la *Charte*. C'est là le fondement de mon désaccord avec la façon dont le Juge en chef aborde l'art. 7, qui, exposée pour la première fois dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, consiste à cantonner la liberté à sa dimension physique.

J'ajoute, en passant, que, contrairement à ce que mes collègues les juges Iacobucci et Major semblent laisser entendre, je ne crois pas que la liberté soit absolue. J'ai pris la peine de souligner qu'elle se limite aux droits essentiellement personnels qui sont inhérents à l'individu et qui, à mon avis, incluent (et, à cet égard, je crois que nous sommes d'accord) le droit des parents d'éduquer leurs enfants. Même ainsi définie, une atteinte à la liberté peut être justifiée pour le motif qu'elle est conforme aux principes de «justice fondamentale». Au fond, je crois que la «liberté» s'entend de la liberté ordinaire qu'ont les hommes et les femmes libres, dans une société démocratique, de se livrer aux activités inhérentes à l'individu. Celles-ci ne sont peut-être pas nombreuses, mais lorsqu'elles existent, elles doivent, en vertu de la Constitution, être protégées contre l'intervention de l'État, à moins que cette intervention ne soit justifiable. Ce caractère justifiable est parfois manifeste. Dans d'autres cas, il exigera un examen attentif du contexte. En l'espèce, c'est nettement la sécurité de

120

121

determine respect for the parents' rights under the Act were sufficient to satisfy ss. 1 and 7 of the *Charter*. That such procedures must have effect before, and not following the action invasive of the parents' rights, seems to me to be essential and to be clearly required by ss. 1 and 7.

Cross-appeal: Costs

122

The order to award costs against an intervening Attorney General, acting as she is statutorily authorized to, in the public interest in favour of a party who raises the constitutionality of a statute, appears highly unusual, and only in very rare cases should this be permitted. Nevertheless, this case appears to have raised special and peculiar problems, and the District Court's exercise of discretion was supported by the Court of Appeal. I am loath to interfere with the exercise of their discretion in this case.

Disposition

123

The concern voiced by the appellants in the present appeal raises the more general question of the appropriateness of proceeding with treatments for which the medical benefits are highly questionable, when parental refusal is in part only grounded on religious beliefs. However, the medical evidence presented in 1983, as well as that presented before Whealy Dist. Ct. J., does not permit us to question the necessity of the blood transfusion, although some might in retrospect be tempted to do so. This appeal does remind us, however, of the necessity of proceeding with care when overriding parental refusal. However, I am satisfied that the courts did just that in this case. For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and the cross-appeal, and answer the constitutional questions in the following manner:

l'enfant qui compte le plus. Ce qui est plus difficile et ce sur quoi les appelants ont, en définitive, vraiment axé leur plaidoirie, c'est de savoir si les procédures visant à déterminer s'il y avait respect des droits des parents, en vertu de la Loi, étaient suffisantes pour satisfaire à l'article premier et à l'art. 7 de la *Charte*. Il me semble être essentiel et nettement requis par l'article premier et l'art. 7 que de telles procédures se déroulent avant et non pas après la mesure qui empiète sur les droits des parents.

Pourvoi incident: dépens

L'ordonnance condamnant aux dépens le Procureur général qui, comme la Loi l'autorise à le faire, intervient, dans l'intérêt public, en faveur d'une partie qui soulève la question de la constitutionnalité d'une loi, paraît fort inhabituelle et ne devrait être permise que dans des cas très rares. Néanmoins, cette affaire paraît avoir soulevé des problèmes spéciaux et particuliers, et l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de district a reçu l'appui de la Cour d'appel. Je ne suis pas disposé à intervenir dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en l'espèce.

Dispositif

La préoccupation exprimée par les appelants en l'espèce soulève la question plus générale de l'opportunité d'administrer des traitements dont les vertus thérapeutiques sont très douteuses lorsque le refus des parents n'est qu'en partie fondé sur des croyances religieuses. Toutefois, la preuve médicale présentée en 1983, comme celle qui a été présentée au juge Whealy, ne nous permet pas de douter de la nécessité de la transfusion sanguine, bien que certains puissent, avec le recul, être tentés de le faire. Ce pourvoi nous rappelle cependant la nécessité de procéder avec soin lorsqu'il s'agit de passer outre au refus des parents. Cependant, je suis convaincu que c'est ce que les tribunaux ont fait en l'espèce. Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi principal et le pourvoi incident, et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Does the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1)(b)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), deny parents a right to choose medical treatment for their infants, contrary to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 19(1)(b)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

This question does not arise.

3. Does the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1)(b)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), infringe the appellants' freedom of religion as guaranteed under s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

4. If the answer to question 3 is in the affirmative, is s. 19(1)(b)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Yes.

I would make no order as to costs in this Court.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting on the cross-appeal) — This case consists of both an appeal and a cross-appeal. The appeal concerns the constitutionality of s. 19(1)(b)(ix) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, as well as that of the legislative scheme established under ss. 21, 27, 28(1), (10)

1. La *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sous-al. 19(1)(b)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12), privent-ils les parents du droit de choisir un traitement médical pour leurs enfants en bas âge, contrairement à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le sous-al. 19(1)(b)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sont-ils justifiés en tant que limites raisonnables par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

La question ne se pose pas.

3. La *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sous-al. 19(1)(b)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12), portent-ils atteinte à la liberté de religion que garantit aux appelants l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le sous-al. 19(1)(b)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sont-ils justifiés en tant que limites raisonnables par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Oui.

Je suis d'avis de n'accorder aucuns dépens devant notre Cour.

124

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente quant au pourvoi incident) — Cet appel comporte deux volets: l'un principal, l'autre incident. Le pourvoi principal porte sur la constitutionnalité du sous-al. 19(1)(b)(ix) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, et sur celle du régime législatif établi aux

125

and (12), 30(1)2 and 41 of that Act. As appears from the judgment rendered orally from the Bench on March 17, 1994, I agree with my colleagues that this principal appeal should be dismissed. In this respect, I concur with the reasons of my colleague La Forest J. However, I part company with my colleagues when it comes to the cross-appeal, on which this Court had reserved judgment at the time of the hearing. Unlike my colleagues, I would allow the cross-appeal.

126 The issue on the cross-appeal is whether the Ontario Court of Appeal erred in upholding the decision of the Ontario District Court to award costs against the Attorney General for Ontario who intervened in support of the legislation which was constitutionally challenged by the appellants. I agree with Houlden J.A., dissenting on this issue at the Ontario Court of Appeal, that the cross-appeal should be allowed and that no costs should have been awarded against the Attorney General for Ontario by the Ontario District Court.

127 In explaining this conclusion, I will refer, in order to simplify matters, to the Attorney General for Ontario, the respondent in the principal appeal, as the "respondent", and to Richard and Beena B., the appellants in the principal appeal, as the "appellants", even though, on the cross-appeal, the Attorney General for Ontario is the appellant and Richard and Beena B. are the respondents. Furthermore, I note that while my reasons specifically refer to the Attorney General for Ontario's position, they also apply to that of the Attorney General of Canada, who intervened before us to support the position of the Attorney General for Ontario on the cross-appeal.

I — Facts and Proceedings

128 Sheena B. was born four weeks prematurely on June 25, 1983 and, as a result of her physical condition, was transferred to the Sick Children's Hospital in Toronto. During the following few weeks, the doctors responsible for her care detected many physical ailments and she received a number of medical treatments. The appellants, her parents,

art. 21 et 27, aux par. 28(1), (10) et (12), à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41 de la Loi. Comme il appert du jugement rendu oralement à l'audience le 17 mars 1994, je suis d'accord avec mes collègues pour dire que le pourvoi principal doit être rejeté. À cet égard, je souscris aux motifs de mon collègue le juge La Forest. Toutefois, je fausse compagnie à mes collègues quant au pourvoi incident que notre Cour a mis en délibéré à l'audience. Contrairement à eux, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident.

La question que soulève le pourvoi incident est de savoir si la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur en confirmant la décision de la Cour de district de l'Ontario de condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario qui est intervenu en faveur de la loi dont les appellants contestaient la constitutionnalité. Je suis d'accord avec le juge Houlden, dissident sur cette question en Cour d'appel de l'Ontario, pour dire que le pourvoi incident devrait être accueilli et que la Cour de district de l'Ontario n'aurait pas dû condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario.

Afin de simplifier les choses, dans le cours de mes motifs j'appellerai le procureur général de l'Ontario, intimé dans le pourvoi principal, l'«intimé», et Richard et Beena B., appelants dans le pourvoi principal, les «appelants», même si, dans le pourvoi incident, le procureur général de l'Ontario est l'appellant et Richard et Beena B. sont les intimés. En outre, je signale que, même si mes motifs réfèrent explicitement à la position du procureur général de l'Ontario, ils s'appliquent également à celle du procureur général du Canada qui est intervenu devant nous pour appuyer la position du procureur général de l'Ontario dans le pourvoi incident.

I — Les faits et les procédures

Sheena B. est née le 25 juin 1983, quatre semaines avant terme. En raison de son état physique, elle a été transférée au Hospital for Sick Children de Toronto. Pendant les semaines qui ont suivi, elle a reçu plusieurs traitements médicaux afin de remédier à de nombreux troubles physiques décelés par ses médecins traitants. Ses parents, les

consented to all of these treatments although, at their request, the attending physicians avoided the use of blood transfusions in treating Sheena B. The appellants, as Jehovah's Witnesses, objected to blood transfusions on religious grounds.

On the night of July 30, 1983 and during the early morning hours of July 31, 1983, Sheena B.'s haemoglobin level dropped to such an extent that the attending physicians believed that her life was in danger and that she might require a blood transfusion in order to treat a potentially life-threatening congestive heart failure. On July 31, 1983, upon an application by the respondent Children's Aid Society of Metropolitan Toronto (the "CAS") under the *Child Welfare Act*, Judge Main of the Provincial Court (Family Division) granted a 72-hour wardship to the CAS on the basis of the evidence of Dr. Perlman that a transfusion might be necessary and that it would not be for experimental purposes. On August 19, 1983, upon a status review application pursuant to the *Child Welfare Act*, this temporary wardship was extended by Judge Main for a further three-week period: (1983), 36 R.F.L. (2d) 70. Ultimately, on August 23, 1983, Sheena B. received a blood transfusion as part of the standard procedure for the examination and operation for a suspected glaucoma.

Once the blood transfusion had been administered, the respondent CAS's wardship order was terminated: (1983), 36 R.F.L. (2d) 80 (Walmsley A.C. Prov. J.). Sheena B.'s parents, however, appealed the two orders of the Provincial Court relating to the wardship to the District Court where they challenged the constitutional validity of s. 19(1)(b)(ix) and s. 28(10) of the *Child Welfare Act*. The respondent Attorney General for Ontario and the intervener Attorney General of Canada were each served with a Notice of Constitutional Question in accordance with s. 122 of the *Ontario Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11 (now s. 109 of *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43). The Attorney General for Ontario intervened to defend the legislation in this and all sub-

appelants, ont consenti à tous les traitements, bien qu'à leur demande les médecins traitants n'aient procédé à aucune transfusion sanguine pour soigner Sheena B. Les appelants, qui sont témoins de Jéhovah, s'opposaient aux transfusions sanguines pour des motifs religieux.

Au cours de la nuit du 30 juillet 1983 et tôt le matin du 31 juillet 1983, le taux d'hémoglobine de Sheena B. a chuté à tel point que les médecins traitants ont craint pour sa vie et ont jugé qu'il pourrait être nécessaire de procéder à une transfusion sanguine pour traiter une insuffisance cardiaque globale qui risquait d'être fatale. Le 31 juillet 1983, à la suite d'une demande présentée par l'intimée, la Children's Aid Society of Metropolitan Toronto (la «CAS»), en vertu de la *Child Welfare Act*, le juge Main de la Cour provinciale (Division de la famille) a accordé à la CAS une tutelle de 72 heures en se fondant sur le témoignage du Dr Perlman, selon lequel une transfusion pourrait être nécessaire et ne servirait aucune fin expérimentale. Le 19 août 1983, à la suite d'une demande de révision de statut fondée sur la *Child Welfare Act*, le juge Main a prolongé la tutelle temporaire pour une période de trois semaines: (1983), 36 R.F.L. (2d) 70. Sheena B. a finalement reçu une transfusion sanguine le 23 août 1983, dans le cadre de la procédure normale d'examen et d'opération pour un glaucome redouté.

Dès que la transfusion sanguine eut été administrée, l'ordonnance de tutelle en faveur de l'intimée, la CAS, a pris fin: (1983), 36 R.F.L. (2d) 80 (le juge en chef adjoint Walmsley de la C. prov.). Les parents de Sheena B. ont toutefois interjeté appel contre les deux ordonnances de tutelle rendues par la Cour provinciale, devant la Cour de district où ils ont contesté la constitutionnalité du sous-al. 19(1)(b)(ix) et du par. 28(10) de la *Child Welfare Act*. L'intimé, le procureur général de l'Ontario, et l'intervenant, le procureur général du Canada, ont tous deux reçu un avis de question constitutionnelle conformément à l'art. 122 de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario, L.O. 1984, ch. 11 (maintenant l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43). Le

sequent legal proceedings leading up to the present appeal.

131 Upon the respondent CAS's motion, the appeal to the District Court was dismissed on the ground that the case was moot since there was no longer a *lis* between the parties and the *Child Welfare Act* had been repealed and replaced by the *Child and Family Services Act, 1984*, S.O. 1984, c. 55 ((1985), 32 A.C.W.S. (2d) 149 (Webb Dist. Ct. J.)). On a further appeal, the Ontario Court of Appeal held that the District Court had erred in dismissing the original appeal and referred the case back to the District Court to be decided on its merits, namely the right of parents to determine their child's medical treatment and the constitutionality of the *Child Welfare Act*: (1988), 63 O.R. (2d) 385, 47 D.L.R. (4th) 388, 15 R.F.L. (3d) 388 (Grange and Krever J.J.A., Griffiths J.A. dissenting).

132 As a result, the District Court reheard the appeal on its merits. This hearing proceeded as a trial *de novo*, with fresh evidence being adduced pursuant to s. 122(4) (now 109(4)) of the Act. The respondent Attorney General for Ontario called six of the respondent CAS's eight experts and cross-examined the appellants' expert witnesses. The whole hearing ran over a 20-day period. Ultimately, Whealy Dist. Ct. J. dismissed the appeal and upheld the constitutionality of the *Child Welfare Act*. In an addendum to his reasons for judgment, Whealy Dist. Ct. J. ordered the respondent Attorney General for Ontario (then an intervener) to pay the costs of the appellants, on a party-and-party basis. No order as to costs was made against the respondents CAS or the Official Guardian.

133 The appellants further appealed to the Ontario Court of Appeal and the respondent Attorney General for Ontario cross-appealed the order as to costs. The appeal and the cross-appeal were both dismissed, without costs on the appeal and cross-appeal. This Court then granted the appellants leave to appeal and the respondent Attorney Gen-

procureur général de l'Ontario est intervenu pour défendre la Loi dans cet appel et dans toutes les procédures subséquentes qui ont abouti au présent pourvoi.

À la requête de l'intimée, la CAS, l'appel devant la Cour de district a été rejeté pour le motif que le débat était théorique étant donné que plus aucun litige n'opposait les parties et que la *Child Welfare Act* avait été abrogée et remplacée par la *Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille*, L.O. 1984, ch. 55 ((1985), 32 A.C.W.S. (2d) 149 (le juge Webb)). À la suite d'un appel subséquent, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la Cour de district avait commis une erreur en rejetant le premier appel, et lui a renvoyé l'affaire pour qu'elle la tranche au fond, c'est-à-dire pour qu'elle statue sur le droit des parents de déterminer le traitement médical que subira leur enfant et sur la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*: (1988), 63 O.R. (2d) 385, 47 D.L.R. (4th) 388, 15 R.F.L. (3d) 388 (les juges Grange et Krever, le juge Griffiths étant dissident).

La Cour de district a donc réentendu l'appel au fond. Cette audition a pris la forme d'un nouveau procès, une nouvelle preuve étant présentée conformément au par. 122(4) (maintenant le par. 109(4)) de la Loi. L'intimé, le procureur général de l'Ontario, a appelé à témoigner six des huit experts de l'intimée, la CAS, et a contre-interrogé les témoins experts des appelants. L'audition s'est étalée sur une période de 20 jours. Le juge Whealy de la Cour de district a finalement rejeté l'appel et confirmé la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*. Dans un addenda à ses motifs de jugement, il a ordonné à l'intimé, le procureur général de l'Ontario (alors intervenant), de payer aux appelants leurs dépens comme entre parties. Aucun des intimés, que ce soit la CAS ou le tuteur public, ne s'est vu ordonner de payer des dépens.

Les appelants ont interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario et l'intimé, le procureur général de l'Ontario, a interjeté un appel incident contre l'ordonnance sur les dépens. L'appel principal et l'appel incident ont tous deux été rejetés, sans dépens. Notre Cour a, par la suite, accordé aux appelants l'autorisation de se pourvoir, et à l'in-

eral for Ontario leave to cross-appeal from the Ontario Court of Appeal decision: [1993] 1 S.C.R. ix.

II — Judgments concerning the Issues Raised in the Cross-Appeal

Ontario District Court

Although the appellants lost on the merits, Whealy Dist. Ct. J., relying on the discretion conferred by Rule 57.01(2) of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84 (hereinafter the "Rules"), awarded the appellants costs on a party-and-party basis against the respondent Attorney General for Ontario, for essentially the following reasons:

1. This case was distinguishable from those where it was decided that costs should not be awarded against a successful party;
2. The original litigation was triggered by state action through the respondent CAS;
3. The issue was of province-wide importance; and
4. The manner of hearing the appeal was "almost unique in that 18 fresh witnesses were heard extending over several weeks". In addition, the case proceeded in a "most unusual fashion and laborious manner for all concerned", leading to a re-trial on the basis of fresh evidence at the appellate level.

Although Whealy Dist. Ct. J. ordered costs against the respondent Attorney General for Ontario, he nonetheless agreed with the Attorney General for Ontario on two points. First, he agreed that there was no bad conduct on behalf of the Attorney General for Ontario which would justify a punitive award of costs against a successful party. Second, he agreed that the fact that the appellants were individuals of modest means (even if supported by their church) and that the Attorney General for Ontario had practically unlimited resources was not relevant to the allocation of costs, for otherwise the result would be a flood of marginal appli-

timé, le procureur général de l'Ontario, l'autorisation de former un pourvoi incident contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario: [1993] 1 R.C.S. ix.

II — Décisions concernant les questions soulevées dans le pourvoi incident

Cour de district de l'Ontario

Bien que les appelants aient perdu au fond, le juge Whealy, invoquant le pouvoir discrétionnaire conféré par la règle 57.01(2) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, Règl. de l'Ont. 560/84 (ci-après les «Règles»), a condamné l'intimé, le procureur général de l'Ontario, à payer aux appelants des dépens comme entre parties, pour essentiellement les motifs suivants:

1. L'affaire est distincte de celles où l'on a décidé de ne pas condamner aux dépens la partie obtenant gain de cause;
2. Le litige initial a été déclenché par l'action de l'État, accomplie par l'intermédiaire de l'intimée, la CAS;
3. La question est importante pour toute la province;
4. Le mode d'audition de l'appel est «quasi unique du fait que 18 nouveaux témoins ont été entendus sur une période de plusieurs semaines». En outre, l'affaire s'est déroulée «de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés», aboutissant à un nouveau procès sur la foi d'une nouvelle preuve au niveau d'appel.

Bien qu'il ait condamné au dépens l'intimé, le procureur général de l'Ontario, le juge Whealy s'est néanmoins dit d'accord avec celui-ci sur deux points. Premièrement, il a convenu que le procureur général de l'Ontario n'avait pas fait preuve de conduite répréhensible qui justifierait de condamner la partie ayant obtenu gain de cause à payer des dépens punitifs. Deuxièmement, il a convenu que le fait que les appelants soient des particuliers aux moyens modestes (même s'ils recevaient le soutien de leur église) et que le procureur général de l'Ontario dispose de ressources quasi illimitées n'était pas pertinent en matière d'attribution de dépens,

cations against the Crown. To this end, Whealy Dist. Ct. J. referred to the following remarks of Osler J. in *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada* (1986), 56 O.R. (2d) 240 (H.C.), at p. 242: "... it is equally desirable that the Crown should not be treated as an unlimited source of funds with the result that marginal applications would be encouraged".

Ontario Court of Appeal (1992), 10 O.R. (3d) 321

136 Tarnopolsky J.A., for the majority, agreed with Whealy Dist. Ct. J. that the respondent Attorney General for Ontario was completely successful and had exhibited no "bad conduct". Furthermore, he noted, as Whealy Dist. Ct. J. had, that the available resources of the parties were irrelevant to the decision on costs and, in any event, that there was no evidence as to the appellants' or the respondent's resources.

137 Furthermore, Tarnopolsky J.A. observed that, even though the litigation in question was originally triggered by an act of the state, this was not in and of itself sufficient for granting the appellants their costs, since, on that basis, any accused person could successfully claim costs. However, he concluded that since the appellants challenged the state on the basis of freedom of religion, a "fundamental freedom" guaranteed by s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this case fell within the ambit of Rule 57.01(1)(d) ("the importance of the issues"), because the question raised was of "province-wide importance", "national importance" and "international significance".

138 Tarnopolsky J.A. also referred to and did not disturb Whealy Dist. Ct. J.'s finding that this case proceeded in a "most unusual fashion and laborious manner for all concerned". In addition he then made the following remarks (at pp. 355-56):

car, autrement, il en résulterait une multitude de demandes marginales contre le ministère public. À cette fin, le juge Whealy a rappelé les remarques suivantes du juge Osler dans *Canadian Newspapers Co. c. Attorney-General of Canada* (1986), 56 O.R. (2d) 240 (H.C.), à la p. 242: [TRADUCTION] «... il est tout aussi souhaitable que le ministère public ne soit pas traité comme une source de fonds intarissable de manière à encourager les demandes marginales».

Cour d'appel de l'Ontario (1992), 10 O.R. (3d) 321

Le juge Tarnopolsky a, au nom de la cour à la majorité, convenu avec le juge Whealy de la Cour de district que l'intimé, le procureur général de l'Ontario, avait obtenu gain de cause sur toute la ligne et qu'il n'avait fait preuve d'aucune «mauvaise conduite». En outre, a-t-il fait remarquer à l'instar du juge Whealy, les ressources dont disposaient les parties n'avaient rien à voir avec la décision relative aux dépens et, quoi qu'il en soit, aucune preuve n'a été produite quant aux ressources des appelants et de l'intimé.

De plus, le juge Tarnopolsky a souligné que, bien que le litige en question ait été déclenché initialement par l'action de l'État, cela ne constituait pas en soi un motif suffisant pour accorder aux appelants leurs dépens puisque, sur ce fondement, toute demande de dépens de la part d'une personne inculpée pourrait réussir. Toutefois, il a conclu que, comme les appelants s'étaient opposés à l'État en invoquant la liberté de religion, une «liberté fondamentale» garantie par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette affaire relevait de la règle 57.01(1)d) («l'importance des questions en litige») puisque la question soulevée était d'«importance pour toute la province», d'«importance nationale» et d'«importance internationale».

Le juge Tarnopolsky a aussi mentionné, sans la modifier, la conclusion du juge Whealy que l'affaire s'est déroulée «de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés». De plus, il a ensuite fait les observations suivantes (aux pp. 355 et 356):

In any event, the case before Whealy D.C.J. was complicated, the hearings were very lengthy, and were a form of retrial. The Attorney General submits that a factor that should have been considered was that the learned District Court judge found two of the appellants' witnesses "not too helpful", that he found that one of the other witnesses "did not materially advance either position put before the court", and that two others were "irrelevant". However, it was Whealy D.C.J. who heard all these witnesses and yet granted costs to the appellants. Apparently, although he did not accept their evidence in preference to that of the respondents, he did not consider the evidence on behalf of the appellants to be so "improper, vexatious or unnecessary" (rule 57.01(1)(f)(i)) as to override the other considerations. I do not believe that an appellate court should second-guess him on this.

In view of the factors he identified, Tarnopolsky J.A. dismissed the respondent's argument that Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs would encourage marginal applications for constitutional challenges, which, in any event, was not the case here. Accordingly, Tarnopolsky J.A. affirmed Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs and dismissed the cross-appeal. However, he did not award costs on the appeal or the cross-appeal to the Ontario Court of Appeal.

Goodman J.A. concurred with Tarnopolsky J.A. but expressed the opinion that costs should be awarded against a successful party only in exceptional cases. However, he was not persuaded that the case before him was not a proper case for such an award, and therefore concluded that he would not "interfere with the discretion exercised by the District Court judge in his award of costs to the appellants" (p. 356).

Houlden J.A., dissenting, would have allowed the cross-appeal on the basis that the Attorney General for Ontario was required by the *Courts of Justice Act* to intervene in the proceedings in order to uphold the validity of the legislation and, furthermore, was successful in doing so. In his view, it would "create a dangerous precedent to award

[TRADUCTION] Quoi qu'il en soit, l'affaire dont était saisi le juge Whealy de la Cour de district était complexe, et les auditions ont été très longues et ont constitué une sorte de nouveau procès. Le Procureur général soutient qu'on aurait dû tenir compte du fait que le juge de la Cour de district a conclu que le témoignage de deux des témoins des appelants n'était «pas très utile», que l'un des autres témoins «n'a pas fait avancer sensiblement l'une ou l'autre position soumise à la cour», et que deux autres témoignages étaient «sans pertinence». Toutefois, le juge Whealy, qui a entendu tous ces témoins, a néanmoins accordé des dépens aux appelants. Apparemment, bien qu'il n'ait pas préféré leur témoignage à ceux des intimés, il n'a pas considéré que la preuve des appelants était «irrégulière, vexatoire ou inutile» (règle 57.01(1)(f)(i)) au point de supplanter les autres considérations. Je ne crois pas qu'une cour d'appel doive le critiquer après coup à cet égard.

Compte tenu des facteurs qu'il a identifiés, le juge Tarnopolsky a écarté l'argument de l'intimé suivant lequel l'ordonnance du juge Whealy sur les dépens encouragerait des demandes marginales de contestations constitutionnelles, ce qui, de toute façon, n'était pas le cas en l'espèce. Le juge Tarnopolsky a donc confirmé l'ordonnance du juge Whealy quant aux dépens et rejeté l'appel incident. Toutefois, il n'a accordé aucuns dépens quant à l'appel ou à l'appel incident interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario.

Le juge Goodman a souscrit aux motifs du juge Tarnopolsky, mais il s'est dit d'avis que la partie obtenant gain de cause ne devrait être condamnée aux dépens que dans des cas exceptionnels. Toutefois, comme il n'était pas convaincu qu'il ne convenait pas, dans cette affaire, d'accorder de tels dépens, il a décidé de ne pas [TRADUCTION] «intervenir dans le pouvoir discrétionnaire que le juge de la Cour de district a exercé en accordant des dépens aux appelants» (p. 356).

Dissident, le juge Houlden aurait accueilli l'appel incident pour le motif que la *Loi sur les tribunaux judiciaires* obligeait le procureur général de l'Ontario à intervenir dans les procédures afin de confirmer la validité de la loi en question et que, par ailleurs, il l'avait fait avec succès. À son avis, [TRADUCTION] «condamner aux dépens le Procu-

139

140

141

costs against the Attorney General in these circumstances" (p. 360).

reur général, dans ces circonstances, créerait un dangereux précédent» (p. 360).

142 I note that my colleague La Forest J. disposes of the cross-appeal in a manner similar to Goodman J.A. of the Court of Appeal. At page 390 he states:

Je remarque que mon collègue le juge La Forest tranche le pourvoi incident d'une manière semblable à celle qu'a adoptée le juge Goodman de la Cour d'appel. À la page 390 de ses motifs, il écrit:

The order to award costs against an intervening Attorney General, acting as she is statutorily authorized to, in the public interest in favour of a party who raises the constitutionality of a statute, appears highly unusual, and only in very rare cases should this be permitted. Nevertheless, this case appears to have raised special and peculiar problems, and the District Court's exercise of discretion was supported by the Court of Appeal. I am loath to interfere with the exercise of their discretion in this case.

L'ordonnance condamnant aux dépens le Procureur général qui, comme la Loi l'autorise à le faire, intervient, dans l'intérêt public, en faveur d'une partie qui soulève la question de la constitutionnalité d'une loi, paraît fort inhabituelle et ne devrait être permise que dans des cas très rares. Néanmoins, cette affaire paraît avoir soulevé des problèmes spéciaux et particuliers, et l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de district a reçu l'appui de la Cour d'appel. Je ne suis pas disposé à intervenir dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en l'espèce.

I, however, disagree with this conclusion for the following reasons.

Je ne suis, cependant, pas d'accord avec cette conclusion pour les motifs qui suivent.

III — Jurisdiction

III — Compétence

143 At the hearing before us, the jurisdiction of this Court to interfere with the exercise of judicial discretion was raised and s. 42(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, was discussed in that regard. Section 42(1) reads:

Lors de l'audience tenue devant nous, la question de la compétence de notre Cour pour intervenir dans l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire a été soulevée, et le par. 42(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, a été examiné à cet égard. Le paragraphe 42(1) se lit ainsi:

42. (1) No appeal lies to the Court from a judgment or order made in the exercise of judicial discretion except in proceedings in the nature of a suit or proceeding in equity originating elsewhere than in the Province of Quebec and except in *mandamus* proceedings.

42. (1) Ne sont pas susceptibles d'appel devant la Cour les jugements ou ordonnances rendus dans l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire, sauf dans les procédures de la nature d'une poursuite ou procédure en equity nées hors du Québec et sauf dans les procédures de *mandamus*.

However, this Court held in *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, at p. 826 (*per* Wilson J.), that s. 42(1) (then s. 44(1)) does not prevent this Court from interfering with a trial judge's discretion if he or she erred in formulating the principles upon which the discretion was exercised. This is a question of law, in respect of which s. 42(1) does not apply. In addition, s. 42(1) does not preclude this Court from interfering with a trial judge's discretion if it was not exercised judicially. As Lamer J. (as he then was) indicated at p. 1657 of *R. v. Pringle*, [1989] 1 S.C.R. 1645, s. 42 of the *Supreme*

Cependant, notre Cour a conclu, dans l'arrêt *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, à la p. 826 (le juge Wilson), que le par. 42(1) (alors le par. 44(1)) ne l'empêche pas d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance s'il a commis une erreur en formulant les principes sur lesquels il a fondé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Il s'agit d'une question de droit, à l'égard de laquelle le par. 42(1) ne s'applique pas. En outre, le par. 42(1) n'empêche pas notre Cour d'intervenir lorsque le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance n'a pas été exercé

Court Act "aims solely at preventing parties from bringing an appeal from a purely discretionary decision" (emphasis added).

While it is true that courts of appeal should, in general, respect a trial judge's discretion and should not interfere lightly with the exercise of such a discretion, this rule is not absolute. This Court has, on numerous occasions, held that it has jurisdiction to interfere with the judicial exercise of discretion if not properly exercised. For instance, in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549, this Court concluded that it was within the jurisdiction of the New Brunswick Court of Appeal to grant leave to appeal to a person seeking leave which was not a party to the original action and was applying out of time. Although this constituted the exercise of a discretionary power, it was reviewable by this Court. Speaking for the Court on this issue, Wilson J. had this to say (at p. 606):

The concept of a "judicial exercise of discretion" seems to have two prerequisites, namely (1) that the subject matter be within the jurisdiction of the Court; and (2) that the Court must take into consideration all the relevant factors. [Emphasis added.]

In *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, Beetz J., writing for the Court, outlined (at pp. 155-56) the circumstances where a court of appeal could interfere with the discretion of a trial judge with respect to stays of proceedings and interlocutory injunctions by quoting the following passage from the House of Lords' unanimous decision in *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042, at p. 1046 (per Lord Diplock):

[The appellate court] may set aside the judge's exercise of his discretion on the ground that it was based on a misunderstanding of the law or of the evidence before

judiciairement. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l'indique, à la p. 1657 de l'arrêt *R. c. Pringle*, [1989] 1 R.C.S. 1645, l'art. 42 de la *Loi sur la Cour suprême* «ne vise [. . .] qu'à empêcher les parties de porter en appel une décision purement discrétionnaire» (je souligne).

Même s'il est vrai que les cours d'appel devraient, en général, respecter le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance et ne pas intervenir à la légère dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, cette règle n'est pas absolue. Notre Cour a, à maintes reprises, conclu qu'elle était compétente pour intervenir dans l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire, si celui-ci n'avait pas été exercé régulièrement. Par exemple, dans *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, notre Cour a conclu que la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick était compétente pour accorder l'autorisation d'en appeler à une personne qui n'était cependant pas partie à l'action initiale et dont la demande était hors délai. Même s'il s'agissait là de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, celui-ci pouvait faire l'objet d'un examen par notre Cour. Le juge Wilson s'exprime ainsi, au nom de la Cour, à ce sujet (à la p. 606):

Le concept d'un «exercice judiciaire du pouvoir discrétionnaire» semble comporter deux exigences préalables, savoir (1) que la question relève de la compétence de la cour et (2) que la cour prenne en considération tous les éléments pertinents. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, le juge Beetz énonce, au nom de la Cour, aux pp. 155 et 156, les circonstances dans lesquelles une cour d'appel peut intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance relativement aux arrêts de procédures et aux injonctions interlocutoires, en citant le passage suivant de l'arrêt unanime de la Chambre des lords *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042, à la p. 1046 (lord Diplock):

[TRADUCTION] [La cour d'appel] peut annuler la décision rendue par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, soit pour le motif que cette décision repose sur

him or on an inference that particular facts existed or did not exist, which, although it was one that might legitimately have been drawn on the evidence that was before the judge, can be demonstrated to be wrong by further evidence that has become available by the time of the appeal, or on the ground that there has been a change of circumstances after the judge made his order that would have justified his acceding to an application to vary it. Since reasons given by judges for granting or refusing interlocutory injunctions may sometimes be sketchy, there may also be occasional cases where even though no erroneous assumption of law or fact can be identified the judge's decision to grant or refuse the injunction is so aberrant that it must be set aside on the ground that no reasonable judge regardful of his duty to act judicially could have reached it.

146 In *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, this Court reviewed the exercise of a trial judge's discretion under provincial matrimonial property legislation, the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, to order an unequal division of the matrimonial property of the spouses upon the breakup of their marriage. While this Court unanimously concluded that the British Columbia Court of Appeal had erred in interfering with the discretion of the trial judge, Gonthier J. made the following remarks, which are particularly apposite here (at pp. 1374-75):

Courts of Appeal should be highly reluctant to interfere with the exercise of a trial judge's discretion. It is he who has the advantage of hearing the parties and is in the best position to weigh the equities of a case. The principle of non-interference has been emphasized by this Court in a number of cases concerning the division of family property. In *Harper v. Harper*, [1980] 1 S.C.R. 2, the Court did interfere with the discretion of the trial judge, but only because the trial judge had acted on certain irrelevant considerations and the Court of Appeal had been misled on a matter of evidence by one of the parties. Chief Justice Laskin for the majority wrote at p. 18:

(A)n appellate Court, and especially an ultimate Court, should ordinarily refrain from interfering with

une erreur de droit ou sur une interprétation erronée de la preuve produite devant lui ou sur une conclusion à l'existence ou à l'inexistence de certains faits, conclusion dont, bien qu'elle puisse avoir été justifiée par la preuve produite devant le juge, le caractère erroné peut être démontré par des éléments de preuve supplémentaires dont on dispose au moment de l'appel, soit pour le motif qu'après que le juge a rendu son ordonnance les circonstances ont changé d'une manière qui aurait justifié qu'il accède à une demande en modification de cette ordonnance. Puisque les raisons données par les juges pour accorder ou refuser des injonctions interlocutoires se révèlent parfois sommaires, il peut à l'occasion y avoir des cas où, bien qu'on ne puisse découvrir aucune conclusion erronée de droit ou de fait, la décision du juge d'accorder ou de refuser l'injonction est à ce point aberrante qu'elle doit être infirmée pour le motif qu'aucun juge raisonnable conscient de son obligation d'agir judiciairement aurait pu la rendre.

Dans l'arrêt *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367, notre Cour a examiné l'exercice par un juge du pouvoir discrétionnaire, que lui conférait une loi provinciale relative aux biens matrimoniaux, la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 121, d'ordonner un partage inégal des biens familiaux des époux à la dissolution de leur mariage. Bien que notre Cour ait conclu à l'unanimité que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait commis une erreur en intervenant dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, le juge Gonthier fait les remarques suivantes qui sont particulièrement justes en l'espèce (aux pp. 1374 et 1375):

Les cours d'appel devraient avoir beaucoup d'hésitation à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance. C'est lui qui a l'avantage d'entendre les parties et qui est le mieux placé pour apprécier l'équité d'une affaire. Cette Cour a souligné le principe de la non-intervention dans plusieurs arrêts concernant la répartition de biens familiaux. Dans l'arrêt *Harper c. Harper*, [1980] 1 R.C.S. 2, la Cour est bien intervenue dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, mais seulement parce que celui-ci s'était fondé sur certaines considérations non pertinentes et que la Cour d'appel avait été induite en erreur par une des parties sur une question de preuve. Le juge en chef Laskin écrit au nom de la majorité à la p. 18:

(U)ne cour d'appel et particulièrement une cour de dernière instance doit habituellement éviter d'interve-

the exercise by a trial judge of the type of broad discretionary jurisdiction conferred by s. 8 of the *Family Relations Act* . . .

In the same case, Estey J. for the minority, dissenting in part, but only as to the share the wife should have in the matrimonial home, wrote at p. 24:

An appellate Court should be extremely reluctant to interfere with the exercise of a discretionary power by a trial judge. However, there are cases, and for the reasons given above I believe this is one, where justice demands that the exercise of discretion be reviewed.

If a judge proceeds on principle properly applicable to the facts of a case and makes a decision judicially, in the exercise of his discretion, this Court will not interfere. But, if it appears that a judge has misdirected himself, or that his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice, the Court can and should review the facts upon which the judgment ought to be given. (*Re Hull Estate per Laidlaw J.A.*, ([1943] O.R. 778 (C.A.)), at p. 785.) [Emphasis added.]

In a subsequent case, this Court dealt with the discretionary nature of the direct action in nullity under art. 33 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25: *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326. Referring to *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, *supra*, and adopting the observations of Lord Diplock in *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, *supra*, Gonthier J. wrote, at p. 370:

I would point out that discretion and arbitrary action should not be confused. While arbitrary action means power exercised at will, just as the person likes, discretion, though it removes the strict duty to act, is subject to certain rules. A judge hearing a direct action in nullity does not decide to do what he feels like doing, but must exercise his power of review in a judicial manner, direct himself correctly in law and observe the applicable principles. [Emphasis added.]

The power of appellate courts to interfere with a trial judge's discretion is also well recognized in criminal law (see, *inter alia*: *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 698 (*per Dickson C.J.*); *R. v.*

nir dans l'exercice par un juge de première instance des larges pouvoirs discrétionnaires prévus à l'art. 8 de la *Family Relations Act* . . .

Dans le même arrêt, le juge Estey au nom de la minorité, dissident seulement quant à la part que l'épouse devait avoir dans la résidence familiale, écrit à la p. 24:

Une cour d'appel doit avoir beaucoup de répugnance à modifier la décision d'un juge de première instance fondée sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cependant, il existe des cas, et, pour les motifs que je viens d'exprimer, j'estime que le présent cas en est un, où la justice exige la révision d'une décision fondée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

[TRADUCTION] Si un juge se fonde sur les principes applicables aux faits et tranche judiciairement, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, cette cour n'interviendra pas. Mais s'il appert qu'un juge s'est fondé sur des considérations erronées ou que sa décision est erronée au point de créer une injustice, la Cour peut et doit revoir les faits sur lesquels le jugement aurait dû être fondé. (*Re Hull Estate*, le juge d'appel Laidlaw, ([1943] O.R. 778 (C.A.)), à la p. 785.) [Je souligne.]

Dans une affaire subséquente, notre Cour s'est penchée sur la nature discrétionnaire de l'action directe en nullité prévue à l'art. 33 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25: *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326. Invoquant l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, précité, et adoptant les observations de lord Diplock dans *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, précité, le juge Gonthier écrit, à la p. 370:

Je précise qu'il ne faut pas confondre discrétion et arbitraire. Alors que l'arbitraire désigne le pouvoir exercé à sa guise, selon son bon vouloir, la discrétion elle, est assujettie, à certaines règles, même si elle écarte l'obligation stricte d'agir. Le juge saisi d'une action directe en nullité ne décide pas selon son bon plaisir ce qu'il lui plaît, mais doit exercer judiciairement son pouvoir de contrôle, bien se diriger en droit et respecter les principes qui s'appliquent. [Je souligne.]

Le pouvoir des cours d'appel d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance est également bien reconnu en droit criminel (voir, notamment, *R. c. Corbett*, [1988] 1

Finta, [1994] 1 S.C.R. 701, at p. 856 (*per* Cory J.)).

R.C.S. 670, à la p. 698 (le juge en chef Dickson); *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, à la p. 856 (le juge Cory)).

149 In the same vein, although this Court has often reiterated that a court of appeal should refrain from interfering with findings of facts made by a trial judge, it has also made it clear that a court of appeal can, and should, interfere if the trial judge has made a manifest error, has ignored conclusive or relevant evidence, has misunderstood the evidence or has drawn erroneous conclusions from the evidence. In other words, a court of appeal can interfere with a trial judge's fact-finding discretion if he or she does not exercise it judicially. See: *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114, at p. 121 (*per* McLachlin J.) and all cases cited therein; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at pp. 188-89 (*per* L'Heureux-Dubé J.) and all cases cited therein; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247, at pp. 1249-50 (*per* Le Dain J.); *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694, at pp. 700-701 (*per* Dickson J. (as he then was)); and *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2, at p. 4 (*per* Dickson J.).

Dans la même veine, bien que notre Cour ait souvent réitéré qu'une cour d'appel devrait se garder d'intervenir dans les conclusions de fait d'un juge de première instance, elle a également précisé qu'une cour d'appel peut et devrait intervenir si le juge de première instance a commis une erreur manifeste, s'il n'a pas tenu compte d'un élément de preuve déterminant ou pertinent, s'il a mal compris la preuve ou en a tiré des conclusions erronées. En d'autres termes, une cour d'appel peut intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance de tirer des conclusions de fait si ce dernier ne l'exerce pas judiciairement. Voir: *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114, à la p. 121 (le juge McLachlin), et toute la jurisprudence qui y est citée, *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, aux pp. 188 et 189 (le juge L'Heureux-Dubé), et toute la jurisprudence qui y est citée, *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247, aux pp. 1249 et 1250 (le juge Le Dain), *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694, aux pp. 700 et 701 (le juge Dickson (plus tard Juge en chef)), et *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2, à la p. 4 (le juge Dickson).

150 In *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, this Court considered the propriety of a Federal Court of Appeal decision to reverse a decision by a motions judge of the Federal Court Trial Division to dismiss the respondent Society's application for orders in the nature of *certiorari* and *mandamus* to compel the Minister of Transport and Minister of Fisheries and Oceans to comply with the federal *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467. Before us, the appellants argued that the Federal Court of Appeal had erred in interfering with the trial judge's exercise of discretion. La Forest J., writing for the majority, was of the opinion that a court of appeal can interfere with a trial judge's discretion when he or she "refuse[s] to take into consideration a

Dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, notre Cour s'est penchée sur l'opportunité de la décision de la Cour d'appel fédérale d'annuler la décision d'un juge des requêtes de la Section de première instance de la Cour fédérale de rejeter la demande de la société intimée visant à obtenir des ordonnances de la nature d'un *certiorari* et d'un *mandamus* qui auraient contraint le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans à respecter le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* fédéral, DORS/84-467. Les appelants ont fait valoir, devant notre Cour, que la Cour d'appel fédérale avait commis une erreur en intervenant dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge

major element for the determination of the case" (at p. 77, citing Beetz J.'s words in *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at p. 588). La Forest J. therefore concluded that the Federal Court of Appeal did not err in interfering with the trial judge's discretion, since the trial judge did not adequately weigh the proper factors.

The principles governing appellate review of a lower court's exercise of discretion are also found in the following statement of Viscount Simon L.C. in *Charles Oseinton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130, at p. 138 (reproduced by La Forest J. in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, *supra*, at pp. 76-77):

The law as to the reversal by a court of appeal of an order made by the judge below in the exercise of his discretion is well-established, and any difficulty that arises is due only to the application of well-settled principles in an individual case. The appellate tribunal is not at liberty merely to substitute its own exercise of discretion for the discretion already exercised by the judge. In other words, appellate authorities ought not to reverse the order merely because they would themselves have exercised the original discretion, had it attached to them, in a different way. But if the appellate tribunal reaches the clear conclusion that there has been a wrongful exercise of discretion in that no weight, or no sufficient weight, has been given to relevant considerations such as those urged before us by the appellant, then the reversal of the order on appeal may be justified. [Emphasis added.]

In light of this jurisprudence, I conclude that it is well within the powers of a court of appeal, and consequently within the powers of this Court, to interfere with a trial judge's wrongful exercise of discretion. The case law clearly indicates that awards of costs, while within judicial discretion, can be reviewed by an appellate court on the basis

de première instance. Le juge La Forest a, au nom de la Cour à la majorité, exprimé l'avis qu'une cour d'appel peut intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance lorsqu'il «refus[e] de tenir compte d'un élément prépondérant en l'espèce» (à la p. 77, citant les propos du juge Beetz dans l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, à la p. 588). Le juge La Forest a donc conclu que la Cour d'appel fédérale n'avait pas commis d'erreur en intervenant dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, puisque ce dernier n'avait pas soupesé adéquatement les facteurs pertinents.

Les principes qui régissent le contrôle par une cour d'appel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal d'instance inférieure sont également exposés dans l'énoncé suivant du lord chancelier le vicomte Simon, dans *Charles Oseinton & Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130, à la p. 138 (reproduit par le juge La Forest dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, précité, aux pp. 76 et 77):

[TRADUCTION] La règle relative à l'annulation par une cour d'appel d'une ordonnance rendue par un juge d'une instance inférieure dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire est bien établie, et tous les problèmes qui se présentent résultent seulement de l'application de principes déterminés à un cas particulier. Le tribunal d'appel n'a pas la liberté de simplement substituer l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge. En d'autres termes, les juridictions d'appel ne devraient pas annuler une ordonnance pour la simple raison qu'elles auraient exercé le pouvoir discrétionnaire original, s'il leur avait appartenu, d'une manière différente. Toutefois, si le tribunal d'appel conclut que le pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon erronée, parce qu'on n'a pas accordé suffisamment d'importance, ou qu'on n'en a pas accordé du tout, à des considérations pertinentes comme celles que l'appelante a fait valoir devant nous, il est alors possible de justifier l'annulation de l'ordonnance. [Je souligne.]

Compte tenu de cette jurisprudence, je conclus qu'il est tout à fait conforme aux pouvoirs d'une cour d'appel et, par conséquent, à ceux de notre Cour d'intervenir dans l'exercice erroné du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance. La jurisprudence indique clairement que, même si elle relève du pouvoir discrétionnaire

that they were made, *inter alia*, on wrong principles, on a misapprehension of significant facts or in a non-judicial manner. See also: *539618 Ontario Ltd. v. Stathopoulos* (1992), 11 O.R. (3d) 364 (C.A.), at p. 380 (*per* Osborne J.A.); *Prodon v. Vickrey* (1988), 31 C.P.C. (2d) 264 (Alta. Q.B.), at pp. 265-66 (*per* Matheson J.); *Nolet v. Nolet* (1985), 68 N.S.R. (2d) 370 (C.A.), at p. 374 (*per* Macdonald J.A.); *Smov Industrie Ceramiche S.P.A. v. Sole Ceramic Importing Ltd.* (1983), 141 D.L.R. (3d) 672 (Ont. H.C.), at p. 674 (*per* Parker J.); *Andrews v. Andrews* (1980), 120 D.L.R. (3d) 252 (Ont. C.A.), at p. 259 (*per* Houlden J.A.); *Kalesky v. Kalesky* (1974), 51 D.L.R. (3d) 30 (Ont. C.A.), at p. 32 (*per* Gale C.J.O.); and *Donald Campbell and Co. v. Pollak*, [1927] A.C. 732 (H.L.).

153 Moreover, as to costs, s. 47 of the *Supreme Court Act* specifically grants the Supreme Court of Canada a wide discretion with respect to lower courts' costs orders:

47. The Court may, in its discretion, order the payment of the costs of the court appealed from, of the court of original jurisdiction, and of the appeal, or any part thereof, whether the judgment is affirmed, or is varied or reversed.

154 In my opinion, the above disposes of the question of whether or not this Court has jurisdiction to review a costs order made by a lower court. It clearly does have such jurisdiction. The question which remains, however, is whether or not, on the facts of this case, the costs order in question, which has already been upheld on an earlier cross-appeal to the Ontario Court of Appeal, should be reversed by this Court.

IV — The Costs

155 The long-standing rule regarding costs is that they are generally awarded to a successful party, absent misconduct on his or her part. A successful litigant has a reasonable expectation that his or her costs will be paid by the unsuccessful party. The

judiciaire, l'attribution de dépens peut être contrôlée par une cour d'appel pour le motif, notamment, qu'elle est fondée sur des principes erronés ou une mauvaise compréhension de faits importants, ou parce qu'elle a été faite d'une manière non judiciaire. Voir également: *539618 Ontario Ltd. c. Stathopoulos* (1992), 11 O.R. (3d) 364 (C.A.), à la p. 380 (le juge Osborne), *Prodon c. Vickrey* (1988), 31 C.P.C. (2d) 264 (B.R. Alb.), aux pp. 265 et 266 (le juge Matheson), *Nolet c. Nolet* (1985), 68 N.S.R. (2d) 370 (C.A.), à la p. 374 (le juge Macdonald), *Smov Industrie Ceramiche S.P.A. c. Sole Ceramic Importing Ltd.* (1983), 141 D.L.R. (3d) 672 (H.C. Ont.), à la p. 674 (le juge Parker), *Andrews c. Andrews* (1980), 120 D.L.R. (3d) 252 (C.A. Ont.), à la p. 259 (le juge Houlden), *Kalesky c. Kalesky* (1974), 51 D.L.R. (3d) 30 (C.A. Ont.), à la p. 32 (le juge en chef Gale), et *Donald Campbell and Co. c. Pollak*, [1927] A.C. 732 (H.L.).

Par ailleurs, en ce qui concerne les dépens, l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême* confère expressément à la Cour suprême du Canada un large pouvoir discrétionnaire relativement aux ordonnances rendues en la matière par les tribunaux d'instance:

47. La Cour a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner le paiement des dépens des juridictions inférieures, y compris du tribunal de première instance, ainsi que des frais d'appel, en tout ou en partie, quelle que soit sa décision finale sur le fond.

À mon avis, cette disposition résout la question de savoir si notre Cour a compétence pour contrôler les ordonnances en matière de dépens rendues par un tribunal d'instance. Elle a nettement compétence pour le faire. La question qui demeure, toutefois, est de savoir si, compte tenu des faits de la présente affaire, notre Cour devrait annuler l'ordonnance rendue en l'espèce sur les dépens, que la Cour d'appel de l'Ontario a déjà maintenue à la suite d'un appel incident antérieur.

IV — Les dépens

Selon la règle qui s'applique depuis longtemps en la matière, des dépens sont généralement accordés à la partie qui obtient gain de cause, à moins d'une conduite répréhensible de sa part. Cette même partie s'attend donc raisonnablement à

rationale for this rule is based on the fact that, had the unsuccessful party initially agreed to the position of the successful one, no costs would have been incurred by the successful party. Accordingly, it is only logical that the party who has been found to be wrong must be ready to support the costs of a litigation that could have been avoided.

Mark M. Orkin states the general rule as follows in his book *The Law of Costs* (2nd ed. 1993), at pp. 2-17 and 2-18, para. 205.2:

Prior to the enactment of [Ontario Rule 57.01] . . . the law had been well settled that where a plaintiff is wholly successful in an action and there is no misconduct on his or her part, the plaintiff is entitled to costs on the ground that there is no material on which a court can exercise a discretion to deprive him or her of costs. The rule has also been applied where a plaintiff succeeded as to a substantial part of his claim. Similarly, a successful defendant is entitled to his or her costs on the same ground, namely, that *prima facie* the unsuccessful party is to be charged with the costs of the suit. Where it is impossible to say whether either party was successful, no order should be made as to costs.

This long-standing rule is supported by the case law. See, *inter alia*: *Downey v. Roaf* (1873), 6 P.R. 89 (Chy. Cham.), at p. 89 (*per* Blake V.C.); *In Re Pattullo and The Corporation of the Town of Orangeville* (1899), 31 O.R. 192 (H.C.), at p. 197 (*per* Armour C.J.); *London & British North America Co. v. Haigh*, [1922] 1 W.W.R. 172 (Sask. K.B.), at p. 174 (*per* MacDonald J.); *Hudson's Bay Co. v. Sjoström*, [1924] 3 W.W.R. 271 (Sask. K.B.), at p. 271 (*per* MacDonald J.). For example, in *Villeneuve v. Rur. Mun. Kelvington*, [1929] 2 D.L.R. 919 (Sask. C.A.), at p. 925, Martin J.A. stated:

Where a plaintiff comes to enforce a legal right and completely succeeds, and has been guilty of no misconduct, there is no material upon which a Court can exercise a discretion, and the plaintiff is entitled to his costs. *Edmanson v. Chilie* (1914), 7 S.L.R. 34; *Cooper v. Whittingham* (1880), 15 Ch. D. 501; *Civil Service Co-op Soc. v. Gen'l Steam Nav. Co.*, [1903] 2 K.B. 756; 23 Hals., p. 179, para. 324. As the plaintiffs in the present case have succeeded in obtaining the relief for which

ce que ses dépens soient payés par la partie perdante. Cette règle repose sur le raisonnement selon lequel, si la partie perdante avait, au départ, accepté la position de la partie gagnante, celle-ci n'aurait engagé aucuns frais. Il n'est donc que logique que la partie qui a été jugée en tort soit prête à assumer les coûts d'un litige qui aurait pu être évité.

Mark M. Orkin formule ainsi la règle générale dans son ouvrage intitulé *The Law of Costs* (2^e éd. 1993), aux pp. 2-17 et 2-18, par. 205.2:

[TRADUCTION] Avant l'adoption de [la règle 57.01 de l'Ontario] [. . .] il était bien établi que le demandeur qui avait entièrement gain de cause dans une action et qui n'était coupable d'aucune inconduite avait droit aux dépens, car il n'y avait aucune raison pour que la cour exerce son pouvoir discrétionnaire de l'en priver. La règle a également été appliquée lorsque la demande du demandeur était en grande partie accueillie. De même, un défendeur qui l'emporte a droit à ses dépens pour le même motif, c'est-à-dire qu'à première vue la partie perdante doit assumer les coûts de l'action. Lorsqu'il est impossible de dire si l'une ou l'autre partie a obtenu gain de cause, il ne devrait y avoir aucune attribution de dépens.

Cette règle de longue date est étayée par la jurisprudence. Voir, notamment, *Downey c. Roaf* (1873), 6 P.R. 89 (Chy. Cham.), à la p. 89 (le vice-chancelier Blake); *In Re Pattullo and The Corporation of the Town of Orangeville* (1899), 31 O.R. 192 (H.C.), à la p. 197 (le juge en chef Armour); *London & British North America Co. c. Haigh*, [1922] 1 W.W.R. 172 (B.R. Sask.), à la p. 174 (le juge MacDonald); *Hudson's Bay Co. c. Sjoström*, [1924] 3 W.W.R. 271 (B.R. Sask.), à la p. 271 (le juge MacDonald). Par exemple, dans l'arrêt *Villeneuve c. Rur. Mun. Kelvington*, [1929] 2 D.L.R. 919 (C.A. Sask.), à la p. 925, le juge Martin affirme:

[TRADUCTION] Si le demandeur qui vient faire valoir un droit a entièrement gain de cause et n'est coupable d'aucune inconduite, il n'y a aucune raison pour que la cour exerce son pouvoir discrétionnaire, et le demandeur a droit à ses dépens. *Edmanson c. Chilie* (1914), 7 S.L.R. 34; *Cooper c. Whittingham* (1880), 15 Ch. D. 501; *Civil Service Co-op Soc. c. Gen'l Steam Nav. Co.*, [1903] 2 K.B. 756; 23 Hals., p. 179, par. 324. Comme les demandeurs, en l'espèce, ont réussi à obtenir la réparation

they ask [action for a declaration as to the invalidity of an award and an assessment based thereon], and as they have not been guilty of any misconduct connected with the questions involved in the proceedings, they are entitled to costs. [Emphasis added.]

157 This rule, however, is not absolute. Orkin, for example, notes (*The Law of Costs, supra*, at p. 2-20, para. 205.2(2)):

The principle that a successful party is entitled to his or her costs is of long standing, and should not be departed from except for very good reasons.¹⁶⁴ [Emphasis added.]

164. *Macfie v. Cater* (1920), 57 D.L.R. 736 (Ont. S.C.), aff'd 64 D.L.R. 511 (App. Div.).

Furthermore, in Ontario, s. 141(1) of the *Courts of Justice Act* (now s. 131), and Rules 57.01(1) and (2) of the *Rules*, clearly make the award of costs a matter for the courts' discretion and articulate guidelines for the exercise of this discretion:

141. — (1) [Costs] Subject to the provisions of an Act or rules of court, the costs of and incidental to a proceeding or a step in a proceeding are in the discretion of the court, and the court may determine by whom and to what extent the costs shall be paid.

57.01 (1) [Factors in Discretion] In exercising its discretion under section 141 [now s. 131] of the *Courts of Justice Act, 1984* to award costs, the court may consider, in addition to the result in the proceeding and any offer to settle made in writing,

- (a) the amount claimed and the amount recovered in the proceeding;
- (b) the apportionment of liability;
- (c) the complexity of the proceeding;
- (d) the importance of the issues;
- (e) the conduct of any party that tended to shorten or to lengthen unnecessarily the duration of the proceeding;
- (f) whether any step in the proceeding was,
 - (i) improper, vexatious or unnecessary, or
 - (ii) taken through negligence, mistake or excessive caution;

demandée [action en vue d'obtenir un jugement déclarant invalides une sentence et une évaluation fondée sur celle-ci], et puisqu'ils n'ont été coupables d'aucune inconduite liée aux questions soulevées dans les procédures, ils ont droit aux dépens. [Je souligne.]

Cette règle n'est toutefois pas absolue. Orkin, par exemple, souligne ceci (*The Law of Costs, op. cit.*, à la p. 2-20, par. 205.2(2)):

[TRADUCTION] Le principe voulant que la partie qui obtient gain de cause ait droit à ses dépens vaut depuis longtemps et ne devrait être écarté que pour de très bonnes raisons.¹⁶⁴ [Je souligne.]

164. *Macfie c. Cater* (1920), 57 D.L.R. 736 (C.S. Ont.), conf. par 64 D.L.R. 511 (Div. d'appel).

De plus, en Ontario, le par. 141(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* (maintenant l'art. 131) et les règles 57.01(1) et (2) des *Règles*, font nettement relever la question de l'attribution de dépens du pouvoir discrétionnaire des tribunaux et énoncent des directives régissant l'exercice de ce pouvoir:

[TRADUCTION] 141. — (1) [Dépens] Sous réserve des dispositions d'une loi ou des règles de pratique, les dépens de l'instance ou d'une mesure prise dans le cadre de celle-ci, et qui sont accessoires à l'instance ou à la mesure, ceux qui les paient et la part qui incombe à chacun relèvent du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

57.01 (1) [Pouvoir discrétionnaire du tribunal] Dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'adjudication des dépens que lui confère l'article 141 [maintenant l'art. 131] de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, le tribunal peut prendre en considération, outre le résultat de l'instance et l'offre de transaction présentée par écrit:

- a) le montant demandé dans l'instance et le montant obtenu;
- b) le partage de la responsabilité;
- c) le degré de complexité de l'instance;
- d) l'importance des questions en litige;
- e) la conduite d'une partie qui a eu pour effet d'abrégé ou de prolonger inutilement la durée de l'instance;
- f) une mesure prise dans l'instance qui:
 - (i) était irrégulière, vexatoire ou inutile,
 - (ii) l'a été par négligence, erreur ou prudence excessive;

- (g) a party's denial of or refusal to admit anything that should have been admitted;
- (h) whether it is appropriate to award any costs or more than one set of costs where a party,
 - (i) commenced separate proceedings for claims that should have been made in one proceeding, or
 - (ii) in defending a proceeding separated unnecessarily from another party in the same interest or defended by a different solicitor; and
- (i) any other matter relevant to the question of costs.

(2) [Costs Against Successful Party] The fact that a party is successful in a proceeding or a step in a proceeding does not prevent the court from awarding costs against the party in a proper case. [Emphasis added.]

Rule 57.01(2) provides that costs may be awarded against a successful party "in a proper case". Therefore, the question in this cross-appeal turns on whether or not this case was "a proper case", within the meaning of Rule 57.01(2), for an award of costs against a successful party, in this case the respondent Attorney General for Ontario. Whealy Dist. Ct. J.'s reasons for awarding costs against the respondent Attorney General for Ontario (then an intervener) are succinctly put in the following extract from his decision:

As well, it was argued that there was no bad conduct justifying a punitive award of costs as against the successful party. With that particular argument, I entirely agree.

The appellants argued that an important factor was that the Court of Appeal, by a majority, had held that the issue argued on the appeal was of province-wide importance and that the manner of hearing the appeal was almost unique in that 18 fresh witnesses were heard extending over several weeks, having the effect of almost making the appellate court a trial court. It was pointed out as well that the litigation was originally triggered by an act of the state in the guise of the Children's Aid Society of Metropolitan Toronto.

- g) la dénégalion, par une partie, d'un fait qui aurait dû être reconnu ou son refus de reconnaître un tel fait;
- h) l'opportunité de condamner aux dépens d'une ou de plusieurs instances, si une partie:
 - (i) a introduit des instances distinctes relativement à des demandes qui auraient dû être jointes dans une seule instance,
 - (ii) a séparé inutilement sa défense de celle d'une autre partie ayant le même intérêt ou s'est fait représenter par un procureur distinct;
- i) les autres facteurs pertinents à la question des dépens.

(2) [Condamnation aux dépens d'une partie qui obtient gain de cause] Le fait qu'une partie obtienne gain de cause dans une instance ou dans une étape d'une instance n'empêche pas le tribunal de la condamner aux dépens, le cas échéant. [Je souligne.]

La règle 57.01(2) prévoit qu'une partie obtenant gain de cause peut se voir condamnée aux dépens, «le cas échéant». Par conséquent, la question dans le présent pourvoi incident est de savoir si, en l'espèce, il convient, en vertu de la règle 57.01(2), de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause, en l'occurrence l'intimé, le procureur général de l'Ontario. Les motifs du juge Whealy de condamner ce dernier (alors un intervenant) aux dépens sont exposés succinctement dans l'extrait suivant de sa décision:

[TRADUCTION] De même, on a fait valoir qu'il n'y avait aucune inconduite justifiant de condamner la partie obtenant gain de cause à payer des dépens punitifs. Je suis entièrement d'accord avec cet argument.

Les appelants soutiennent qu'il importe de souligner que la Cour d'appel à la majorité a conclu que la question débattue en appel était d'importance pour toute la province et que le mode d'audition de l'appel était quasi unique du fait que 18 nouveaux témoins ont été entendus sur une période de plusieurs semaines, ce qui a presque eu pour effet de transformer la cour d'appel en un tribunal de première instance. On a souligné également que le litige avait été déclenché initialement par l'action de l'État, accomplie par l'intermédiaire de la société d'aide à l'enfance.

This case proceeded in a most unusual fashion and laborious manner for all concerned, and I am not aware of any cases where a first level appeal from a decision of a trial judge has gone to this circuitous route and ended up with the appeal being transformed into what amounts to a re-trial on fresh evidence. [Emphasis added.]

L'affaire s'est déroulée de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés et je ne suis au courant d'aucune affaire où l'appel de premier niveau interjeté à l'encontre d'une décision d'un juge de première instance a emprunté ce détour pour finir par se transformer en ce qui équivaut à un nouveau procès fondé sur une nouvelle preuve. [Je souligne.]

159

The appellants agreed with these reasons and advanced the following arguments before us in support of the District Court's order as to costs:

Les appelants adhèrent à ces motifs et avancent devant nous les arguments suivants à l'appui de l'ordonnance de la Cour de district sur les dépens:

1. The interests of the parties were properly balanced in accordance with the discretion conferred by Rule 57.01, even in the absence of serious misconduct;
 2. The importance of the question and the unusual background of the case were proper factors to be considered under Rule 57.01;
 3. The Attorney General for Ontario "fully participated" as a party in the District Court hearing;
 4. The court's discretion over costs is a powerful check to discourage non-meritorious applications. Furthermore, the granting in this case of an order for costs against the Attorney General for Ontario will not open the floodgates for other such orders against the Attorney General;
 5. The proceedings and the number of witnesses called by the respondent were exceptional, amounting to unusual factors;
 6. The constitutional challenge served a vital public interest; and
 7. The appellants had no choice but to turn to the courts in order to remedy a vital public-law issue involving the interests of children and families throughout Ontario. It was the appellants' only alternative because they were "turned away by the legislature" which did not address their submissions on the *Child and Family Services Act, 1984*, presented to the Ontario Legislature in February, 1984.
1. Les intérêts des parties ont été bien soupesés conformément au pouvoir discrétionnaire conféré par la règle 57.01, même en l'absence d'une inconduite grave;
 2. L'importance de la question en litige et le contexte inhabituel de l'affaire étaient des facteurs à considérer en vertu de la règle 57.01;
 3. Le procureur général de l'Ontario «a participé pleinement» à titre de partie à l'audience devant la Cour de district;
 4. Le pouvoir discrétionnaire de la cour en matière de dépens contribue fortement à décourager les demandes sans fondement. En outre, le fait de condamner ici aux dépens le procureur général de l'Ontario ne déclenchera pas une avalanche d'autres ordonnances de cette nature contre le Procureur général;
 5. Les procédures et le nombre de témoins appelés par l'intimé étaient exceptionnels, ce qui en fait des facteurs inhabituels;
 6. La contestation constitutionnelle servait un intérêt public vital; et
 7. Les appelants n'avaient d'autre choix que de s'adresser aux tribunaux pour faire trancher une question de droit public vitale qui mettait en cause les intérêts des enfants et des familles partout en Ontario. Les appelants n'avaient d'autre solution puisqu'ils ont été «écartés par le législateur» qui a fait la sourde oreille aux prétentions sur la *Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille*, qu'elles ont soumises à la législature de l'Ontario en février 1984.

The respondent's arguments against the District Court's order as to costs, on the other hand, can be summarized as follows:

1. Serious misconduct is the only ground to award costs against a successful party;
2. The relative resources of the parties is not a relevant factor. No evidence was adduced regarding the resources of the appellants, nor was there any evidence to suggest that the Attorney General for Ontario possesses unlimited resources. Treating the Crown as an unlimited source of funds is contrary to public policy and will result in the encouragement of marginal applications for constitutional challenges;
3. The fact that the litigation may have been originally triggered by the CAS, a state actor, is not a sufficient basis to award costs against the Attorney General for Ontario, since the CAS acted without misconduct to protect the life of an infant under a constitutionally valid statute;
4. The issue here was not one of special importance as provided for in Rule 57.01(1). If it were, every constitutional challenge or other litigation involving a public law issue would warrant costs being awarded against the state, even where the state is successful in the litigation. Given the number of Notices of Constitutional Questions received each year, such a ruling could expose government to enormous financial liability and is, therefore, a "dangerous precedent";
5. The fact that the *Child Welfare Act* was being constitutionally challenged as violating the appellants' freedom of religion is also not a sufficient basis for awarding costs against a successful party;

En revanche, les arguments de l'intimé contre l'ordonnance rendue par la Cour de district, quant aux dépens, peuvent être résumés ainsi:

1. Seule l'inconduite grave peut justifier la condamnation aux dépens de la partie obtenant gain de cause;
2. Les ressources relatives des parties ne sont pas un facteur pertinent. Aucune preuve n'a été présentée concernant les ressources des appelants, et aucune preuve n'a donné à entendre que le procureur général de l'Ontario possède des ressources illimitées. Traiter le ministère public comme une source de fonds intarissable est contraire à l'ordre public et aura pour effet d'encourager les demandes marginales de contestations constitutionnelles;
3. Le fait que le litige puisse avoir été déclenché initialement par la CAS, un acteur de l'État, n'est pas une raison suffisante pour condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario puisque la CAS a agi correctement pour protéger la vie d'une enfant en bas âge en vertu d'une mesure législative constitutionnelle;
4. La question en l'espèce ne revêtait aucune importance particulière au sens de la règle 57.01(1). Le cas échéant, toute contestation constitutionnelle ou autre litige soulevant une question de droit public justifierait que l'État soit condamné aux dépens, même lorsque ce dernier obtient gain de cause. Étant donné le nombre d'avis de questions constitutionnelles reçus chaque année, une telle décision risquerait d'imposer au gouvernement une lourde responsabilité financière, et elle constitue donc un «dangerous précédent»;
5. Le fait que la constitutionnalité de la *Child Welfare Act* ait été contestée pour le motif que cette loi violait la liberté de religion des appelants n'est pas non plus un motif suffisant pour condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause;

6. There was nothing "unusual" about this case for the purpose of awarding costs; and
7. This case is not a "proper case" for awarding costs against a successful party under Rule 57.01(2).

6. Il n'y avait rien d'«inhabituel» dans la présente affaire aux fins de l'attribution de dépens; et
7. Il ne convient pas en l'espèce, de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause, en application de la règle 57.01(2).

161

Before dealing specifically with the parties' respective submissions, I will briefly discuss one factor which Whealy Dist. Ct. J. specifically considered, that is the relative resources of the litigants as a factor in the awarding of costs. Whealy Dist. Ct. J. indicated, rightly in my view, that this was not one of the factors he relied upon in reaching his decision. In this respect, I note that Ontario Rule 57.01 does not include the resources available to the parties as one of the factors to be considered by courts when exercising their discretion on costs under s. 141 of the Act. Orkin, discussing the appropriateness of relying on this factor, commented (*The Law of Costs, supra*, at p. 2-32, para. 205.2(2)):

The fact that the imposition of costs would cause financial hardship is not sufficient to displace the ordinary rule that costs should follow the event.

(See also: *Wawrzyniak v. Jagiellicz* (1988), 9 A.C.W.S. (3d) 175 (Ont. H.C.)) In addition, as the respondent points out, in the case at hand, there was no evidence regarding the resources of the appellants, nor was there any evidence to suggest that the Attorney General for Ontario possesses unlimited resources. In any event, as I already noted, the resources available to the parties should not generally be a relevant factor in awarding costs. This is particularly true with respect to the supposed "unlimited resources" of the Attorney General for Ontario. In this respect, the comments of Osler J. in *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada, supra* (at p. 242), are apposite in the present appeal:

The legislation herein questioned obviously represents an attempt to balance various interests and although its legislative history makes it apparent that a challenge

Avant de me pencher plus spécifiquement sur les arguments respectifs des parties, je discuterai brièvement d'un facteur que le juge Whealy de la Cour de district a expressément considéré comme pouvant affecter l'attribution de dépens, celui des ressources relatives des parties. Le juge Whealy a indiqué, à juste titre selon moi, que ce n'était pas là un des facteurs dont il avait tenu compte en rendant sa décision. À cet égard, je remarque que la règle 57.01 de l'Ontario n'inclut pas les ressources dont disposent les parties parmi les facteurs dont les tribunaux doivent tenir compte en exerçant le pouvoir discrétionnaire en matière de dépens que leur confère l'art. 141 de la Loi. Orkin, discutant de l'opportunité de se fonder sur ce facteur, fait observer ceci (*The Law of Costs, op. cit.*, à la p. 2-32, par. 205.2(2)):

[TRADUCTION] Le fait que la condamnation aux dépens causerait un préjudice financier n'est pas suffisant pour écarter la règle normale voulant que les dépens suivent l'issue de la cause.

(Voir aussi: *Wawrzyniak c. Jagiellicz* (1988), 9 A.C.W.S. (3d) 175 (H.C. Ont.)) De plus, comme le souligne l'intimé, en l'espèce, il n'y avait aucune preuve relative aux ressources des appelants, ni aucune preuve donnant à entendre que le procureur général de l'Ontario possède des ressources illimitées. Quoi qu'il en soit, je le répète, les ressources dont disposent les parties ne devraient pas, en règle générale, constituer un facteur pertinent en matière d'attribution de dépens. Cela est particulièrement vrai à l'égard des prétendues «ressources illimitées» du procureur général de l'Ontario. À cet égard, les commentaires du juge Osler dans *Canadian Newspapers Co. c. Attorney-General of Canada*, précité (à la p. 242), sont à propos dans le présent pourvoi:

[TRADUCTION] La loi mise en cause en l'espèce constitue de toute évidence une tentative de pondérer divers intérêts et, bien que son historique législatif fasse ressortir

was expected, there is nothing in the legislation or in the actions of Parliament or of the Government of Canada to invite such an award [costs on a solicitor-and-client basis, or at least party-and-party basis]. While it is desirable that *bona fide* challenge is not to be discouraged by the necessity for the applicant to bear the entire burden, it is equally desirable that the Crown should not be treated as an unlimited source of funds with the result that marginal applications would be encouraged. [Emphasis added.]

It is, in my view, contrary to public policy that an Attorney General be, as a matter of course, treated as having an unlimited source of funds and for that sole reason be required, even if successful, to pay the other party's costs. Such a result could open the floodgates and result in encouraging marginal applications for constitutional challenges. The policy considerations against relying on the supposed unlimited resources of the Attorney General for Ontario as a reason for awarding costs against such a government actor are even stronger in light of the fact that, as the respondent indicates, the Attorney General for Ontario is served with a growing number of Notices of Constitutional Questions every year (over 400 in 1991). The same reasoning applies, of course, with respect to the Attorney General of Canada.

In saying the above, however, I should not be understood as setting out an absolute rule. There are cases where the government will be required to bear the costs of a particular litigation. Such a result will occur where it is in the government's interest or that of the public to have a matter decided by the courts, such as the interpretation of legislation, constitutional rulings of particular importance, etc. However, generally in such cases there is a prior understanding that the costs will be borne by the government, independently of the result. Such was the case in *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057, where the issues to be decided were (1) whether the Quebec Provincial Court or an arbitrator under the collective agreement had jurisdiction to render judgment on a \$168 claim by a casual employee of the Quebec government; and (2) what was the nature of the contractual relationship between the casual

qu'une contestation était prévue, rien dans la loi ou dans les actions du Parlement ou du gouvernement du Canada n'appelle une telle attribution [de dépens sur la base avocat-client, ou à tout le moins comme entre parties]. Bien qu'il soit souhaitable qu'une contestation de bonne foi ne soit pas découragée par la nécessité pour le requérant d'assumer tout le fardeau, il est tout aussi souhaitable que le ministère public ne soit pas traité comme une source de fonds intarissable de manière à encourager les demandes marginales. [Je souligne.]

Il est, à mon avis, contraire à l'ordre public de traiter automatiquement le Procureur général comme une source de fonds intarissable et de l'obliger, pour ce seul motif, à payer les frais de la partie adverse même s'il obtient gain de cause. Un tel résultat risquerait de déclencher une avalanche et d'encourager les demandes marginales de contestations constitutionnelles. Les considérations de principe qui militent contre les prétendues ressources illimitées du procureur général de l'Ontario comme motif de condamner aux dépens ce représentant du gouvernement sont d'autant plus solides que, comme l'intimé l'indique, le procureur général de l'Ontario reçoit, chaque année, un nombre croissant d'avis de questions constitutionnelles (plus de 400 en 1991). Le même raisonnement vaut, bien sûr, à l'égard du procureur général du Canada.

Je ne voudrais toutefois pas que l'on voie, dans ces propos, l'énonciation d'une règle absolue. Dans certains cas, le gouvernement sera contraint d'assumer les frais d'un litige particulier. Il en sera ainsi lorsqu'il est dans l'intérêt du gouvernement ou du public de voir une question tranchée par les tribunaux, notamment en ce qui concerne l'interprétation d'une loi, les décisions constitutionnelles d'importance particulière, etc. Toutefois, en général, dans ces cas, il est convenu à l'avance que les frais seront assumés par le gouvernement, indépendamment du résultat. C'est ce qui s'est produit dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057, où il s'agissait de déterminer (1) si la Cour provinciale du Québec ou un arbitre désigné en vertu de la convention collective étaient compétents pour rendre jugement sur une réclamation de 168 \$ par un employé occasionnel du gouvernement du Québec, et (2) quelle

162

163

employee and the government. The appellant, the Attorney General of Quebec, had accepted to bear the costs, whether or not he was successful (see p. 1086, *per* Beetz J.).

était la nature de la relation contractuelle entre l'employé occasionnel et le gouvernement. L'appelant, le procureur général du Québec, avait accepté d'assumer les dépens, qu'il obtienne ou non gain de cause (voir p. 1086, le juge Beetz).

164 In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, leave to appeal was granted by this Court on the basis that the appellant government would pay the respondent's costs in any event, since the validity of s. 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5, was no longer an issue in the appeal ([1990] 2 S.C.R. x, and *Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, November 16, 1990, at p. 2400 (Wilson, Sopinka and McLachlin JJ.)). See also: *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, at p. 598 (*per* Martland J.); and *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at pp. 384-85 (*per* Estey J.).

Dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi en tenant pour acquis que le gouvernement appellant paierait les dépens de l'intimé en tout état de cause, puisque la validité de l'art. 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 5, n'était plus en cause dans le pourvoi ([1990] 2 R.C.S. x, et *Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, le 16 novembre 1990, à la p. 2400 (les juges Wilson, Sopinka et McLachlin)). Voir également: *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, à la p. 598 (le juge Martland), et *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, aux pp. 384 et 385 (le juge Estey).

165 In addition, where the litigation might have been discontinued had it not been for the public interest to decide the issue, costs may be allocated even against a successful party, whatever its status or its resources. This is also the case where public interest requires that, regardless of the limited interests of the parties or even of the lack of resources of the parties, the court should decide the case. On that issue, see: *Coronation Insurance Co. v. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 S.C.R. 622, at pp. 646-48 (*per* Cory J.); and *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374, at pp. 444-48 (*per* L'Heureux-Dubé J.).

En outre, lorsque le litige aurait pu être abandonné n'eût été l'intérêt du public à ce que la question soit tranchée, même la partie qui obtient gain de cause peut être condamnée aux dépens, peu importe son statut et ses ressources. C'est également le cas lorsque l'intérêt public requiert que la cour tranche l'affaire malgré les intérêts limités des parties ou même l'insuffisance de leurs ressources. Voir, à ce propos: *Coronation Insurance Co. c. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 R.C.S. 622, aux pp. 646 à 648 (le juge Cory), et *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, aux pp. 444 à 448 (le juge L'Heureux-Dubé).

166 Thus, there are clearly cases where the government is required to pay the costs of a particular litigation regardless of its outcome. However, these cases remain very limited exceptions, usually dealt with at the time leave is granted, and are not based on the relative resources of the parties but rather on the importance for the government or the public of having a particular issue decided by the courts, independently of the result.

Ainsi, il y a manifestement des cas où le gouvernement est tenu de payer les frais d'un litige donné, peu importe l'issue de celui-ci. Toutefois, ces cas, qui demeurent des exceptions très limitées, sont en général décidés au moment où l'autorisation est accordée et sont fondés non pas sur les ressources relatives des parties, mais plutôt sur l'importance pour le gouvernement ou le public qu'une question donnée soit tranchée par les tribunaux, indépendamment du résultat du litige.

In light of the above, Whealy Dist. Ct. J. was correct, on the facts of this case, in not basing his order for costs on the relative resources of the parties. I also support his finding that there was no misconduct on the part of the Attorney General for Ontario.

Based on this second finding, the Attorney General for Ontario submits that Whealy Dist. Ct. J.'s costs order was inappropriate on the grounds that misconduct is the only factor which justifies the allocation of costs against a successful party. The Attorney General for Ontario relies for this proposition on several cases, including *Hartford v. Langdon Coach Lines Co.* (1975), 10 O.R. (2d) 617 (H.C.). In that case, Lerner J. held (at p. 621) that there must be misconduct on the part of a successful party in order for costs to be awarded against it. This decision, however, predates the inclusion of Rule 57.01(2) in the Ontario Rules. *Wismer v. Javelin International Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 26 (H.C.), at p. 34 (*per* Hughes J.), also suggests that misconduct on the part of the successful party is one reason for awarding costs against it, but it does not go so far as to say that misconduct is the only reason to award costs against a successful party. The cases of *Attorney-General of Quebec v. Cronier* (1981), 63 C.C.C. (2d) 437 (Que. C.A.), at pp. 449-50 (*per* L'Heureux-Dubé J.A. (as I then was)) and *R. v. Pawlowski* (1993), 20 C.R. (4th) 233 (Ont. C.A.), at p. 237 (*per* Galligan J.A.) dealt with the inherent jurisdiction of superior courts to award costs against the Crown in criminal cases. However, in these cases, unlike the present appeal which is governed by Ontario Rule 57.01(2), there was no applicable statute which gave the courts discretion to order costs against a successful party.

In light of the above, while these cases may be informative as to the normal course of affairs in matters of costs, they are of a very little assistance where a statutory scheme specifies the criteria for

Vu ce qui précède et compte tenu des faits de la présente affaire, le juge Whealy de la Cour de district a eu raison de ne pas fonder son ordonnance en matière de dépens sur les ressources relatives des parties. J'adhère également à sa conclusion qu'il n'y a pas eu d'inconduite de la part du procureur général de l'Ontario.

Le procureur général de l'Ontario se fonde sur cette seconde conclusion pour soutenir que l'ordonnance du juge Whealy, quant aux dépens, était inappropriée pour le motif que seule l'inconduite justifie la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause. Le procureur général de l'Ontario invoque, à l'appui de cette proposition, plusieurs décisions, dont l'arrêt *Hartford c. Langdon Coach Lines Co.* (1975), 10 O.R. (2d) 617 (H.C.). Dans cette affaire, le juge Lerner a conclu (à la p. 621) que, pour que la partie qui obtient gain de cause soit condamnée aux dépens, elle doit s'être mal conduite. Cette décision est toutefois antérieure à l'adoption de la règle 57.01(2) des Règles de l'Ontario. Dans la décision *Wismer c. Javelin International Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 26 (H.C.), à la p. 34 (le juge Hughes), on donne également à entendre que l'inconduite de la partie qui obtient gain de cause justifie sa condamnation aux dépens, mais on ne va pas jusqu'à dire que l'inconduite est la seule raison de cette condamnation. Les arrêts *Attorney-General of Quebec c. Cronier* (1981), 23 C.R. (3d) 97 (C.A. Qué.), aux pp. 111 et 112 (le juge L'Heureux-Dubé (maintenant juge de la Cour suprême du Canada)), et *R. c. Pawlowski* (1993), 20 C.R. (4th) 233 (C.A. Ont.), à la p. 237 (le juge Galligan), portaient sur la compétence inhérente des cours supérieures pour condamner le ministère public aux dépens dans des affaires criminelles. Toutefois, dans ces cas, contrairement au présent pourvoi qui est régi par la règle 57.01(2) de l'Ontario, il n'existait aucune loi applicable conférant aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de condamner la partie obtenant gain de cause à payer des dépens.

Compte tenu de ce qui précède et bien que ces affaires puissent nous instruire quant à la procédure normale en matière de dépens, elles ne sont guère utiles lorsqu'un régime législatif précise les

167

168

169

the exercise of a court's discretion, even in the absence of misconduct. *Carey v. The Queen*, Ont. H.C., September 13, 1988 (unreported), at p. 2, appears to be the only case based on Rule 57.01(2) which specifically affirms that no order as to costs should be made against a successful party unless there was misconduct on the part of that party. However, in *B.C. (Govt.) v. Worthington (Can.) Inc.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 145, at p. 164 (Esson J.A. (Carrothers J.A. and McLachlin J.A. (as she then was) concurring)), the British Columbia Court of Appeal concluded, pursuant to Rule 57 of the *British Columbia Supreme Court Rules*, which is similar to the Ontario Rule 57.01(2), that costs could be awarded against a successful party regardless of whether or not there was misconduct on the part of that party, especially where success is divided.

170 Thus, the weight of the jurisprudence is to the effect that misconduct is one criterion among many which a judge is entitled to consider in determining how costs should be awarded. Such a conclusion is buttressed by Rule 57.01(1) which expressly states that "conduct" is only one of the factors, among others, to be considered in making an order as to costs (see para. (e) in particular, as well as paras. (f), (g) and (h)). Consequently, even absent misconduct, a court still retains discretion to award costs against a successful party in a "proper case", and the respondent's arguments to the contrary must fail.

171 That being said, under Rule 57.01, the court's discretion to depart from the general rule of awarding costs to the successful party must be exercised judiciously and judicially. It cannot be exercised arbitrarily, capriciously or for improper reasons. The question here is whether Whealy Dist. Ct. J. was right to consider as relevant such factors as "the litigation was originally triggered by an act of the state", the case was of "province-wide importance" and "almost unique", as well as that it "proceeded in a most unusual fashion and laborious manner" and, if so, whether the facts of the case can support his findings. Furthermore, as far as the

critères qui régissent l'exercice du pouvoir judiciaire discrétionnaire, même en l'absence d'inconduite. La décision *Carey c. The Queen*, H.C. Ont., 13 septembre 1988 (inédit), à la p. 2, paraît être la seule fondée sur la règle 57.01(2), qui précise que la partie qui obtient gain de cause ne doit être condamnée aux dépens que si elle s'est mal conduite. Toutefois, dans l'arrêt *B.C. (Govt.) c. Worthington (Can.) Inc.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 145, à la p. 164 (le juge Esson, à l'opinion duquel souscrivent les juges Carrothers et McLachlin (maintenant juge de la Cour suprême du Canada)), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu, conformément à la règle 57 des *British Columbia Supreme Court Rules*, qui est semblable à la règle 57.01(2) de l'Ontario, que la partie obtenant gain de cause pouvait être condamnée aux dépens, peu importe qu'il y ait eu ou non inconduite de sa part, en particulier lorsque la victoire est partagée.

Ainsi, suivant la jurisprudence, l'inconduite est un critère parmi de nombreux autres qu'un juge peut considérer pour déterminer la façon d'accorder des dépens. Cette conclusion est étayée par la règle 57.01(1), qui énonce expressément que la «conduite» n'est que l'un des facteurs dont il faut tenir compte pour rendre une ordonnance sur les dépens (voir l'al. e) en particulier, de même que les al. f), g) et h)). En conséquence, même en l'absence d'inconduite, un tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause, «le cas échéant», et les arguments contraires de l'intimé ne sauraient être retenus.

Cela étant dit, en vertu de la règle 57.01, le pouvoir judiciaire discrétionnaire de déroger à la règle générale pour accorder des dépens à la partie qui obtient gain de cause doit être exercé judicieusement et judiciairement. Il ne peut être exercé de façon arbitraire, capricieuse ou pour des motifs impropres. La question en l'espèce est de savoir si le juge Whealy de la Cour de district a eu raison de considérer comme pertinents des facteurs tels que le fait que le «litige a[. . .] été déclenché initialement par l'action de l'État», qu'il était «d'importance pour toute la province» et «quasi unique», de même que le fait que l'affaire «s'est déroulée de la

Ontario Court of Appeal's reasons are concerned, did the "fundamental" nature of the constitutional freedom raised by the appellants in this case warrant the award of costs against the successful Attorney General for Ontario? I will discuss, in turn, each of the above factors considered by the lower courts in arriving at the impugned costs order, in order to determine whether they were present in this case and whether their presence was sufficient to qualify this as a "proper case" in which to order costs against the Attorney General for Ontario.

An "Act of the State"

According to the appellants, because the litigation was originally triggered by an "act of the state" through the CAS, the Attorney General for Ontario was not acting solely as an intervener but took over carriage of the case from the respondents the CAS and the Official Guardian. This, in their view, was, in and of itself, sufficient to uphold Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs. I disagree.

While the fact that state action is the trigger for a particular litigation may warrant some consideration in determining how costs should be allocated, it is not a factor which should be determinative with respect to the allocation of costs. First, Rule 57.01 does not so mandate. Second, to hold otherwise would unfairly penalize the state, particularly where, as here, it is under a specific duty to act. In this case, state action was triggered by the fact that the appellants refused a blood transfusion for their daughter, in circumstances where, as was found by Whealy Dist. Ct. J., medical opinion was to the effect that such a transfusion was necessary. The CAS had, under the *Child Welfare Act*, the statutory obligation to proceed as it did when Sheena B.'s condition, in the doctors' view, required a blood transfusion. It is therefore the act of the appellant parents which originally triggered the litigation undertaken by the CAS. The CAS acted to protect the life and health of an infant as required

façon la plus inhabituelle et ardue», et dans l'affirmative, si les faits de l'affaire peuvent justifier ses conclusions. En outre, en ce qui concerne les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario, la nature «fondamentale» de la liberté constitutionnelle soulevée par les appelants en l'espèce justifiait-elle que le procureur général de l'Ontario, qui avait obtenu gain de cause, soit condamné aux dépens? J'analyserai, à tour de rôle, chacun des facteurs susmentionnés, dont les tribunaux d'instance ont tenu compte pour rendre l'ordonnance sur les dépens présentement contestée, dans le but de déterminer s'ils étaient ici présents et si leur présence était suffisante pour conclure qu'il convenait de condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario.

Une «action de l'État»

Selon les appelants, parce que le litige a été déclenché initialement par une «action de l'État», accomplie par l'intermédiaire de la CAS, le procureur général de l'Ontario n'agissait pas uniquement à titre d'intervenant, mais avait pris la relève de la CAS et du tuteur public intimés. Cela, à leur avis, était suffisant en soi pour maintenir l'ordonnance du juge Whealy quant aux dépens. Je ne suis pas d'accord.

Bien que le fait qu'une action de l'État ait déclenché un litige particulier puisse mériter d'être considéré en décidant de l'allocation des dépens, ce ne devrait pas être un facteur déterminant à cet égard. Premièrement, la règle 57.01 ne l'exige pas. Deuxièmement, conclure autrement pénaliserait injustement l'État, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, il est expressément tenu d'agir. Dans la présente affaire, l'action de l'État a été déclenchée par le refus des appelants de consentir à ce que leur fillette subisse une transfusion sanguine dans des circonstances où, comme l'a conclu le juge Whealy, les médecins estimaient qu'une telle transfusion était nécessaire. La CAS avait, en vertu de la *Child Welfare Act*, l'obligation d'agir comme elle l'a fait lorsque l'état de Sheena B. a, de l'avis des médecins, nécessité une transfusion sanguine. C'est donc l'acte des parents appelants qui a initialement forcé la CAS à introduire l'instance. La CAS a agi pour protéger la vie et la

172

173

by the *Child Welfare Act*. The fact that the parents then challenged the constitutionality of this Act provides no basis for awarding costs against the Attorney General for Ontario whose intervention was required to defend the constitutionality of that statute. This reasoning would apply even if the state had intervened of its own initiative to defend the constitutionality of its statute.

174 The appellants were challenging the constitutional validity of the *Child Welfare Act*. Section 122 of the *Courts of Justice Act, 1984* required notice to be served on the Attorney General for Ontario. Section 122(4) of the Act entitled the Attorney General for Ontario to adduce evidence and make submissions in respect of the constitutional challenge. Section 122(4) reads:

122. ...

(4) [Right of Attorneys General to be heard] Where the Attorney General of Canada or the Attorney General of Ontario is entitled to notice under this section, he or she is entitled to adduce evidence and make submissions to the court in respect of the constitutional question.

175 The appellants submit that s. 122(5) of the Act supports the proposition that, since the Attorney General for Ontario is deemed to be a party to the proceeding, it should pay the costs. Section 122(5) reads:

122. ...

(5) [Right of Attorneys General to appeal] Where the Attorney General of Canada or the Attorney General for Ontario makes submissions under subsection (4), he or she shall be deemed to be a party to the proceedings for the purpose of any appeal in respect of the constitutional question. [Emphasis added.]

There is nothing, in my view, in the clear wording of s. 122 which supports the argument of the appellants. Although the Attorney General of

santé d'un enfant en bas âge, comme l'exigeait la *Child Welfare Act*. Le fait que les parents aient alors contesté la constitutionnalité de cette loi ne justifie aucunement la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario, qui était contraint d'intervenir pour défendre la constitutionnalité de la loi en question. Ce raisonnement s'appliquerait même si l'État était intervenu de sa propre initiative pour défendre la constitutionnalité de sa loi.

Les appelants ont contesté la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*. Aux termes de l'art. 122 de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, un avis devait être signifié au procureur général de l'Ontario. Le paragraphe 122(4) de la Loi autorisait le procureur général de l'Ontario à présenter une preuve et des observations à l'égard de la contestation constitutionnelle. Le paragraphe 122(4) se lit ainsi:

[TRADUCTION] 122. ...

(4) [Droit des procureurs généraux d'être entendus] Si le procureur général du Canada ou le procureur général de l'Ontario ont droit à un avis en vertu du présent article, ils ont le droit de présenter une preuve et des observations au tribunal à l'égard de la question constitutionnelle.

Les appelants soutiennent que le par. 122(5) de la Loi permet de conclure que, puisque le procureur général de l'Ontario est réputé partie à l'instance, il devrait payer les dépens. Le paragraphe 122(5) porte que:

[TRADUCTION] 122. ...

(5) [Droit d'appel] Si le procureur général du Canada ou le procureur général de l'Ontario présentent des observations aux termes du paragraphe (4), ils sont réputés partie à l'instance aux fins d'un appel portant sur la question constitutionnelle. [Je souligne.]

À mon avis, rien dans le texte clair de l'art. 122 n'étaye l'argument des appelants. Bien que le procureur général du Canada et le procureur général

Canada and the Attorney General for Ontario can adduce evidence and make submissions, they are not actually parties to the litigation. They are merely deemed to be parties for the sole purpose of any appeal in respect of the constitutional question. Indeed, s. 122(5) allowed the Attorney General for Ontario to cross-appeal Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs to the Court of Appeal. Consequently, s. 122 provides the Attorney General for Ontario with a statutory right to participate fully on the constitutional issue, without necessarily becoming a party in the usual sense of the term. Besides, even if the Attorney General for Ontario was a full party to the proceedings in the usual sense of the term, this would not automatically carry with it the obligation to pay costs. There is nothing in the Act or in the *Rules* that would mandate or even imply such a result.

In addition, s. 122 does not affect the rule that a party granted intervener status in the public interest is, generally, neither entitled to nor liable for the costs in the matter: *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832* (1990), 70 Man. R. (2d) 59 (Q.B.), at p. 61 (*per* Ferg J.). The basis for this general rule is that a public intervener who assisted the court, as intended, should not have to bear the costs of the proceedings. As Davison J. said in *Hines v. Nova Scotia (Registrar of Motor Vehicles)* (1990), 78 D.L.R. (4th) 162 (N.S.S.C.T.D.), at p. 169:

Undoubtedly, there are situations where a party is added as *amicus curiae* where the awarding of costs both for or against the intervenor would be inappropriate. Undoubtedly there are some situations where the intervenor is added as a party where costs should not be awarded. These will depend upon the discretion of the court which will consider all of the circumstances including whether the interest of the intervenor is public or private.

Where a party intervenes in the public interest but is seriously affected by the result, costs may be awarded to that party, if successful. Such was the case for the interveners the Canadian Labour Congress, the Ontario Federation of Labour and the

de l'Ontario puissent présenter une preuve et des observations, ils ne sont pas vraiment parties au litige. Ils sont uniquement réputés parties aux fins d'un appel portant sur la question constitutionnelle. En fait, le par. 122(5) autorisait le procureur général de l'Ontario à interjeter un appel incident devant la Cour d'appel contre l'ordonnance du juge Whealy sur les dépens. En conséquence, l'art. 122 accorde au procureur général de l'Ontario le droit de participer pleinement en ce qui concerne la question constitutionnelle, sans nécessairement devenir une partie au sens usuel du terme. En outre, même si le procureur général de l'Ontario était partie à part entière à l'instance au sens usuel du terme, il ne serait pas automatiquement contraint de payer des dépens. Rien dans la Loi ou dans les *Règles* ne prescrit ni même n'implique un tel résultat.

Par ailleurs, l'art. 122 ne modifie pas la règle voulant qu'une partie, à qui l'on accorde le statut d'intervenant dans l'intérêt public, n'ait généralement pas droit aux dépens, ni ne les assume: *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. c. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832* (1990), 70 Man. R. (2d) 59 (B.R.), à la p. 61 (le juge Ferg). Cette règle générale est justifiée par le fait qu'un intervenant public qui a assisté le tribunal, tel que prévu, ne devrait pas avoir à assumer les dépens de l'instance. Comme le juge Davidson l'affirme, dans l'arrêt *Hines c. Nova Scotia (Registrar of Motor Vehicles)* (1990), 78 D.L.R. (4th) 162 (C.S.N.-É., 1^{re} inst.), à la p. 169:

[TRADUCTION] Nul doute qu'il existe des cas où une partie est ajoutée à titre d'*amicus curiae* et où l'attribution de dépens en faveur ou à l'encontre de l'intervenant serait inappropriée. Il n'y a pas de doute qu'il existe des situations où un intervenant est ajouté à titre de partie et où des dépens ne devraient pas être accordés. Cela dépendra du pouvoir discrétionnaire du tribunal qui prendra en considération toutes les circonstances, dont la question de savoir si l'intérêt de l'intervenant est public ou privé.

Lorsqu'une partie intervient dans l'intérêt public, mais qu'elle est sérieusement touchée par le résultat, des dépens peuvent lui être accordés si elle obtient gain de cause. C'était le cas des intervenants le Congrès du travail du Canada, la Fédéra-

National Union of Provincial Government Employees in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211 (at pp. 303 (per Wilson J.) and 341 (per La Forest J.)). Where a party intervenes for the protection of its own interest, or purports to act in the public interest but does not act solely in the public interest, costs may be awarded against that party. Such was the case in *John Doe v. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1992), 7 C.P.C. (3d) 33 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 36-38 (per Steele J.), where costs were awarded against the Canadian Civil Liberties Association.

tion du travail de l'Ontario et le Syndicat national de la fonction publique provinciale, dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211 (aux pp. 303 (le juge Wilson) et 341 (le juge La Forest)). Si une partie intervient pour protéger ses propres intérêts, ou si elle est censée agir dans l'intérêt public, mais n'agit pas exclusivement dans cet intérêt, elle peut être condamnée aux dépens. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *John Doe c. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1992), 7 C.P.C. (3d) 33 (C. Ont. (Div. gén.)), aux pp. 36 à 38 (le juge Steele), où l'Association canadienne des libertés civiles a été condamnée aux dépens.

177 *Schachter v. Canada*, *supra*, is cited by the appellants as an authority for an award of costs against a successful Attorney General. In fact, however, in *Schachter* costs were actually awarded against the Queen (at p. 726 (per Lamer C.J.)). However, what is more significant in distinguishing *Schachter* from the case at hand is that in *Schachter* the Attorney General of Canada was a full party (appellant), not an intervener. The interveners in that case were not ordered to bear any costs (Attorney General for Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General for New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General for Alberta, Attorney General of Newfoundland and Minority Advocacy Rights Council).

Les appelants invoquent l'arrêt *Schachter c. Canada*, précité, à l'appui de la condamnation aux dépens d'un procureur général qui obtient gain de cause. Or, dans l'arrêt *Schachter*, c'est en fait la Reine qui a été condamnée aux dépens (à la p. 726 (le juge en chef Lamer)). Toutefois, ce qui importe le plus en distinguant l'arrêt *Schachter* de la présente affaire, c'est que, dans cet arrêt, le procureur général du Canada était une partie à part entière (appellant) et non un intervenant. Les intervenants dans cette affaire n'ont pas été tenus d'assumer les dépens (le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, le procureur général de Terre-Neuve et le Conseil de revendication des droits des minorités).

178 In the present case, the Attorney General for Ontario was a purely public interest intervener. The Attorney General for Ontario intervened to defend the validity of the *Child Welfare Act*. Indeed, without the intervention of Attorneys General, courts may in some or even many cases have little assistance in determining the constitutional validity of a statute. Accordingly, the general rule that costs not be awarded to or against an intervener in the public interest should apply, unless other relevant factors are present.

En l'espèce, le procureur général de l'Ontario est intervenu exclusivement dans l'intérêt public. Il est intervenu pour défendre la validité de la *Child Welfare Act*. En fait, il se peut que, sans l'intervention des procureurs généraux, les tribunaux n'aient guère, dans certains cas, d'assistance pour déterminer la constitutionnalité d'une loi, voire même dans de nombreux cas. Par conséquent, la règle générale voulant que des dépens ne soient pas accordés en faveur ou à l'encontre de la partie qui intervient dans l'intérêt public devrait s'appliquer, à moins que d'autres facteurs pertinents n'entrent en jeu.

While it is true that the Attorney General for Ontario adduced evidence and made submissions in respect of the constitutionality of the *Child Welfare Act*, this was in accordance with the *Courts of Justice Act*. It is the Court of Appeal itself which dictated that the matter be referred for a trial of a *de novo* type where fresh evidence was properly adduced and Whealy Dist. Ct. J. did not find that this was an improper course of action. In constitutional challenges, such evidence may be crucial to enable the court to arrive at a decision. Furthermore, in cases where the life and death of a child depends on a judge's decision, expert medical evidence is not only relevant but often essential. This was the case here on both counts.

The fact that there was state action in answer to a constitutional challenge, whether as an intervener or a party to the litigation, absent any impropriety, as here, cannot be the basis for awarding costs against a successful party. Besides, Rule 57.01 does not list this factor as one to be taken into consideration. Finally, one can easily appreciate the floodgates that would be opened if state action was a proper factor to consider in apportioning cost. State action is present in most cases, criminal ones and constitutional ones in particular. To make it a consideration in awarding costs would pose an unbearable burden on the state, a burden that would add to the millions of dollars already devoted to legal aid. In addition, it would provide a means to bypass legal aid norms. Consequently, as a matter of policy, it should be discouraged.

Importance of the Case

The appellants submit that the province-wide or national importance of this case was a proper factor to consider in awarding costs against the intervening Attorney General for Ontario.

Rule 57.01(1)(d) expressly states that "the importance of the issues" is a factor which can be considered by a court in awarding costs (see, for example: *Janigan v. Harris* (1989), 70 O.R. (2d) 5

Même s'il est vrai que le procureur général de l'Ontario a présenté une preuve et plaidé la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*, il l'a fait conformément à la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. C'est la Cour d'appel elle-même qui a ordonné que l'affaire soit renvoyée pour un nouveau procès où une nouvelle preuve a été présentée régulièrement, et le juge Whealy n'a pas conclu qu'il s'agissait d'une mauvaise façon de procéder. Dans les contestations constitutionnelles, une telle preuve peut être cruciale pour permettre au tribunal de rendre une décision. En outre, lorsque la vie ou la mort d'un enfant dépend de la décision d'un juge, le témoignage de médecins experts est non seulement pertinent, mais encore souvent essentiel. C'était le cas en l'espèce sur ces deux aspects.

Le fait que l'État ait répondu à une contestation constitutionnelle, que ce soit à titre d'intervenant ou de partie au litige, en l'absence, comme c'est le cas ici, de toute impropriété, ne saurait justifier la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause. En outre, ce facteur n'est pas au nombre de ceux qui doivent être considérés en application de la règle 57.01. Enfin, on imagine facilement l'avalanche qui serait déclenchée si l'action de l'État était un facteur à considérer dans la répartition des dépens. L'action de l'État existe dans la plupart des affaires criminelles et constitutionnelles notamment. En faire un facteur à considérer dans l'attribution de dépens imposerait à l'État un fardeau insupportable qui s'ajouterait aux millions de dollars déjà consacrés à l'aide juridique. De plus, cela créerait un moyen de contourner les normes d'aide juridique. Par conséquent, il y a lieu, en principe, de décourager un tel résultat.

L'importance de l'affaire

Les appelants soutiennent que l'importance pour toute la province ou l'importance nationale de cette affaire était un facteur qu'il convenait de considérer en condamnant aux dépens l'intervenant, le procureur général de l'Ontario.

La règle 57.01(1)d) précise que «l'importance des questions en litige» est un facteur dont le tribunal peut tenir compte en accordant des dépens (voir, par exemple, *Janigan c. Harris* (1989), 70

179

180

181

182

(H.C.), at p. 27 (*per* Bell Oyen J.)). However, as Orkin observes (*The Law of Costs, supra*, at pp. 2-31 and 2-32, para. 205.2(2)), this factor seems to be much more relevant with respect to whether costs should be awarded at all, rather than with respect to whether costs should be awarded against a successful party:

(d) *Other cases.* An action or motion may be disposed of without costs when the question involved is a new one, not previously decided by courts on the theory that there is a public benefit in having the court give a decision; or where it involves the interpretation of a new or ambiguous statute; or a new or uncertain or unsettled point of practice; or where there were no previous authoritative rulings by courts; or decided cases on point; or where an application concerned a matter of public interest and both parties acted in complete good faith; or where both sides operated with public funds; or where the practice was altered by a recent English decision; or the case involved difficult and sensitive issues of fact; or on an application by a charitable institution for exemption from a real property assessment; or where the action was a test case; or where it was desirable to resolve a conflict in the case law. [Footnotes omitted; emphasis added.]

183 Furthermore, in my view, this case is not a “test case”. Accordingly, the “test case” factor plays no role here and cannot be a factor in justifying the making of an order for costs against the successful Attorney General for Ontario. In any event, the jurisprudence favours the position that no costs should be awarded in a “test case” (see, *inter alia*: *Poizer v. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316 (Man. C.A.), at p. 325 (*per* Bergman J.A.); and Orkin, *The Law of Costs, supra*, at p. 2-32, para. 205.2(2)).

184 In addition, it is important to note that the Ontario Court of Appeal, while highlighting the importance of this case and the findings made by Whealy Dist. Ct. J. regarding the constitutional issue, still ordered that there should be no costs on the appeal and the cross-appeal. This position, in my view, is somewhat inconsistent with the Onta-

O.R. (2d) 5 (H.C.), à la p. 27 (le juge Bell Oyen)). Toutefois, comme le signale Orkin (*The Law of Costs, op. cit.*, aux pp. 2-31 et 2-32, par. 205.2(2)), ce facteur semble être beaucoup plus pertinent quant à savoir simplement s’il y a lieu d’accorder des dépens, que quant à savoir s’il y a lieu de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause:

[TRADUCTION] d) *Autres affaires.* Une action ou une requête peut être tranchée sans dépens dans les cas suivants: la question soulevée est nouvelle et les tribunaux ne l’ont jamais tranchée en supposant qu’il y a un avantage public à ce que le tribunal rende une décision; elle met en cause l’interprétation d’une loi nouvelle ou ambiguë, ou encore un point de pratique nouveau, incertain ou non réglé; aucun précédent n’a été établi par les tribunaux; aucune jurisprudence n’existe sur ce point; la demande concernait une question d’intérêt public et les deux parties ont agi en toute bonne foi; les deux parties ont utilisé les deniers publics; la pratique a été modifiée par une décision anglaise récente; l’affaire soulève des questions de fait difficiles et délicates; il s’agit d’une demande d’exemption d’évaluation foncière présentée par un organisme de bienfaisance; l’action est un cas type; ou il était souhaitable de régler un conflit dans la jurisprudence. [Notes en bas de page omises; je souligne.]

En outre, j’estime que la présente affaire n’est pas un «cas type». Par conséquent, ce facteur ne joue pas ici et ne saurait justifier la condamnation aux dépens du procureur général de l’Ontario qui a obtenu gain de cause. Quoi qu’il en soit, la jurisprudence privilégie la position suivant laquelle aucuns dépens ne devraient être accordés dans un «cas type» (voir, notamment, *Poizer c. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316 (C.A. Man.), à la p. 325 (le juge Bergman), et Orkin, *The Law of Costs, op. cit.*, à la p. 2-32, par. 205.2(2)).

De plus, il importe de rappeler que, tout en soulignant l’importance de la présente affaire et les conclusions du juge Whealy de la Cour de district concernant la question constitutionnelle, la Cour d’appel de l’Ontario a quand même décidé qu’il ne devrait y avoir aucune attribution de dépens quant à l’appel et à l’appel incident. Cette position de la Cour d’appel de l’Ontario est, à mon sens, quelque peu incompatible avec son hésitation à intervenir

rio Court of Appeal's reluctance to intervene in Whealy Dist. Ct. J.'s award of costs.

Besides, it is not apparent to me that this case actually raises issues of sufficient national importance to justify awarding costs against a successful intervenor. While this case was framed as a *Charter* challenge, the parties themselves had agreed that if the life of the child was threatened and there was an emergency, the CAS was entitled to intervene and the blood transfusions were appropriate. Thus this case was really decided on the basis of expert evidence and on the specific facts of the case. The constitutional challenge was totally without foundation and could not have succeeded unless there was such a factual background.

Moreover, it would not be in the interest of justice or in the interest of the administration of justice to hold that the fact that a case raises an issue of national importance is in and of itself sufficient to justify awarding costs against a successful party, in this case an intervenor. If this were so, Attorneys General could potentially have to bear the costs in every litigation involving important issues of law, constitutional matters or issues of public interest.

Finally, the fact that the appellants raised a *Charter* issue does not in and of itself make their case one of particular importance. All cases are important *per se*. They are important for the parties, they are important to the public and to the law. What must be considered is what makes a case sufficiently important to warrant special treatment. According to the ICON Case Management Statistics of the Program Development Branch of the Ministry of the Attorney General for Ontario, the Ontario Court (Provincial Division), from which the present appeal initially originated, heard 808 cases in 1992 involving *Charter*-related challenges, and 836 in 1993. These numbers speak for themselves and support the fact that a *Charter*-related challenge is simply not in and of itself suf-

dans l'attribution de dépens faite par le juge Whealy.

Du reste, il ne m'apparaît pas que la présente affaire soulève vraiment des questions d'importance nationale suffisantes pour justifier la condamnation aux dépens d'un intervenant qui obtient gain de cause. Bien que la présente affaire ait en fait été présentée comme une contestation fondée sur la *Charte*, les parties ont elles-mêmes convenu que la vie de l'enfant était en danger et qu'il y avait urgence, que la CAS avait le droit d'intervenir et que les transfusions sanguines étaient indiquées. Ainsi, la présente affaire a été véritablement tranchée en fonction des témoignages d'experts et de ses faits précis. La contestation constitutionnelle n'avait aucun fondement et n'aurait pu être fructueuse qu'en présence d'un tel contexte factuel.

En outre, il ne serait pas dans l'intérêt de la justice ni dans celui de l'administration de la justice de conclure que le fait qu'une affaire soulève une question d'importance nationale est suffisant en soi pour justifier la condamnation aux dépens d'une partie qui obtient gain de cause, en l'occurrence un intervenant. Si c'était le cas, les procureurs généraux risqueraient de devoir assumer les dépens dans tous les litiges soulevant d'importantes questions de droit, des questions constitutionnelles ou des questions d'intérêt public.

Enfin, le fait que les appelants aient soulevé une question relative à la *Charte* ne confère pas en soi une importance particulière à leur cas. Toutes les affaires sont importantes en soi. Elles sont importantes pour les parties, pour le public et pour le droit. Ce qu'il faut considérer, c'est ce qui rend une affaire suffisamment importante pour justifier un traitement spécial. Suivant les statistiques sur la gestion des instances du RIII de la Direction de l'élaboration des programmes du ministère du Procureur général de l'Ontario, la Cour de l'Ontario (Division provinciale), où le présent litige a pris naissance, a entendu, en 1992, 808 affaires mettant en cause des contestations liées à la *Charte*, et 836 en 1993. Ces chiffres parlent d'eux-mêmes et appuient le fait qu'une contestation liée à la *Charte*

185

186

187

ficient to be a basis for awarding costs against a successful party.

188 I conclude, therefore, that Whealy Dist. Ct. J. erred in the exercise of the discretion conferred on him by Rule 57.01(1) when he stated that the national importance of the case before him warranted the ordering of costs against the intervening Attorney General for Ontario.

Constitutional Challenge

189 Tarnopolsky J.A. suggested that an award of costs against the Attorney General for Ontario might be justified by the fact that the appellants challenged the state on the basis of freedom of religion, a "fundamental freedom" guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*. With respect, I disagree.

190 While it could be argued that the constitutional nature of the appellants' challenge is covered by Ontario Rule 57.01(1)(d), which makes "the importance of the issues" a relevant factor in awarding costs, this does not mean that the sole fact that an individual alleges an infringement of a right or a freedom guaranteed by the *Charter* is in and of itself sufficient to attract an exception to the general rule as to costs. To hold otherwise would mean that all accused or individuals challenging a statute on *Charter* grounds would be entitled to an award of costs against the state. The fact that the right or freedom in question can be characterized as "fundamental", or otherwise, has no bearing on the issue. General rules, such as the principle that unsuccessful parties must bear their own costs, are not invalidated by the fact that rights, even "fundamental" rights, are being raised by the parties, except, perhaps, as discussed previously, where the government's intent is to have a *Charter* issue decided in the public interest. In this case, however, the main interests at stake were those of the appellants and they were not successful.

n'est tout simplement pas suffisante en soi pour justifier la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause.

Je conclus donc que le juge Whealy de la Cour de district a commis une erreur en exerçant le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par la règle 57.01(1), lorsqu'il a dit que l'importance nationale de l'affaire dont il était saisi justifiait de condamner aux dépens l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Contestation constitutionnelle

Le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel a laissé entendre que la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario pourrait être justifiée par le fait que les appelants se sont attaqués à l'État en invoquant la liberté de religion, une «liberté fondamentale» garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

Même si on pouvait soutenir que la nature constitutionnelle de la contestation des appelants est visée par la règle 57.01(1)d) de l'Ontario, qui fait de l'«importance des questions en litige» un facteur pertinent pour accorder des dépens, cela ne signifie pas que le seul fait qu'un particulier allègue la violation d'une liberté ou d'un droit garantis par la *Charte* soit suffisant en soi pour entraîner une exception à la règle générale en matière de dépens. Conclure autrement signifierait que tous les accusés ou particuliers qui se fondent sur la *Charte* pour contester une loi auraient droit à ce que l'État soit condamné aux dépens. Le fait que le droit ou la liberté en question puissent être qualifiés de «fondamentaux» ou autrement n'a aucune incidence sur la question. Les règles générales, comme le principe selon lequel les parties qui perdent doivent assumer leurs propres dépens, ne sont pas invalidées du seul fait que des droits, mêmes «fondamentaux», soient invoqués par les parties, sauf peut-être, comme nous l'avons vu précédemment, lorsque le gouvernement veut qu'une question relative à la *Charte* soit tranchée dans l'intérêt public. En l'espèce, toutefois, les principaux intérêts en jeu étaient ceux des appelants qui n'ont pas obtenu gain de cause.

Therefore, I cannot agree with Tarnopolsky J.A. that this case, given its facts, raised issues which were of such a fundamental nature so as to warrant the awarding of costs against the intervener Attorney General for Ontario, a successful party.

The Complexity of the Proceeding

Ontario Rule 57.01(1)(c) states that the "complexity of the proceeding" is a factor that the court may consider in awarding costs. One possible basis for Whealy Dist. Ct. J.'s award of costs is expressed in the following extract of his decision:

This case proceeded in a most unusual fashion and laborious manner for all concerned, and I am not aware of any cases where a first level appeal from a decision of a trial judge has gone this circuitous route and ended up with the appeal being transformed into what amounts to a re-trial on fresh evidence. [Emphasis added.]

However, the "unusual" course taken by these proceedings had nothing to do with the intervener. In fact, the "unusual" proceedings were ordered by the Ontario Court of Appeal (Grange and Krever J.J.A., Griffiths J.A. dissenting) to remedy the errors of Webb Dist. Ct. J. Thus, if anyone is to bear the blame for the unusual proceedings, it would be the Ontario Court of Appeal, not the intervener.

The intervener's interest in the proceedings was simply to uphold the validity of a piece of legislation and to prevent the death of an infant. In order to do so, in the District Court appeal before Whealy Dist. Ct. J., the Attorney General for Ontario called six of the respondent CAS's eight experts and cross-examined the appellants' expert witnesses. There is no indication in the record that the appellants objected to the examination of these witnesses by the Attorney General for Ontario, nor is there any indication that Whealy Dist. Ct. J. found such evidence inappropriate. The fact that the proceedings in the District Court constituted a lengthy re-trial where fresh evidence was adduced,

En conséquence, je ne puis être d'accord avec le juge Tarnopolsky pour dire que, compte tenu de ses faits, la présente affaire soulevait des questions de nature fondamentale au point de justifier la condamnation aux dépens de l'intervenant, le procureur général de l'Ontario, qui a obtenu gain de cause.

La complexité de l'instance

La règle 57.01(1)(c) de l'Ontario prescrit que le «degré de complexité de l'instance» est un facteur dont la cour peut tenir compte en accordant des dépens. L'un des motifs susceptibles de justifier l'attribution de dépens faite par le juge Whealy est exposé dans l'extrait suivant de sa décision:

[TRADUCTION] L'affaire s'est déroulée de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés et je ne suis au courant d'aucune affaire où l'appel de premier niveau interjeté à l'encontre d'une décision d'un juge de première instance a emprunté ce détour pour finir par se transformer en ce qui équivaut à un nouveau procès fondé sur une nouvelle preuve. [Je souligne.]

Toutefois, le parcours «inhabituel» emprunté par ces procédures n'avait rien à voir avec l'intervenant. En fait, les procédures «inhabituelles» ont été ordonnées par la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Grange et Krever, le juge Griffiths étant dissident) pour remédier aux erreurs commises par le juge Webb de la Cour de district. Donc, si quelqu'un doit assumer le blâme à cet égard, ce doit être la Cour d'appel de l'Ontario, et non l'intervenant.

L'intervenant dans l'instance avait simplement intérêt à faire confirmer la validité d'une mesure législative et à éviter la mort d'un enfant en bas âge. À cette fin, dans l'appel devant le juge Whealy de la Cour de district, le procureur général de l'Ontario a appelé six des huit témoins experts de l'intimée, la CAS, et contre-interrogé les témoins experts des appelants. Rien dans le dossier n'indique que les appelants se soient opposés à l'interrogatoire de ces témoins par le procureur général de l'Ontario, ni que le juge Whealy ait conclu que ces témoignages n'étaient pas appropriés. Le fait que les procédures devant la Cour de district aient constitué un long nouveau procès où

as directed by the Ontario Court of Appeal, cannot be a source of reproach to the Attorney General for Ontario and cannot serve as a basis for the order of Whealy Dist. Ct. J. Quite the contrary, it was two of the appellants' witnesses that Whealy Dist. Ct. J. found "not too helpful" and one of their other witnesses that, according to Whealy Dist. Ct. J., "did not materially advance" either position put before the Court. No adverse or otherwise unfavourable comments were made as regards the Attorney General's witnesses. Consequently, the unusual nature and the complexity of the proceedings are, in my view, totally irrelevant as a basis for Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs on the facts of this case.

194 Besides, it is not evident to me that the present case was actually unusual in its proceedings. Admittedly, the proceedings might have been more lengthy than perhaps anticipated by the District Court Justice. A total of 18 witnesses were called, ten by the appellants and eight by the respondents CAS and the Official Guardian for Sheena B. The Attorney General for Ontario, then intervenor, called only six of the respondents' eight expert witnesses and cross-examined the appellants' expert witnesses. The District Court appeal was heard over a period of 20 days, in November and December 1988. This, however, is not unusual for a trial, particularly when dealing with a case where medical expertise is essential to the decision.

195 Moreover, the Attorney General for Ontario cannot be held accountable for the fact that the Ontario Court of Appeal allowed the appeal, launched by the appellants, from Webb J.'s judgment and referred all the issues back to the District Court. New trials are ordered in countless cases and lengthy proceedings are far from unusual. The fact that the case went up to the Ontario Court of Appeal which then ordered a new trial cannot be characterized as "unusual" for the purpose of awarding costs against a successful party, an intervenor,

une nouvelle preuve a été produite, comme l'avait ordonné la Cour d'appel de l'Ontario, ne peut être une source de reproches envers le procureur général de l'Ontario et ne peut servir de fondement à l'ordonnance du juge Whealy. Tout au contraire, c'est le témoignage de deux témoins des appelants que le juge Whealy a jugé «pas très utile» et l'un de leurs autres témoins qui, selon le juge Whealy, «n'a pas fait avancer sensiblement» l'une ou l'autre position soumise à la cour. Les témoins du Procureur général n'ont fait l'objet d'aucun commentaire défavorable ou par ailleurs négatif. En conséquence, j'estime que la nature inhabituelle et la complexité des procédures ne peuvent aucunement fonder l'ordonnance du juge Whealy quant aux dépens compte tenu des faits de l'espèce.

De plus, il n'est pas évident, à mon sens, que les procédures de la présente affaire ont été véritablement inhabituelles. Certes, il se pourrait qu'elles aient été plus longues que ne l'avait peut-être prévu le juge de la Cour de district. Au total, 18 témoins ont été appelés, dont dix par les appelants et huit par les intimés, la CAS et le tuteur public de Sheena B. Le procureur général de l'Ontario, alors intervenant, n'a appelé que six des huit témoins experts des intimés et a contre-interrogé les témoins experts des appelants. L'appel devant la Cour de district s'est échelonné sur une période de 20 jours, en novembre et en décembre 1988, ce qui, toutefois, n'est pas inhabituel pour un procès, particulièrement lorsque l'expertise médicale est essentielle à la décision.

Par ailleurs, le procureur général de l'Ontario ne saurait être tenu responsable du fait que la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté par les appelants contre la décision du juge Webb et renvoyé toutes les questions à la Cour de district. On ordonne la tenue d'un nouveau procès dans d'innombrables cas et les longues procédures sont loin d'être inhabituelles. Le fait que l'affaire se soit rendue à la Cour d'appel de l'Ontario, qui a alors ordonné un nouveau procès, ne saurait être qualifié d'«inhabituel» aux fins de la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause, à savoir un intervenant.

I, therefore, cannot see how Whealy Dist. Ct. J. could have come to the conclusion that the present case proceeded in a "most unusual fashion", absent any other indication in the record than the fact that the hearing was lengthy and proceeded as a trial *de novo* before an appellate jurisdiction. If that was unusual, it was not so for the purpose of awarding costs to an intervener whose conduct was not the subject of reproach.

The Totality of the Factors

None of the factors identified by Whealy Dist. Ct. J. to justify his award of costs against an intervener who was a successful party, here the Attorney General for Ontario, stand on the facts of this case nor can any of them be sufficient *per se* to justify the exercise of the court's discretion to award costs against the Attorney General for Ontario, a successful party. The additional factor discussed by Tarnopolsky J.A. is also not sufficient to justify the impugned costs order. This is not to say that the importance of a case, its complexity and the constitutional nature of a challenge could never be appropriate factors to consider in ordering costs against a successful party. They may be in a "proper case". This case is not one of them, in my view. Even taken together, all the factors considered by Whealy Dist. Ct. J. and Tarnopolsky J.A. could not make this case a proper one to allow a departure from the general rule as to costs. To hold otherwise, as Houlden J.A. noted, would be to create a dangerous precedent, particularly in an era of heavy *Charter* litigation involving to a great extent the provincial and federal Attorneys General as interveners as of right. Eliminating the relative resources of the parties as a relevant factor and misconduct here, there was nothing unusual about this case for the purpose of awarding costs. State action and the importance of the case based on the sole fact that the constitutionality of a piece of legislation was challenged on the ground of a fundamental right guaranteed by the *Charter* are simply not sufficient factors to trigger the exercise of a court's discretion to award costs against a success-

Je ne vois donc pas comment le juge Whealy aurait pu en venir à la conclusion que la présente affaire s'est déroulée «de la façon la plus inhabituelle», sans aucune autre indication dans le dossier que le fait que l'audition a été longue et qu'elle a pris la forme d'un nouveau procès devant une juridiction d'appel. Si cela était inhabituel, ce ne l'était pas aux fins de l'attribution de dépens à un intervenant dont la conduite était irréprochable.

L'ensemble des facteurs

Aucun des facteurs énoncés par le juge Whealy pour justifier sa condamnation aux dépens de l'intervenant qui a obtenu gain de cause, en l'occurrence le procureur général de l'Ontario, ne tient eu égard aux faits de la présente affaire, ni n'est suffisant en soi pour justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour de condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario qui a obtenu gain de cause. L'autre facteur analysé par le juge Tarnopolsky ne suffit pas non plus pour justifier l'adjudication de dépens attaquée. Cela ne signifie pas que l'importance d'une affaire, sa complexité et la nature constitutionnelle d'une contestation ne pourraient jamais être des facteurs à considérer pour condamner aux dépens une partie qui obtient gain de cause. Ils peuvent l'être, «le cas échéant». À mon avis, ce n'est pas le cas en l'espèce. Même considérés ensemble, tous les facteurs dont les juges Whealy et Tarnopolsky ont tenu compte ne pourraient permettre en l'espèce une dérogation à la règle générale en matière de dépens. Conclure autrement, comme le juge Houlden l'a signalé, créerait un dangereux précédent, particulièrement à l'ère où de nombreux litiges fondés sur la *Charte* mettent en cause, dans une large mesure, les procureurs généraux provinciaux et fédéral en leur qualité d'intervenants de plein droit. Abstraction faite de facteurs non pertinents comme les ressources relatives des parties et l'inconduite ici, il n'y avait rien d'inhabituel dans la présente affaire aux fins de l'attribution de dépens. L'action de l'État et l'importance de l'affaire, découlant du seul fait que la constitutionnalité d'une mesure législative était contestée en fonction d'un droit fondamental garanti par la *Charte*, ne sont simplement pas des facteurs suffisants pour déclencher l'exercice du

ful party, an intervener as of right at that, absent misconduct on his part.

198 I agree with Houlden J.A. when he says (at p. 360):

Since the appellants were challenging the constitutional validity of the *Child Welfare Act*, s. 122 of the *Courts of Justice Act*, 1984, S.O. 1984, c. 11 (now s. 109 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43), required notice to be served on the Attorney General of Ontario. By s. 122(4), the Attorney General was entitled to adduce evidence and to make submissions to the court in respect of the constitutional question. Notice was given to the Attorney General for Ontario by the appellants as required by s. 122. The Attorney General intervened to defend the validity of the legislation and was successful before Judge Whealy in upholding its validity. It would, in my opinion, create a dangerous precedent to award costs against the Attorney General in these circumstances.

199 Goodman J.A.'s reluctance to interfere with the trial judge's exercise of discretion, although perhaps understandable as a rule, was not warranted here since Whealy Dist. Ct. J.'s reasons in that regard were not based on proper considerations given the circumstances of this case.

200 To put it frankly, I cannot avoid being left with the impression that, as a judge sitting on appeal, Whealy Dist. Ct. J. was unhappy to have to hear the case as if he was sitting as a trial judge. His reference to the length of the case and the number of witnesses, which is in no way unusual at trial but somehow unusual on appeal, has led me to the conclusion that this was the main reason for awarding costs as he did. However, this turn of events, as I said earlier, has nothing to do with the Attorney General for Ontario, but was the result of the order of the Ontario Court of Appeal, an appeal brought by the appellants themselves. In any event, this would not be a proper consideration in a matter of costs.

pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause, à savoir un intervenant de plein droit, en l'absence d'inconduite de sa part.

Je suis d'accord avec le juge Houlden lorsqu'il dit (à la p. 360):

[TRADUCTION] Puisque les appelants contestaient la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*, l'art. 122 de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, ch. 11 (maintenant l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43), exigeait la signification d'un avis au procureur général de l'Ontario. Aux termes du par. 122(4), le Procureur général avait le droit de présenter à la cour une preuve et des observations relatives à la question constitutionnelle. Conformément à l'art. 122, les appelants ont signifié un avis au procureur général de l'Ontario. Ce dernier est intervenu pour défendre la validité de la mesure législative et il a réussi devant le juge Whealy à en faire confirmer la validité. À mon avis, condamner aux dépens le Procureur général, dans ces circonstances, créerait un dangereux précédent.

L'hésitation du juge Goodman à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, quoique peut-être compréhensible en règle générale, n'était pas justifiée en l'espèce puisque les motifs du juge Whealy à cet égard n'étaient pas fondés sur des considérations pertinentes étant donné les circonstances de l'affaire.

À vrai dire, je ne puis m'empêcher d'avoir l'impression qu'à titre de juge siégeant en appel, le juge Whealy était mal à l'aise d'avoir à entendre l'affaire comme s'il était un juge de première instance. Sa référence à la longueur de l'affaire et au nombre de témoins, qui n'est aucunement inhabituelle en première instance, mais quelque peu inhabituelle en appel, m'a amenée à conclure que c'est principalement pour cette raison qu'il a accordé des dépens comme il l'a fait. Toutefois, comme je l'ai mentionné précédemment, cette tournure des événements n'a rien à voir avec le procureur général de l'Ontario, mais résulte de l'ordonnance rendue par la Cour d'appel de l'Ontario à la suite d'un appel interjeté par les appelants eux-mêmes. Quoi qu'il en soit, il ne s'agirait pas d'un facteur pertinent en matière de dépens.

V — Conclusion

This Court has jurisdiction to entertain a challenge to the exercise of judicial discretion when such discretion is not properly exercised. As far as awards of costs are concerned, s. 47 of the *Supreme Court Act* specifically grants the Court a wide discretion as to lower courts' costs order.

While it is true that courts of appeal should not in general interfere with a trial court's exercise of discretion, this rule is not absolute. The exceptions cover cases where that discretion has not been exercised judicially and judiciously. Among others, these are cases where relevant factors were not taken into account, insufficient or excessive weight was given to relevant factors, there was misconduct, the decision was capricious or arbitrary, etc.

With respect to costs, the rule is that they are generally awarded to a successful party, absent misconduct on his or her part. This rule, however, is also not absolute. Rule 57.01 of the *Ontario Rules* provides a list of factors (the amount claimed and the amount recovered in the proceeding, the complexity of the proceeding, the importance of the issues, etc.) for a judge to consider in the exercise of his or her discretion with respect to an order for costs. According to Rule 57.01, costs can even be ordered against a successful party in a "proper case". This case, however, was not such a "proper case", given all of the circumstances and in spite of the fact that it was a constitutional challenge based on a fundamental freedom guaranteed by the *Charter*. The trial was not an unusual one for the purpose of awarding costs, the intervention of the Attorney General for Ontario was a proper one and no finding of misconduct was made against him.

The Attorney General for Ontario and the Attorney General of Canada have a right to intervene in such cases and the Attorney General for Ontario did intervene here to defend the constitutional

V — Conclusion

Notre Cour est compétente pour entendre une contestation de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire lorsque ce pouvoir n'est pas exercé correctement. Quant à l'attribution de dépens, l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême* accorde explicitement à la Cour un large pouvoir discrétionnaire à l'égard des ordonnances que les juridictions inférieures rendent en matière de dépens.

S'il est vrai que les tribunaux d'appel ne devraient pas, en général, intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de première instance, cette règle n'est pas absolue. Les exceptions visent les cas où ce pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé judiciairement et judicieusement. Ce sont, notamment, les cas où des facteurs pertinents n'ont pas été considérés, où on a accordé un poids insuffisant ou excessif à des facteurs pertinents, où il y a eu inconduite, où la décision était capricieuse ou arbitraire, etc.

En ce qui concerne les dépens, la règle veut qu'ils soient généralement accordés à la partie qui obtient gain de cause, en l'absence d'inconduite de sa part. Cette règle n'est toutefois pas absolue elle non plus. La règle 57.01 des *Règles* de l'Ontario énumère une liste de facteurs (le montant demandé dans l'instance et le montant obtenu, la complexité de l'instance, l'importance des questions en litige, etc.) qu'un juge doit considérer dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de dépens. Aux termes de la règle 57.01, même la partie qui obtient gain de cause peut être condamnée aux dépens, «le cas échéant». Toutefois, il ne convient pas en l'espèce de le faire, compte tenu de toutes les circonstances et en dépit du fait qu'il s'agissait d'une contestation de nature constitutionnelle fondée sur une liberté fondamentale garantie par la *Charte*. Le procès n'était pas inhabituel aux fins de l'attribution de dépens, l'intervention du procureur général de l'Ontario était légitime et aucune conclusion d'inconduite n'a été tirée à son sujet.

Le procureur général de l'Ontario et le procureur général du Canada ont le droit d'intervenir en pareils cas et le procureur général de l'Ontario est effectivement intervenu en l'espèce pour défendre

201

202

203

204

validity of the *Child Welfare Act*. Absent misconduct and other relevant factors, an award of costs by the trial judge against the Attorney General for Ontario, who was successful at trial, was not warranted.

205 For those reasons, I am of the view that Whealy Dist. Ct. J. erred in the exercise of the discretion conferred by s. 141(1) of the *Courts of Justice Act, 1984*.

206 As a result, I would allow the cross-appeal, reverse the judgment of the Ontario Court of Appeal on the issue of costs, award no costs on the appeal to the District Court and no costs on the appeal and the cross-appeal to the Ontario Court of Appeal, the whole without costs.

The following are the reasons delivered by

207 SOPINKA J. — I have read the reasons for judgment herein of the Chief Justice and of Justice La Forest and the joint reasons of Justices Iacobucci and Major. With respect to the issue raised in the first constitutional question, I would adopt the approach followed by Tarnopolsky J.A. in the Court of Appeal ((1992), 10 O.R. (3d) 321) who in turn relied on the judgment of La Forest J. in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284. In *Jones*, as in this case, it was unnecessary to determine whether a liberty interest was engaged because the threshold requirement of a breach of the principles of fundamental justice was not met. In all other respects I agree with the reasons of La Forest J. I would answer the constitutional questions and dispose of the appeal and cross-appeal as he suggests.

The reasons of Cory, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

208 IACOBUCCI AND MAJOR JJ. — We have read the reasons of Justice La Forest, and we agree with the result that there has been no unconstitutional violation of the appellants' rights, under either s. 7 or s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Free-*

la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*. En l'absence d'inconduite et d'autres facteurs pertinents, le juge de première instance n'était pas justifié de condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario qui a obtenu gain de cause au procès.

Pour ces motifs, je suis d'avis que le juge Whealy de la Cour de district a commis une erreur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 141(1) de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario sur la question des dépens, de n'accorder aucuns dépens quant à l'appel devant la Cour de district et quant à l'appel principal et à l'appel incident devant la Cour d'appel de l'Ontario, le tout sans dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs de jugement rédigés en l'espèce par le Juge en chef et le juge La Forest, de même que ceux rédigés conjointement par les juges Iacobucci et Major. Quant au point soulevé par la première question constitutionnelle, je souscrirais au point de vue adopté par le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel ((1992), 10 O.R. (3d) 321) qui s'est lui-même fondé sur les motifs du juge La Forest dans l'affaire *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284. Dans *Jones*, comme dans la présente affaire, il n'était pas nécessaire de déterminer si un droit à la liberté était en cause du fait que l'exigence préliminaire d'une violation des principes de justice fondamentale n'était pas remplie. À tout autre égard, je souscris aux motifs du juge La Forest. Je répondrais aux questions constitutionnelles et trancherais le pourvoi principal et le pourvoi incident comme il propose de le faire.

Version française des motifs des juges Cory, Iacobucci et Major rendus par

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR — Nous avons lu les motifs du juge La Forest et nous souscrivons à sa conclusion qu'il n'y a eu aucune violation inconstitutionnelle des droits des appelants, qu'ils soient garantis par l'art. 7 ou par l'al. 2a) de la

doms. However, we respectfully disagree with La Forest J.'s reliance on s. 1 of the *Charter* and the principles of fundamental justice in s. 7 in order to establish the constitutionality of the repealed *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66. Instead, we conclude that the class of parents caught by s. 19(1)(b)(ix) of the Act simply cannot benefit from the protection of the liberty interest in s. 7 or freedom of religion encapsulated in s. 2(a) of the *Charter*. We therefore find the appellants incapable of crossing the first threshold of *Charter* analysis. There is thus no initial constitutional infringement and, consequently, no need to uphold any such infringement either through its consonance with fundamental justice or its status as a reasonable limit in a free and democratic society.

Section 30(1) of the *Child Welfare Act* provides that a court may order a child to be committed to or subject to the care and custody of the Children's Aid Society for a period of time not exceeding 12 months. Section 30(1) is only triggered should the court deem the child to be "in need of protection": in other words, falling into one of the categories established by s. 19. In the case at bar, the relevant provision is s. 19(1)(b)(ix), since it is upon this that Judge Main of the Provincial Court (Family Division) relied to determine that Sheena was a "child in need of protection". Subparagraph (ix) provides as follows:

(b) "child in need of protection" means,

- (ix) a child where the person in whose charge the child is neglects or refuses to provide or obtain proper medical, surgical or other recognized remedial care or treatment necessary for the child's health or well-being, or refuses to permit such care or treatment to be supplied to the child when it is recommended by a legally qualified medical practitioner, or otherwise fails to protect the child adequately.

Charte canadienne des droits et libertés. En toute déférence, cependant, nous ne pouvons nous fonder, comme il l'a fait, sur l'article premier de la *Charte* et sur les principes de justice fondamentale énoncés à l'art. 7 pour établir la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, depuis lors abrogée. Nous concluons plutôt que la catégorie de parents visés par le sous-al. 19(1)(b)(ix) de la Loi ne peut simplement pas jouir de la protection du droit à la liberté garanti à l'art. 7 ou de la liberté de religion consacrée à l'al. 2a) de la *Charte*. Nous jugeons donc que les appelants sont incapables de franchir la première étape d'une analyse fondée sur la *Charte*. Ainsi, il n'y a eu, au départ, aucune violation de la Constitution et, partant, il est inutile de maintenir une telle violation soit parce qu'elle respecte la justice fondamentale, soit parce qu'elle constitue une limite raisonnable dans une société libre et démocratique.

En vertu du par. 30(1) de la *Child Welfare Act*, la cour peut ordonner qu'un enfant soit confié aux soins ou à la garde de la société d'aide à l'enfance pour une période n'excédant pas 12 mois. Le paragraphe 30(1) ne s'applique que si la cour estime que l'enfant a «besoin de protection»: en d'autres termes, s'il tombe dans l'une des catégories établies à l'art. 19. En l'espèce, la disposition pertinente est le sous-al. 19(1)(b)(ix), puisque c'est en se fondant sur celui-ci que le juge Main de la Cour provinciale (Division de la famille) a déterminé que Sheena était [TRADUCTION] «une enfant ayant besoin de protection». Le sous-alinéa (ix) se lit ainsi:

b) [TRADUCTION] «enfant ayant besoin de protection» désigne

- (ix) l'enfant qui est sous la responsabilité d'une personne qui néglige ou refuse de fournir ou de procurer les soins ou les traitements médicaux, chirurgicaux ou autres reconnus qui sont nécessaires à la santé ou au bien-être de l'enfant, ou qui refuse de permettre que ces soins ou traitements soient prodigués à l'enfant alors qu'ils sont recommandés par un médecin dûment qualifié, ou qui par ailleurs omet de protéger l'enfant adéquatement.

210 To this end, parents or guardians caught by s. 19(1)(b)(ix) will be those who neglect or refuse to provide medical care to the child in their charge when such treatment has been deemed necessary by a legally qualified medical practitioner.

211 It is important to bear in mind that the impugned provisions of the *Child Welfare Act* are geared to the promotion of the health, safety and personal integrity of the child. To this end, although this appeal raises issues related to the right of parents to rear their children without undue influence by the state, it also touches on the s. 7 right of the child to life and security of the person. It is this perspective that we find absent from the reasons of La Forest J. As such, we are concerned by the fact that our colleague's decision creates a situation in which the child's right to life or security of the person is reduced to a limitation on the parents' constitutionally protected ability to deny that child the necessities of life owing to parental liberty and freedom of religion.

1. Section 7

212 We find that the right to liberty embedded in s. 7 does not include a parents' right to deny a child medical treatment that has been adjudged necessary by a medical professional. Although the scope of "liberty" as understood by s. 7 is expansive, it is certainly not all-encompassing. This Court has unequivocally held that "liberty" is not synonymous with unconstrained freedom: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 (*per* Dickson C.J., at pp. 785-86). Such an interpretation of "liberty" flows from some of the prior decisions of this Court cited by La Forest J. in his reasons. Not all individual activity should immediately qualify as an exercise of "liberty" and hence be *prima facie* entitled to constitutional protection, subject only to the limits consonant with fundamental justice or s. 1. For example, Wilson J. (in a passage relied upon by La Forest J. in his judgment in this

À cette fin, les parents ou tuteurs visés par le sous-al. 19(1)b)(ix) seront ceux qui négligent ou refusent de fournir des soins médicaux à l'enfant dont ils ont la responsabilité lorsque ce traitement a été jugé nécessaire par un médecin dûment qualifié.

Il importe de garder à l'esprit que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act* visent à promouvoir la santé, la sécurité et l'intégrité personnelle de l'enfant. À cette fin, bien que le présent pourvoi soulève des questions relatives au droit des parents d'éduquer leurs enfants sans influence indue de la part de l'État, il porte également sur le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne, que lui garantit l'art. 7. C'est cet aspect qui, à notre avis, fait défaut dans les motifs du juge La Forest. Voilà pourquoi, nous craignons que la décision de notre collègue crée une situation où le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne en sera réduit à une restriction de la capacité des parents, garantie par la Constitution, de refuser à leur enfant les choses nécessaires à la vie au nom de la liberté parentale et de la liberté de religion.

1. Article 7

Nous sommes d'avis que le droit à la liberté, consacré à l'art. 7, ne comprend pas un droit des parents de refuser à leur enfant un traitement médical jugé nécessaire par un professionnel de la santé. Bien que de portée vaste, la «liberté» au sens de l'art. 7 n'est certainement pas absolue. Notre Cour a conclu sans équivoque que «liberté» n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 (le juge en chef Dickson, aux pp. 785 et 786). Cette interprétation de la «liberté» découle de certains arrêts antérieurs de notre Cour, que le juge La Forest cite dans ses motifs. Ce ne sont pas toutes les activités individuelles qui devraient être immédiatement qualifiées d'exercice de «liberté», et, de ce fait, pouvoir, à première vue, bénéficier de la protection de la Constitution, sous réserve seulement de limites conformes à la justice fondamentale ou à l'article premier. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, le juge

case) in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, remarked at p. 318:

John Stuart Mill described it [liberty] as "pursuing our own good in our own way". This, he believed, we should be free to do "so long as we do not attempt to deprive others of theirs or impede their efforts to obtain it". [Emphasis added.]

This is clearly a case where Sheena's right to liberty, security of the person, and potentially even to life is deprived. It is important to note that the abridgment of Sheena's s. 7 rights operates independently from the question whether the parents honestly believe that their refusal to consent to the transfusion is in the best interests of the child, since such a refusal shall, according to the appellants, prevent her from being "defiled in the eyes of God". Whether or not her parents' motivations are well-intentioned, the physical effects upon Sheena of the refusal to transfuse blood are equally deleterious.

We note that La Forest J. holds that "liberty" encompasses the right of parents to have input into the education of their child. In fact, "liberty" may very well permit parents to choose among equally effective types of medical treatment for their children, but we do not find it necessary to determine this question in the instant case. We say this because, assuming without deciding that "liberty" has such a reach, it certainly does not extend to protect the appellants in the case at bar. There is simply no room within s. 7 for parents to override the child's right to life and security of the person.

In any event, there is an immense difference between sanctioning some input into a child's education and protecting a parent's right to refuse their children medical treatment that a professional adjudges to be necessary and for which there is no legitimate alternative. The child's right to life must not be so completely subsumed to the parental liberty to make decisions regarding that child: *Re R.K.* (1987), 79 A.R. 140 (Prov. Ct. (Fam. Div.)), at p. 147. In our view, the best way to ensure this

Wilson fait remarquer (dans un passage cité par le juge La Forest dans ses motifs en l'espèce), à la p. 318:

John Stuart Mill décrit cela [la liberté] ainsi: [TRADUCTION] «rechercher notre propre bien, à notre façon». Nous devrions, pensait-il, être libre de le faire «dans la mesure où nous ne tentons pas de priver les autres du leur, ni d'entraver leurs efforts pour y parvenir». [Nous soulignons.]

Il s'agit ici nettement d'un cas où le droit de Sheena à la liberté, à la sécurité de sa personne et peut-être même à la vie, lui est nié. Il importe de signaler qu'il y a atteinte aux droits garantis à Sheena par l'art. 7, indépendamment de la question de savoir si les parents croient honnêtement que leur refus de consentir à la transfusion est dans l'intérêt de l'enfant, puisque ce refus vise, selon les appellants, à l'empêcher d'être [TRADUCTION] «souillée aux yeux de Dieu». Que les parents soient ou non bien intentionnés, les conséquences physiques pour Sheena du refus de la transfusion sanguine sont tout aussi néfastes.

Nous remarquons que le juge La Forest conclut que la «liberté» comprend le droit des parents de jouer un rôle dans l'éducation de leur enfant. En fait, la «liberté» peut très bien permettre aux parents de choisir entre différentes formes également efficaces de traitement médical pour leurs enfants, mais nous ne jugeons pas nécessaire de résoudre cette question ici, et cela, parce qu'à supposer, sans en décider, que la «liberté» ait une telle portée, elle ne va certainement pas jusqu'à protéger les appellants en l'espèce. L'article 7 ne permet simplement pas aux parents de passer outre au droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne.

Quoi qu'il en soit, il y a une énorme différence entre sanctionner une certaine contribution à l'éducation d'un enfant et protéger le droit des parents de refuser à leur enfant le traitement médical qu'un professionnel juge nécessaire et pour lequel il n'existe aucune autre solution valable. Le droit de l'enfant à la vie ne doit pas être aussi totalement assujéti à la liberté des parents de prendre des décisions le concernant: *Re R.K.* (1987), 79 A.R. 140 (C. prov. (Div. fam.)), à la p. 147. À notre

213

214

215

outcome is to view an exercise of parental liberty which seriously endangers the survival of the child as falling outside s. 7.

avis, la meilleure façon de garantir ce résultat est de considérer que l'exercice de la liberté parentale qui compromet sérieusement la survie de l'enfant n'est pas visé par l'art. 7.

216 Our colleague's reasons open the door to the possibility that a violation of a guardian's s. 7 rights will be found should the state deny a guardian his or her right to refuse a child in his or her charge medical treatment and should that denial fail to conform with fundamental justice. In the case at bar, Sheena's condition, although believed to be serious, was not sufficiently urgent to prevent the Children's Aid Society from seeking a court-ordered wardship, thereby complying with procedural fundamental justice. But what if Sheena were injured in a car accident and required an immediate blood transfusion to save her life? Even if her parents had been in agreement that the transfusion was necessary and urgently required, their personal convictions would still likely have compelled them to refuse their daughter the treatment. To this end, this exercise of parental liberty can engender the death of an infant.

Les motifs de notre collègue ouvrent la porte à la possibilité que l'on conclue à la violation des droits garantis à un tuteur par l'art. 7, si l'État prive ce dernier du droit de refuser un traitement médical à un enfant sous sa responsabilité, et si jamais ce refus n'est pas conforme à la justice fondamentale. En l'espèce, l'état de Sheena, bien que jugé grave, n'était pas suffisamment urgent pour empêcher la société d'aide à l'enfance de solliciter une ordonnance judiciaire de tutelle, de manière à respecter la justice fondamentale sur le plan procédural. Mais que ce serait-il passé si Sheena avait été blessée dans un accident de voiture et si elle avait dû recevoir une transfusion sanguine immédiatement pour rester en vie? Même si ses parents avaient convenu que la transfusion était nécessaire et requise de toute urgence, leurs convictions personnelles les auraient probablement forcés à refuser le traitement à leur fille. À cet égard, l'exercice de la liberté parentale peut provoquer la mort de l'enfant.

217 We find it counter-intuitive that "parental liberty" would permit a parent to deny a child medical treatment felt to be necessary until some element of procedural fundamental justice is complied with. Although an individual may refuse any medical procedures upon her own person, it is quite another matter to speak for another separate individual, especially when that individual cannot speak for herself and, in Sheena's case, has never spoken for herself. The rights enumerated in the *Charter* are individual rights to which children are clearly entitled in their relationships with the state and all persons — regardless of their status as strangers, friends, relatives, guardians or parents.

Intuitivement, nous ne sommes pas portés à admettre que la «liberté parentale» peut permettre à un parent de refuser à un enfant un traitement médical jugé nécessaire, jusqu'à ce qu'un quelconque élément de justice fondamentale soit respecté sur le plan procédural. Bien qu'une personne puisse refuser des procédures médicales pour elle-même, il en va autrement lorsqu'il s'agit de s'exprimer pour une autre personne, particulièrement lorsque cette dernière n'est pas en mesure d'exprimer sa propre volonté et, dans le cas de Sheena, ne l'a jamais fait. Les droits énoncés dans la *Charte* sont des droits individuels dont les enfants peuvent nettement se prévaloir dans leurs rapports avec l'État et avec d'autres personnes — peu importe qu'il s'agisse d'étrangers, d'amis, de parents, de tuteurs, ou encore du père ou de la mère.

218 The suggestion that parents have the ability to refuse their children medical procedures such as blood transfusions in situations where such a transfusion is necessary to sustain that child's health is

La proposition voulant que les parents aient la capacité de refuser à leurs enfants des procédures médicales comme une transfusion sanguine dans des cas où cette transfusion est nécessaire pour

consistent with the view, now long gone, that parents have some sort of "property interest" in their children. Indeed, in recent years, this Court has emphasized that parental duties are to be discharged according to the "best interests" of the child: *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141. The nature of the parent-child relationship is thus not to be determined by the personal desires of the parent, yet rather by the "best interests" of the child. In *Young, supra*, at p. 47, L'Heureux-Dubé J. (discussing the issue of custody in family law) commented that:

The proposition . . . is one of duty and obligation to the child's best interests. . . . One cannot stress enough that it is from the perspective of the child's interests that these powers and responsibilities must be assessed, as the "rights" of the parent are not a criterion.

The exercise of parental beliefs that grossly invades the "best interests" of the child is not activity protected by the right to "liberty" in s. 7. To hold otherwise would be to risk undermining the ability of the state to exercise its legitimate *parens patriae* jurisdiction and jeopardize the *Charter's* goal of protecting the most vulnerable members of society. As society becomes increasingly cognizant of the fact that the family is often a very dangerous place for children, the *parens patriae* jurisdiction assumes greater importance. Although there are times when the family should be shielded from the intrusions of the state, Sheena's situation is one in which the state should be readily able to intervene not only to protect the public interest, but also to preserve the security of infants who cannot yet speak for themselves.

It is clear that a purpose of the *Charter* is to protect the individual from governmental interference. For this reason, as noted by our colleague La Forest J., many *Charter* rights have been given broad interpretations. In the instant appeal, concern has been raised that whittling down the ambit of "parental liberty" could deny parents a constitutional remedy should the state, without due process

préservé la santé de cet enfant est conforme au point de vue, qui n'a plus cours depuis longtemps, suivant lequel les parents ont une sorte de «droit de propriété» sur leurs enfants. De fait, au cours des dernières années, notre Cour a précisé que les parents doivent s'acquitter de leurs obligations dans «l'intérêt» de l'enfant: *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141. La nature de la relation parent-enfant doit donc dépendre non pas de la volonté personnelle du parent, mais plutôt de «l'intérêt» de l'enfant. Dans l'arrêt *Young*, précité, à la p. 47, le juge L'Heureux-Dubé (sur la question de la garde en droit de la famille) fait le commentaire suivant:

Il [. . .] s'agit [. . .], en l'occurrence, [. . .] de devoir et d'obligation dans l'intérêt de l'enfant. [. . .] On ne saurait trop insister sur le fait que c'est dans l'optique de l'intérêt de l'enfant qu'il convient d'évaluer ces pouvoirs et responsabilités, car les «droits» d'un parent n'entrent pas en ligne de compte.

L'exercice des croyances des parents qui empiète outre mesure sur «l'intérêt» de l'enfant n'est pas protégé par le droit à la «liberté» prévu à l'art. 7. Conclure autrement risquerait de miner la capacité de l'État d'exercer sa compétence *parens patriae* légitime et compromettrait l'objectif de la *Charte* qui est de protéger les membres les plus vulnérables de la société. Au fur et à mesure que la société prend davantage conscience du fait que la famille est souvent un endroit très dangereux pour des enfants, la compétence *parens patriae* revêt une plus grande importance. Bien qu'il arrive que la famille doive être soustraite aux intrusions de l'État, la situation de Sheena est un cas où l'État devrait pouvoir intervenir aisément non seulement pour protéger l'intérêt public, mais également pour garantir la sécurité des enfants en bas âge qui ne peuvent pas encore exprimer leur volonté.

Il est clair que la *Charte* a pour objet, notamment, de protéger les citoyens contre l'ingérence gouvernementale. C'est pourquoi, comme l'a souligné notre collègue le juge La Forest, bien des droits garantis par la *Charte* ont été interprétés largement. En l'espèce, on a dit craindre que la réduction de la portée de la «liberté parentale» puisse enlever aux parents un recours constitution-

or substantive merit, arbitrarily decide to remove a child from a home. In our estimation, a more appropriate way of mitigating such a possibility would be to view such a removal as an interference with the child's own liberty or security interest, not that of the parent. With respect, such an approach obliges the state's *parens patriae* jurisdiction to be fairly exercised, both procedurally and substantively, without necessitating that the "liberty" interest embedded in s. 7 be extended to include parents' endangering the lives of children or denying them required medical treatment.

nel si jamais l'État, sans procédure équitable ni justification de fond, décide arbitrairement de retirer un enfant d'un foyer. À notre avis, une façon plus appropriée d'atténuer cette possibilité serait de considérer un tel retrait comme une atteinte au droit à la liberté ou à la sécurité de l'enfant lui-même et non à celui du parent. En toute déférence, une telle méthode oblige l'État à exercer équitablement sa compétence *parens patriae*, tant sur le plan de la procédure que sur celui du fond, sans qu'il soit nécessaire que le droit à la «liberté», consacré à l'art. 7, soit élargi de manière à viser la situation où des parents mettent en danger la vie d'un enfant ou lui refusent un traitement médical nécessaire.

221 In sum, since we find the parental decision to withhold medical care to be outside the scope of "liberty", it does not qualify for *Charter* protection in the first place.

Bref, puisque nous jugeons que la décision des parents de refuser des soins médicaux est exclue de la portée de la «liberté», elle ne peut, au départ, jouir de la protection de la *Charte*.

222 We have also read the reasons of the Chief Justice. He would confine the right to liberty in s. 7 to the "judicial" context, specifically criminal matters. He would also limit its reach to the physical or corporeal component of liberty, thereby leaving psychological coercion and emotional trauma outside the scope of "liberty". With respect, we do not find it necessary to pronounce on such an important matter in these reasons, particularly since this Court has not had the benefit of full argument on the appropriate contours between the rights protected by s. 7 and the freedoms covered by s. 2. We would consequently leave this determination for another day, and a case in which such issues arise more directly.

Nous avons également lu les motifs du Juge en chef. Il restreindrait le droit à la liberté, garanti à l'art. 7, au contexte «judiciaire», plus précisément aux affaires criminelles. Il le limiterait à la dimension physique ou corporelle de la liberté, excluant ainsi de la portée de la «liberté» la contrainte psychologique et le traumatisme émotionnel. En toute déférence, nous ne jugeons pas nécessaire de nous prononcer sur une question aussi importante dans les présents motifs, d'autant plus que notre Cour n'a pas eu l'avantage d'entendre une argumentation complète sur les délimitations appropriées des droits protégés par l'art. 7 et des libertés garanties par l'art. 2. Nous sommes donc d'avis de remettre cette décision à une autre occasion où ces questions se poseront plus directement.

2. Section 2(a)

2. Alinéa 2a)

223 The parents of Sheena are constitutionally entitled to manifest their beliefs and practise their religion, as is their daughter. That constitutional freedom includes the right to educate and rear their child in the tenets of their faith. In effect, until the child reaches an age where she can make an independent decision regarding her own religious

Les parents de Sheena ont, en vertu de la Constitution, le droit de manifester leurs croyances et de pratiquer leur religion, tout comme leur fille. Cette liberté constitutionnelle comprend le droit d'éduquer et d'élever leur enfant conformément aux principes de leur foi. En fait, jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge où elle sera en mesure de prendre elle-même une décision sur ses propres croyances religieuses, ses parents peuvent décider

beliefs, her parents may decide on her religion for her and raise her in accordance with that religion.

However, the freedom of religion is not absolute. Although La Forest J. considered that limitations on this right are best considered under a s. 1 analysis, we are of the view that the right itself must have a definition, and even if a broad and flexible definition is appropriate, there must be an outer boundary. Conduct which lies outside that boundary is not protected by the *Charter*. That boundary is reached in the circumstances of this case.

We are of the view that the constitutional question should be: to what extent can an infant's right to life and health be subordinated to conduct emanating from a parent's religious convictions? With this perspective as a starting point, we find that the appellants do not benefit from the protection of s. 2(a) of the *Charter* since a parent's freedom of religion does not include the imposition upon the child of religious practices which threaten the safety, health or life of the child.

Just as there are limits to the ambit of freedom of expression (e.g. s. 2(b) does not protect violent acts: *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at pp. 753 and 801; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 732 and 830), so are there limits to the scope of s. 2(a), especially so when this provision is called upon to protect activity that threatens the physical or psychological well-being of others. In other words, although the freedom of belief may be broad, the freedom to act upon those beliefs is considerably narrower, and it is the latter freedom that issue in this case. The fact that "freedom" does not operate in a vacuum was underscored by Dickson J. (as he then was) in his seminal decision in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 337:

Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way

de sa religion et l'élever en conformité avec celle-ci.

La liberté de religion n'est toutefois pas absolue. Bien que le juge La Forest ait estimé que les restrictions de ce droit sont mieux analysées dans le cadre de l'article premier, nous sommes d'avis que le droit lui-même doit être défini et que, même s'il convient de lui donner une définition large et souple, il doit avoir une limite. La conduite qui outre-passe cette limite n'est pas protégée par la *Charte*. Cette limite est atteinte dans les circonstances de la présente affaire.

Nous sommes d'avis que la question constitutionnelle devrait être la suivante: dans quelle mesure le droit à la vie et à la santé d'un enfant en bas âge peut-il être subordonné au comportement dicté par les convictions religieuses d'un parent? Vu sous cet angle, nous concluons que les appelants ne jouissent pas de la protection de l'al. 2a) de la *Charte* puisque la liberté de religion d'un parent ne l'autorise pas à imposer à son enfant des pratiques religieuses qui menacent sa sécurité, sa santé ou sa vie.

Tout comme il existe des limites à la liberté d'expression (p. ex., l'al. 2b) ne protège pas les actes violents: *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, aux pp. 753 et 801; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pp. 732 et 830), il y a également des limites à la portée de l'al. 2a), particulièrement lorsqu'on a recours à cette disposition pour préserver une activité qui menace le bien-être physique et psychologique d'autrui. En d'autres termes, bien que la liberté de croyance puisse être vaste, la liberté d'agir suivant ces croyances est beaucoup plus restreinte, et c'est cette liberté qui est en cause en l'espèce. Dans les motifs de principe qu'il a rédigés, dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 337, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) souligne que la «liberté» n'existe pas dans l'absolu:

La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut

224

225

226

contrary to his beliefs or his conscience. [Emphasis added.]

227

In more recent years, members of this Court have recognized the limits of s. 2(a) as a tool to justify parental control over children. For example, in 1989 the Supreme Court affirmed the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328 (affirmed with no discussion of s. 2(a) of the *Charter*, [1989] 1 S.C.R. 1392). At page 355, the Ontario Court of Appeal held that:

The duty imposed by statute to provide necessities of life is applicable to all parents. It is not a lawful excuse for a parent who, knowing that a child is in need of medical assistance, refuses to obtain such assistance because to do so would be contrary to a tenet of their own particular faith. The guarantee of freedom of conscience and religion as enshrined in the Charter has nothing to do with this issue. [Emphasis added.]

228

Furthermore, in the even more recent decision of this Court in *P. (D.) v. S. (C.)*, *supra*, L'Heureux-Dubé J. (writing for the majority on this point) held at p. 182 that:

As the Court has reiterated many times, freedom of religion, like any freedom, is not absolute. It is inherently limited by the rights and freedoms of others. Whereas parents are free to choose and practise the religion of their choice, such activities can and must be restricted when they are against the child's best interests, without thereby infringing the parents' freedom of religion. [Emphasis added.]

229

A similar approach was taken by McLachlin J. in *Young*, *supra*, at p. 122, this decision released concurrently with *P. (D.)*, *supra*:

It is clear that conduct which poses a risk of harm to the child would not be protected. As noted earlier, religious expression and comment of a parent which is found to violate the best interests of a child will often do so because it poses a risk of harm to the child. If so, it is clear that the guarantee of religious freedom can offer no protection.

230

We are also reinforced in our findings by the decisions of lower courts not to view parents' refusal to consent to a blood transfusion for their

être forcé d'agir contrairement à ses croyances et à sa conscience. [Nous soulignons.]

Plus récemment, les membres de notre Cour ont reconnu les limites de l'al. 2a) comme moyen de justifier le contrôle des parents sur leurs enfants. Par exemple, en 1989, la Cour suprême a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328 (confirmé sans analyse de l'al. 2a) de la *Charte*, [1989] 1 R.C.S. 1392). À la page 355, la Cour d'appel de l'Ontario conclut ceci:

[TRADUCTION] L'obligation imposée par la loi de fournir les choses nécessaires à la vie s'applique à tous les parents. Le parent qui sait que son enfant a besoin d'assistance médicale ne saurait affirmer à sa décharge, pour refuser de la lui procurer, que pareille assistance serait contraire à un précepte de sa propre foi. La liberté de conscience et de religion garantie par la Charte n'a rien à voir avec cette question. [Nous soulignons.]

En outre, dans l'arrêt encore plus récent de notre Cour *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, le juge L'Heureux-Dubé (s'exprimant au nom de la majorité sur ce point) conclut, à la p. 182, que:

Comme la Cour l'a réitéré à maintes occasions, la liberté de religion, comme toute liberté, n'est pas absolue. Elle est limitée de façon inhérente par les droits et libertés des autres. Alors que les parents sont libres de choisir et de pratiquer la religion de leur choix, ces activités peuvent et doivent être restreintes lorsqu'elles contreviennent au meilleur intérêt de l'enfant, sans pour autant violer la liberté de religion des parents. [Nous soulignons.]

Le juge McLachlin a adopté une position semblable dans l'arrêt *Young*, précité, à la p. 122, rendu en même temps que l'arrêt *P. (D.)*, précité:

Il est indubitable que la conduite qui comporte pour l'enfant un risque de préjudice ne serait pas protégée. Comme je l'ai souligné précédemment, l'expression et les commentaires à caractère religieux d'un parent qui sont jugés contraires à l'intérêt de l'enfant le seront souvent parce que celui-ci risque d'en subir un préjudice. Si c'est le cas, il est clair que la garantie de liberté de religion ne peut offrir aucune protection.

Nous sommes également renforcés dans nos conclusions par la décision des tribunaux d'instance inférieure d'exclure de la protection de l'al.

children as activity protected by s. 2(a): *Re D.* (1982), 30 R.F.L. (2d) 277 (Alta. Prov. Ct.); *M. (R.E.D.) v. Director of Child Welfare* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 380 (Q.B.) (appeal to Court of Appeal quashed and application to reinstate appeal refused (1988), 88 A.R. 346 (C.A.)), at p. 395; *Re R.K.*, *supra*.

The appellants proceed on the assumption that Sheena is of the same religion as they, and hence cannot submit to a blood transfusion. Yet, Sheena has never expressed any agreement with the Jehovah's Witness faith, nor, for the matter, with any religion, assuming any such agreement would be effective. There is thus an impingement upon Sheena's freedom of conscience which arguably includes the right to live long enough to make one's own reasoned choice about the religion one wishes to follow as well as the right not to hold a religious belief. In fact, denying an infant necessary medical care could preclude that child from exercising any of her constitutional rights, as the child, due to parental beliefs, may not live long enough to make choices about the ideas she should like to express, the religion she should like to profess, or the associations she should like to join. "Freedom of religion" should not encompass activity that so categorically negates the "freedom of conscience" of another. We are fortified in this conclusion by the following passage of Dickson J. in *Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 346:

The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. [Emphasis added.]

In conclusion, we would affirm the decision of the District Court judge that s. 2(a) will not protect conduct that overrides the s. 7 life and security interests of an infant.

2a) le refus des parents de consentir à ce que leurs enfants subissent une transfusion sanguine: *Re D.* (1982), 30 R.F.L. (2d) 277 (C. prov. Alb.); *M. (R.E.D.) c. Director of Child Welfare* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 380 (B.R.) (appel devant la Cour d'appel annulé et demande de rétablissement d'appel refusée (1988), 88 A.R. 346 (C.A.)), à la p. 395; *Re R.K.*, précité.

Les appelants ont agi en tenant pour acquis que Sheena est de la même religion qu'eux et qu'elle ne saurait donc subir une transfusion sanguine. Pourtant, Sheena n'a jamais adhéré à la foi des témoins de Jéhovah ni, quant à cela, à aucune religion, en supposant qu'une telle adhésion serait valable. Il y a donc une atteinte à la liberté de conscience de Sheena, qui, pourrait-on soutenir, comprend le droit de vivre assez longtemps pour faire son propre choix raisonné sur la religion à laquelle elle souhaite adhérer, de même que le droit de n'avoir aucune croyance religieuse. En fait, refuser à un enfant en bas âge des soins médicaux nécessaires pourrait empêcher cette enfant d'exercer ses droits constitutionnels, puisqu'il se peut qu'en raison des croyances de ses parents elle ne vive pas assez longtemps pour faire des choix sur les idées qu'elle aimerait exprimer, la religion qu'elle souhaiterait professer, ou les associations auxquelles elle souhaiterait adhérer. La «liberté de religion» ne devrait pas comprendre une activité qui nie aussi catégoriquement la «liberté de conscience» d'autrui. Le passage suivant des motifs du juge Dickson dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 346, vient renforcer notre conclusion:

Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. [Nous soulignons.]

En conclusion, nous sommes d'avis de confirmer la décision du juge de la Cour de district que l'al. 2a) ne protège pas la conduite qui empiète sur les droits à la vie et à la sécurité de la personne que l'art. 7 garantit à un enfant en bas âge.

3. Balancing Conflicts Between Individual Rights

233

Although many of the competing rights discussed in this appeal could perhaps be integrated into a s. 1 analysis as was done by La Forest J. both in his disposition of the matter at hand as well as in *R. v. Jones*, *supra*, at p. 297, we believe this is inappropriate in the present case. Such an approach elevates choosing to refuse one's child necessary medical care on account of one's personal convictions to the level of constitutionally protected activity. Moreover, this approach obliges s. 1 almost single-handedly to play the role of balancing diverse interests. Although s. 1 may be the appropriate forum for balancing the interests of the state against the rights violation of the aggrieved individual, such a balance is not required in the case at bar. The nexus of the balancing operates between Sheena's right to life and security of the person and her parents' right to freedom of religion. We are not convinced that s. 1 should be the exclusive balancing agent between two individuals' positive and negative liberties. Further, it is noteworthy that many of the *Charter* cases relied upon as supporting a broad definition of the liberty interest clearly involve conflicts between individual rights and state interests, often in the context of the criminal law: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387. This is not the situation in the case at bar. To this end, we do not find that denying the appellants the protection of s. 2(a) or s. 7 unduly truncates the application of the *Charter*.

234

In *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at pp. 320-21, La Forest J. remarked that s. 2(d) of the *Charter*, although encompassing a right of freedom from association, "could certainly not have been intended [to] protect us against the association with others that is a necessary and inevitable part of membership in a democratic community, the existence of which the *Charter* clearly assumes". He thus ascribes an outer boundary to s. 2(d). If s. 2(d) will not encompass the right to dissociate

3. Évaluation des conflits entre des droits individuels

Même s'il était possible d'intégrer bon nombre des droits opposés analysés en l'espèce dans une analyse fondée sur l'article premier, comme l'a fait le juge La Forest en statuant sur la présente affaire de même que dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité, à la p. 297, nous ne croyons pas qu'il convient de le faire en l'espèce. Ce point de vue élève, au rang d'activité protégée par la Constitution, la décision de refuser à un enfant des soins médicaux nécessaires, en raison de convictions personnelles. En outre, il confère presque exclusivement à l'article premier la fonction de soupeser des droits divers. Bien que l'article premier puisse convenir pour évaluer les intérêts de l'État en fonction de la violation des droits de l'individu lésé, cette évaluation n'est pas nécessaire en l'espèce. Le nœud de l'évaluation se situe entre le droit de Sheena à la vie et à la sécurité de sa personne et le droit de ses parents à la liberté de religion. Nous ne sommes pas convaincus que l'article premier devrait être le seul instrument d'évaluation des libertés positives et négatives de deux individus. En outre, il convient de signaler que de nombreuses affaires relatives à la *Charte*, invoquées à l'appui d'une définition générale du droit à la liberté, impliquent manifestement un conflit entre des droits individuels et des intérêts de l'État, souvent dans le contexte du droit criminel: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387. Ce n'est pas le cas en l'espèce. À cette fin, nous ne pouvons conclure que refuser aux appelants la protection de l'al. 2a) ou de l'art. 7 tronque indûment l'application de la *Charte*.

Dans l'arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, aux pp. 320 et 321, le juge La Forest fait remarquer que, bien qu'il protège le droit à la liberté d'association, «on n'a sûrement pas voulu que l'al. 2d) [de la *Charte*] nous protège contre l'association avec autrui qui est une composante nécessaire et inévitable de l'appartenance à une société démocratique, dont il est clair que la *Charte* présuppose l'existence». Il fixe donc une limite à l'al. 2d). Si cet alinéa ne donne pas le droit

from institutions integral to the structure of society, we conclude by analogy that neither s. 2(a) nor the liberty interest of s. 7 permits parents to endanger the lives of their children. Expanding the substantive rights guarantees to cover such activity would, with greatest respect, render them meaningless owing to a lack of definition. Just because it is self-evident that a rights limitation shall be upheld as comporting with fundamental justice or s. 1 does not mean that it is necessary to proceed to this level of analysis.

4. Disposition

We conclude that the impugned provisions of the *Child Welfare Act* do not occasion any rights infringements in the first place. We would otherwise dispose of the appeal and cross-appeal in the manner proposed by La Forest J.

Appeal and cross-appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting on the cross-appeal.

Solicitors for the appellants: W. Glen How & Associates, Halton Hills, Ontario.

Solicitor for the respondent the Children's Aid Society of Metropolitan Toronto: Heather L. Katarynych, Toronto.

Solicitor for the respondent the Official Guardian of Ontario: Debra Paulseth, Toronto.

Solicitors for the respondent the Attorney General for Ontario: Janet E. Minor and Robert E. Charney, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Roslyn J. Levine, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Isabelle Harnois and Monique Rousseau, Ste-Foy, Québec.

de se dissocier d'associations qui font partie intégrante de la structure de la société, nous concluons par analogie que ni l'al. 2a) ni le droit à la liberté garanti par l'art. 7 n'autorisent les parents à mettre en danger la vie de leurs enfants. En toute déférence, étendre les garanties de droits substantiels à une telle activité les dénuerait de tout sens en raison de l'absence de définition. Il n'est pas nécessaire d'effectuer ce genre d'analyse seulement parce qu'il est évident en soi que la restriction d'un droit doit être maintenue si elle est conforme à la justice fondamentale ou à l'article premier.

4. Dispositif

Nous concluons que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act* ne portent atteinte à aucun droit, au départ. Par ailleurs, nous sommes d'avis de trancher le pourvoi principal et le pourvoi incident de la manière proposée par le juge La Forest.

Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente quant au pourvoi incident.

Procureurs des appelants: W. Glen How & Associates, Halton Hills, Ontario.

Procureur de l'intimée la Children's Aid Society of Metropolitan Toronto: Heather L. Katarynych, Toronto.

Procureur de l'intimé le tuteur public de l'Ontario: Debra Paulseth, Toronto.

Procureurs de l'intimé le procureur général de l'Ontario: Janet E. Minor et Robert E. Charney, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Roslyn J. Levine, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Isabelle Harnois et Monique Rousseau, Ste-Foy, Québec.

Verlie Ann Halcrow *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HALCROW

File No.: 23542.

1995: January 27.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Assault — Use of force in disciplining children — Accused convicted of assault causing bodily harm — Charges not laid until 11 years after events — Whether trial judge should have granted stay of proceedings.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 C.C.C. (3d) 320, 24 B.C.A.C. 197, 40 W.A.C. 197, dismissing the accused's appeal from her conviction by Low J. of assault causing bodily harm. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. dissenting.

Alexander P. Watt and Sheldon B. Tate, for the appellant.

Elizabeth Bennett, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ LAMER C.J. — The appeal is dismissed for the reasons of the majority of the Court of Appeal of British Columbia. The Chief Justice, Justices Sopinka and Major, while agreeing with the majority as regards all other grounds of appeal, would have allowed the appeal to the extent of entering a stay of proceedings.

Verlie Ann Halcrow *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HALCROW

N° du greffe: 23542.

1995: 27 janvier.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE

Droit criminel — Voies de fait — Usage de la force pour discipliner des enfants — Accusée déclarée coupable de voies de fait causant des lésions corporelles — Accusations portées seulement 11 ans après les faits — Le juge du procès aurait-il dû accorder un arrêt des procédures.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 C.C.C. (3d) 320, 24 B.C.A.C. 197, 40 W.A.C. 197, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusée contre sa déclaration de culpabilité pour voies de fait causant des lésions corporelles prononcée par le juge Low. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major sont dissidents.

Alexander P. Watt et Sheldon B. Tate, pour l'appelante.

Elizabeth Bennett, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Le pourvoi est rejeté pour les motifs donnés par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité. Le Juge en chef et les juges Sopinka et Major, bien que d'accord avec la majorité quant à tous les autres motifs, auraient accueilli le pourvoi pour ce qui est de l'arrêt des procédures.

Judgment accordingly.

*Solicitors for the appellant: Alexander P. Watt
and Sheldon B. Tate, Kamloops.*

*Solicitor for the respondent: Elizabeth Bennett,
Vancouver.*

Jugement en conséquence.

*Procureurs de l'appelante: Alexander P. Watt et
Sheldon B. Tate, Kamloops.*

*Procureur de l'intimée: Elizabeth Bennett,
Vancouver.*

Cameron Robert Laporte *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LAPORTE

File No.: 24140.

1995: January 27.

Present: Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Charge to jury — Question from jury concerning difference between second degree murder and manslaughter — Trial judge not commenting on provocation in answering question — No miscarriage of justice resulting from trial judge's answer.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1994), 89 C.C.C. (3d) 486, 92 Man. R. (2d) 278, 61 W.A.C. 278, dismissing the accused's appeal from his conviction for second degree murder. Appeal dismissed.

Heather Leonoff, Q.C., for the appellant.

Gregory Lawlor, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ SOPINKA J. — Assuming, without deciding, that the trial judge erred in the answer to the question asked by the jury, no substantial miscarriage of justice was occasioned thereby. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Winnipeg.

Cameron Robert Laporte *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LAPORTE

N° du greffe: 24140.

1995: 27 janvier.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Exposé au jury — Question du jury au sujet de la différence entre le meurtre au deuxième degré et l'homicide involontaire coupable — Omission du juge du procès de faire des commentaires sur la provocation en répondant à la question — Aucune erreur judiciaire ne résultant de la réponse du juge.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1994), 89 C.C.C. (3d) 486, 92 Man. R. (2d) 278, 61 W.A.C. 278, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

Heather Leonoff, c.r., pour l'appelant.

Gregory Lawlor, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — En supposant, sans en décider, que le juge du procès a commis une erreur dans la réponse qu'il a donnée à la question du jury, il n'en est résulté aucune erreur judiciaire grave. Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Lorne Douglas Blenner-Hassett *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

James Preston Piluke *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: *R. v. BLENNER-HASSETT*; *R. v. PILUKE*

File Nos.: 23923, 24070.

1995: January 31.

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

Criminal law — Charge to jury — Mens rea — Serious misdirections with respect to mens rea.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, aff'g (1991), 63 C.C.C. (3d) 214.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (*R. v. Blenner-Hassett*) (1993), 37 B.C.A.C. 15, 60 W.A.C. 15, 86 C.C.C. (3d) 199, 50 M.V.R. (2d) 241, allowing an appeal from acquittal by Owen-Flood J. sitting with jury. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (*R. v. Piluke*) (1993), 37 B.C.A.C. 1, 60 W.A.C. 1, 86 C.C.C. (3d) 1, 50 M.V.R. (2d) 255, allowing an appeal from acquittal by Owen-Flood J. sitting with jury. Appeal dismissed.

D. Mayland McKimm, for the appellants.

Lorne Douglas Blenner-Hassett *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et entre

James Preston Piluke *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: *R. c. BLENNER-HASSETT*; *R. c. PILUKE*

N^{os} du greffe: 23923, 24070.

1995: 31 janvier.

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 criminel — Exposé au jury — Mens rea — Graves directives erronées concernant la mens rea.

Jurisprudence

Arrêt mentionné: *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, conf. (1991), 63 C.C.C. (3d) 214.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (*R. c. Blenner-Hassett*) (1993), 37 B.C.A.C. 15, 60 W.A.C. 15, 86 C.C.C. (3d) 199, 50 M.V.R. (2d) 241, qui a accueilli l'appel de l'acquittal prononcé par le juge Owen-Flood siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (*R. c. Piluke*) (1993), 37 B.C.A.C. 1, 60 W.A.C. 1, 86 C.C.C. (3d) 1, 50 M.V.R. (2d) 255, qui a accueilli l'appel de l'acquittal prononcé par le juge Owen-Flood siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

D. Mayland McKimm, pour les appelants.

Robert A. Mulligan, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ SOPINKA J. — These appeals are as of right. We are satisfied that the instructions to the jury in both cases contained serious misdirections of law with respect to the *mens rea* of dangerous driving. The misdirections constituted an error as to the state of the law as laid down at the time by the Court of Appeal of British Columbia in *R. v. Hundal* (1991), 63 C.C.C. (3d) 214. The question therefore as to whether the Crown can rely on an error of law by reason of this Court's statement of the law in *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, does not arise. The appeals are dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellants: D. Mayland McKimm, Victoria.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Robert A. Mulligan, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Il s'agit en l'espèce de pourvois de plein droit. Nous sommes convaincus que l'exposé au jury dans les deux cas comportaient en droit de graves directives erronées concernant la *mens rea* de la conduite dangereuse. Les directives erronées constituaient un erreur quant à l'état du droit établi à l'époque par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Hundal* (1991), 63 C.C.C. (3d) 214. Par conséquent, la question de savoir si le ministère public peut se fonder sur un erreur de droit en raison de l'exposé du droit formulé par notre Cour dans *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, ne se pose pas. Les pourvois sont rejetés.

Jugement en conséquence.

Procureur des appelants: D. Mayland McKimm, Victoria.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

H.A. Applicant

v.

M.T. Respondent

INDEXED AS: T. (M.) v. A. (H.)

File No.: 24534.

1995: February 6.

Present: Sopinka J.

MOTION FOR A STAY OF EXECUTION

Practice — Supreme Court of Canada — Stay of execution — Contempt of court in family law case — Imprisonment — Interim release — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1.

Cases Cited

Referred to: *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Poje v. Attorney General of British Columbia*, S.C.C., No. 7942, October 16, 1952; *Cotroni v. Commission de police du Québec*, S.C.C., No. 13822, February 18, 1975.

Statutes and Regulations Cited

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 679 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 141].
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 65, 65.1 [ad. 1990, c. 8, s. 40].

MOTION for a stay of execution of a judgment of the Quebec Court of Appeal, J.E. 95-245, affirming a judgment of Zerbisias J., [1992] R.D.F. 386 (*sub nom. Droit de la famille — 1605*), finding the applicant in contempt of court and sentencing him to four months in prison. Motion granted.

Julius H. Grey, for the applicant.

M.T., on her own behalf.

H.A. Requéant

c.

M.T. Intimée

RÉPERTORIÉ: T. (M.) c. A. (H.)

N° du greffe: 24534.

1995: 6 février.

Présent: Le juge Sopinka.

REQUÊTE EN SURSIS D'EXÉCUTION

Pratique — Cour suprême du Canada — Sursis d'exécution — Outrage au tribunal dans une affaire de droit de la famille — Emprisonnement — Mise en liberté provisoire — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Poje c. Attorney General of British Columbia*, C.S.C., n° 7942, 16 octobre 1952; *Cotroni c. Commission de police du Québec*, C.S.C., n° 13822, 18 février 1975.

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 679 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 141].
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65, 65.1 [aj. 1990, ch. 8, art. 40].

REQUÊTE en sursis d'exécution d'un jugement de la Cour d'appel du Québec, J.E. 95-245, qui a confirmé un jugement du juge Zerbisias, [1992] R.D.F. 386 (*sub nom. Droit de la famille — 1605*), qui avait déclaré le requérant coupable d'outrage au tribunal et l'avait condamné à quatre mois d'emprisonnement. Requête accordée.

Julius H. Grey, pour le requérant.

M.T., en personne.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

1 SOPINKA J. — This is an application under s. 65.1 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, for an order of interim release of the applicant who has applied for leave to appeal an order committing him to prison for a period of four months for failure to obey a judgment of the Superior Court of Quebec.

LE JUGE SOPINKA — Il s'agit ici d'une demande d'ordonnance de mise en liberté provisoire faite, en vertu de l'art. 65.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, par le requérant, qui a demandé une autorisation de pourvoi contre une ordonnance le condamnant à quatre mois d'emprisonnement pour refus de se conformer à un jugement de la Cour supérieure du Québec.

2 The applicant was found to have failed to pay a sum of \$25,000 on account of arrears of support payments. Briefly, the history of the proceedings is as follows. On July 31, 1991, Bishop J. rendered judgment against the applicant ordering payment of, *inter alia*, support payments. On May 7, 1992, the applicant was found in contempt by Zerbisias J. of the Superior Court, District of Montreal, [1992] R.D.F. 386 (*sub nom. Droit de la famille — 1605*), and sentenced to four months in prison provided that he was to be released on payment of the sum in arrears. The applicant appealed to the Court of Appeal and, pending appeal, was released on his own recognizance pursuant to the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, apparently on the basis that this was a civil contempt. The Court of Appeal dismissed his appeal and affirmed the judgment of Zerbisias J.: J.E. 95-245.

Le requérant a omis de payer une somme de 25 000 \$ d'arriérés de pension alimentaire. En bref, l'historique des procédures est le suivant. Le 31 juillet 1991, le juge Bishop a rendu un jugement contre le requérant, lui ordonnant de payer, entre autres, une pension alimentaire. Le 7 mai 1992, une décision d'outrage au tribunal a été rendue contre le requérant par le juge Zerbisias de la Cour supérieure du district de Montréal, [1992] R.D.F. 386 (*sub nom. Droit de la famille — 1605*), et il a été condamné à une peine de quatre mois d'emprisonnement prévoyant qu'il serait libéré s'il versait la somme due. Le requérant a interjeté appel à la Cour d'appel et, en attendant l'audition de l'appel, il a été libéré sur son propre engagement en conformité avec le *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, apparemment pour le motif qu'il s'agissait d'un outrage civil. La Cour d'appel a rejeté son appel et confirmé la décision du juge Zerbisias: J.E. 95-245.

3 Pending appeal and for a period of over one year, the applicant did not make any attempt to abscond nor did he pose a threat to the respondent. During the argument the respondent, who appeared in person, raised the question of criminal proceedings which she had brought against the applicant but no material was filed to support this allegation and I was advised that the charge was dismissed. There is nothing in any of the judgments to support the view that the applicant's continued incarceration is justified because he poses a risk to the respondent. In any event, this is in no way the purpose of the applicant's incarceration. In this regard, it is significant that the applicant's imprisonment can be terminated on payment of the sum in arrears.

En attendant l'audition de l'appel et pendant plus d'un an, le requérant n'a pas tenté de s'enfuir et n'a pas constitué une menace pour l'intimée. Au cours des plaidoiries, l'intimée, qui a comparu personnellement, a mentionné la question des procédures criminelles qu'elle avait intentées contre le requérant, mais aucun document n'a été déposé pour confirmer cette affirmation et on me dit que l'accusation a été rejetée. Rien dans les jugements n'appuie l'opinion que l'incarcération du requérant est justifiée parce qu'il constitue une menace pour l'intimée. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas du tout là la raison de son incarcération. À cet égard, il est significatif qu'il puisse être mis fin à l'incarcération du requérant s'il verse les arriérés.

I am satisfied that the criteria for an order under s. 65.1 of the *Supreme Court Act* have been met as recently reaffirmed in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311. There is a serious question raised by the appeal, irreparable harm is manifest and the balance of convenience clearly favours the applicant. There is, however, no specific legislative provision for this Court to grant bail. In criminal cases, orders for interim release on appeal to this Court are dealt with under s. 679 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. This proceeding, however, in origin and character is a civil contempt, and arguably the *Criminal Code* provisions do not apply. Although disobedience of an order issued in a civil proceeding may in certain circumstances constitute a criminal contempt, I doubt that this is such a case. See *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901.

It would appear, therefore, that the only firm basis upon which interim release can be ordered by this Court in the circumstances is under s. 65.1. In this regard, I note that in *Poje v. Attorney General of British Columbia*, S.C.C., No. 7942, October 16, 1952, and *Cotroni v. Commission de police du Québec*, S.C.C., No. 13822, February 18, 1975, this Court has in the past ordered interim release under s. 65 of the *Supreme Court Act*. In my view, in light of the reach of s. 65, as explained in *MacDonald, supra*, there is ample scope under s. 65.1 for this type of order.

Accordingly, the applicant is released until a decision is made on the application for leave to appeal and, if granted, until the appeal is disposed of. In the event that the application for leave to appeal or the appeal is dismissed, the applicant shall surrender to the warden of the prison in which he is presently confined. I am also persuaded by the respondent that as a further condi-

Je suis convaincu qu'il a été satisfait aux critères justifiant une ordonnance aux termes de l'art. 65.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, qui ont été confirmés récemment dans l'arrêt *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311. Le pourvoi soulève une question grave, le préjudice irréparable est manifeste et la prépondérance des inconvénients favorise nettement le requérant. Cependant, il n'y a aucune disposition législative précise en vertu de laquelle notre Cour pourrait accorder une mise en liberté sous caution. Dans les instances criminelles, c'est l'art. 679 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui régit les ordonnances de mise en liberté provisoire qui sont portées en appel devant notre Cour. Toutefois, la procédure qui nous occupe est un outrage civil de par son origine et sa nature et on pourrait soutenir que les dispositions du *Code criminel* ne s'appliquent pas. Bien que la désobéissance à une ordonnance rendue dans des procédures civiles puissent, dans certains cas, constituer un outrage criminel, je doute que tel soit le cas en l'espèce. Voir *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901.

Par conséquent, il semble que le seul fondement sur lequel notre Cour pourrait ordonner une mise en liberté provisoire dans les circonstances est l'art. 65.1. À cet égard, je remarque que dans *Poje c. Attorney General of British Columbia*, C.S.C., n° 7942, 16 octobre 1952, et *Cotroni c. Commission de police du Québec*, C.S.C., n° 13822, 18 février 1975, notre Cour a déjà ordonné des mises en liberté provisoire en vertu de l'art. 65 de la *Loi sur la Cour suprême*. À mon avis, compte tenu de la portée de l'art. 65, telle qu'elle est expliquée dans l'arrêt *MacDonald*, précité, la portée de l'art. 65.1 est suffisamment large pour permettre ce genre d'ordonnance.

En conséquence, le requérant est mis en liberté jusqu'à ce qu'une décision soit rendue quant à la demande d'autorisation de pourvoi et, si elle est accordée, jusqu'à ce que le pourvoi soit tranché. Dans le cas où la demande d'autorisation de pourvoi ou le pourvoi serait rejeté, le requérant devra se rapporté au gardien de la prison où il est actuellement détenu. L'intimée m'a également convaincu

4

5

6

tion of this order, the applicant is not to exercise his right of access to the children of the marriage under the judgment of Bishop J. during the period of interim release. The application for leave is to be expedited. Costs of the application in the appeal.

Judgment accordingly.

Solicitors for the applicant: Grey, Casgrain, Montreal.

de fixer comme condition additionnelle de la présente ordonnance que, pendant la période de sa mise en liberté provisoire, le requérant ne devra pas exercer le droit de visite des enfants du mariage que lui accordait la décision du juge Bishop. La demande d'autorisation de pourvoi devra être accélérée. Dépens de la demande à suivre.

Jugement en conséquence.

Procureurs du requérant: Grey, Casgrain, Montréal.

Deborah Simpson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SIMPSON

File No.: 24099.

1995: February 3.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention or imprisonment — Remedy — Police failing to bring accused before justice within time prescribed — Trial judge entering stay of proceedings — No reason for interfering with trial judge's exercise of discretion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 24(1).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 110, 365 A.P.R. 110, 88 C.C.C. (3d) 377, 29 C.R. (4th) 274, allowing the Crown's appeal from a stay of proceedings entered by Kennedy Prov. Ct. J. Appeal allowed and stay restored.

Derek J. Hogan, for the appellant.*Wayne Gorman*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — With respect, we are all of the view that there was no reason for interfering with the exercise of discretion by the trial judge. The appeal is therefore allowed and the stay entered by the trial judge is restored.

Deborah Simpson *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SIMPSON

N° du greffe: 24099.

1995: 3 février.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Déten-tion ou emprisonnement arbitraires — Réparation — Omission de la police de faire comparaître l'accusé en justice dans le délai prescrit — Arrêt des procédures ordonné par le juge du procès — Aucun motif de s'ingé-ner dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 24(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 110, 365 A.P.R. 110, 88 C.C.C. (3d) 377, 29 C.R. (4th) 274, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'arrêt des procédures ordonné par le juge Kennedy de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli et arrêt des procédures rétabli.

Derek J. Hogan, pour l'appelante.*Wayne Gorman*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — En toute déférence, nous sommes tous d'avis qu'il n'y avait aucun motif de s'ingérer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Le pourvoi est donc accueilli et l'arrêt des procédures inscrit par le juge du procès est rétabli.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

*Solicitor for the appellant: Derek J. Hogan,
St. John's.*

*Procureur de l'appelante: Derek J. Hogan,
St. John's.*

*Solicitor for the respondent: Wayne Gorman,
St. John's.*

*Procureur de l'intimée: Wayne Gorman,
St. John's.*

MAIL  **POSTE**

Canada Post Corporation / Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Lettermail

Poste-lettre

8801320
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 4, 1995 Vol. 1

4^e cahier, 1995 Vol. 1

Cited as [1995] 1 S.C.R. 451-632

Renvoi [1995] 1 R.C.S. 451-632

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
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

R. v. S. (R.J.)..... 451

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to silence — Whether accused separately charged with offence compellable as witness in criminal trial of another accused charged with same offence — Whether compellability in such circumstances violates principles of fundamental justice — Whether s. 5 of Canada Evidence Act constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(c), 13, 24(2) — Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.

Criminal law — Powers of courts of appeal — New trial order — Accused charged with break, enter, and theft — Defence counsel arguing that Crown had not proved continuity with respect to stolen property — Crown requesting trial judge to dismiss charge on basis that it had not been proved beyond reasonable doubt — Whether appropriate for Court of Appeal to

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
GISELE 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

R. c. S. (R.J.)..... 451

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence — Une personne accusée séparément d'une infraction est-elle un témoin contraignable au procès criminel d'une autre personne accusée de la même infraction? — La contraignabilité en pareilles circonstances viole-t-elle les principes de justice fondamentale? — L'article 5 de la Loi sur la preuve au Canada est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(c), 13, 24(2) — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.

Droit criminel — Pouvoirs des cours d'appel — Ordonnance de nouveau procès — Accusé inculpé d'introduction par effraction et de vol — Avocat de la défense soutenant que le ministère public n'a pas établi la continuité de la preuve relativement aux biens volés — Ministère public demandant au juge

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

order new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(4)(b)(i).

Criminal law — Appeals — Grounds of appeal — Witness compellability — Whether proper for accused to raise as ground of appeal right to silence or testimonial privilege personal to witness.

SOMMAIRE (Fin)

du procès de rejeter l'accusation au motif qu'elle n'a pas été prouvée hors de tout doute raisonnable — Convenait-il que la Cour d'appel ordonne un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(4)(b)(i).

Droit criminel — Appels — Moyens d'appel — Contraignabilité du témoin — L'accusé pouvait-il soulever comme moyen d'appel le droit de garder le silence ou privilège du témoin qui est propre à ce dernier?

R.J.S. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan and the Attorney General for Alberta Interveners

INDEXED AS: R. v. S. (R.J.)

File No.: 23581.

1994: February 28 and March 1; 1995: February 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 ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to silence — Whether accused separately charged with offence compellable as witness in criminal trial of another accused charged with same offence — Whether compellability in such circumstances violates principles of fundamental justice — Whether s. 5 of Canada Evidence Act constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(c), 13, 24(2) — Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.

Criminal law — Powers of courts of appeal — New trial order — Accused charged with break, enter, and theft — Defence counsel arguing that Crown had not proved continuity with respect to stolen property — Crown requesting trial judge to dismiss charge on basis that it had not been proved beyond reasonable doubt — Whether appropriate for Court of Appeal to order new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(4)(b)(i).

Criminal law — Appeals — Grounds of appeal — Witness compellability — Whether proper for accused to

R.J.S. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan et le procureur général de l'Alberta Intervenants

RÉPERTORIÉ: R. c. S. (R.J.)

N° du greffe: 23581.

1994: 28 février et 1^{er} mars; 1995: 2 février.

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 — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence — Une personne accusée séparément d'une infraction est-elle un témoin contraignable au procès criminel d'une autre personne accusée de la même infraction? — La contraignabilité en pareilles circonstances viole-t-elle les principes de justice fondamentale? — L'article 5 de la Loi sur la preuve au Canada est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11c), 13, 24(2) — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.

Droit criminel — Pouvoirs des cours d'appel — Ordonnance de nouveau procès — Accusé inculpé d'introduction par effraction et de vol — Avocat de la défense soutenant que le ministère public n'a pas établi la continuité de la preuve relativement aux biens volés — Ministère public demandant au juge du procès de rejeter l'accusation au motif qu'elle n'a pas été prouvée hors de tout doute raisonnable — Convenait-il que la Cour d'appel ordonne un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(4)(b)(i).

Droit criminel — Appels — Moyens d'appel — Contraignabilité du témoin — L'accusé pouvait-il soulever

raise as ground of appeal right to silence or testimonial privilege personal to witness.

S was charged with break, enter, and theft. M was separately charged with the same offence. The charges against the two young offenders were laid separately because of an administrative procedure applicable at the youth court. The Crown subpoenaed M as its main witness at S's trial but, following an application by M's counsel, the trial judge quashed the subpoena on the ground that to compel M's testimony would violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge found that, in the circumstances, M had an absolute right to silence which made him non-compellable. The Crown proceeded with the trial against S and called the owner of the stolen property and the investigating officer who had received the property from S and placed it in the charge of the property officer. The Crown did not call the property officer and, at the close of the Crown's case, defence counsel argued that failure to call the property officer constituted a break in the continuity of the evidence. In response, the Crown asked the trial judge to dismiss the charges against S on the basis that the charges had not been proven beyond a reasonable doubt. The trial judge dismissed the charges and, subsequently, the charges against M were stayed. The Crown appealed the acquittal on the ground that the trial judge erred in quashing M's subpoena. The Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

Per La Forest, Cory, Iacobucci and Major JJ.: There is in Canada a principle against self-incrimination which is part of fundamental justice. The policy justification for the principle, at common law and in the *Charter*, rests upon the idea that the Crown must establish a "case to meet". The principle, however, is not absolute and may reflect different rules in different contexts. It also has the capacity to introduce new rules to benefit the overall system.

On the facts of this case, M was properly compellable at S's trial and the trial judge erred in quashing the subpoena. While a statutory compulsion to testify engages the liberty interest of s. 7, M's liberty interest is affected in accordance with the principles of fundamental justice. Fundamental justice is satisfied because neither M's testimony, nor a limited class of evidence derived from his testimony, can later be used to incriminate him in other

comme moyen d'appel le droit de garder le silence ou privilège du témoin qui est propre à ce dernier?

S a été accusé d'introduction par effraction et de vol. M a été accusé séparément de la même infraction. Les deux jeunes contrevenants ont été accusés séparément à cause d'une procédure administrative applicable devant le tribunal pour adolescents. Le ministère public a assigné M comme principal témoin à charge au procès de S, mais sur requête de l'avocat de M, le juge du procès a annulé le subpoena au motif qu'il serait contraire à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* de contraindre M à témoigner. Le juge du procès a conclu que, dans les circonstances, M avait un droit absolu de garder le silence et qu'il ne pouvait être contraint à témoigner. Le ministère public a engagé le procès contre S et il a assigné le propriétaire des biens volés et l'enquêteur qui avait reçu les biens de S et les avait confiés à un agent responsable des biens. Le ministère public n'a pas assigné cet agent et à la fin de la preuve à charge, l'avocat de la défense a soutenu que cette omission constituait une rupture dans la continuité de la preuve. En réplique, le ministère public a demandé au juge du procès de rejeter les accusations contre S au motif qu'elles n'avaient pas été établies hors de tout doute raisonnable. Le juge du procès a rejeté les accusations et, par la suite, les accusations portées contre M ont été suspendues. Le ministère public a fait appel de l'acquittement pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur en annulant l'assignation de M. La Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, Cory, Iacobucci et Major: Il existe au Canada un principe interdisant l'auto-incrimination qui fait partie des principes de justice fondamentale. Sa justification de principe, en common law et dans la *Charte*, repose sur l'idée que le ministère public doit établir une «preuve complète». Toutefois, ce principe n'est pas absolu et peut refléter des règles différentes dans des contextes différents. Ce principe peut donner lieu à l'établissement de nouvelles règles qui profiteront à l'ensemble du système.

D'après les faits en l'espèce, c'est à juste titre que le témoin M pouvait être contraint à témoigner au procès de S, et le juge du procès a commis une erreur en annulant le subpoena. Bien qu'une contrainte à témoigner, prévue par la loi, fasse intervenir le droit à la liberté que garantit l'art. 7, l'atteinte au droit de M à la liberté est conforme aux principes de justice fondamentale. La justice fondamentale est respectée parce que ni le témoi-

proceedings (save for proceedings in respect of perjury or for the giving of contradictory evidence).

The similarity between the structure of ss. 11(c) and 13 of the *Charter*, and the statutory approach apparent in s. 5 of the *Canada Evidence Act*, demonstrate an obvious attempt to enact in constitutional form the same structural protection against self-incrimination for witnesses which existed historically. The protection envisioned involves a general rule of witness compellability, coupled with an evidentiary immunity. Although care must be taken to guard against defining the principles of fundamental justice in overreliance upon a legislative position, even a position of long standing, to contend that s. 7 of the *Charter* demands a testimonial privilege for all witnesses is to suggest that the framers of our Constitution misunderstood the nature of s. 5 of the *Canada Evidence Act* and forgot to include a provision in the *Charter* comparable to the Fifth Amendment of the American Constitution. Such a proposition is unacceptable.

Further, for s. 7 purposes, there is no need for an exemption to the general compellability rule which is based upon the status of the person whose evidence is sought to be compelled. The possibility that a proceeding not instituted for the purpose of obtaining self-convictive evidence will nonetheless have that effect is a problem which confronts every witness who is compellable and who must answer questions pursuant to s. 5 of the *Canada Evidence Act*. The *Charter* protections against self-incrimination should not vary with individual status. The *Charter's* structure, however, cannot be invoked to condone all types of inquisition and one must focus on the purpose, or character, of proceedings at which testimony is sought to be compelled as a way to confine the reach of a general compellability rule. An objection must be lodged against proceedings which are justified by a self-incriminatory purpose. Here, although S's trial might be considered an inquiry in relation to M as witness, the inquiry is of the sort permitted by our law. The search for truth in a criminal trial against a named accused has an obvious social utility, and the truth-seeking goal operates to limit effectively the scope of the proceedings in terms of the "inquiry effect". The

gnage de M, ni une catégorie limitée d'éléments de preuve dérivés de ce témoignage ne peuvent être utilisés ultérieurement pour l'incriminer dans d'autres procédures (sauf dans des poursuites pour parjure ou pour témoignage contradictoire).

La similitude entre l'économie de l'al. 11c) et de l'art. 13 de la *Charte* et la méthode que le législateur semble avoir adoptée à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* montre que l'on a de toute évidence tenté d'y constitutionnaliser la même protection structurelle contre l'auto-incrimination dont les témoins bénéficiaient historiquement. La protection envisagée comporte une règle générale de contraignabilité des témoins, assortie d'une immunité relative à la preuve. Il faut veiller à ne pas nous fonder excessivement sur une position législative, même ancienne, pour définir les principes de justice fondamentale. Cependant, soutenir que l'art. 7 de la *Charte* exige que tous les témoins bénéficient du privilège du témoin revient à dire que les rédacteurs de notre Constitution ont mal saisi la nature de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et qu'ils ont oublié d'inclure dans la *Charte* une disposition comparable au Cinquième amendement de la Constitution américaine. Une telle proposition est inacceptable.

Par ailleurs, pour les fins de l'art. 7, il n'est pas nécessaire d'établir une exception à la règle de la contraignabilité générale fondée sur la situation de la personne que l'on veut contraindre à témoigner. La possibilité qu'une procédure qui n'est pas engagée dans le but d'obtenir des éléments de preuve en mobilisant une personne contre elle-même pourra néanmoins avoir cet effet, est précisément le problème auquel est exposé tout témoin qui est contraignable et tenu de répondre à des questions en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Les garanties offertes par la *Charte* contre l'auto-incrimination ne devraient pas varier selon la situation de la personne concernée. L'économie de la *Charte* ne peut toutefois être invoquée pour tolérer tous les types d'inquisition et l'on doit, pour restreindre la portée d'une règle générale de contraignabilité, se concentrer sur l'objet ou la nature des procédures au cours desquelles on cherche à contraindre une personne à témoigner. Il faut s'opposer à une procédure justifiée par une fin incriminante. En l'espèce, même si le procès de S pouvait être considéré comme une enquête par rapport à M, en tant que témoin, cette enquête est du genre autorisé par notre droit. La recherche de la vérité dans un procès criminel contre un inculpé nommé a une utilité sociale évidente, et l'objectif de recherche de la vérité a pour effet de restreindre efficacement la portée des procédures quant à «l'effet de l'enquête». Les règles de la

laws of relevancy would preclude the random examination of individuals within a criminal trial.

While in *Hebert* the recognition of a residual role for s. 7 gave effect to the *Charter* as a coherent system, to use s. 7 as the repository for an absolute right to silence or for the common law witness privilege would do violence to that system since it would become difficult to account for the existence of s. 13 of the *Charter*.

Section 13, however, does not exclusively define the scope of the available evidentiary immunity. The principle against self-incrimination also finds recognition under s. 24(2) of the *Charter* and a review of the principles developed under that section discloses a need for a partial derivative use immunity under s. 7 of the *Charter*. Derivative evidence which could not have been obtained, or the significance of which could not have been appreciated, but for the testimony of a witness ought generally to be excluded under s. 7 in the interests of trial fairness. Such evidence, although not created by the accused and thus not self-incriminatory by definition, is self-incriminatory nonetheless because the evidence could not otherwise have become part of the Crown's case. To this extent, the witness must be protected against assisting the Crown in creating a case to meet.

The test for exclusion of derivative evidence involves the question whether the evidence could have been obtained but for the witness's testimony and requires an inquiry into logical probabilities, not mere possibilities. The important consideration is whether the evidence, practically speaking, could have been located. Logic must be applied to the facts of each case, not to the mere fact of independent existence. There should be no automatic rule of exclusion in respect of any derivative evidence. Its exclusion ought to be governed by the trial judge's discretion. The exercise of the trial judge's discretion will depend upon the probative effect of the evidence balanced against the prejudice caused to the accused by its admission. The burden is on the accused to demonstrate that the proposed evidence is derivative evidence deserving of a limited immunity protection.

In the context of S's criminal trial, M's testimony is therefore compellable under the general rule applicable to all witnesses, and the principle against self-incrimination is satisfied if M receives the simple use immunity provided by s. 13 of the *Charter*, together with a residual derivative use immunity in respect of evidence which could not have been obtained but for his com-

pertinence empêcheraient l'interrogatoire au hasard de personnes dans le cadre d'un procès criminel.

Même si l'arrêt *Hebert*, en reconnaissant à l'art. 7 un rôle résiduel, a mis à exécution la *Charte* en tant que système cohérent, utiliser l'art. 7 comme garantie d'un droit absolu de garder le silence ou du privilège du témoin reconnu en common law, irait à l'encontre de ce système puisqu'il deviendrait difficile de justifier l'existence de l'art. 13 de la *Charte*.

L'article 13 n'est cependant pas le seul à définir l'étendue de l'immunité relative à la preuve qui peut être invoquée. Le principe interdisant l'auto-incrimination est également reconnu au par. 24(2) de la *Charte* et un examen des principes élaborés en vertu de cette disposition révèle la nécessité de l'attribution, fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, d'une immunité partielle contre l'utilisation de la preuve dérivée. La preuve dérivée qui n'aurait pas pu être obtenue, ou dont on n'aurait pas pu apprécier l'importance, n'eût été le témoignage d'une personne, devrait généralement être écartée en vertu de l'art. 7 de la *Charte* afin de préserver l'équité du procès. Cette preuve, même si elle n'est pas créée par l'accusé et n'est donc pas auto-incriminante par définition, est néanmoins auto-incriminante du fait qu'autrement elle n'aurait pas pu faire partie de la preuve à charge. Dans cette mesure, il faut protéger le témoin de l'obligation d'aider le ministère public à créer une preuve à charge.

Le critère d'exclusion d'une preuve dérivée dépend de la question de savoir si la preuve aurait pu être obtenue sans le témoignage en question et nécessite un examen des probabilités logiques, et non des simples possibilités. Ce qui importe c'est de savoir si, en pratique, les éléments de preuve auraient pu être découverts. Il faut appliquer la logique aux faits de chaque affaire, et non au simple fait qu'ils ont une existence indépendante. Il ne devrait pas y avoir de règle automatique d'exclusion d'une preuve dérivée. L'exclusion devrait relever du pouvoir discrétionnaire du juge. L'exercice de ce pouvoir sera fonction de la valeur probante de la preuve par rapport au préjudice causé à l'accusé par suite de son acceptation. Il incombe à l'accusé d'établir que la preuve proposée est une preuve dérivée à laquelle devrait s'appliquer l'immunité restreinte.

Dans le contexte du procès criminel de S, M était contraignable en vertu de la règle générale applicable à tous les témoins, et le principe interdisant l'auto-incrimination est respecté si on accorde à M l'immunité contre l'utilisation de la preuve visée à l'art. 13 de la *Charte*, ainsi qu'une immunité résiduelle contre l'utilisation de la preuve dérivée relativement à la preuve qui

pelled testimony. This residual immunity will be given recognition by the trial judge through the exercise of a discretion, but exclusion will be the likely result because the self-incrimination principle demands the preservation of trial fairness.

Section 5 of the *Canada Evidence Act* does not infringe s. 7 of the *Charter*. Section 5(1) of the Act abolishes the common law privilege against self-incrimination, with the result that a compellable witness must answer questions posed, and s. 5(2) offers such a witness protection in the form of an immunity. Neither subsection purports to make evidence of any kind necessarily admissible at a subsequent proceeding. Thus, nothing in s. 5 offends the requirement for a partial derivative use immunity under s. 7.

This Court had jurisdiction to consider this appeal since S could properly raise a question of law based upon M's compellability as a witness. The question associated with M's rights and privileges was initially raised by the Crown in the Court of Appeal, and it would ill comport with our system of law to suppose that S had no right to respond. An appeal to this Court is simply an extension of S's response.

The Court of Appeal did not err in ordering a new trial pursuant to s. 686(4)(b)(i) of the *Criminal Code*. The Crown did not concede the continuity problem and only made a general concession to the effect that its case did not meet the criminal standard of proof. Irrespective of the Crown's effort to link S to the offence by focusing on his alleged possession of certain property, the Crown had also planned to link him to the offence by offering M's eyewitness evidence. The Court of Appeal was correct to order a new trial in these circumstances, since it cannot be said that the verdict would necessarily have been the same if M had testified.

Per Lamer C.J.: Iacobucci J.'s comments concerning the status of the principle against self-incrimination as a principle of fundamental justice were agreed with and his conclusions regarding the availability of derivative evidence immunity as a means of realizing this principle were generally agreed with. In certain circumstances, however, s. 7 of the *Charter* will provide additional protection beyond evidentiary immunity in order to safe-

n'aurait pu être obtenue sans son témoignage forcé. Le juge du procès reconnaîtra cette immunité résiduelle par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, mais il y aura probablement exclusion, du fait que le principe interdisant l'auto-incrimination exige la préservation de l'équité du procès.

L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne porte pas atteinte à l'art. 7 de la *Charte*. Le paragraphe 5(1) de la Loi abolit le privilège de common law de ne pas s'incriminer et il s'ensuit qu'un témoin contraignable doit répondre aux questions qui lui sont posées. Le paragraphe 5(2) offre à ce témoin une protection sous forme d'immunité. Ni l'un ni l'autre de ces paragraphes n'est censé rendre des éléments de preuve recueillis nécessairement admissibles à des procédures ultérieures. En conséquence, l'art. 5 ne va aucunement à l'encontre de la nécessité d'une immunité partielle, fondée sur l'art. 7, contre l'utilisation de la preuve dérivée.

Notre Cour avait compétence pour entendre le présent pourvoi puisque S pouvait légitimement soulever une question de droit fondée sur la contraignabilité de M comme témoin. Le ministère public a soulevé la question de droit associée aux droits et privilèges de M en Cour d'appel, et il serait contraire à notre système juridique de supposer que S n'avait pas le droit de répondre. Le pourvoi devant notre Cour n'est qu'une simple extension de la réponse de S.

La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en ordonnant un nouveau procès, conformément au sous-al. 686(4)(b)(i) du *Code criminel*. Le ministère public n'a pas reconnu l'existence d'un problème de continuité de la preuve et a seulement admis de façon générale que sa preuve ne satisfaisait pas à la norme de preuve en matière criminelle. Indépendamment des efforts du ministère public pour relier S à l'infraction en mettant l'accent sur la possession alléguée de certains biens, le ministère public projetait également de le relier à l'infraction au moyen de la déposition du témoin oculaire M. Dans ces circonstances, la Cour d'appel a eu raison d'ordonner un nouveau procès puisque l'on ne peut affirmer que le verdict aurait nécessairement été le même si M avait témoigné.

Le juge en chef Lamer: Les remarques du juge Iacobucci concernant le statut du principe interdisant l'auto-incrimination comme principe de justice fondamentale sont acceptées et ses conclusions quant à la possibilité de recourir à l'immunité relative à la preuve dérivée comme moyen de mettre en œuvre ce principe sont acceptées de façon générale. Cependant, dans certaines circonstances, l'art. 7 de la *Charte* offrira une

guard adequately the right of individuals not to be compelled to incriminate themselves and will mandate exceptions to the general rule that the state is entitled to every person's evidence. The right of an accused not to be forced into assisting in his own prosecution is perhaps the most important principle in criminal law and the principles of fundamental justice require that courts retain the discretion to exempt witnesses from being compelled to testify, in appropriate circumstances. The person claiming the exemption has the burden of satisfying the judge that in all the circumstances the prejudice to his interests overbears the necessity of obtaining the evidence. The factors suggested by Sopinka J. will ordinarily need to be considered by the judge exercising this discretion. Here, the trial judge erred in quashing the subpoena against M on the basis of an absolute right to silence.

Iacobucci J.'s conclusions on the other issues arising in this case were agreed with.

Per Sopinka and McLachlin JJ.: The question in this case is whether, under the principles of fundamental justice, a co-accused can be compelled as a witness. This question can be resolved in each case by balancing the principle that the state is entitled to every person's evidence and the principle that an accused is entitled to remain silent. This, generally, is the approach which accords with the common law and therefore, if carried into s. 7 of the *Charter*, is the relevant principle of fundamental justice. If not included in s. 7, it remains a principle of the common law.

It would be consistent with the development of the common law and the principles of fundamental justice to allow the court to make an exception to the general right of the state to every person's evidence when the right of the accused to remain silent is seen to outweigh the necessity of having that evidence. This exception would recognize the anomaly of the systematic compulsion of persons accused of crime to testify in other proceedings while, at the same time, they are entitled to remain silent if interrogated by the police before their trial and are granted absolute immunity from testifying during their trial. The absence of such an exception would undermine these rights if not rendering them illusory. This approach accepts the basic tenets of the applicable common law principles but with a flexible, principled approach to the exceptions to a common law rule.

protection supplémentaire au-delà de l'immunité relative à la preuve de façon à sauvegarder le droit des individus de ne pas être contraints à s'incriminer, et il exigera des exceptions à la règle générale suivant laquelle l'État a droit au témoignage de chacun. Le principe directeur qui est sans doute le plus important en droit criminel est le droit de l'accusé de ne pas être contraint de prêter son concours aux poursuites intentées contre lui et les principes de justice fondamentale exigent que les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire d'exempter une personne de l'obligation de témoigner, dans des circonstances appropriées. La personne qui réclame l'exemption a le fardeau de convaincre le juge que, dans toutes les circonstances, l'atteinte à ses droits l'emporte sur la nécessité d'obtenir le témoignage. Les facteurs énumérés par le juge Sopinka devront ordinairement être examinés par le juge qui exerce ce pouvoir discrétionnaire. En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en annulant le subpoena délivré contre M sur le fondement que ce dernier possédait un droit absolu de garder le silence.

Les conclusions du juge Iacobucci sur les autres questions soulevées en l'espèce sont acceptées.

Les juges Sopinka et McLachlin: La question en l'espèce est de déterminer si, en vertu des principes de justice fondamentale, le coaccusé peut être contraint à témoigner. On peut résoudre cette question dans chaque cas en soupesant le principe selon lequel l'État a droit au témoignage de toute personne en fonction du principe selon lequel l'accusé a le droit de garder le silence. C'est généralement le point de vue qui est compatible avec la common law et qui est donc le principe pertinent de justice fondamentale, si on le transpose à l'art. 7 de la *Charte*. Hors du cadre de l'art. 7, il demeure un principe de common law.

Il serait compatible avec l'évolution de la common law et des principes de justice fondamentale de permettre au tribunal d'établir une exception au droit général de l'État au témoignage de toute personne, dans les cas où l'on considère que le droit de l'accusé de garder le silence l'emporte sur la nécessité d'obtenir ce témoignage. Cette exception reconnaîtrait qu'il serait anormal de contraindre systématiquement les personnes accusées d'un crime à témoigner dans d'autres procédures, alors que celles-ci auraient, en même temps, le droit de garder le silence si elles étaient interrogées par la police avant leur procès et bénéficieraient d'un droit absolu de ne pas témoigner au cours de leur procès. L'absence d'une telle exception minerait ces droits et pourrait même les rendre illusoire. Cette méthode accepte les préceptes fondamentaux des principes de common law applicables,

Further, this approach does not affect the operation of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, which deals with the right of a witness who is already on the stand. It is also more conducive to the efficient conduct of trials.

In some cases, the unfairness of compelling a witness to testify will not appear until after that witness has given evidence. In such circumstances, the person so compelled should not be precluded from seeking a remedy at the trial stage in proceedings against that person.

A person charged may thus have a right to an exception from the principle that the state is entitled to every person's evidence. The person claiming the exception must assert the right before his testimony is taken and has the burden of satisfying the judge that in all the circumstances the prejudice to his interests overbears the necessity of obtaining the evidence. A person who is for all intents and purposes an accused but has not been formally charged may in some circumstances also claim the exception. In balancing the accused's interest in remaining silent against the Crown's interest in obtaining evidence, the following non-exhaustive factors should be considered in arriving at a decision with respect to compellability: (1) the relative importance of the evidence to the prosecution in respect of which the accused is compelled; (2) whether the evidence can be obtained in some other manner; (3) whether the trial or other disposition of the charge against the accused whose evidence is sought to be compelled could reasonably be held before he is called to testify; (4) the relationship between the proposed questions to the accused witness and the issues in his trial; (5) whether the evidence of the accused witness is likely to disclose defences or other matters which will assist the Crown notwithstanding the application of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*; and (6) any other prejudice to the accused witness, including the effect of publication of his evidence. Failure to raise the issue of compellability at the appropriate time, or an adverse ruling in that regard, will in some circumstances not preclude the matter being renewed in subsequent proceedings. Here, the trial judge erred in quashing the subpoena against M on the basis of the application of an absolute right to remain silent which made him non-compellable. Since

mais assortis d'une approche souple, et fondée sur des principes, des exceptions à une règle de common law. Par ailleurs, cette méthode ne modifie pas l'application de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui porte sur le droit d'un témoin qui est déjà à la barre. Cette méthode favorise également davantage le bon déroulement des procès.

Dans certains cas, le caractère inéquitable de la contrainte du témoin n'apparaîtra qu'après la déposition de ce témoin. Dans de telles circonstances, la personne ainsi contrainte ne devrait pas être empêchée de demander réparation à l'étape du procès dans les poursuites engagées contre elle.

Une personne accusée peut donc avoir le droit de profiter d'une exception au principe selon lequel l'État a droit au témoignage de toute personne. La personne qui invoque l'exception doit faire valoir ce droit avant de témoigner et a le fardeau de convaincre le juge que, dans toutes les circonstances, l'atteinte à ses droits l'emporte sur la nécessité d'obtenir le témoignage. Une personne qui est à toutes fins pratiques un accusé, mais qui n'a pas encore été officiellement accusée, peut dans certaines circonstances, invoquer cette exception. Lorsque l'on soupèse le droit d'un accusé de garder le silence en fonction de celui du ministère public d'obtenir les éléments de preuve, pour en arriver à une décision sur la contraignabilité, on devrait tenir compte des facteurs suivants dont l'énumération n'est pas exhaustive: (1) l'importance relative du témoignage dans les poursuites au cours desquelles l'accusé est contraint de témoigner; (2) la question de savoir si les éléments de preuve peuvent être obtenus d'une autre façon; (3) la question de savoir si le procès ou toute décision relative à l'accusation portée contre la personne accusée, que l'on veut contraindre à témoigner, pourrait raisonnablement avoir lieu avant que cette personne ne soit assignée à témoigner; (4) le rapport entre les questions que l'on compte poser au témoin accusé et les questions en litige dans le procès intenté contre lui; (5) la question de savoir si le témoin accusé risque de divulguer ses moyens de défense ou d'autres renseignements qui aideront le ministère public, nonobstant l'application du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*; et (6) tout autre préjudice pour le témoin accusé, y compris l'effet de la publication de son témoignage. Le défaut de soulever la question de la contraignabilité au moment approprié, ou une décision défavorable à ce sujet, n'empêchera pas que, dans certaines circonstances, la question soit renouvelée dans des procédures ultérieures. En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en annulant le subpoena délivré contre M pour le motif que celui-ci avait un droit absolu de garder le silence, qui le rendait non

the charge against M has been stayed, however, the issue of his compellability will not arise at S's new trial.

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Common law protections against self-incrimination focus specifically on situations in which the state seeks to rely on compelled communications — words or actions that may be communicative in character — as a means of proving the accused's guilt. The principle is not so broad as to contemplate all self-incriminatory effects. Such a broad vision of the principle against self-incrimination would be inconsistent with many state actions, such as compulsion to submit to a breath sample, fingerprinting, participation in identification line-ups, or compulsion to produce documents, all of which implicate the individual in his own prosecution. There is also no rule at common law that prohibits use by the state of derivative evidence *per se*. The derivative use immunity approach is an American invention required to deal with the unique language of their Fifth Amendment. Many of the concerns at common law said to be countenanced by the principle against self-incrimination actually relate even more fundamentally to general considerations of fairness, human decency and the integrity of the judicial system. The doctrine of abuse of process has developed as a means to address these concerns directly. The occasional exception to compellability has been recognized to address these concerns indirectly. If exceptions are to be made to the general rule of compellability, then they should develop along the lines of these underlying principles of fairness rather than out of an imprecise extension of the common law principle against self-incrimination.

In the *Charter*, ss. 10(b), 11(c) and 11(d) are evidence that there exists a residual principle against self-incrimination under s. 7. This protection manifests itself in the form of the "right to silence". A careful examination of ss. 13, 24 and 7 of the *Charter*, however, reveals that the *Charter* has not created a broader fundamental principle against self-incrimination than that which existed previously at common law.

The historical context in which s. 13 of the *Charter* was introduced suggests strongly that Parliament did not intend to enhance significantly the protections against self-incrimination available under s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. Had the *Charter's* drafters intended to depart from the Canadian *status quo* towards the Ameri-

contraignable. Cependant, puisque l'accusation contre M a été suspendue, la question de la contraignabilité de M ne se posera pas au nouveau procès de S.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier: Les protections de common law contre l'auto-incrimination sont spécifiquement axées sur des situations où l'État cherche à utiliser des communications forcées — c'est-à-dire des paroles ou actes de nature communicatrice — comme moyen de prouver la culpabilité de l'accusé. Le principe n'est pas assez large pour englober tous les effets auto-incriminants. Une interprétation aussi large du principe interdisant l'auto-incrimination serait incompatible avec de nombreuses mesures d'État, telles la possibilité de contraindre une personne à fournir un échantillon d'haleine, la prise d'empreintes digitales, la participation à une séance d'identification ou la production de documents, qui nécessitent toutes la participation de la personne aux poursuites dont elle fait l'objet. De plus, aucune règle de common law n'interdit à l'État d'utiliser des éléments de preuve dérivés. L'immunité contre la preuve dérivée a été inventée aux États-Unis dans le but de résoudre le problème unique posé par le Cinquième amendement. Un grand nombre des préoccupations auxquelles répond la common law par le principe interdisant l'auto-incrimination se rapportent de façon encore plus fondamentale aux considérations générales d'équité, de décence humaine et d'intégrité du système judiciaire. La doctrine de l'abus des procédures a été élaborée pour fournir un moyen de répondre directement à ces préoccupations. Les exceptions occasionnelles à la contraignabilité ont été reconnues comme permettant de répondre indirectement à ces préoccupations. S'il faut faire des exceptions à la règle générale de la contraignabilité, ces exceptions devraient être élaborées en fonction de ces principes sous-jacents d'équité au lieu de procéder d'un élargissement imprécis du principe de common law interdisant l'auto-incrimination.

Dans la *Charte*, les al. 10b), 11c) et 11d) démontrent qu'il existe, en vertu de l'art. 7, un principe résiduel interdisant l'auto-incrimination. Cette protection résiduelle se manifeste dans le «droit de garder le silence». Un examen minutieux des art. 13, 24 et 7 de la *Charte* démontre que la *Charte* n'a pas créé de principe fondamental interdisant l'auto-incrimination plus large que ce qui existait auparavant en common law.

Le contexte historique de l'adoption de l'art. 13 de la *Charte* indique nettement que le Parlement n'avait pas l'intention d'accroître fortement les mesures de protection contre l'auto-incrimination prévues par le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Si les rédacteurs de la *Charte* avaient eu l'intention de s'écarter du statu quo

can model involving derivative use immunity, there would have been material changes in the wording or breadth of s. 13 as compared to s. 5(2). The drafters would not have left such an important change to the indefinite realm of the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*.

The *Charter* did not, under s. 7, actually create any brand new principles of fundamental justice. The *Charter* embodies those principles which Canadians consider fundamental to our system of justice and the principle against self-incrimination has not been radically redefined by the advent of the *Charter*. Defining "self-incrimination" over-inclusively as arising whenever the state obtains evidence which it could not have obtained "but for" the individual's participation would take the notion of self-incrimination far beyond the communicative character that grounds it at common law. If a principle against self-incrimination under s. 7 of the *Charter* were to be based on the "but for" test, the admission of evidence obtained through breathalyzers, fingerprinting, searches, or compelled production of documents would be inconsistent with s. 7. Objections made to the constitutionality of such evidence, however, are only recognized under the *Charter* in so far as they address the manner in which that evidence was obtained. Objections to the fact that such evidence may be gathered, and to the fact that the individual was compelled to assist in its production, are not recognized under the *Charter*. Both the common law and the *Charter* draw a fundamental distinction between incriminating evidence and self-incriminating evidence: the former is evidence which tends to establish the accused's guilt, while the latter is evidence which tends to establish the accused's guilt by his own admission, or based upon his own communication. The s. 7 principle against self-incrimination that is fundamental to justice requires protection against the use of compelled evidence which tends to establish the accused's guilt on the basis of the latter grounds, but not the former. Since evidence may not be admitted at trial on the basis of any compelled act which is communicative in character, the substantive fairness of the trial is not prejudiced by the fact of prior compelled testimony. Any remaining concerns about fairness must therefore relate to the manner by which the derivative evidence was obtained, and are therefore procedural. Such concerns centre on the integrity of our justice system and on fairness to, and the dignity of, the individual. These concerns are addressed by resort to the notions of fundamental fairness which underlie almost all of the values and principles said to flow from our *Charter*, and not

canadien en faveur du modèle américain qui offre une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, il y aurait eu des différences notables entre le libellé de l'art. 13 et celui du par. 5(2). Les rédacteurs n'auraient pas laissé un changement si important se rattacher au vague domaine des principes de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

La *Charte* n'a pas, en vertu de l'art. 7, réellement créé de tout nouveaux principes de justice fondamentale. La *Charte* enchâsse tous les principes que les Canadiens considèrent comme fondamentaux dans notre système de justice et n'a pas radicalement redéfini le principe interdisant l'auto-incrimination. Donner à l'«auto-incrimination» une définition de portée excessive englobant tous les cas où l'État obtient des éléments de preuve qu'il n'aurait pu obtenir «n'eût été» la participation de l'intéressé, élargirait la notion d'auto-incrimination bien au-delà de la nature communicative qui en est le fondement en common law. Si le principe interdisant l'auto-incrimination en vertu de l'art. 7 de la *Charte* était fondé sur le critère du «n'eût été», l'utilisation d'éléments de preuve obtenus par des analyses de l'haleine, la prise d'empreintes digitales, des fouilles ou perquisitions, ou encore la production forcée de documents serait incompatible avec l'art. 7. Les objections soulevées quant à la constitutionnalité de ces éléments de preuve ne sont reconnues en vertu de la *Charte* que dans la mesure où elles visent la manière par laquelle la preuve a été obtenue. Des objections au fait que la preuve a été obtenue et au fait que la personne a été contrainte de participer à son obtention ne sont pas reconnues en vertu de la *Charte*. Tant la common law que la *Charte* font une distinction fondamentale entre une preuve incriminante et une preuve auto-incriminante: la première est la preuve qui tend à établir la culpabilité de l'accusé, alors que la deuxième est la preuve qui tend à établir la culpabilité de l'accusé par suite de son propre aveu ou de sa propre déclaration. Le principe interdisant l'auto-incrimination visé à l'art. 7, qui est fondamental pour la justice, nécessite une protection contre l'utilisation de témoignages forcés qui tendent à établir la culpabilité de l'accusé à partir de la deuxième catégorie et non de la première. Puisque des éléments de preuve résultant d'un acte fait sous la contrainte, de nature communicative, ne peuvent être admis au procès, le fait d'un témoignage antérieur forcé n'est pas préjudiciable à l'équité substantielle du procès. Toute préoccupation subsistant quant à l'équité doit donc être reliée à la manière dont la preuve dérivée a été obtenue et est donc d'ordre procédural. Ces préoccupations sont axées sur l'intégrité de notre système de justice ainsi que sur l'équité envers la personne

merely by a broad expansion of the principle against self-incrimination.

Furthermore, like other provisions of the *Charter*, s. 7 must be approached purposively. A commitment to purposive interpretation entails a commitment to ensuring that a legal principle is interpreted sufficiently broadly to further the interests it is meant to protect, yet not so broadly as to overshoot them. Ultimately, the principles of fundamental justice require a balancing of societal interests with those of the accused. To strike a balance that would effectively prohibit the state from engaging in otherwise lawful activity, in furtherance of a pressing and substantial state objective, which nonetheless has the effect of conscripting an individual to assist in his own investigation, would stultify law enforcement in our country. Accordingly, the common thread that is truly fundamental to our system of justice cannot be so broad as to extend to all potentially self-incriminatory effects of state action. What is fundamental to justice is that the state not be able to invade the sanctum of the mind for the purpose of incriminating that individual. This fundamental tenet is preserved, in its entirety, by a principle against self-incrimination that is communicative in character. This principle, in turn, is largely embodied in s. 13 of the *Charter*. To the extent that state compulsion may elicit incriminating communications or communicative behaviour from an individual even though not in the context of formal proceedings, this fundamental protection is rounded out by the recognition of a residual right to silence in s. 7. The right to silence in s. 7 is triggered when an adversarial relationship arises between the individual and the state. Given the protections that already enure to a witness under s. 13 of the *Charter* and s. 5 of the *Canada Evidence Act*, an individual who is compelled as a witness at other proceedings only truly stands in an adversarial position *vis-à-vis* the state when the state is seeking predominantly to build its case against that witness. This adversarial position can exist even in circumstances where the witness has not yet been charged. As long as the state is pursuing a valid purpose and not seeking predominantly to obtain discovery against the witness, however, the right to silence is not engaged, nor has an adversarial relationship between the compelled witness and the state crystallized.

et la dignité de la personne. On répond à ces préoccupations en recourant aux notions d'équité fondamentale qui sous-tendent presque toutes les valeurs et principes censés découler de notre *Charte*, et non par un élargissement imprécis du principe interdisant l'auto-incrimination.

Par ailleurs, comme d'autres dispositions de la *Charte*, l'art. 7 doit être interprété en fonction de son objet, ce qui exige de veiller à ce qu'un principe juridique soit interprété de façon suffisamment large pour favoriser les intérêts qu'il est censé protéger, mais non de façon si large qu'il aille au-delà de ces intérêts. En fin de compte, les principes de justice fondamentale exigent la pondération des droits de la société et de ceux de l'accusé. Établir un équilibre qui aurait pour effet d'interdire à l'État de s'engager dans des activités par ailleurs légitimes, dans la poursuite d'un objectif urgent et réel, qui a néanmoins pour effet de forcer une personne à participer à une enquête la concernant, paralyserait le processus d'application de la loi dans notre pays. Par conséquent, le lien fondamental à la base de notre système de justice n'est pas assez large pour englober tous les effets éventuellement auto-incriminants des mesures prises par l'État. Il est fondamental dans notre système de justice que l'État ne puisse violer le sanctuaire que constitue l'esprit d'une personne dans le but de l'incriminer. Ce précepte fondamental est préservé en totalité par le principe interdisant l'auto-incrimination qui est de nature communicatrice. Ce principe, à son tour, est en grande partie constitutionnalisé par l'art. 13 de la *Charte*. Dans la mesure où la contrainte de l'État peut soutirer à une personne des déclarations incriminantes ou un comportement communicateur, même hors du contexte de procédures formelles, cette protection fondamentale se trouve parachevée par la reconnaissance d'un droit résiduel de garder le silence en vertu de l'art. 7. Le droit de garder le silence prend naissance au moment où un rapport contradictoire naît entre l'État et l'individu. Étant donné les protections déjà accordées au témoin par l'art. 13 de la *Charte* et l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, la personne contrainte à témoigner dans d'autres procédures n'est vraiment dans un rapport contradictoire avec l'État que dans le cas où l'État cherche principalement à constituer une preuve contre ce témoin. Ce rapport contradictoire peut exister même dans des cas où le témoin n'a pas encore été inculpé. Toutefois, tant que l'État poursuit un objectif valide et qu'il ne cherche pas principalement à constituer une preuve contre le témoin, le droit de garder le silence n'entre pas en jeu et le rapport contradictoire entre le témoin forcé et l'État ne se matérialise pas.

Section 24(2) of the *Charter* is a remedy for a breach of a *Charter* right. It is neither a substantive right itself nor a principle of fundamental justice. The s. 24(2) jurisprudence elaborates mainly upon what is meant by the phrase "bringing the administration of justice into disrepute" and should not be overly relied upon in order to define a principle of fundamental justice under s. 7. Section 24(2) is not coextensive with s. 7. If the principles of fundamental justice are the bedrock of our legal system, then they must rest on more solid foundations than this Court's most recent jurisprudence governing s. 24(2).

A witness may be entitled to claim an exception under s. 7 from the principle that the state is entitled to every person's evidence if it is established that the Crown is engaging in fundamentally unfair conduct. Attempts to by-pass the procedural safeguards that are intrinsic to the notions of dignity and individual liberty contained in the *Charter* and to our conception of fundamental trial fairness are fundamentally unfair conduct that violates the principles of fundamental justice. Fundamentally unfair conduct thus will most frequently occur when the Crown is seeking, as its predominant purpose (rather than incidentally), to build or advance its case against that witness instead of acting in furtherance of those pressing and substantial purposes validly within the jurisdiction of the body compelling the testimony. A witness may not be compelled in a proceeding which is, in essence, an investigation of that witness, rather than a prosecution of an accused. When the state legitimately compels an individual to testify in order to pursue a valid purpose, unfavourable effects flowing from the disclosure of information that may incriminate or otherwise prejudice that person would not *per se* contravene the principles of fundamental justice embodied in s. 7, given other existing protections under the *Charter*. As well, the subsequent acquisition of evidence which may be derivative would not, *per se*, violate the *Charter*, where that evidence is acquired in a manner that is incidental to the valid purposes for which the witness was compelled. The onus is on the witness to establish fundamentally unfair conduct contrary to s. 7. In determining whether such conduct exists, the status of that witness as a person who has already been charged is not conclusive, but is an important factor in determining whether fundamentally unfair conduct has been established. While findings of fundamentally unfair conduct should not be limited to persons charged, as a practical

Le paragraphe 24(2) prévoit une réparation à une violation d'un droit garanti par la *Charte*. Il ne crée ni un droit substantiel ni un principe de justice fondamentale. La jurisprudence du par. 24(2) traite principalement de l'expression «déconsidérer l'administration de la justice» et ne devrait pas servir à définir un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7. Le paragraphe 24(2) n'a pas le même champ d'application que l'art. 7. Si les principes de justice fondamentale sont les assises de notre système juridique, ils doivent reposer sur des fondations plus solides que sur la jurisprudence la plus récente de notre Cour relative au par. 24(2).

Un témoin peut être en droit de revendiquer une exception, en vertu de l'art. 7, au principe selon lequel l'État a droit au témoignage de quiconque s'il est établi que le ministère public adopte une conduite fondamentalement inéquitable. Les tentatives de contournement des garanties procédurales, qui sont intrinsèques aux notions de dignité et liberté de la personne dans la *Charte* et à notre conception de l'équité fondamentale du procès, constituent une conduite fondamentalement inéquitable qui viole les principes de justice fondamentale. La conduite fondamentalement inéquitable survient le plus souvent lorsque le ministère public cherche principalement (plutôt qu'accessoirement) à bâtir ou à faire avancer la constitution de sa preuve contre le témoin au lieu de poursuivre les objectifs pressants et réels qui relèvent valablement de la compétence de l'organisme qui contraint à témoigner. On ne peut contraindre un témoin dans des procédures qui sont essentiellement une enquête visant ce témoin plutôt que la poursuite d'un accusé. Dans les cas où l'État est justifié de contraindre une personne à témoigner pour une fin valide, les effets défavorables de la divulgation par cette personne de renseignements susceptibles de l'incriminer ou de lui préjudicier ne vont pas en soi à l'encontre des principes de justice fondamentale constitutionnalisés à l'art. 7, étant donné les autres protections existant en vertu de la *Charte*. Par ailleurs, l'obtention subséquente d'éléments de preuve dérivés ne va pas non plus en soi à l'encontre de la *Charte* lorsqu'ils sont obtenus d'une façon qui est accessoire aux fins valides pour lesquelles le témoin a été contraint. Il incombe au témoin d'établir la conduite fondamentalement inéquitable contrevenant à l'art. 7. Pour déterminer s'il y a une telle conduite, le statut du témoin comme personne ayant déjà fait l'objet d'une accusation n'est pas concluant, mais constitue un facteur important quand il faut décider si la conduite fondamentalement inéquitable a été établie. Quoique les constatations relatives à la conduite fondamentalement inéquitable ne doivent pas être limitées aux accusés, en

matter it will be difficult to establish such conduct without such status.

The issue of fundamentally unfair conduct amounting to a breach of the principles of fundamental justice in s. 7 may be raised when the witness is subpoenaed and when the witness is tried. At the subpoena stage, the state shall disclose to the tribunal the general purpose for which it seeks to compel that individual's testimony and the relative importance of that evidence to the prosecution in respect of which the witness is compelled. The witness may then attempt to demonstrate fundamentally unfair conduct from the fact of the compulsion. If the witness succeeds, the appropriate remedy will be a quashing of the subpoena. If not, the issue may again be raised at the trial stage. At that stage, the court will ask itself whether, if what is now known had been known at the time the state sought to compel the witness, an exception would have been made to the general rule of compellability and the subpoena would have been quashed. Through fundamentally unfair conduct, the state may have gained important and diverse strategic advantages. If fundamentally unfair conduct contrary to s. 7 is demonstrated at that stage, the appropriate remedy is generally a stay of proceedings.

In light of the finding as to Crown conduct that would violate s. 7, the protections accorded a witness under ss. 7 and 13 of the *Charter* are such that although s. 5 of the *Canada Evidence Act* abrogates the common law privilege against self-incrimination, this fact does not render s. 5 unconstitutional. Section 5 therefore does not violate s. 7 of the *Charter*.

In the present case, the compulsion to testify subject to possible imprisonment for failure to comply was, itself, a deprivation of liberty which brings the issue of the witness's compellability within the scope of a s. 7 examination. The trial judge, however, erred in quashing the subpoena against M since he arrived at this conclusion on the basis that, under the circumstances, M should enjoy an absolute right to remain silent. The charge against M has been stayed and any question as to his compellability is now moot.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Distinguished: *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; **considered:** *Batary v. Attorney General for Saskatche-*

pratique il sera assez difficile d'établir une telle conduite en l'absence d'un tel statut.

La question de la conduite fondamentalement inéquitable constituant une violation des principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 peut être soulevée au moment où le témoin est assigné et au procès du témoin. À l'étape du subpoena, l'État devra divulguer au tribunal l'objectif général de la contrainte et l'importance relative de cette preuve pour la poursuite à l'égard de laquelle le témoin est contraint à témoigner. Le témoin peut alors tenter de démontrer la conduite fondamentalement inéquitable en se fondant sur le fait de la contrainte. Si le témoin réussit, la réparation appropriée est l'annulation du subpoena. S'il ne réussit pas, la question peut être soulevée de nouveau à l'étape du procès. À cette étape, le tribunal se posera essentiellement la question suivante: si ce que l'on sait maintenant avait été connu au moment où l'État cherchait à contraindre le témoin, une exception aurait-elle été faite à la règle générale de contraignabilité et le subpoena aurait-il été annulé? Par sa conduite fondamentalement inéquitable, l'État peut avoir acquis des avantages stratégiques nombreux et importants. Une fois démontrée à cette étape la conduite fondamentalement inéquitable, contraire à l'art. 7, la réparation est en général l'arrêt des procédures.

Compte tenu de la conclusion relative à la conduite du ministère public qui constituerait une violation de l'art. 7, les protections offertes au témoin en vertu des art. 7 et 13 de la *Charte* sont telles que, même si l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* abroge le privilège de common law contre l'auto-incrimination, ceci ne rend pas l'art. 5 inconstitutionnel. L'article 5 ne viole donc pas l'art. 7 de la *Charte*.

En l'espèce, contraindre quelqu'un à témoigner sous peine d'emprisonnement en cas de refus d'obtempérer constitue en soi une atteinte à la liberté qui permet d'assujettir la question de la contraignabilité des témoins à l'art. 7. Cependant, le juge du procès a annulé à tort le subpoena visant M, puisqu'il est parvenu à cette décision en partant du principe que, dans les circonstances, M devrait bénéficier d'un droit absolu de garder le silence. L'accusation de M a été suspendue et toute question relative à sa contraignabilité est donc devenue purement théorique.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; **arrêts examinés:** *Batary c. Attorney Gen-*

- wan, [1965] S.C.R. 465; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; referred to: *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404 (sub nom. *R. v. Devasagayam*); *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226; *R. v. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407; *R. v. Morra* (1992), 11 O.R. (3d) 202; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Lilburn's Trial* (1637), 3 How. State Tr. 1316; *Lamb v. Munster* (1882), 10 Q.B.D. 110; *Bell v. Klein*, [1954] 1 D.L.R. 225; *Brown v. Hooper* (1885), 3 Man. R. 86; *R. v. Pantelidis*, [1943] 1 D.L.R. 569; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Fee* (1887), 13 O.R. 590; *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *Re Westinghouse Electric Corp. Uranium Contract Litigation MDL Docket No. 235 (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 717; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Romeo*, [1991] 1 S.C.R. 86; *R. v. Ratti*, [1991] 1 S.C.R. 68; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892); *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Staranchuk* (1982), 3 C.C.C. (3d) 138 (Sask. Q.B.), rev'd on other grounds (1983), 8 C.C.C. (3d) 150 (Sask. C.A.); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135; *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *R. v. Scorey* (1748), 1 Leach 43, 168 E.R. 124; *Wakley v. Cooke* (1849), 4 Ex. 511, 154 E.R. 1316; *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation & Research* (1985), 24 C.C.C. (3d) 103; *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Crooks* (1982), 39 O.R. (2d) 193; *R. v. Mazur* (1986), 27 C.C.C. (3d) 359 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xi; *Kastigar v. United*
- eral for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; arrêts mentionnés: *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404 (sub nom. *R. c. Devasagayam*); *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226; *R. c. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407; *R. c. Morra* (1992), 11 O.R. (3d) 202; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Lilburn's Trial* (1637), 3 How. State Tr. 1316; *Lamb c. Munster* (1882), 10 Q.B.D. 110; *Bell c. Klein*, [1954] 1 D.L.R. 225; *Brown c. Hooper* (1885), 3 Man. R. 86; *R. c. Pantelidis*, [1943] 1 D.L.R. 569; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Fee* (1887), 13 O.R. 590; *Gosselin c. The King* (1903), 33 R.C.S. 255; *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *Re Westinghouse Electric Corp. Uranium Contract Litigation MDL Docket No. 235 (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 717; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Romeo*, [1991] 1 R.C.S. 86; *R. c. Ratti*, [1991] 1 R.C.S. 68; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *Counselman c. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892); *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Staranchuk* (1982), 3 C.C.C. (3d) 138 (B.R. Sask.), inf. pour un autre motif (1983), 8 C.C.C. (3d) 150 (C.A. Sask.); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135; *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9; *R. c. Scorey* (1748), 1 Leach 43, 168 E.R. 124; *Wakley c. Cooke* (1849), 4 Ex. 511, 154 E.R. 1316; *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation & Research* (1985), 24 C.C.C. (3d) 103; *Haywood Securities Inc. c. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Crooks* (1982), 39 O.R. (2d) 193; *R. c. Mazur* (1986), 27 C.C.C. (3d) 359 (C.A.C.-B.), autorisa-

States, 406 U.S. 441 (1972); *Attorney-General v. Kelly* (1916), 28 D.L.R. 409; *R. v. Simpson*, [1943] 3 D.L.R. 355; *Re Ginsberg* (1917), 38 D.L.R. 261; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Kowlyk*, [1988] 2 S.C.R. 59; *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012.

By Lamer C.J.

Referred to: *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465; *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591.

By Sopinka J.

Referred to: *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *Re Spencer and The Queen* (1983), 145 D.L.R. (3d) 344 (Ont. C.A.), aff'd [1985] 2 S.C.R. 278; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *Re Mulroney and Coates* (1986), 54 O.R. (2d) 353; *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591; *Hammond v. Commonwealth of Australia* (1982), 152 C.L.R. 188; *R. v. Pipe* (1966), 51 Cr. App. R. 17; *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135; *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226; *R. v. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407; *R. v. Primeau* (1993), 108 Sask. R. 193; *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404 (sub nom. *R. v. Devasagayam*); *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Duvivier* (1991), 64 C.C.C. (3d) 20; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138.

By L'Heureux-Dubé J.

Distinguished: *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; **considered:** *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465; **referred to:** *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Hogan v.*

tion de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xi; *Kastigar c. United States*, 406 U.S. 441 (1972); *Attorney-General c. Kelly* (1916), 28 D.L.R. 409; *R. c. Simpson*, [1943] 3 D.L.R. 355; *Re Ginsberg* (1917), 38 D.L.R. 261; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Kowlyk*, [1988] 2 R.C.S. 59; *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465; *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591.

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *Re Spencer and The Queen* (1983), 145 D.L.R. (3d) 344 (C.A. Ont.), conf. par [1985] 2 R.C.S. 278; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *Re Mulroney and Coates* (1986), 54 O.R. (2d) 353; *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9; *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591; *Hammond c. Commonwealth of Australia* (1982), 152 C.L.R. 188; *R. c. Pipe* (1966), 51 Cr. App. R. 17; *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135; *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226; *R. c. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407; *R. c. Primeau* (1993), 108 Sask. R. 193; *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404 (sub nom. *R. c. Devasagayam*); *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Duvivier* (1991), 64 C.C.C. (3d) 20; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; **arrêt examiné:** *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465; **arrêts mentionnés:** *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *Marcoux c. La*

The Queen, [1975] 2 S.C.R. 574; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135; *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Ruben v. The Queen* (1983), 24 Man. R. (2d) 100; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012; *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226; *R. v. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407; *Re Praissoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. v. Devasagayam*); *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *A.T. & T. Istel Ltd. v. Tully*, [1992] 3 All E.R. 523; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915.

Reine, [1976] 1 R.C.S. 763; *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135; *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Ruben c. The Queen* (1983), 24 Man. R. (2d) 100; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012; *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226; *R. c. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407; *Re Praissoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. c. Devasagayam*); *Haywood Securities Inc. c. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *A.T. & T. Istel Ltd. c. Tully*, [1992] 3 All E.R. 523; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915.

Statutes and Regulations Cited

Act further to amend The Canada Evidence Act, 1893, S.C. 1906, c. 10, s. 1.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.
Canada Evidence Act, 1893, S.C. 1893, c. 31, s. 4.
Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, App. III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8-14, 10(b), 11(c), 11(d), 13, 15, 24(2).
Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 45(1)(c) [am. c. 19 (2nd Supp.), s. 30].
 Constitution of the United States, Fifth Amendment.
Constitution Act, 1867, s. 91(27).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 348(1)(b), 686(4)(b)(i), 691(2)(a) [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 9)].
Criminal Evidence Act, 1898 (U.K.), 61 & 62 Vict., c. 36, s. 1.
Criminal Justice and Public Order Act 1994 (U.K.), 1994, c. 33.
Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 2(1), 5(1), 27(1) [rep. & sub. c. 24 (2nd Supp.), s. 20(1)].

Lois et règlements cités

Acte de la preuve en Canada, 1893, S.C. 1893, ch. 31, art. 4.
Acte modifiant de nouveau l'Acte de la preuve en Canada, 1893, S.C. 1906, ch. 10, art. 1.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8 à 14, 10b), 11c), 11d), 13, 15, 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 348(1)b), 686(4)b)(i), 691(2)a) [abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 9)].
 Constitution des États-Unis, Cinquième amendement.
Criminal Evidence Act, 1898 (R.-U.), 61 & 62 Vict., ch. 36, art. 1.
Criminal Justice and Public Order Act 1994 (R.-U.), 1994, ch. 33.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), app. III.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).
Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 45(1)c) [mod. ch. 19 (2^e suppl.), art. 30].
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 2(1), 5(1), 27(1) [abr. & rempl. ch. 24 (2^e suppl.), art. 20(1)].

Authors Cited

- Alberta. Law Reform Institute. Report No. 62. *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act*. Edmonton: The Institute, 1992.
- Canada. Canadian Committee on Corrections. *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.
- Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. Second Report. *Freedom and Security under the Law*, vol. 2. Ottawa: The Commission, 1981.
- Canada. Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswell, 1982.
- Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: The Commission, 1975.
- Canada. Law Reform Commission. Report 13. *Advisory and Investigatory Commissions*. Ottawa: The Commission, 1979.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 17. *Commissions of Inquiry: A New Act*. Ottawa: The Commission, 1977.
- Canada. *The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada*. Ottawa, 1980.
- Cross, Rupert, Sir, and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 7th ed. London: Butterworths, 1990.
- Elman, Bruce P. "Returning to Wray: Some Recent Cases on Section 24 of the Charter" (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 604.
- Ghio, R. S. "The Iran-Contra Prosecutions and the Failure of Use Immunity" (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 229.
- Greer, Steven. "The Right to Silence: A Review of the Current Debate" (1990), 53 *Mod. L. Rev.* 709.
- Haines, Edson. "Future of the Law of Evidence — The Right to Remain Silent — Two Views" (View I). In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto: Butterworths, 1972, 321.
- Henkel, William. "Competency, Compellability and Coroners' Courts" (1970), 12 *Crim. L.Q.* 166.
- Heydon, J. D. "Statutory Restrictions on the Privilege Against Self-Incrimination" (1971), 87 *L.Q.R.* 214.
- Hor, Michael. "The Privilege Against Self-Incrimination and Fairness to the Accused", [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35.
- MacNair, M. R. T. "The Early Development of the Privilege against Self-Incrimination" (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 66.
- Maloney, Arthur, and Paul V. Tomlinson. "Future of the Law of Evidence — The Right to Remain Silent —

Doctrine citée

- Alberta. Law Reform Institute. Report No. 62. *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act*. Edmonton: The Institute, 1992.
- Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. *Justice pénale et correction: un lien à forger*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.
- Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. Deuxième rapport. *La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 2. Ottawa: La Commission, 1981.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 17. *Les commissions d'enquête: une nouvelle loi*. Ottawa: La Commission, 1977.
- Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: La Commission, 1975.
- Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport 13. Les commissions consultatives et les commissions d'enquête*. Ottawa: La Commission, 1979.
- Canada. Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. *La preuve au Canada*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1983.
- Canada. *La Constitution canadienne 1980: Projet de résolution concernant la Constitution du Canada*. Ottawa, 1980.
- Cross, Rupert, Sir, and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 7th ed. London: Butterworths, 1990.
- Elman, Bruce P. «Returning to Wray: Some Recent Cases on Section 24 of the Charter» (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 604.
- Ghio, R. S. «The Iran-Contra Prosecutions and the Failure of Use Immunity» (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 229.
- Greer, Steven. «The Right to Silence: A Review of the Current Debate» (1990), 53 *Mod. L. Rev.* 709.
- Haines, Edson. «Future of the Law of Evidence — The Right to Remain Silent — Two Views» (View I). In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto: Butterworths, 1972, 321.
- Henkel, William. «Competency, Compellability and Coroners' Courts» (1970), 12 *Crim. L.Q.* 166.
- Heydon, J. D. «Statutory Restrictions on the Privilege Against Self-Incrimination» (1971), 87 *L.Q.R.* 214.
- Hor, Michael. «The Privilege Against Self-Incrimination and Fairness to the Accused», [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35.
- MacNair, M. R. T. «The Early Development of the Privilege against Self-Incrimination» (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 66.
- Maloney, Arthur, and Paul V. Tomlinson. «Future of the Law of Evidence — The Right to Remain Silent —

- Two Views" (View II). In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto: Butterworths, 1972, 335.
- Mewett, Alan W. "Law Enforcement and the Conflict of Values" (1970), 12 *Crim. L.Q.* 179.
- Mewett, Alan W. "Prejudicing an Accused" (1992), 34 *Crim. L.Q.* 385.
- Mewett, Alan W. "The Right to Silence" (1990), 32 *Crim. L.Q.* 273.
- Murphy, Jerome A. "The Aftermath of the Iran-Contra Trials: The Uncertain Status of Derivative Use Immunity" (1992), 51 *Md. L. Rev.* 1011.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Public Inquiries*. Toronto: The Commission, 1992.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: The Commission, 1976.
- Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswell, 1987.
- Ratushny, Ed. "Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?" (1973), 19 *McGill L.J.* 1.
- Ratushny, Ed. *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*. Toronto: Carswell, 1979.
- Ratushny, Ed. "Self-Incrimination: Nailing the Coffin Shut" (1978), 20 *Crim. L.Q.* 312.
- Ratushny, Ed. "The Role of the Accused in the Criminal Process". In Gérard-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, 451.
- Robardet, Patrick. "Should We Abandon the Adversarial Model in Favour of the Inquisitorial Model in Commissions of Inquiry?" In A. Paul Pross, Innis Christie and John A. Yogis, eds., *Commissions of Inquiry*. Toronto: Carswell, 1990, 111.
- Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Stratas, David. *The Charter of Rights in Litigation: Direction from the Supreme Court of Canada*, vol. I. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990 (loose-leaf).
- Watson, Jack. "Talking About the Right to Remain Silent" (1991), 34 *Crim. L.Q.* 106.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.
- Two Views» (View II). In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto: Butterworths, 1972, 335.
- Mewett, Alan W. «Law Enforcement and the Conflict of Values» (1970), 12 *Crim. L.Q.* 179.
- Mewett, Alan W. «Prejudicing an Accused» (1992), 34 *Crim. L.Q.* 385.
- Mewett, Alan W. «The Right to Silence» (1990), 32 *Crim. L.Q.* 273.
- Murphy, Jerome A. «The Aftermath of the Iran-Contra Trials: The Uncertain Status of Derivative Use Immunity» (1992), 51 *Md. L. Rev.* 1011.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Public Inquiries*. Toronto: The Commission, 1992.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: The Commission, 1976.
- Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswell, 1987.
- Ratushny, Ed. «Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?» (1973), 19 *McGill L.J.* 1.
- Ratushny, Ed. «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle». Dans Gérard-A. Beaudoin et Ed Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 505.
- Ratushny, Ed. *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*. Toronto: Carswell, 1979.
- Ratushny, Ed. «Self-Incrimination: Nailing the Coffin Shut» (1978), 20 *Crim. L.Q.* 312.
- Robardet, Patrick. «Should We Abandon the Adversarial Model in Favour of the Inquisitorial Model in Commissions of Inquiry?» In A. Paul Pross, Innis Christie and John A. Yogis, eds., *Commissions of Inquiry*. Toronto: Carswell, 1990, 111.
- Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Stratas, David. *The Charter of Rights in Litigation: Direction from the Supreme Court of Canada*, vol. I. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990 (loose-leaf).
- Watson, Jack. «Talking About the Right to Remain Silent» (1991), 34 *Crim. L.Q.* 106.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 12 O.R. (3d) 774, 61 O.A.C. 395, 80 C.C.C. (3d) 397, 21 C.R. (4th) 47, 14

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 12 O.R. (3d) 774, 61 O.A.C. 395, 80 C.C.C. (3d) 397, 21 C.R. (4th) 47, 14 C.R.R.

C.R.R. (2d) 244, allowing the Crown's appeal from the young offender's acquittal on a charge of break, enter, and theft, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Alan D. Gold, for the appellant.

Michal Fairburn and *Scott Hutchison*, for the respondent.

S. Ronald Fainstein, Q.C., and *Robert J. Frater*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jacques Gauvin and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Marva J. Smith, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

George H. Copley, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Graeme G. Mitchell, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Paul C. Bourque, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The following are the reasons delivered by

¹ LAMER C.J. — I have read the reasons of my colleagues Justice L'Heureux-Dubé, Justice Sopinka and Justice Iacobucci. While I agree with Iacobucci J.'s remarks concerning the status of the principle against self-incrimination as a principle of fundamental justice (remarks that are in accordance with the views I expressed in *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, and *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229), and while I generally agree with his conclusions regarding the availability of derivative-evidence immunity as a means of realizing this principle, I believe it is necessary to say more about the question of whether, in certain circumstances, s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* requires additional measures to be taken to safeguard the right of individuals not to be compelled to incriminate themselves.

(2d) 244, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittal d'un jeune contrevenant, relativement à une accusation d'introduction par effraction et de vol, et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Alan D. Gold, pour l'appellant.

Michal Fairburn et *Scott Hutchison*, pour l'intimée.

S. Ronald Fainstein, c.r., et *Robert J. Frater*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jacques Gauvin et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Marva J. Smith, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

George H. Copley, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Graeme G. Mitchell, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Paul C. Bourque, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai lu les motifs de mes collègues les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et Iacobucci. Je suis d'accord avec les remarques du juge Iacobucci au sujet du statut du principe interdisant l'auto-incrimination comme principe de justice fondamentale (remarques qui sont conformes aux opinions que j'ai exprimées dans *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, et *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229), et je partage de façon générale ses conclusions quant à la possibilité de recourir à l'immunité relative à la preuve dérivée comme moyen de mettre en œuvre ce principe. Je crois cependant nécessaire d'analyser plus à fond la question de savoir si, dans certaines circonstances, l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* exige que des mesures supplémentaires soient prises pour sauvegarder le droit des individus de ne pas être contraints à s'incriminer.

Although I agree with Iacobucci J.'s conclusion that the mere fact that a person is charged with a crime or is a serious suspect does not automatically entitle him or her to avoid being compelled to testify, this does not answer the question of whether s. 7 might sometimes mandate exceptions to the general rule that the state is entitled to every person's evidence. In my view, in certain circumstances such an exemption is justified and, indeed, is constitutionally required.

As I observed in *P. (M.B.)*, *supra*, at p. 577, "[p]erhaps the single most important organizing principle in criminal law is the right of an accused not to be forced into assisting in his or her own prosecution" — the "case to meet" principle. This principle, I noted, "is perhaps best described in terms of the overarching principle against self-incrimination, which is firmly rooted in the common law and is a fundamental principle of justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*" (p. 577). The use immunity provided by s. 13 of the *Charter*, together with the s. 7 based derivative-use immunity proposed by my colleague Iacobucci J., will protect witnesses against the possibility of their testimony being used directly as evidence against them, or being used indirectly as a means of gathering derivative incriminatory evidence. In many cases, these forms of immunity will provide adequate protection for the principle against self-incrimination. In some situations, however, forcing a witness to testify will violate the case-to-meet principle in a manner that cannot be remedied by an exclusionary rule. For example, the compelled testimony might reveal an accused's defence strategy, or bring to light crimes of which the state was previously unaware. In these latter cases, attempting to protect the principle against self-incrimination through use immunity and derivative-use immunity would indeed be, as my colleague Sopinka J. notes (at p. 625), "like closing the barn door after

Bien que je sois d'accord avec la conclusion du juge Iacobucci que le simple fait qu'une personne soit accusée d'un crime ou soit fortement soupçonnée d'en être l'auteur ne lui donne pas automatiquement le droit d'échapper à l'obligation de témoigner, cela ne répond pas à la question de savoir si l'art. 7 pourrait quelquefois exiger des exceptions à la règle générale suivant laquelle l'État a droit au témoignage de chacun. À mon avis, dans certaines circonstances, une telle exemption est justifiée, et même exigée du point de vue constitutionnel.

Dans *P. (M.B.)*, précité, à la p. 577, je dis ceci: «Le principe directeur qui est sans doute le plus important en droit criminel est le droit de l'accusé de ne pas être contraint de prêter son concours aux poursuites intentées contre lui . . .» C'est le principe de la «preuve complète». Je fais remarquer que ce principe, «est sans doute mieux décrit [. . .] par le principe général interdisant l'auto-incrimination qui est fermement enraciné dans la common law et qui constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*» (p. 577). L'immunité contre l'utilisation de la preuve offerte par l'art. 13 de la *Charte*, ainsi que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée fondée sur l'art. 7 proposée par mon collègue le juge Iacobucci, protégeront les témoins contre la possibilité que leur témoignage soit utilisé directement comme élément de preuve contre eux, ou indirectement comme moyen de rassembler des éléments de preuve dérivée de nature incriminante. Souvent, ces formes d'immunité offriront une protection adéquate au principe interdisant l'auto-incrimination. Dans certains cas, cependant, contraindre une personne à témoigner violera le principe de la preuve complète d'une façon telle qu'une règle d'exclusion ne peut y remédier. Par exemple, le témoignage forcé pourrait révéler la stratégie de défense de l'accusé, ou révéler des crimes dont l'État ignorait l'existence. Dans ces derniers cas, tenter de protéger le principe interdisant l'auto-incrimination au moyen des immunités contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée serait, comme le signale mon collègue le juge Sopinka (à la p. 625), «comme fermer les portes de l'écurie quand les chevaux se

2

3

the horses have escaped”. As Iacobucci J. observes (at p. 535):

[I]f it be accepted that a person can always be compelled as a witness and that protection by way of evidentiary immunity will always be sufficient, then it must also be accepted that we have gone considerable distance toward diluting the principle of the case to meet without ever having said so. [Emphasis in original.]

4

In my view, the principles of fundamental justice require that, in addition to the exclusionary rule proposed by Iacobucci J., courts retain the discretion to exempt witnesses from being compelled to testify, in appropriate circumstances. I agree with my colleague Sopinka J. that the person claiming the exemption “has the burden of satisfying the judge that in all the circumstances the prejudice to his or her interests overbears the necessity of obtaining the evidence” (p. 630). I also share his view that the factors listed on pp. 630-31 will ordinarily need to be considered and weighed by the judge exercising this discretion. Of course, it follows from my general agreement with the position adopted by Iacobucci J. that I am of the view that witnesses who fail to satisfy the court that they should be excused from testifying will still receive the protection of the use immunity rules and derivative-use immunity rules he sets out in his reasons.

5

The assertion that the courts have the discretion to make exceptions to the general rule of compellability in situations where it would be unfair to force a person to testify is not, I would suggest, a novel proposition in Canadian law, even as it stood before the *Charter*. As Sopinka J. observes at p. 621, this Court’s decision in *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465, can be seen as having been informed by this view. My colleague notes that in *Batary* “the Supreme Court, speaking through Cartwright J. (no stranger to the principles of fundamental justice), considered that the circumstances in which the accused was called were unfair and therefore an exception could be made to the general principle of compellability”. I agree with this interpretation of *Batary*, and with

sonnt échappés». Le juge Iacobucci fait observer (à la p. 535):

[S]i on acceptait qu’une personne peut toujours être contrainte à témoigner et que la protection au moyen de l’immunité relative à la preuve est toujours suffisante, il faudrait reconnaître également que nous avons aussi beaucoup atténué le principe de la preuve complète sans l’avoir dit. [Souligné dans l’original.]

À mon avis, les principes de justice fondamentale exigent que, outre la règle d’exclusion proposée par le juge Iacobucci, les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire d’exempter une personne de l’obligation de témoigner, dans des circonstances appropriées. Je partage l’opinion de mon collègue le juge Sopinka que la personne qui réclame l’exemption «a le fardeau de convaincre le juge que, dans toutes les circonstances, l’atteinte à ses droits l’emporte sur la nécessité d’obtenir le témoignage» (p. 630). Je partage également son opinion que les facteurs énumérés aux pp. 630 et 631 devront ordinairement être examinés et appréciés par le juge qui exerce ce pouvoir discrétionnaire. Il découle évidemment de mon accord général avec la position adoptée par le juge Iacobucci que j’estime que les personnes qui ne réussissent pas à convaincre le tribunal qu’elles devraient être exemptées de témoigner bénéficieront encore de la protection des règles d’immunité contre l’utilisation de la preuve et de la preuve dérivée qu’il a exposées dans ses motifs.

L’affirmation que les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire de faire des exceptions à la règle générale de contraignabilité dans les cas où il serait injuste de forcer une personne à témoigner n’est pas, à mon avis, une proposition nouvelle en droit canadien, même dans son état antérieur à la *Charte*. Comme le signale le juge Sopinka à la p. 621, on peut considérer que l’arrêt de notre Cour *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465, repose sur ce point de vue. Mon collègue note que, dans *Batary*, «la Cour suprême, par l’intermédiaire du juge Cartwright (qui connaissait bien les principes de justice fondamentale), a considéré que les circonstances dans lesquelles l’accusé avait été assigné à témoigner étaient inéquitables et qu’on pouvait donc faire

Sopinka J.'s observation that *Batary* was expressly confirmed by a majority of this Court in *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591, at p. 607. Even if, strictly speaking, the remarks of the majority in that case are *obiter dicta*, the statement in *O'Hara* represents the well-considered opinion of the Court and constitutes the applicable law on this point.

As an example of a situation where a judicial exemption from compellability would, in my view, be warranted, the following hypothetical case can be considered. Suppose that the members of a trade association in a particular industry met and agreed upon a scheme to fix the prices of the goods they produced, an indictable offence under s. 45(1)(c) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34. Suppose further that the Director of Investigation and Research obtained documents clearly indicating the persons involved and the nature of their involvement — for example, an agreement to fix prices signed by the parties. If the Director commenced an inquiry and obtained subpoenas compelling the signatories to testify, it would, in my view, be open to the signatories to apply to the court for an exemption from compulsion to testify. In such a case, where the facts revealed that the Director had already concluded that an offence had been committed and had identified the parties to the offence, the court would be justified in concluding that forcing the suspects to testify would violate their s. 7 rights. In these circumstances, I believe the court would have the discretion to declare the subpoenas to be of no force and effect, thereby excusing the suspects from testifying.

In his reasons, Iacobucci J. recognizes the need for additional protection of the principle against self-incrimination beyond evidentiary immunity in certain cases. As he notes (at p. 536):

[T]he *Charter's* structure . . . is founded upon the Crown's obligation to make a case, but it also assumes a general rule of compellability coupled with evidentiary

exception au principe général de la contraignabilité». Je suis d'accord avec cette interprétation de l'arrêt *Batary* et avec l'observation du juge Sopinka suivant laquelle notre Cour à la majorité a confirmé expressément l'arrêt *Batary* dans l'arrêt *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591, à la p. 607. Même si, à proprement parler, elles sont incidentes, les remarques de la majorité dans cet arrêt représentent l'opinion bien motivée de la Cour et constituent le droit applicable sur ce point.

Le cas hypothétique suivant est un exemple d'une situation où, à mon avis, une cour est justifiée d'exempter une personne de l'obligation de témoigner. Supposons que les membres d'une association professionnelle d'un secteur d'activité donné se réunissent et s'entendent sur un plan pour fixer les prix des marchandises qu'ils produisent, ce qui constitue un acte criminel visé à l'al. 45(1)(c) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34. Supposons également que le directeur des enquêtes et recherches obtienne des documents identifiant clairement les personnes impliquées et la nature de leur implication, par exemple un accord de fixation de prix signé par les parties. Si le directeur commençait une enquête et obtenait des assignations forçant les signataires à témoigner, ces derniers pourraient, à mon avis, demander à la cour une exemption de l'obligation de témoigner. Dans ce cas, où les faits révèlent que le directeur a déjà conclu qu'une infraction a été commise et a identifié les parties à l'infraction, la cour serait justifiée de conclure que contraindre les suspects à témoigner violerait les droits que leur garantit l'art. 7. Dans ces circonstances, je crois que la cour aurait le pouvoir discrétionnaire de déclarer les assignations inopérantes, dégageant ainsi les suspects de l'obligation de témoigner.

Dans ses motifs, le juge Iacobucci reconnaît le besoin, dans certains cas, d'une protection supplémentaire du principe interdisant l'auto-incrimination, au-delà de l'immunité relative à la preuve. Comme il le signale (à la p. 536):

[L]'économie [. . .] de la *Charte* est fondée sur l'obligation du ministère public de présenter une preuve, mais elle suppose aussi l'application d'une règle générale de

immunity. If, however, the *Charter* places no limits on when this structure can be invoked, then the *Charter* could, in fact, condone an inquisition of the most notorious kind. Such condonation would bespeak an impossible dualism. To ask a question by paraphrasing a concern voiced in *Thomson Newspapers [Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)]*, [1990] 1 S.C.R. 425], at p. 606, (*per Sopinka J.*): are we prepared to arm the police with subpoena powers?

In my view, the answer to this question must be "no". Although I have the greatest respect for the view of my colleague Iacobucci J. that the fashioning of an acceptable response should be left to another day, I believe that it is incumbent upon this Court to provide guidance to the lower courts, which have been confronted with this problem in the past, and which will continue to face similar problems in the future. In my view, the judicial discretion recognized by Sopinka J. serves as an appropriate means of responding to Iacobucci J.'s concerns, which I share.

- 8 On the facts of this case, I agree with Sopinka J. that the trial judge erred in quashing the subpoena against J.P.M. on the basis of an absolute right to silence which made J.P.M. non-compellable. I further agree with the conclusions reached by Iacobucci J. on the other issues arising in this case, and would answer the constitutional questions as he proposes.

The judgment of La Forest, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

- 9 IACOBUCCI J. — This appeal principally asks a narrow question: is a person separately charged with an offence compellable as a witness in the criminal trial of another person charged with that same offence? To seek an answer to this narrow question, however, is to embark on a much broader inquiry. We are asked to contemplate fundamental issues like the principle against self-incrimination, the right to silence, the protection offered by the testimonial privileges, and the prospect of eviden-

constraignabilité assortie d'une immunité relative à la preuve. Toutefois, si la *Charte* ne restreint pas les cas où l'on peut invoquer cette économie, alors elle pourrait, en fait, se trouver à tolérer une inquisition de l'espèce la plus notoire. Pareille tolérance annoncerait un dualisme impossible. Pour paraphraser, sous forme de question, une préoccupation exprimée dans l'arrêt *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. 606 (le juge Sopinka): sommes-nous disposés à investir la police de pouvoirs d'assignation?

À mon avis, la réponse doit être négative. J'ai le plus grand respect pour l'opinion de mon collègue le juge Iacobucci que la formulation d'une réponse acceptable doit être reportée à une autre occasion, mais je crois qu'il incombe à notre Cour de guider les tribunaux d'instance inférieure qui ont été confrontés à ce problème dans le passé et le seront encore dans l'avenir. À mon avis, le pouvoir discrétionnaire judiciaire reconnu par le juge Sopinka constitue une réponse appropriée aux inquiétudes du juge Iacobucci, que je partage.

Vu les faits de l'espèce, je partage l'opinion du juge Sopinka que le juge de première instance a commis une erreur en annulant le subpoena délivré contre J.P.M. sur le fondement que ce dernier possédait un droit absolu de garder le silence, qui le rendait non contraignable. Je suis aussi d'accord avec les conclusions du juge Iacobucci sur les autres questions soulevées en l'espèce, et suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon qu'il propose.

Version française du jugement des juges La Forest, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi soulève principalement une question précise: une personne accusée séparément d'une infraction est-elle un témoin contraignable au procès criminel d'une autre personne accusée de la même infraction? Cependant, pour répondre à cette question précise, il nous faut entreprendre une analyse bien plus poussée. On nous demande d'examiner des questions fondamentales comme le principe interdisant l'auto-incrimination, le droit de garder le silence,

tiary immunity. Where do these concepts fit in our criminal justice system, and how are they to be treated by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

I. Facts

The appellant, R.J.S., was charged with the indictable offence of break, enter, and theft, contrary to s. 348(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. J.P.M. was separately charged with the same offence. The Scarborough youth court had exclusive jurisdiction in respect of these alleged offences, inasmuch as the alleged offenders were both "young persons" as defined by the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 2(1) and 5(1). Charges against the two were separately laid because of an administrative procedure applicable at that court which directs that younger accused be tried in Phase One youth court, and the older accused in Phase Two.

J.P.M. was to be the Crown's main witness at the trial of R.J.S. However, after R.J.S. was arraigned but before he entered a plea, counsel for J.P.M. brought a motion to quash the subpoena which had been issued to compel J.P.M.'s testimony. The trial judge allowed the motion and quashed the subpoena.

The Crown proceeded with the trial against R.J.S. and called two witnesses: Isaac Chung, the owner of the business where the offence allegedly occurred, and Detective Constable Carter. Chung testified about the property which disappeared from his store and which the police later returned to him. Carter testified that R.J.S., whom he knew to be wanted in relation to an offence, arrived at the police station one day and turned over certain property to him. Carter said that he tagged the items he received from R.J.S. and placed them in the control of a property officer who did not testify at trial.

The defence called no evidence. After the Crown closed its case, defence counsel argued that

la protection offerte par les privilèges du témoin et la perspective de l'immunité relative à la preuve. En quoi ces concepts s'harmonisent-ils avec notre système de justice criminelle et comment faut-il les traiter par rapport à la *Charte canadienne des droits et libertés*?

I. Les faits

L'appelant, R.J.S., a été accusé de l'acte criminel d'introduction par effraction et de vol, en vertu de l'al. 348(1)(b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. J.P.M. a été accusé séparément de la même infraction. Le tribunal pour adolescents de Scarborough avait compétence exclusive relativement aux infractions alléguées, puisque les accusés étaient tous deux des «adolescents» au sens de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, par. 2(1) et 5(1). Les deux ont été accusés séparément à cause d'une procédure administrative applicable devant ce tribunal, qui exige que le plus jeune soit jugé devant la Phase un du tribunal et, le plus âgé, devant la Phase deux.

J.P.M. devait être le principal témoin à charge au cours du procès de R.J.S. Cependant, après l'interpellation de R.J.S., mais avant que celui-ci n'inscrive un plaidoyer, l'avocat de J.P.M. a déposé une requête en annulation du subpoena délivré pour contraindre J.P.M. à témoigner. Le juge du procès a accueilli la requête et annulé le subpoena.

Le ministère public a engagé le procès contre R.J.S. et assigné deux témoins: Isaac Chung, le propriétaire de l'entreprise où l'infraction aurait été commise, et le détective Carter. Chung a témoigné au sujet des biens qui étaient disparus du magasin et que la police lui avait ultérieurement retournés. Carter a témoigné que R.J.S., qu'il savait recherché en rapport avec une infraction, est arrivé, un jour, au poste de police et lui a remis certains biens. Carter a dit qu'il avait étiqueté les biens en question et qu'il les avait placés sous le contrôle d'un agent responsable des biens, qui n'a pas témoigné au procès.

La défense n'a pas assigné de témoin. À la fin de la preuve à charge, l'avocat de la défense a sou-

10

11

12

13

the Crown could not prove continuity in respect of the tagged property. In response, Crown counsel stated that "there is not enough evidence here to prove beyond a reasonable doubt that a break and enter has been committed and I'd ask Your Honour to dismiss the charges on that basis".

¹⁴ The trial judge dismissed the charges against R.J.S. The Crown appealed, and the Ontario Court of Appeal held that the subpoena issued against J.P.M. should not have been quashed: (1993), 12 O.R. (3d) 774, 61 O.A.C. 395, 80 C.C.C. (3d) 397, 21 C.R. (4th) 47, 14 C.R.R. (2d) 244. A new trial was ordered. R.J.S. appeals as of right to this Court pursuant to s. 27(1) of the *Young Offenders Act* and s. 691(2)(a) of the *Criminal Code* on a question of law alone. On this point, the Court in *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012, subsequently held that such appeals as of right were not available under the *Young Offenders Act*. In the circumstances, the Court has granted leave *nunc pro tunc*.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

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

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given

tenu que le ministère public ne pouvait établir la continuité de la preuve relativement aux biens étiquetés. Le substitut du procureur général a répliqué en affirmant: [TRADUCTION] «il n'existe pas suffisamment d'éléments de preuve pour établir hors de tout doute raisonnable qu'il y a eu introduction par effraction et nous vous demandons, Monsieur le juge, de rejeter les accusations pour ce motif».

Le juge du procès a rejeté les accusations portées contre R.J.S. Le ministère public a interjeté appel et la Cour d'appel de l'Ontario a statué que le subpoena délivré contre J.P.M. n'aurait pas dû être annulé: (1993), 12 O.R. (3d) 774, 61 O.A.C. 395, 80 C.C.C. (3d) 397, 21 C.R. (4th) 47, 14 C.R.R. (2d) 244. Un nouveau procès a été ordonné. R.J.S. se pourvoit de plein droit devant notre Cour sur une question de droit seulement, conformément au par. 27(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* et à l'al. 691(2)(a) du *Code criminel*. Sur ce point, la Cour, dans l'arrêt *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012, a jugé depuis que la *Loi sur les jeunes contrevenants* ne permettait pas de tels appels de plein droit. Dans les circonstances, la Cour a accordé l'autorisation *nunc pro tunc*.

II. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit:

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

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;

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans

used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5

5. (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence.

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

686. . . .

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

- (b) allow the appeal, set aside the verdict and
 - (i) order a new trial. . . .

III. Judgments

Ontario Court, Provincial Division

Bovard Prov. Div. J. accepted the argument made by counsel for J.P.M., namely, that the subpoena issued against J.P.M. infringed his *Charter* right to remain silent. In an oral decision, Bovard Prov. Div. J. stated that “[i]t’s clear in our law that the accused is not obliged to disclose any kind of information or defenses to the Crown beforehand”. He thoroughly reviewed *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606 (Gen. Div.), 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. v. Devasagayam*), and cases cited therein, and concluded that he was both bound and per-

d’autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5

5. (1) Nul témoin n’est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l’incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l’instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s’oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l’incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l’instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin est été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d’une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n’est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage.

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

686. . . .

(4) Lorsqu’un appel est interjeté d’un acquittement, la cour d’appel peut:

- b) admettre l’appel, écarter le verdict et, selon le cas:
 - (i) ordonner un nouveau procès

III. Les juridictions inférieures

Cour de l’Ontario (Division provinciale)

Le juge Bovard a accepté l’argument présenté par l’avocat de J.P.M., selon lequel le subpoena délivré contre J.P.M. portait atteinte au droit de garder le silence que lui garantissait la *Charte*. Dans une décision orale, le juge Bovard affirme qu’[TRADUCTION] «[i]l est clair, dans notre droit, que l’accusé n’est pas tenu de divulguer préalablement au ministère public quelque renseignement ou moyen de défense que ce soit.» Il a examiné en profondeur la décision *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606 (Div. gén.), 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub*

suaed by the logic of that decision. Bovard Prov. Div. J. held that to compel J.P.M.'s testimony would be to violate s. 7 of the *Charter*. He quashed the subpoena and later acquitted R.J.S. after Crown counsel conceded that its case could not meet the criminal standard of proof.

Ontario Court of Appeal (1993), 12 O.R. (3d) 774

- 16 J.P.M. did not participate before the Court of Appeal because the charge against him was stayed after R.J.S.'s acquittal. Carthy J.A. for the court noted, and counsel were agreed, that the change in J.P.M.'s status could not affect the issues on appeal. Carthy J.A. also noted that, although proper notices were not given to the Attorneys General, s. 5 of the *Canada Evidence Act* was at issue before him since the trial judge's decision failed to give effect to the language of that provision. In light of his *Charter* conclusions, however, Carthy J.A. did not regard the failure to give notice as important.

- 17 Carthy J.A. first reviewed the decisions of this Court in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, and *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. He stated that s. 7 of the *Charter* recognizes residual rights not recognized in either s. 11 or s. 13, but he said that such rights are not "absolute" and that "a balancing of interests is required" to determine their extent. In this regard, he contrasted the criminal trial setting to the investigatory setting.

- 18 Carthy J.A. noted that "[t]he right of an accused to remain silent at his or her trial has long existed side by side with the compellability of a witness who has been charged with the same offence but who will be tried separately" (p. 779). He indicated

nom. R. c. Devasagayam), et des affaires qui y étaient citées, et il a conclu qu'il était à la fois lié et persuadé par la logique de cette décision. Le juge Bovard a conclu qu'il serait contraire à l'art. 7 de la *Charte* de contraindre J.P.M. à témoigner. Il a annulé le subpoena et, par la suite, acquitté R.J.S. après que le ministère public eut reconnu qu'il n'était pas en mesure, en l'espèce, de satisfaire à la norme de preuve applicable en matière criminelle.

Cour d'appel de l'Ontario (1993), 12 O.R. (3d) 774

J.P.M. n'a pas pris part aux procédures devant la Cour d'appel en raison de la suspension de l'accusation portée contre lui après l'acquiescement de R.J.S. Le juge Carthy, au nom de la cour, a souligné, ce avec quoi les avocats étaient d'accord, que le changement dans la situation de J.P.M. n'était pas susceptible d'influer sur les questions en appel. Le juge Carthy a aussi fait remarquer que, même si les procureurs généraux n'avaient pas reçu les avis nécessaires, il était saisi de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* puisque le juge du procès ne l'avait pas appliqué dans sa décision. Cependant, compte tenu de ses conclusions fondées sur la *Charte*, le juge Carthy n'a pas considéré comme importante l'omission de donner avis.

Le juge Carthy a tout d'abord examiné les arrêts de notre Cour *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, et *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. Il a affirmé que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît des droits résiduels qui ne sont reconnus ni à l'art. 11 ni à l'art. 13, mais il a précisé que ces droits ne sont pas [TRADUCTION] «absolus» et qu'une «évaluation des intérêts en présence est nécessaire» pour en déterminer l'étendue. Sur ce point, il a fait une comparaison entre le contexte d'un procès criminel et celui d'une enquête.

Le juge Carthy a affirmé que [TRADUCTION] «[l]e droit d'un accusé de garder le silence au cours de son procès coexiste depuis longtemps avec la contraignabilité d'un témoin qui a été accusé de la même infraction, mais qui sera jugé

that such compellability is the foundation for an accused person's ability to apply for a separate trial, which ability in part protects the accused's right to make full answer and defence, but which ability also ensures that justice will be done. Carthy J.A. reasoned that "attaining a true result on all the available evidence overshadows the marginal area of exposure of the witness that is not protected by s. 13 of the *Charter*" (p. 779).

Carthy J.A. also noted that an absolute right to silence could be manipulated by accused persons tried separately. He suggested that it would not be possible to distinguish between a subpoena issued by the Crown, and one issued by an accused person, for *Charter* purposes. He then noted two points made by counsel for R.J.S.: first, that a subpoena issued by an accused protects the right to make full answer and defence; second, that any right to silence must be protected at the moment of compulsion and not at a later trial.

According to Carthy J.A., the s. 7 structure proposed by counsel for R.J.S. would compel the court to uphold a subpoena issued on behalf of an accused, even though this would impose a breach of *Charter* rights upon a separately charged witness. Carthy J.A. suggested that, once a breach is imposed, only a stay or an assurance of immunity for the witness could remedy the breach. He held that this result "would clearly be an unacceptable consequence of any formula of fundamental justice and would encourage manipulation of the system by co-accuseds" (p. 780).

Carthy J.A. concluded by noting that a contrary result was reached in *Praisoody, supra*. However, he expressed "no view as to the correctness of that decision, depending as it does on a balancing in a different context than that of a trial" (p. 780), and instead expressed a preference for the result in *R. v. Morra* (1992), 11 O.R. (3d) 202 (Gen. Div.).

séparément» (p. 779). Il a indiqué que cette contraignabilité est à la base même de la capacité d'un accusé de demander un procès distinct, capacité qui protège en partie son droit à une défense pleine et entière, mais qui garantit également que justice sera faite. Le juge Carthy a estimé que [TRADUCTION] «l'atteinte d'un résultat véritable à partir de l'ensemble des éléments de preuve disponibles éclipse la zone marginale de ce à quoi s'expose le témoin, que ne protège pas l'art. 13 de la *Charte*» (p. 779).

Le juge Carthy a aussi fait remarquer que des accusés jugés séparément pourraient exploiter un droit absolu de garder le silence. Il a laissé entendre que, pour les fins de la *Charte*, il ne serait pas possible d'établir une distinction entre un subpoena délivré par le ministère public et un autre délivré pour le compte d'un accusé. Il a ensuite souligné deux remarques faites par l'avocat de R.J.S.: premièrement, un subpoena délivré pour le compte d'un accusé protège le droit à une défense pleine et entière; deuxièmement, le droit de garder le silence doit être protégé au moment où une contrainte est exercée et non lors d'un procès ultérieur.

Selon le juge Carthy, le régime de l'art. 7, tel qu'interprété par l'avocat de R.J.S., obligerait le tribunal à confirmer un subpoena délivré pour le compte d'un accusé, même si cela entraînait une atteinte aux droits garantis par la *Charte* à un témoin accusé séparément. Le juge Carthy a laissé entendre que seul un sursis ou une garantie d'immunité pour le témoin pourrait remédier à une telle atteinte, le cas échéant. Il a conclu que ce résultat [TRADUCTION] «serait clairement une conséquence inacceptable de toute formule de justice fondamentale et encouragerait l'exploitation du système par des coaccusés» (p. 780).

En conclusion, le juge Carthy a fait remarquer que, dans l'affaire *Praisoody*, précitée, on est arrivé à un résultat contraire. Cependant, il n'a exprimé [TRADUCTION] «aucune opinion sur la justesse de cette décision, puisqu'elle repose sur une évaluation dans un contexte différent d'un procès» (p. 780), et il a plutôt exprimé une préférence pour le résultat obtenu dans l'affaire *R. c. Morra* (1992), 11 O.R. (3d) 202 (Div. gén.).

19

20

21

22 Carthy J.A. allowed the Crown's appeal and ordered a new trial.

IV. Issues

23 The appellant's notice of appeal to this Court states a question of law comparable to the narrow question posed at the outset. Therefore, only one question is squarely before this Court, and it can be stated in the following general terms:

Is a person separately charged with an offence compellable as a witness in the criminal trial of another person charged with that same offence, or would compellability in this context violate s. 7 of the *Charter*?

24 In answering this general question, regard will be had to the following constitutional questions stated on July 19, 1993:

1. [Does] s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, infringe[] s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law, and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

25 In passing, however, I note that the parties contest two additional points which are necessarily incidental to the larger questions of law stated above. First, the Crown asks whether it is proper for R.J.S. to raise a right to silence or testimonial privilege which is personal to the witness J.P.M., as a ground of appeal. Second, R.J.S. asks whether it was appropriate for the Court of Appeal to order a new trial since the Crown chose not to call the property officer. I will return to these subsidiary issues at the end of these reasons.

V. Analysis

A. *Introduction*

26 The appellant's contention is that s. 7 of the *Charter* operates to prevent J.P.M. from being compelled as a witness in the appellant's criminal

Le juge Carthy a accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

IV. Les questions en litige

Dans l'avis d'appel devant notre Cour, l'appellant énonce une question de droit semblable à la question précise formulée au début. En conséquence, notre Cour se trouve saisie d'une seule question que l'on peut formuler dans les termes généraux suivants:

Une personne accusée séparément d'une infraction est-elle un témoin contraignable au procès criminel d'une autre personne accusée de la même infraction, ou la contraignabilité dans ce contexte violerait-elle l'art. 7 de la *Charte*?

Pour répondre à cette question générale, il nous faudra examiner les questions constitutionnelles suivantes formulées le 19 juillet 1993:

1. L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse est affirmative, s'agit-il d'une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer, conformément à l'article premier de la *Charte*?

Toutefois, je souligne, en passant, que les parties contestent deux points additionnels que soulèvent nécessairement les grandes questions de droit que je viens de formuler. Premièrement, le ministère public demande s'il convient que R.J.S. soulève comme motif d'appel un droit de garder le silence ou privilège du témoin qui est propre à J.P.M. Deuxièmement, R.J.S. demande s'il convenait que la Cour d'appel ordonne un nouveau procès puisque le ministère public avait choisi de ne pas assigner l'agent responsable des biens. J'examinerai ces questions subsidiaires à la fin des présents motifs.

V. Analyse

A. *Introduction*

L'appelant, soutient que l'art. 7 de la *Charte* a pour effet d'empêcher J.P.M. d'être contraint à témoigner au procès criminel de l'appelant. Bien

trial. Although other sections of the *Charter* are invoked to support this contention, especially ss. 11(c) and 13, it is not suggested that these other sections have any direct role to play in precluding compellability *per se*. In other words, if the *Charter* is to keep J.P.M. off the stand, it will only be because of s. 7.

Section 7 establishes that “[e]veryone 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”. An analysis under this provision can logically proceed in stages. First, it can be determined whether there exists a real or imminent deprivation of an interest or interests recognized in the section. Second, the relevant principles of fundamental justice can be isolated, and the deprivation can be measured against these principles to determine whether s. 7 has been infringed. I will consider each stage in turn.

Before doing so, however, it may be helpful to state my eventual conclusions up front. In particular, I will note immediately below that a statutory compulsion to testify engages the liberty interest of s. 7. However, I will proceed to suggest that the liberty interest is affected in accordance with the principles of fundamental justice. In this case, no principle of fundamental justice demands that J.P.M. should have a right to silence or a privilege against self-incrimination. That is, J.P.M. is properly compellable on the facts. Fundamental justice is satisfied because neither J.P.M.’s testimony, nor a limited class of evidence derived from his testimony, can be later used to incriminate him in other proceedings (save for proceedings in respect of perjury or for the giving of contradictory evidence).

These are conclusions which can and will, no doubt, be criticized because the issues involved are difficult and on which reasonable persons will differ. Indeed, if an unrestricted policy choice were available to design a system capable of protecting

que d’autres dispositions de la *Charte*, plus particulièrement l’al. 11c) et l’art. 13, soient invoquées à l’appui de cet argument, on n’affirme pas pour autant que ces dispositions ont directement pour effet d’empêcher la contraignabilité elle-même d’un témoin. En d’autres termes, c’est seulement l’art. 7 de la *Charte* qui pourrait empêcher J.P.M. d’être assigné à témoigner.

L’article 7 prévoit que «[c]haque un a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne», et qu’il «ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale». Une analyse fondée sur cette disposition peut logiquement se faire par étapes. Premièrement, on peut déterminer s’il existe une atteinte réelle ou imminente à un droit garanti dans cette disposition. Deuxièmement, on peut examiner séparément les principes pertinents de justice fondamentale et évaluer l’atteinte en fonction de ces principes de façon à déterminer s’il y a eu violation de l’art. 7. Je vais examiner chaque étape à tour de rôle.

Avant de le faire, toutefois, il peut être utile de formuler dès maintenant les conclusions que je vais tirer en fin de compte. Dans les paragraphes qui suivent, je ferai tout particulièrement ressortir qu’une contrainte à témoigner, prévue par la loi, fait intervenir le droit à la liberté que garantit l’art. 7. Cependant, je préciserai que l’atteinte à ce droit est conforme aux principes de justice fondamentale. En l’espèce, il n’existe aucun principe de justice fondamentale qui exige que J.P.M. bénéficie du droit de garder silence ou du privilège de ne pas s’incriminer. Autrement dit, J.P.M. est un témoin contraignable à juste titre, d’après les faits. La justice fondamentale est respectée parce que ni le témoignage de J.P.M., ni une catégorie limitée d’éléments de preuve dérivés de ce témoignage ne peuvent être utilisés ultérieurement pour l’incriminer dans d’autres procédures (sauf dans des poursuites pour parjure ou pour témoignage contradictoire).

Ce sont là des conclusions qui pourront et seront certainement critiquées parce que les questions soulevées sont difficiles et suscitent chez des personnes raisonnables, des divergences d’opinions. En fait, s’il existait un choix de principe illimité

27

28

29

Canadians against self-incrimination, one might design a system different from the one reflected in my conclusions; then again, one might not. However, as I will proceed to explain, I believe that a particular system of protection was consciously selected by those who framed the *Charter*. While I will repeatedly acknowledge other theoretical approaches to self-incrimination in these reasons, and while many such approaches are sustainable, it is my opinion that, at the end of the day, only one such approach finds favour in the language and structure of the *Charter*.

B. *The Liberty Interest*

30 Section 7 of the *Charter* is engaged by deprivations in respect of life, liberty, or security of the person. To date, this Court has recognized that an interest is subject to deprivation, in this context, if there is either an immediate or imminent threat to the interest, and, in this appeal, the interest at stake is liberty. For example, both imprisonment and an imminent threat of imprisonment constitute deprivations of the liberty interest: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, and *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

31 With respect to the concept of liberty, it is germane to observe that the liberty interest may be engaged although there is no coincident deprivation in respect of the other s. 7 interests, life or security of the person: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. Moreover, I observe that not every restriction on absolute freedom constitutes a deprivation of liberty for s. 7: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 524 (*per* Wilson J.), and *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 785-86 (*per* Dickson C.J.).

32 It is in this context that the compulsion to speak must be considered. In *Thomson Newspapers*, *supra*, where this context was recognized, a majority of this Court held that such compulsion somehow engages the liberty interest. I use the word

pour concevoir un régime susceptible de protéger les Canadiens contre l'auto-incrimination, on pourrait, mais encore là pas nécessairement, concevoir un régime différent de celui qui se dégage de mes conclusions. Cependant, comme je vais l'expliquer, je crois que les auteurs de la *Charte* ont consciemment choisi un régime particulier de protection. Même si, dans les présents motifs, je reconnaitrai à maintes reprises l'existence d'autres façons théoriques d'aborder l'auto-incrimination et même si un bon nombre d'entre elles sont défendables, j'estime qu'il n'y en a qu'une seule qui, en dernière analyse, mérite d'être retenue compte tenu du texte et de l'économie de la *Charte*.

B. *Le droit à la liberté*

L'article 7 de la *Charte* s'applique lorsqu'il y a atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Jusqu'à maintenant, notre Cour a reconnu que, dans ce contexte, il y a atteinte à un droit s'il existe un risque immédiat ou imminent d'atteinte au droit en question; dans le présent pourvoi, le droit en jeu est celui à la liberté. Par exemple, l'emprisonnement et le risque imminent d'emprisonnement constituent des atteintes au droit à la liberté: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, et *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

En ce qui concerne le concept de la liberté, il convient de faire remarquer que le droit à la liberté entre en jeu même s'il n'y a pas d'atteinte simultanée aux autres droits garantis par l'art. 7, la vie ou la sécurité de la personne: *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177. De plus, je tiens à préciser que ce ne sont pas toutes les restrictions apportées à une liberté absolue qui constituent une atteinte à la liberté aux fins de l'art. 7: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 524 (le juge Wilson), et *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 785 et 786 (le juge en chef Dickson).

C'est dans ce contexte qu'il faut examiner la contrainte à parler. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, où on a reconnu l'existence de ce contexte, notre Cour à la majorité a statué que cette contrainte fait intervenir en quelque sorte le droit à

“somehow” advisedly in the last sentence, since I believe the exact manner of its engagement was left unclear by *Thomson Newspapers*. As an initial task, therefore, I believe it is necessary to comment upon the relationship between the liberty interest and the compellability of a witness.

The provision challenged in *Thomson Newspapers* was s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, which established, in part, the authority to compel testimony from “any person resident or present in Canada”. That is, the appellants in *Thomson Newspapers* challenged a subpoena power. Like an ordinary subpoena power, the power invested in the Restrictive Trade Practices Commission was associated with the Commission’s ability to enforce statutory compliance using “all powers that are exercised by any superior court in Canada for the enforcement of subpoenas to witnesses or punishment of disobedience thereof”: s. 17(1). In other words, the constitutional challenge mounted in *Thomson Newspapers* was directed toward a subpoena power enforceable by contempt proceedings.

Five members of this Court heard the appeal in *Thomson Newspapers*, and each wrote separate reasons. Of these five, four held that s. 17 of the *Combines Investigation Act* engaged the liberty interest, but these four split evenly on the question whether the subpoena power infringed fundamental justice. The fifth, Lamer J. (as he then was), reasoned that it was not appropriate to focus on the subpoena power at the expense of a direct constitutional challenge to s. 20(2) of the *Combines Investigation Act*. That provision, like s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*, is silent on the question whether a person can be compelled to speak. It is a provision concerned only with the kind of speech which may be compelled.

la liberté. J'utilise délibérément l'expression «en quelque sorte» puisque je crois que l'arrêt *Thomson Newspapers* n'établit pas clairement comment cela se produit exactement. En conséquence, je juge nécessaire de commenter, tout d'abord, le rapport qui existe entre le droit à la liberté et la contraignabilité d'un témoin.

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, la disposition contestée était l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, qui établissait notamment le pouvoir de contraindre à témoigner «toute personne résidant ou présente au Canada». Autrement dit, les appelants, dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, contestaient un pouvoir d'assigner à témoigner. Comme dans le cas du pouvoir ordinaire d'assignation à témoigner, le pouvoir de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce était associé à sa capacité d'assurer le respect de la loi au moyen des «pleins pouvoirs exercés par toute cour supérieure au Canada quant à l'exécution des brefs d'assignation ou à la punition en cas de défaut de s'y conformer»: par. 17(1). En d'autres termes, la contestation constitutionnelle dont il était question dans l'arrêt *Thomson Newspapers* visait un pouvoir d'assigner à témoigner pouvant être mis à exécution au moyen de procédures en matière d'outrage au tribunal.

Le pourvoi *Thomson Newspapers* a été entendu par cinq membres de notre Cour qui ont tous rédigé des motifs distincts. Quatre d'entre eux ont conclu que l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* faisait intervenir le droit à la liberté, tout en étant cependant partagés à deux contre deux sur la question de savoir si le pouvoir d'assignation était contraire à la justice fondamentale. Le cinquième, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) était d'avis qu'il ne convenait pas de se concentrer sur le pouvoir d'assignation au détriment d'une contestation directe de la constitutionnalité du par. 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. À l'instar du par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, cette disposition ne précise pas si une personne peut être contrainte à parler. Elle ne porte que sur le type de discours que l'on peut contraindre.

33

34

35

The distinction between a compulsion to speak, and a compulsion to speak in response to particular questions, was well drawn by Lamer J. He stated (at p. 443):

In this case, no one is suggesting that the contempt power or the *Criminal Code* offences for which a recalcitrant witness may be prosecuted offend the principles of fundamental justice. What can only be argued, irrespective of the parties' approach, is that s. 17 violates s. 7 of the *Charter* to the extent that it enables a Commissioner to punish for contempt a witness who refuses to give an answer to a question put to him, on the ground that it may tend to incriminate him. Section 17 empowers generally to punish for contempt witnesses who refuse to answer. That does not violate s. 7. It is s. 20, in fact the first few lines of s. 20(2) which takes away the common law right to refuse to give incriminatory answers, that brings the refusal to answer within contempt and that really triggers the violation. [Emphasis in original.]

It was this distinction which motivated Lamer J. to resolve the appeal in *Thomson Newspapers* without regard for the compellability issue. In the absence of a direct attack on s. 20(2) of the *Combines Investigation Act*, Lamer J. refused to be led "into inferentially pronouncing upon s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*", especially given that a challenge to s. 5(1) "would have attracted different interventions from the Attorneys General" (at p. 445).

36

Thus, the question which underlies the apparent disagreement in *Thomson Newspapers* asks whether the proper focus of attack in a case such as the present one is a subpoena power on the one hand, or s. 5 of the *Canada Evidence Act* on the other, the latter of which purports to abolish the common-law privilege against self-incrimination: see *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152, at p. 219, and *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 362. But does this question not promote a somewhat circular analysis? Perhaps it is not possible to determine the proper focus of attack before one determines how the

Le juge Lamer a bien établi la distinction qui existe entre la contrainte à parler et la contrainte à répondre à des questions particulières. Il précise (à la p. 443):

En l'espèce, personne ne laisse entendre que le pouvoir de condamner pour outrage ou les infractions définies au *Code criminel* en vertu desquelles un témoin récalcitrant peut faire l'objet de poursuites sont contraires aux principes de justice fondamentale. Quel que soit le point de vue adopté par les parties, on ne peut que faire valoir que l'art. 17 viole l'art. 7 de la *Charte* dans la mesure où il habilite un membre de la Commission à punir un témoin pour outrage au tribunal si ce témoin refuse de répondre à une question pour le motif que sa réponse peut tendre à l'incriminer. L'article 17 confère, de façon générale, le pouvoir de punir pour outrage le témoin qui refuse de répondre. Cela n'est pas contraire à l'art. 7. C'est l'art. 20, plus précisément les premières lignes du par. 20(2) qui suppriment le droit reconnu par la common law de refuser de donner des réponses incriminantes, qui fait du refus de répondre un outrage et qui provoque vraiment la violation. [Souligné dans l'original.]

C'est cette distinction qui a incité le juge Lamer à trancher l'affaire *Thomson Newspapers* sans égard à la question de la contraignabilité. En l'absence d'une contestation directe du par. 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, le juge Lamer a refusé d'être amené «à rendre une décision implicite au sujet du par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*», étant donné, particulièrement, qu'une contestation du par. 5(1) «aurait provoqué des interventions différentes de la part des procureurs généraux» (p. 445).

Ainsi, la question à l'origine du désaccord apparent, dans *Thomson Newspapers*, est de savoir si, dans un cas comme la présente affaire, la contestation vise, d'une part, un pouvoir d'assignation ou, d'autre part, l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui est censé abolir le privilège de ne pas s'incriminer, reconnu en common law: voir les arrêts *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, à la p. 219, et *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 362. Cependant, cette question ne favorise-t-elle pas une analyse quelque peu tautologique? Peut-être est-il impossible de déterminer la cible réelle de la con-

Charter will respond to problems of compelled speech.

On the one hand, a witness who claims a complete right to silence might legitimately challenge a subpoena power. In effect, such a witness denies the very essence of a subpoena, namely, the direction that a person can “be examined upon oath”: *Combines Investigation Act*, s. 17(1). On the other hand, if the *Charter* protects the witness using any mechanism short of an absolute right to silence, then the focus logically shifts to whatever statutory authority compels the sworn witness to answer. Stated another way, the focus shifts from the fact of compelled speech, to the nature of compelled speech.

In *Thomson Newspapers*, *supra*, different *Charter* outcomes led naturally to different points of focus. Both Wilson and Sopinka JJ. held the state could not compel self-incriminatory speech in the circumstances there considered, such that s. 17 of the *Combines Investigation Act*, the subpoena power, was a proper and complete remedial target. Section 20(2), the abolition of the common-law privilege, although not irrelevant to their discussion, became irrelevant as a constitutional target once the power to compel testimony was rejected.

The opposite was true for L’Heureux-Dubé and La Forest JJ. In their reasons, the subpoena power targeted by the appellants prompted a primary rejection of an absolute right to silence, and a consequential analysis of the kind of speech which can be compelled from a witness who takes the stand. Although such a consequential analysis probably involved s. 20(2) of the *Combines Investigation Act* by necessary implication, in view of the conclusions L’Heureux-Dubé and La Forest JJ. reached about the propriety of provisions like s. 20(2), it was perhaps unnecessary for them to highlight its inferential role in their examination of the liberty interest.

testation avant d’établir comment la *Charte* répondra aux problèmes de discours forcé.

D’une part, un témoin qui réclame le droit absolu de garder le silence pourrait en toute légitimité contester un pouvoir d’assignation. En fait, un tel témoin se trouve à nier l’essence même d’un subpoena, soit l’ordre qu’une personne soit «interrogée sous serment»: par. 17(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. D’autre part, si la *Charte* protège le témoin au moyen d’un mécanisme autre que le droit absolu de garder le silence, alors l’attention porte logiquement sur quelque pouvoir légal de forcer le témoin assermenté à répondre. En d’autres termes, l’attention porte non plus sur le fait que le discours soit forcé, mais sur la nature de ce discours forcé.

Dans l’arrêt *Thomson Newspapers*, précité, des résultats différents fondés sur la *Charte* ont naturellement abouti à des centres d’attention différents. Les juges Wilson et Sopinka ont tous deux statué que l’État ne pouvait forcer quelqu’un à s’incriminer dans les circonstances de cette affaire, de sorte que l’art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, le pouvoir d’assignation, constituait une cible appropriée et complète en matière de redressement. Le paragraphe 20(2), qui abolissait le privilège de common law, quoique pertinent pour les fins de leur analyse, est devenu non pertinent comme cible constitutionnelle, une fois que le pouvoir de forcer à témoigner eut été rejeté.

Les juges L’Heureux-Dubé et La Forest étaient d’avis contraire. Dans leurs motifs, le pouvoir d’assignation contesté par les appelants a provoqué, dans un premier temps, le rejet d’un droit absolu de garder le silence et, dans un deuxième temps, une analyse du genre de discours auquel un témoin au procès peut être contraint. Même s’il est probable que cette analyse, par déduction nécessaire, visait le par. 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, il n’était peut-être pas nécessaire pour les juges L’Heureux-Dubé et La Forest, étant donné leurs conclusions sur sa validité, de faire ressortir le rôle indirect du par. 20(2) dans l’examen qu’ils ont fait du droit à la liberté.

37

38

39

40 Finally, Lamer J. objected to the structure of the appeal in *Thomson Newspapers*, but did not otherwise finally pronounce upon the proper target of a s. 7 challenge. Although he indicated that s. 20(2) should have been challenged, this position was premised upon the assumption "that it is and has long been in Canada a principle of fundamental justice that a witness may refuse to give an incriminating answer" (p. 442). If a different assumption had been made, namely, that a principle of fundamental justice suggests that there is an absolute right to silence, then s. 20(2) might naturally have been relevant for him in remedial terms. I reiterate that Lamer J. concerned himself with the structure of the appeal in *Thomson Newspapers*. He voiced his concern by making the first assumption noted above, but in no way precluded himself from adopting the latter.

41 All of which is to say that, in my view, a case which broadly asks questions about witness compellability tends to involve an encroachment upon liberty which is initially defined by a subpoena power, and which may be further defined by a provision like s. 5 of the *Canada Evidence Act*, but this further definition depends upon one's ultimate *Charter* conclusions. In view of the opinion I will ultimately render, I believe that s. 5 of the *Canada Evidence Act* is the more important focus in respect of the liberty-interest deprivation in this appeal, and it is that provision which is the subject of the constitutional questions dated July 19, 1993. Although no constitutional question has been stated in respect of the subpoena power, I regard that deficiency as of purely academic interest, first, because of the view I ultimately take of the case, and, second, because this appeal was heard along with *British Columbia Securities Commission v. Branch*.^{*} *Branch* involves a direct challenge to a subpoena power. By consolidating these appeals,

^{*} Judgment rendered on April 13, 1995.

Enfin, le juge Lamer s'est opposé à la structure du pourvoi dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, mais ne s'est finalement pas prononcé sur l'objet approprié d'une contestation fondée sur l'art. 7. Bien qu'il ait indiqué que c'est le par. 20(2) qui aurait dû être contesté, ce point de vue était fondé sur l'hypothèse selon laquelle «il est un principe de justice fondamentale accepté depuis longtemps au Canada qu'un témoin puisse refuser de donner une réponse incriminante» (p. 442). Si une hypothèse différente avait été formulée, savoir qu'un principe de justice fondamentale établit un droit absolu de garder le silence, alors le par. 20(2) aurait naturellement pu être pertinent pour lui sur le plan du redressement à accorder. Je répète que c'est la structure du pourvoi qui préoccupait le juge Lamer dans l'affaire *Thomson Newspapers*. Il a exprimé sa préoccupation en formulant la première hypothèse susmentionnée, mais il ne s'est aucunement empêché d'adopter la deuxième.

Tout ceci pour dire que, selon moi, une affaire qui soulève de façon générale des questions sur la contraignabilité des témoins tend à comporter une atteinte à la liberté qui est d'abord définie par un pouvoir d'assignation, mais qui pourrait l'être davantage par une disposition comme l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, quoique cette autre définition dépende des conclusions ultimes fondées sur la *Charte*. Compte tenu de l'opinion que j'exprimerai en fin de compte, je crois que l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* est, en l'espèce, le point de convergence le plus important pour ce qui est de l'atteinte au droit à la liberté, et c'est cette disposition qui fait l'objet des questions constitutionnelles formulées le 19 juillet 1993. Bien qu'aucune question constitutionnelle n'ait été formulée relativement au pouvoir d'assignation, j'estime que c'est une lacune qui présente un intérêt purement théorique, premièrement, à cause de ma perception ultime de l'affaire et, deuxièmement, parce que le présent pourvoi a été entendu en même temps que le pourvoi *British Columbia Securities Commission c. Branch*^{*}, où il est question d'une contestation directe d'un pouvoir d'assignation. En réunissant ces pourvois, on a donné

^{*} Jugement rendu le 13 avril 1995.

sufficient notice was given to the Attorneys General regarding the kinds of provisions in jeopardy.

To conclude, I reiterate that *Thomson Newspapers, supra*, is authority for the proposition that a statutory compulsion to testify constitutes a deprivation of liberty. *Thomson Newspapers* in no way precludes the further refinement of this liberty-interest holding to embrace the concern articulated by Lamer J. in that case. A deprivation of liberty may arise by virtue of a compulsion to speak *per se*, but that deprivation may be particularized if one's approach to the *Charter* requires one to reach conclusions regarding the kind of speech which is compelled.

I note that if one particularizes the liberty-interest deprivation to include an analysis of the character of compelled speech, this refinement in no way changes the temporal focus of s. 7. If one examines the self-incriminatory character of speech, then one's attention is naturally drawn to the prospect of subsequent prosecution. However, this does not mean that the liberty interest is engaged in relation to that prospect. As A. W. Mewett has stated in "The Right to Silence" (1990), 32 *Crim. L.Q.* 273, at p. 274, "if it is true that being under compulsion to obey a subpoena is a deprivation of liberty, then the time to consider fundamental justice is at the time of the compulsion, not later when it may be too late". In other words, the encroachment upon liberty is complete at the moment of compelled speech, regardless of its character. D. Stratas, in *The Charter of Rights in Litigation* (1990), vol. I, has noted that an uncertainty which currently exists is "just how immediate a threatened deprivation of liberty must be" (p. 17-2.1). Inasmuch as a statutory compulsion to give oral testimony engages the liberty interest, it is unnecessary to resolve this uncertainty today. When J.P.M. challenged the subpoena in this case, he faced an imminent deprivation of liberty.

aux procureurs généraux un avis suffisant concernant les types de dispositions compromises.

Pour conclure, je répète que l'arrêt *Thomson Newspapers* permet d'affirmer qu'une contrainte légale à témoigner constitue une atteinte à la liberté. Cet arrêt n'empêche aucunement de préciser davantage cette conclusion à l'existence d'un droit à la liberté de façon à inclure la préoccupation qu'y exprime le juge Lamer. L'atteinte à la liberté peut découler de la contrainte à parler en soi, mais cette atteinte peut être précisée si la façon d'aborder la *Charte* exige que l'on tire des conclusions sur la nature du discours forcé.

Si l'on précise l'atteinte au droit à la liberté de façon à inclure une analyse de la nature du discours forcé, cette précision ne change rien à l'élément temporel de l'art. 7. Si on examine la nature auto-incriminante du discours, alors on s'intéresse naturellement à la perspective de poursuites subséquentes. Cependant, cela ne signifie pas que le droit à la liberté entre en jeu relativement à cette perspective. Comme l'affirme A. W. Mewett dans «The Right to Silence» (1990), 32 *Crim. L.Q.* 273, à la p. 274: [TRADUCTION] «s'il est exact que le fait d'être contraint d'obtempérer à une assignation constitue une atteinte à la liberté, alors le moment par rapport auquel il faut tenir compte de la justice fondamentale est celui où la contrainte est exercée, et non plus tard lorsqu'il pourrait être trop tard». En d'autres termes, l'atteinte à la liberté est complète au moment du discours forcé, quelle qu'en soit la nature. Dans son ouvrage intitulé *The Charter of Rights in Litigation* (1990), vol. I, D. Stratas fait remarquer qu'il existe actuellement une incertitude [TRADUCTION] «quant à savoir jusqu'à quel point la menace d'atteinte à la liberté doit être immédiate» (p. 17-2.1). Dans la mesure où une contrainte légale de témoigner oralement fait intervenir le droit à la liberté, il n'est pas nécessaire de dissiper cette incertitude aujourd'hui. Lorsque J.P.M. a contesté le subpoena en l'espèce, il était exposé à une atteinte imminente à sa liberté.

42

43

C. *The Principles of Fundamental Justice*

1. Introduction

44 The rights listed in s. 7 of the *Charter* are not guaranteed at large. Although J.P.M.'s liberty interest is engaged by the fact of testimonial compulsion, it does not follow that s. 7 will provide relief. J.P.M. cannot claim an abstract right to liberty. He can only demand that a deprivation of his liberty take place in accordance with the principles of fundamental justice. As Lamer J. stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, the principles of fundamental justice "set the parameters of that right" (p. 512).

45 In the discussion to follow, I will conclude that the principle of fundamental justice which is operative in the present appeal is the principle against self-incrimination. It is against this principle that the fact of testimonial compulsion must be measured. In reaching this conclusion, I acknowledge that I will largely follow the course already charted by Lamer C.J. in *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, and *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229.

46 In *Jones*, Lamer C.J. dissented on the question whether dangerous offender proceedings serve to "incriminate" further a person who has already been convicted of an offence. I regard his dissent as limited to that issue, such that his discussion of self-incrimination otherwise generally reflects Canadian law. In particular, I note that Lamer C.J. in *Jones* reviewed disparate jurisprudential topics and concluded that "the principle against self-incrimination is a principle of fundamental justice and this Court has, at least implicitly, recognized its status as such" (p. 257). To this point I would merely add that the Chief Justice's majority opinion in *P. (M.B.)*, *supra*, discusses a point of criminal procedure not considered in *Jones*, and gives explicit recognition to the principle against self-incrimination (p. 577).

C. *Les principes de justice fondamentale*

1. Introduction

Les droits énumérés à l'art. 7 de la *Charte* ne sont pas garantis de façon générale. Bien que la contrainte à témoigner fasse intervenir le droit à la liberté de J.P.M., il ne s'ensuit pas que l'art. 7 offrira un redressement. J.P.M. ne peut revendiquer un droit abstrait à la liberté. Il peut seulement exiger qu'une atteinte à sa liberté soit conforme aux principes de justice fondamentale. Comme l'affirme le juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité; les principes de justice fondamentale ont comme rôle «d'établir les paramètres de ce droit» (p. 512).

Dans l'analyse qui suit, j'arrive à la conclusion que le principe de justice fondamentale qui s'applique en l'espèce est le principe interdisant l'auto-incrimination. C'est par rapport à ce principe que la contrainte à témoigner doit être évaluée. Pour arriver à cette conclusion, je reconnais que je vais suivre en grande partie la voie déjà tracée par le juge en chef Lamer dans les arrêts *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, et *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229.

Dans l'arrêt *Jones*, le juge en chef Lamer était dissident sur la question de savoir si les procédures visant à déterminer si un contrevenant est dangereux servaient à «incriminer» davantage une personne déjà déclarée coupable d'une infraction. Je considère que sa dissidence se limitait à cette question de sorte que son analyse de l'auto-incrimination traduit généralement l'état du droit canadien. Je souligne en particulier que, dans l'arrêt *Jones*, le juge en chef Lamer a examiné une jurisprudence disparate et a conclu que «le principe interdisant l'auto-incrimination est un principe de justice fondamentale et que notre Cour l'a, implicitement du moins, reconnu comme tel» (p. 257). À ce stade, j'ajouterais simplement que, dans l'arrêt *P. (M.B.)*, précité, le Juge en chef analyse, au nom de la Cour à la majorité, un point de procédure criminelle non examiné dans *Jones*, et qu'il reconnaît explicitement le principe interdisant l'auto-incrimination (p. 577).

Thus, I acknowledge that *P. (M.B.)* and *Jones* have, so to speak, cleared the path I will follow in these reasons. However, I do not believe it would be sufficient for me simply to cite those cases here and move on. In all of its aspects, this appeal is intimately associated with the idea of self-incrimination broadly conceived. Moreover, the various protections against self-incrimination promote troubling terminological confusion. Ratushny has stated:

The idea of the right against self-incrimination has been expressed in a variety of ways: "privilege against self-incrimination", "right to remain silent", "*nemo tenetur seipsum prodere*", "*nemo tenetur seipsum accusare*", "*nemo tenetur armare adversarum contra se*". More recently, the Canadian Bill of Rights adopted the term "self-crimination". No useful purpose is served in attempting to ascribe a precise meaning to one of the phrases in comparison to another. The scope of this inquiry will encompass all matters which could be said to be related to the concept of self-incrimination in its broadest sense so that all of these phrases are enveloped.

(*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), at p. 2.)

Like Ratushny, I must embark upon a discussion of various matters "which could be said to be related to the concept of self-incrimination in its broadest sense", and, in doing so, I wish to heed the admonition that one "bears a heavy responsibility to be as precise as possible" when one discusses self-incrimination: D. M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), at p. 539. To achieve both goals, I thus consider it advisable to discuss the principle against self-incrimination in general terms at the outset, notwithstanding the helpful direction of *P. (M.B.)*, *supra*, and *Jones*, *supra*.

To commence my analysis, however, I note that in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, Lamer J. set forth the guiding thought that "the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles, not only of our judicial process, but also of the other components of our legal system" (p. 512). Therefore, to explain why the

Ainsi, je reconnais que les arrêts *P. (M.B.)* et *Jones* ont, pour ainsi dire, ouvert la voie que je vais suivre dans les présents motifs. Cependant, je ne crois pas qu'il me suffit de les citer pour ensuite passer à autre chose. Le présent pourvoi est, à tous les points de vue, intimement lié à l'idée de l'auto-incrimination au sens large. Par ailleurs, les diverses garanties contre l'auto-incrimination suscitent une confusion terminologique troublante. Ratushny affirme:

[TRADUCTION] L'idée du droit de ne pas s'incriminer a été exprimée de diverses façons: «le privilège de ne pas s'incriminer», «le droit de garder le silence», «*nemo tenetur seipsum prodere*», «*nemo tenetur seipsum accusare*», «*nemo tenetur armare adversarum contra se*». Plus récemment, l'expression «protection contre son propre témoignage» a été adoptée dans la Déclaration canadienne des droits. Il serait inutile de tenter de définir précisément chacune de ces expressions les unes par rapport aux autres. La présente analyse portera sur toutes les questions dont on pourrait dire qu'elles sont liées au concept de l'auto-incrimination au sens le plus large de sorte que toutes les expressions citées seront visées.

(*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), à la p. 2.)

À l'instar de Ratushny, je dois entreprendre une analyse de diverses questions [TRADUCTION] «dont on pourrait dire qu'elles sont liées au concept de l'auto-incrimination au sens le plus large», et, ce faisant, je tiens à tenir compte de l'avertissement que l'on a [TRADUCTION] «la lourde responsabilité d'être aussi précis que possible» lorsqu'on parle d'auto-incrimination: D. M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), à la p. 539. Pour atteindre ces deux objectifs, je considère qu'il est souhaitable de traiter du principe interdisant l'auto-incrimination de manière générale au départ, malgré les directives utiles que l'on trouve dans les arrêts *P. (M.B.)* et *Jones*, précités.

Pour commencer mon analyse, je fais toutefois remarquer que, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, le juge Lamer exprime l'idée directrice que «les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système

principle against self-incrimination is a principle of fundamental justice, I should examine the basic tenets of our legal system. These tenets may be reflected in the common-law and statutory environment which exists outside of the *Charter*, they may be reflected in the specific and enumerated provisions of the *Charter*, or they may be more expansive than either of these: see *Hebert, supra*, at pp. 162-64. To begin my analysis, however, I think it will be sufficient for me to examine first self-incrimination protections apart from the *Charter* and then to turn my attention upon the *Charter* itself. Once that is done, I will be better placed to determine what the principle demands in respect of a statutory testimonial compulsion.

2. Protections Against Self-Incrimination Outside of the *Charter*

50

The protections against self-incrimination which exist apart from the *Charter* compose a topic of enormous scope. Indeed, before the *Charter* was proclaimed, at least one entire book investigated these protections: see Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, supra*. My goals are more modest, however, and the discussion to follow will embrace three subjects. First, I will review the history of the testimonial privileges. This review will canvass the common-law privilege against self-incrimination for witnesses, the common-law non-compellability of an accused person, and the status of these concepts in other jurisdictions and in pre-*Charter* Canada. Second, I will review the confessions rule with a view to determining the extent to which the confessions rule is relevant to a principle against self-incrimination. Finally, I will consider policy arguments which have been advanced to account for these protections.

(a) *The Testimonial Privileges*

51

I cannot begin to comment upon the testimonial privileges without confining the inquiry. As Professor Mewett has rightly admonished, “[p]erhaps no phrase is bandied about with more imprecision and with more unawareness of its legal and social

juridique» (p. 512). Je devrais donc examiner les préceptes fondamentaux de notre système juridique pour expliquer pourquoi le principe interdisant l’auto-incrimination est un principe de justice fondamentale. Ces préceptes peuvent se refléter dans la common law, dans des textes législatifs autres que la *Charte*, dans les dispositions précises et énumérées de la *Charte*, ou encore ils peuvent avoir une portée encore plus large que ceux-ci: voir l’arrêt *Hebert*, précité, aux pp. 162 à 164. J’estime cependant que, pour commencer, il suffit d’examiner d’abord les garanties contre l’auto-incrimination autres que la *Charte*, pour ensuite me concentrer sur la *Charte* elle-même. Une fois cela fait, je serai mieux placé pour déterminer ce qu’exige le principe relativement à une contrainte légale à témoigner.

2. Les garanties contre l’auto-incrimination autres que la *Charte*

La question des garanties contre l’auto-incrimination qui existent indépendamment de la *Charte* est un vaste sujet. En fait, avant la proclamation de la *Charte*, un livre entier au moins traitait de ces garanties: voir Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, op. cit.* Cependant, mes objectifs sont plus modestes et l’analyse qui suit portera sur trois sujets. Je ferai tout d’abord l’historique des privilèges du témoin. Cet examen portera sur le privilège de ne pas s’incriminer que la common law reconnaît au témoin, la non-contrainabilité d’un accusé en common law et la situation de ces concepts dans d’autres ressorts et au Canada avant l’adoption de la *Charte*. J’examinerai ensuite la règle des confessions en vue de déterminer dans quelle mesure cette règle est pertinente relativement au principe interdisant l’auto-incrimination. Enfin, j’analyserai les arguments de principe avancés à l’appui de ces garanties.

a) *Les privilèges du témoin*

Je ne puis entreprendre de commenter les privilèges du témoin sans délimiter mon examen. Comme le professeur Mewett nous en a averti à bon droit, [TRADUCTION] «[a]ucune expression n’est peut-être employée de façon plus imprécise

significance than the privilege against self-incrimination”: “Law Enforcement and the Conflict of Values” (1970), 12 *Crim. L.Q.* 179, at p. 186. The first point to note, therefore, is that I discuss here only the privileges against self-incrimination, and not, except by implication, the larger principle against self-incrimination which otherwise dominates my s. 7 investigation.

The privilege and the principle must be kept distinct. In *Thomson Newspapers*, *supra*, Sopinka J. stated that “[a] privilege is an exclusionary rule of evidence which is appropriately asserted in court” (p. 599); see also, *Hebert*, *supra*, at p. 195. In other words, a privilege is an evidentiary rule which operates in court to render otherwise relevant and probative evidence inadmissible, generally for policy reasons: see *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 288. The principle is something else. In *Jones*, *supra*, Lamer C.J. isolated the critical point when he stated: “The principle is a general organizing principle of criminal law from which particular rules can be derived. . . . The privilege is merely one rule that has been derived from the principle” (p. 249 (emphasis in original)).

I proceed, then, to consider only the common-law privilege against self-incrimination, along with its origins and modern status. As I will describe below, the privilege embraces two different yet related rules: first, the privilege of a witness not to answer questions which might tend to incriminate that witness; second, the non-compellability of an accused person.

To search for the origins of the privilege against self-incrimination is to embark upon a perilous journey. Dean Wigmore introduced the privilege’s “long story” by commenting upon the “complicated task” ahead of him, an understatement which should stand as a warning to those who lack Wigmore’s formidable expertise and skills: *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), §2250, at p. 269. It is a warning that I heed; even

et avec une plus grande ignorance de sa signification juridique et sociale que le privilège de ne pas s’incriminer»: «Law Enforcement and the Conflict of Values» (1970), 12 *Crim. L.Q.* 179, à la p. 186. En conséquence, je tiens tout d’abord à préciser que je n’examinerai ici que les privilèges de ne pas s’incriminer et non, sauf implicitement, le grand principe interdisant l’auto-incrimination qui domine par ailleurs mon examen de l’art. 7.

Il ne faut pas confondre privilège et principe. Dans l’arrêt *Thomson Newspapers*, précité, le juge Sopinka affirme qu’«[u]n privilège est une règle d’exclusion en matière de preuve que l’on peut à bon droit invoquer devant un tribunal» (p. 599); voir aussi l’arrêt *Hebert*, précité, à la p. 195. En d’autres termes, un privilège est une règle de preuve qui, devant un tribunal, a pour effet de rendre inadmissible, généralement pour des raisons de principe, une preuve par ailleurs pertinente et probante: voir l’arrêt *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, à la p. 288. Le principe est quelque chose de différent. Dans l’arrêt *Jones*, précité, le juge en chef Lamer a identifié le point crucial lorsqu’il a affirmé: «Le principe est un principe directeur général de droit criminel, dont il est possible de tirer des règles particulières [. . .] Le privilège n’est qu’une des règles tirées du principe» (p. 249 (souligné dans l’original)).

Je vais donc examiner seulement le privilège de common law de ne pas s’incriminer, de même que ses origines et sa situation actuelle. Comme je vais le décrire plus loin, ce privilège englobe deux règles différentes, quoique connexes: premièrement, le privilège d’un témoin de ne pas répondre à des questions susceptibles de l’incriminer; deuxièmement, la non-contrainabilité de l’accusé.

Il est périlleux de se lancer à la recherche des origines du privilège de ne pas s’incriminer. Le doyen Wigmore a présenté la [TRADUCTION] «longue histoire» du privilège en parlant de la «tâche complexe» qui l’attendait, un euphémisme qui devrait servir de mise en garde pour ceux qui n’ont ni l’expertise ni les compétences formidables de Wigmore: *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), §2250, à la p. 269. C’est

52

53

54

more, it is a warning which makes me wonder whether the historical journey is worth the price.

55 In *Thomson Newspapers*, Wilson J. relied upon Wigmore's analysis to suggest that the privilege against self-incrimination has its origins in "a revulsion against the practices of the courts of the Star Chamber and the High Commission in the seventeenth century" (p. 471). It is probably fair to state that this account rests upon an emotional touchstone of the common law, embracing as it does the facts of Lilburn's trial: *The Trial of John Lilburn and John Wharton, for Printing and Publishing Seditious Books* (1637), 3 How. State Tr. 1316. In Wigmore's account of that trial, Lilburn offers these stirring words (§2250, at p. 283):

I am not willing to answer you to any more of these questions, because I see you go about by this examination to ensnare me; for, seeing the things for which I am imprisoned cannot be proved against me, you will get other matter out of my examination; and therefore, if you will not ask me about the thing laid to my charge, I shall answer no more.

Wilson J. in *Thomson Newspapers*, again in reliance upon Wigmore, describes how Lilburn's objection was not aimed at the mere possibility of self-incriminatory speech, but rather at the lack of specificity in the indictment he faced. Wilson J. suggests, however, that "through the effluxion of time, the underlying rationale for the rights became blurred" (p. 471), such that a much broader privilege against self-incrimination was born.

56 In questioning whether this historical journey is worth its price, I do not in any way impugn the approach of Wigmore or of Wilson J. in *Thomson Newspapers*. Rather, I simply believe that an analysis of the privilege's origin is more amenable to an historical inquiry than to a legal one. In this regard, I note that there are at least three competing explanations for the development of the privilege against self-incrimination, one of which postulates that the privilege was available to witnesses

une mise en garde dont je tiens compte et qui m'incite même à me demander si ce périple historique en vaut la peine.

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, le juge Wilson s'est fondée sur l'analyse de Wigmore pour laisser entendre que le privilège de ne pas s'incriminer est né «de la répugnance suscitée par les pratiques des tribunaux de la Chambre Étoilée et de la *High Commission* au dix-septième siècle» (p. 471). Il est probablement juste de dire que l'analyse se fonde sur une étape émouvante de la common law qui comprend le procès de Lilburn: *The Trial of John Lilburn and John Wharton, for Printing and Publishing Seditious Books* (1637), 3 How. State Tr. 1316. Dans son compte rendu du procès, Wigmore rapporte ces propos poignants de Lilburn (§2250, à la p. 283):

[TRADUCTION] Je ne veux plus répondre à vos questions parce que je vois que vous voulez, par ce moyen, me prendre au piège; en effet, après avoir constaté qu'il est impossible de faire la preuve des actes pour lesquels je suis emprisonné, vous tirerez autre chose de mon interrogatoire; c'est pourquoi si vous ne m'interrogez pas au sujet de l'accusation qui pèse contre moi, je ne répondrai plus à vos questions.

Dans *Thomson Newspapers*, le juge Wilson affirme, toujours en se fondant sur Wigmore, que l'objection de Lilburn résultait non pas de la simple possibilité d'un discours auto-incriminant, mais plutôt du manque de précision de l'acte d'accusation déposé contre lui. Cependant, le juge Wilson affirme que «[l']écoulement du temps a toutefois estompé la justification fondamentale de ces droits» (p. 471), de sorte qu'il en est résulté un privilège beaucoup plus général de ne pas s'incriminer.

Lorsque je me demande si ce périple historique en vaut la peine, je ne conteste aucunement l'approche de Wigmore ou celle du juge Wilson dans *Thomson Newspapers*. J'estime plutôt qu'une analyse de l'origine du privilège se prête davantage à un examen historique qu'à un examen juridique. À cet égard, je souligne qu'il existe au moins trois explications différentes de l'évolution du privilège de ne pas s'incriminer, l'une étant que les témoins disposaient de ce privilège longtemps avant le pro-

long before Lilburn's trial: M. R. T. MacNair, "The Early Development of the Privilege against Self-Incrimination" (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 66. The point is this: as I will discuss in greater detail below, policy explanations for rules against self-incrimination have arisen largely as *ad hoc* developments in our law, and one should not be misled into adopting a policy explanation *in toto* simply because the explanation fits well with an emotional view of history which is not, itself, susceptible to final proof.

Therefore, the more useful investigation does not attempt to define the privilege against self-incrimination as a product of certain historical forces. Rather, it attempts only to define the rules which developed at common law, since rules can be known with some certainty. By adopting this approach, it becomes quickly apparent that the focus should be on that common-law rule which recognizes a privilege against self-incrimination for witnesses who are compelled to testify. *Lamb v. Munster* (1882), 10 Q.B.D. 110, at pp. 112-13, is a frequently cited authority for the common-law privilege:

[T]he privilege extends to protect a man from answering any question which "would in the opinion of the judge have a tendency to expose the witness, or the wife or husband of the witness, to any criminal charge". . . . The extent of the privilege is I think this: the man may say, "If you are going to bring a criminal charge, or if I have reason to think a criminal charge is going to be brought against me, I will hold my tongue. Prove what you can, but I am protected from furnishing evidence against myself out of my own mouth."

The privilege is a privilege not to give answers which tend to incriminate the witness. It is a dormant giant who can be awakened in proceedings which are not perceived to involve its express statutory abridgement: see, e.g., *Bell v. Klein*, [1954] 1 D.L.R. 225 (B.C.S.C.), and *Brown v. Hooper* (1885), 3 Man. R. 86 (Q.B.).

cès de Lilburn: M. R. T. MacNair, «The Early Development of the Privilege against Self-Incrimination» (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 66. Là où je veux en venir, c'est que, comme nous l'examinerons davantage plus loin, les explications de principe des règles interdisant l'auto-incrimination résultent en grande partie de l'évolution particulière de notre droit, et qu'on ne devrait pas être induit en erreur en adoptant une explication théorique globale pour la simple raison que cette explication s'harmonise bien avec une perception émotionnelle de l'histoire, dont on ne peut en fin de compte faire la preuve.

En conséquence, l'examen le plus utile ne tente pas de définir le privilège de ne pas s'incriminer comme le fruit de certaines forces historiques. Il tente plutôt de définir uniquement les règles établies en common law, puisque les règles peuvent être connues avec une certaine certitude. Si l'on adopte cette démarche, on s'aperçoit rapidement que l'accent devrait être mis sur la règle de common law qui reconnaît un privilège de ne pas s'incriminer aux personnes forcées de témoigner. La décision *Lamb c. Munster* (1882), 10 Q.B.D. 110, aux pp. 112 et 113, est fréquemment citée à l'appui du privilège de common law:

[TRADUCTION] [L]e privilège en cause va jusqu'à dispenser un témoin d'avoir à répondre à une question qui, «de l'avis du juge, tendrait à exposer ce témoin ou son conjoint à une accusation criminelle» [. . .] Voici, à mon avis, en quoi consiste le privilège en question: une personne peut dire: «Si vous allez porter une accusation criminelle, ou si j'ai des raisons de croire qu'une accusation criminelle sera portée contre moi, je tiendrai ma langue. Prouvez ce que vous pouvez, mais, quant à moi, je bénéficie d'une protection qui me dispense d'avoir à témoigner contre moi-même.»

Le privilège est celui du témoin de ne pas donner de réponse qui tende à l'incriminer. C'est un géant endormi qui peut être réveillé dans des procédures qui ne sont pas perçues comme mettant en cause sa limitation explicite par le législateur: voir, par exemple, *Bell c. Klein*, [1954] 1 D.L.R. 225 (C.S.C.-B.), et *Brown c. Hooper* (1885), 3 Man. R. 86 (B.R.).

58

Moreover, it is true that the common-law privilege did not simply protect a witness's testimony. Derivative evidence, that is, evidence which may come to light as a result of a compelled disclosure, was implicitly protected because a witness could claim the privilege not only in relation to facts which were directly incriminatory, but also in relation to so-called "clue facts". Wigmore defined a "clue fact" as being a fact "which increases the probability that a subordinate fact will be discovered and thus that an ultimate fact, and the crime, will be proved" (*supra*, §2260, at p. 371). Although his summary notes that some early cases rejected clue-fact protection, it also notes that most modern cases do not (p. 372).

59

For the witness, then, the privilege operated as a potentially broad protection which could be asserted on the stand. With respect to the accused person, however, the common law took a different approach. This is so because the accused had more than simply a right to refuse to give self-incriminatory answers. The accused could refuse testimony altogether. The accused's right was a right against compellability. To delve once more into legal history, it may be that the accused's non-compellability can be linked to the pre-17th century status of accused persons. At that time, an accused could not take an oath in the common-law courts because the oath was a decisive thing. The accused was to be tried by the oaths of the jurors, not by his own: Wigmore, *supra*, §2250, at p. 285.

60

Whatever its origin, however, non-compellability as an aspect of the privilege against self-incrimination appeared long ago as a judge-made rule. But this extension of the rule was far from dramatic. Ratushny, *supra*, has stated (at p. 173):

[I]n the second half of the seventeenth century, the rule came to be established, in judicial decisions, that a person could not be compelled to be a witness in his trial even where a proper accusation was present. The exact process by which this rule developed is difficult to pinpoint. However, the extension of the privilege would

De plus, il est vrai que le privilège de common law ne protégeait pas simplement les témoignages. La preuve dérivée, c'est-à-dire les éléments de preuve susceptibles d'être découverts par suite d'une divulgation forcée, était implicitement protégée parce qu'un témoin pouvait revendiquer le privilège non seulement relativement aux faits directement incriminants, mais aussi relativement aux prétendus [TRADUCTION] «indices». Selon Wigmore, un «indice» est un fait [TRADUCTION] «qui accroît les chances qu'un fait accessoire soit découvert et ainsi qu'un fait ultime et le crime soient prouvés» (*op. cit.*, §2260, à la p. 371). Dans son sommaire, Wigmore indique que cette protection des indices a été refusée dans certaines décisions antérieures, mais qu'elle est acceptée dans la plupart des décisions modernes (p. 372).

Alors, pour le témoin, le privilège offrait une protection potentiellement large qui pouvait être invoquée à la barre. Cependant, la common law a adopté, dans le cas de l'accusé, une approche différente du fait qu'il possédait plus que le simple droit de refuser de donner des réponses l'incriminant; il pouvait aussi refuser complètement de témoigner. Le droit de l'accusé était celui de ne pas être contraint à témoigner. Si l'on remonte de nouveau dans l'histoire du droit, il se peut que la non-contraignabilité de l'accusé se rattache au statut qu'il avait avant le XVII^e siècle. À cette époque, un accusé ne pouvait prêter serment devant les tribunaux de common law parce que le serment était déterminant. L'accusé était jugé sur la foi des serments des jurés et non de son propre serment: Wigmore, *op. cit.*, §2250, à la p. 285.

Cependant, quelle que soit son origine, la non-contraignabilité en tant qu'aspect du privilège de ne pas s'incriminer est apparue il y a longtemps comme règle de droit prétorien. Cependant, cet élargissement de la règle est loin d'avoir été dramatique. Ratushny, *op. cit.*, affirme (à la p. 173):

[TRADUCTION] [A]u cours de la seconde moitié du XVII^e siècle, les tribunaux en sont venus à établir comme règle, qu'une personne ne pouvait être forcée à témoigner au cours de son procès même dans le cas où une accusation en bonne et due forme avait été déposée. Il est difficile de déterminer exactement comment cette

not be difficult since it had little practical consequence for the accused. The accused was not *competent* as a witness until 1898. In other words, he needed no protection against being compelled to testify in the common law courts. He could not testify even if he wished to do so. [Emphasis in original.]

It is perhaps the interaction between the privilege against self-incrimination and the testimonial incompetence of accused persons in the common-law courts which led to the somewhat anomalous rule of non-compellability.

In particular, it is, at first blush, anomalous to equate a rule of non-compellability with a testimonial privilege, since a privilege by definition is an exclusionary rule ordinarily asserted on the stand. As Wigmore stated with regard to this problem, "the prosecution could nevertheless on principle have a right at least to *call [the accused] to be sworn* because, as with an ordinary witness, it could not be known beforehand whether he would exercise his privilege" (*supra*, §2268, at p. 406 (emphasis in original)). With rare exceptions (e.g., *R. v. Pantelidis*, [1943] 1 D.L.R. 569 (B.C.C.A.)), however, the accused's privilege against self-incrimination at common law has not required assertion by the accused. The privilege was embodied in the expanded rule of non-compellability.

To summarize briefly, I note that, in Canada, the privilege against self-incrimination at common law means only two things: the privilege claimable by a witness, and the non-compellability of an accused person. That is, the privilege is limited by its testimonial character. This was definitively established by *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, where it was argued that an accused's participation in a police line-up engaged the privilege. Dickson J. (as he then was) rejected the argument in these terms (at pp. 768-69):

règle a vu le jour. Cependant, l'élargissement du privilège n'a pas été difficile puisque cela entraînait peu de conséquences pratiques pour l'accusé. Ce dernier n'était pas *habile* à témoigner jusqu'en 1898. En d'autres termes, il n'avait pas besoin d'être protégé de la contrainte à témoigner devant les tribunaux de common law. Il ne pouvait témoigner même s'il le désirait. [En italique dans l'original.]

C'est peut-être l'interaction du privilège de ne pas s'incriminer et de l'inhabilité d'un accusé à témoigner devant les tribunaux de common law qui a abouti à cette règle quelque peu anormale de non-contraignabilité.

En particulier, il est à première vue anormal d'assimiler une règle de non-contraignabilité à un privilège du témoin puisqu'un privilège est par définition une règle d'exclusion qui est habituellement invoquée à la barre. Comme l'affirme Wigmore relativement à ce problème, [TRADUCTION] «la poursuite pouvait néanmoins en principe avoir au moins le droit de *demander l'assermentation [de l'accusé]* parce que, comme dans le cas d'un témoin ordinaire, il était impossible de savoir d'avance s'il allait exercer son privilège» (*op. cit.*, §2268, à la p. 406 (en italique dans l'original)). Cependant, sauf dans de rares cas (par exemple, *R. c. Pantelidis*, [1943] 1 D.L.R. 569 (C.A.C.-B.)), l'accusé n'avait pas à invoquer le privilège de common law de ne pas s'incriminer. Le privilège était compris dans la règle élargie de non-contraignabilité.

En résumé, je souligne qu'au Canada le privilège de ne pas s'incriminer reconnu par la common law signifie seulement deux choses: le privilège susceptible d'être invoqué par un témoin et la non-contraignabilité d'un accusé. Autrement dit, le privilège est restreint par sa nature testimoniale. C'est ce qu'a établi de façon définitive l'arrêt *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, dans lequel on soutenait que la participation d'un accusé à une séance d'identification de la police rendait le privilège applicable. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) rejette cet argument de la façon suivante (aux pp. 768 et 769):

61

62

The limit of the privilege against self-incrimination is clear. The privilege is the privilege of a witness not to answer a question which may incriminate him.

La limite du privilège contre l'auto-incrimination est claire. Le privilège est celui d'un témoin de ne pas répondre à une question qui peut l'incriminer.

As applied to witnesses generally, the privilege must be expressly claimed by the witness, when the question is put to him in the witness box. . . . As applied to an accused, the privilege is the right to stand mute. An accused cannot be asked, much less compelled, to enter the witness box or to answer incriminating questions. If he chooses to testify, the protective shield, of course, disappears. In short, the privilege extends to the accused *qua* witness and not *qua* accused, it is concerned with testimonial compulsion specifically and not with compulsion generally. . . .

Appliqué aux témoins en général, le privilège doit être expressément invoqué par le témoin lorsqu'il est à la barre et que la question lui est posée [. . .] Appliqué à un accusé, le privilège consiste dans le droit de s'abstenir de répondre. On ne peut demander à un accusé, encore moins l'obliger, de venir à la barre aux témoins ou de répondre à des questions incriminantes. S'il choisit de témoigner, il perd évidemment cette protection. En résumé, le privilège s'applique à l'accusé en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé; il s'applique particulièrement à la contrainte de témoigner et non pas à la contrainte en général . . .

This point has been reiterated on a number of occasions: e.g., *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 683 (*per* Lamer J.); *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 599 (*per* Sopinka J.); *Hebert*, *supra*, at pp. 173 (*per* McLachlin J.) and 195 (*per* Sopinka J.).

Cette remarque a été reprise plusieurs fois: par exemple, *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 683 (le juge Lamer); *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 599 (le juge Sopinka); *Hebert*, précité, aux pp. 173 (le juge McLachlin) et 195 (le juge Sopinka).

63 To state, however, that the common-law privilege against self-incrimination can be defined by two rules in Canada, is not to say that the Canadian position has been fully explored. Indeed, in order to understand the Canadian experience, it is essential for me to examine the statutory intervention which has affected these rules.

Cependant, affirmer que le privilège de common law de ne pas s'incriminer peut être défini par deux règles au Canada, ne revient pas à dire que la situation canadienne a été examinée complètement. En fait, pour comprendre l'expérience canadienne, il est essentiel d'examiner l'incidence de la loi sur ces règles.

64 In this regard, I first note that the non-compellability rule has been largely unaffected by history. This lack of interference has not been universal, inasmuch as there are instances of its statutory abridgement: e.g., *R. v. Fee* (1887), 13 O.R. 590 (Ch. Div.); see also S. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4th ed. 1993), vol. 2, at pp. 1343-44. However, abridgement has been rare, and, more to the point, the history of statutory interference with the witness's privilege saw the accused's privilege expressly affirmed by Parliament.

À ce propos, je note tout d'abord que l'histoire n'a pratiquement rien changé à la règle de non-contraignabilité. Cette absence d'intervention n'est pas universelle dans la mesure où il existe des cas où son application a été limitée par le législateur: par exemple, *R. c. Fee* (1887), 13 O.R. 590 (Ch. Div.); voir aussi S. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4^e éd. 1993), vol. 2, aux pp. 1343 et 1344. Cependant, l'application de la règle a rarement été limitée et, qui plus est, l'histoire des interventions législatives dans le privilège du témoin révèle que le privilège de l'accusé a été explicitement confirmé par le législateur.

65 To explain this last point, I cite (in part) the original forerunner of s. 5(1) of the *Canada Evi-*

Pour expliquer ce dernier point, je cite (en partie) le premier article de la lignée qui a abouti au

dence Act, namely, s. 4 of *The Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1893, c. 31. That provision read:

4. Every person charged with an offence, and the wife or husband, as the case may be, of the person so charged, shall be a competent witness, whether the person so charged is charged solely or jointly with any other person.

On its face, s. 4 purported to affect only the testimonial competence of accused persons. However, in *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255, this Court held that s. 4 rendered accused persons not only competent, but also compellable by the prosecution. In reaching this conclusion, the Court was influenced by the wording of an English statute, the *Criminal Evidence Act, 1898* (U.K.), 61 & 62 Vict., c. 36, s. 1, which made accused persons and spouses competent witnesses "for the defence". The Court considered the absence of these three words in the Canadian Act to be important. Notably, however, the brief threat to non-compellability posed by *Gosselin* was undone when these words were added by amendment a few years later: *An Act further to amend The Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1906, c. 10, s. 1. In the result, as Ratushny has obliquely noted, "the non-compellability of an accused was specifically adopted in Canada by the implied incorporation of a common law principle": E. Ratushny, "Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?" (1973), 19 *McGill L.J.* 1, at p. 30 (emphasis in original).

Thus, it can be properly said that pre-*Charter* Canada witnessed the retention of the common-law privilege against self-incrimination as it applied to accused persons. However, the same is not true of the witness's privilege since the *Canada Evidence Act*, quoted above, abolished this privilege in Canada in so far as it could (the effect was made largely complete by complementary provincial provisions): see *Di Iorio, supra*, and *Dubois, supra*. In its place, the Act afforded witnesses a limited form of immunity applicable not at the moment of compelled testimony, but rather in

par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, soit l'art. 4 de l'*Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1893, ch. 31. En voici le texte:

4. Toute personne accusée d'une infraction, ainsi que la femme ou le mari, selon le cas, de la personne accusée, sera compétente à rendre témoignage, que la personne ainsi accusée le soit seule ou conjointement avec quelque autre personne;

À première vue, l'art. 4 était censé toucher seulement l'habilité à témoigner des personnes accusées. Cependant, dans l'arrêt *Gosselin c. The King* (1903), 33 R.C.S. 255, notre Cour a statué que l'art. 4 rendait la personne accusée non seulement habile à témoigner, mais aussi contraignable par le poursuivant. Cette conclusion de notre Cour a été influencée par le texte d'une loi anglaise, l'art. 1 de la *Criminal Evidence Act, 1898* (R.-U.), 61 & 62 Vict., ch. 36, qui prévoyait que les accusés et leurs conjoints étaient habiles à témoigner [TRADUCTION] «pour la défense». Notre Cour a jugé importante l'absence de ces trois mots dans la loi canadienne. Soulignons cependant que la menace que l'arrêt *Gosselin* a brièvement fait peser sur la règle de la non-contraignabilité a été dissipée quand ces mots furent ajoutés par voie de modification, quelques années plus tard: *Acte modifiant de nouveau l'Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1906, ch. 10, art. 1. En définitive, comme Ratushny l'a indirectement fait remarquer, [TRADUCTION] «la non-contraignabilité d'un accusé a été *expressément* adoptée au Canada par l'incorporation *implicite* d'un principe de common law»: E. Ratushny, «Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?» (1973), 19 *McGill L.J.* 1, à la p. 30 (en italique dans l'original).

On peut donc affirmer qu'avant l'adoption de la *Charte* au Canada, on avait conservé le privilège de ne pas s'incriminer que la common law reconnaissait aux personnes accusées. Cependant, on ne peut en dire autant du privilège du témoin puisque la *Loi sur la preuve au Canada*, que j'ai citée plus haut, a aboli ce privilège au Canada dans la mesure où elle pouvait le faire (des dispositions complémentaires adoptées par les provinces en ont, en grande partie, complété l'effet): voir *Di Iorio* et *Dubois*, précités. Au lieu de ce privilège, la Loi offrait aux témoins une forme restreinte d'immu-

respect of subsequent proceedings. This approach survives in s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. Pursuant to s. 5(2), if protection is claimed by a witness, that witness's self-incriminatory answers cannot "be used or admissible in evidence against [the witness] in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury".

nité applicable non pas au moment du témoignage forcé, mais plutôt à l'égard de poursuites ultérieures. Cette approche est requise au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Conformément à cette disposition, si cette protection est réclamée par un témoin, les réponses auto-incriminantes de ce témoin «ne peu[vent] être invoquée[s] et [ne sont] pas admissible[s] en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure».

67 The Canadian approach can be contrasted to the approach of other systems. Most obviously, it can be contrasted to the constitutional status of the privilege against self-incrimination in the United States. In that country, the Fifth Amendment to the United States Constitution provides in part that "[n]o person . . . shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself". That language, as Wigmore has discussed in depth, "protects a witness as well as an accused party": *supra*, §2252, at p. 326. That is, in the United States, both the accused person and the witness benefit from a constitutionalized version of the common-law privilege against self-incrimination. It is this constitutional status which has driven the American experience with immunity statutes and the concepts of simple-use, derivative-use, and transactional immunity. These are matters which I will further address below.

On peut comparer l'approche canadienne et celle d'autres pays. De toute évidence, on peut la comparer au statut constitutionnel du privilège de ne pas s'incriminer aux États-Unis. Le Cinquième amendement de la Constitution américaine prévoit notamment que [TRADUCTION] «[n]ul ne se verra forcé de témoigner contre lui-même dans une affaire criminelle». Ce texte, selon l'examen approfondi qu'en fait Wigmore, [TRADUCTION] «protège autant le témoin que la personne accusée»: *op. cit.*, §2252, à la p. 326. En d'autres termes, aux États-Unis, tant un accusé qu'un témoin bénéficie d'une version constitutionnalisée du privilège de common law de ne pas s'incriminer. C'est ce statut constitutionnel qui est à l'origine de l'expérience américaine relative aux lois en matière d'immunité et aux concepts d'immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée, et d'immunité à l'égard d'une affaire donnée. J'examinerai davantage ces questions plus loin.

68 The Canadian approach can also be contrasted to the approach in England. In that country, there is no statutory abrogation of the common-law privilege comparable to s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. However, it does not follow that the common-law status of the testimonial privileges has persisted unmodified in that country. In *Thomson Newspapers*, *supra*, after Wilson J. completed her review of the common-law privilege against self-incrimination, she asserted that "[t]his remains the law of England to this day" (p. 473). I agree with her assertion as far as it goes — that is, I agree that the common-law privilege remains available in England — but I would not go so far

L'approche canadienne peut aussi être comparée à celle de l'Angleterre. Dans ce pays, aucune disposition législative, semblable au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, n'abroge le privilège de common law. Cependant, il ne s'ensuit pas que le statut des privilèges du témoin, en tant que privilèges de common law, y est demeuré inchangé. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, après avoir complété son examen du privilège de common law de ne pas s'incriminer, le juge Wilson affirme que «[t]elle est encore aujourd'hui la situation en droit anglais» (p. 473). Je suis d'accord avec son affirmation en ce sens que je conviens que le privilège de common law peut encore être

as to imply that the privilege is uniformly available. In J. D. Heydon, "Statutory Restrictions on the Privilege Against Self-Incrimination" (1971), 87 *L.Q.R.* 214, the author considers a variety of statutory compulsions which have historically abrogated the common-law position. Heydon states (at pp. 215-16):

The problem is of some practical importance, for statutes of the type to be considered are common. They apply to the public examinations of bankrupts and of company officials in winding-up proceedings; to officials investigating liability to taxation; to inquiries into bribery and other election offences; to inquiries by parliamentary committees; to police questioning with respect to certain offences; to investigations of such matters as gambling, and corrupt war-contracting; and in many other areas as well.

Moreover, Heydon describes how these statutory inroads have not been accompanied by uniform immunity protections. In the result, I regard the English position as resting somewhere in between the Canadian and American positions, inasmuch as the common-law privilege has not always been available in England, and inasmuch as it has not always been replaced by a co-extensive immunity.

The spectrum of national approaches demonstrates to my mind the importance of focusing on the Canadian system in any examination of the common-law testimonial privileges. Some are too quick to assume that the Canadian system is Draconian when compared to the American and English models. But surely the constitutional status of the American system, and the historical complexity of the English system, are not matters to be lightly ignored. And, moreover, we should not quickly assume that the balance of power in Canada has been tipped in favour of the state regarding witness compellability. In the report of the Canadian Committee on Corrections, *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (1969), at p. 68, there exists the following much-quoted statement regarding Canadian immunity protection:

invoqué en Angleterre, mais je n'irais pas jusqu'à laisser entendre que ce privilège peut être invoqué uniformément. Dans son article intitulé «Statutory Restrictions on the Privilege Against Self-Incrimination» (1971), 87 *L.Q.R.* 214, J. D. Heydon examine toute une série de contraintes législatives qui ont historiquement abrogé la position de common law. Heydon affirme (aux pp. 215 et 216):

[TRADUCTION] Le problème a une certaine importance pratique, car les lois du genre à considérer sont courantes. Elles s'appliquent à l'interrogatoire public des faillis et des administrateurs de compagnie dans le cadre de procédures de liquidation, aux fonctionnaires qui examinent l'assujettissement à l'impôt, aux enquêtes sur la corruption et d'autres infractions en matière d'élections, aux enquêtes réalisées par des comités parlementaires, à la police qui interroge au sujet de certaines infractions, aux enquêtes concernant notamment le jeu, et les contrats frauduleux en matière de fournitures de guerre, et à de nombreux autres domaines également.

Heydon décrit, en outre, comment ces incursions législatives n'étaient pas assorties de garanties uniformes en matière d'immunité. En fin de compte, la position anglaise se situe, à mon avis, entre les positions canadienne et américaine, en ce sens qu'il n'a pas toujours été possible d'invoquer le privilège de common law en Angleterre et qu'il n'a pas toujours été remplacé par une immunité de même étendue.

La variété des approches adoptées d'un pays à l'autre montre, selon moi, l'importance de mettre l'accent sur le système canadien lorsqu'on examine les privilèges du témoin reconnus par la common law. Certains présument trop rapidement que le système canadien est draconien par rapport aux modèles américain et anglais. Toutefois, on ne peut certainement pas ignorer à la légère le statut constitutionnel du système américain et la complexité historique du système anglais. De plus, nous ne devrions pas nous empresser de présumer que l'équilibre des forces au Canada favorise l'État pour ce qui est de la contraignabilité des témoins. Dans le rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *Justice pénale et correction: un lien à forger* (1969), à la p. 73, on trouve l'énoncé souvent cité concernant la garantie d'immunité au Canada:

A searching examination may, however, elicit facts or clues which enable the case to be independently proved. *Thus the abolition of the privilege of a witness to refuse to answer on the ground that his answer may tend to incriminate him places an additional and powerful weapon in the hands of law enforcement.* [Emphasis in original.]

The absence of clue-fact protection in pre-*Charter* Canada is a legitimate point of focus. However, the absence of this protection does not necessarily suggest that Canada has been unsuccessful in maintaining a healthy degree of protection for witnesses. It is intriguing to note, for example, that there is quantitative support for the idea that s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* more effectively protects witnesses than does the common-law privilege: *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence* (1982), at p. 439.

Un interrogatoire serré peut toutefois révéler des faits ou des indices qui permettent de prouver, par d'autres moyens, les éléments de l'accusation. *Par conséquent, l'abolition du privilège qu'a le témoin de refuser de répondre pour le motif que sa réponse peut tendre à l'incriminer fournit une puissante arme supplémentaire à ceux qui ont charge de faire respecter l'ordre.* [En italique dans l'original.]

L'absence de protection des indices, avant l'adoption de la *Charte* au Canada, est un sujet d'intérêt légitime. Cependant, cette absence de protection ne signifie pas nécessairement que le Canada n'a pas réussi à maintenir un bon niveau de protection pour les témoins. Par exemple, il est intéressant de noter qu'il existe un appui important en faveur de l'idée que le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* protège plus efficacement les témoins que le privilège de common law: rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, *La preuve au Canada* (1983), à la p. 489.

70

And, finally, Canada's approach to the common-law privilege should not be treated as a theoretical anomaly. Various positions abound. Testimonial privileges, non-compellability, and related issues like pre-trial silence, were all subject to the will of Parliament in the pre-*Charter* era: *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218, at p. 258 (*per* Estey J.). It is no surprise, therefore, to discover Canadian academics and judges debating such points as whether accused persons should have been made compellable witnesses for the prosecution in the decade before the *Charter's* proclamation: see E. Haines (View I), and A. Maloney and P. V. Tomlinson (View II), "Future of the Law of Evidence — The Right to Remain Silent — Two Views", in R. E. Salhany and R. J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), 321. And, equally, although I have focused on the testimonial privileges here, it is germane to note that the question of pre-trial silence has prompted a range of proposals, some of which are at extreme odds with the *Canada Evidence Act*: see, e.g., *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (U.K.), 1994, c. 33; and S. Greer, "The Right to Silence: A Review of the Current Debate" (1990), 53 *Mod. L. Rev.*

Enfin, la façon d'aborder le privilège de common law au Canada ne devrait pas être considérée comme une anomalie théorique. Des positions plus extrêmes abondent. Avant l'adoption de la *Charte*, les divers privilèges du témoin, la règle de non-contraignabilité et des questions connexes comme le droit de garder le silence avant le procès étaient tous assujettis à la volonté du législateur: *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218, à la p. 258 (le juge Estey). Il n'est donc pas étonnant de constater que les auteurs et les juges canadiens se demandaient notamment, au cours de la décennie qui a précédé l'adoption de la *Charte*, si on devait faire de l'accusé un témoin contraignable par la poursuite: voir E. Haines (premier point de vue) et A. Maloney et P. V. Tomlinson (deuxième point de vue), «Future of the Law of Evidence — The Right to Remain Silent — Two Views», dans R. E. Salhany et R. J. Carter, dir., *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), 321. De même, bien que je me sois concentré sur les privilèges du témoin en l'espèce, il est pertinent de souligner que la question du droit de garder le silence avant le procès a donné lieu à toute une série de propositions, dont certaines sont à l'extrême opposé de la

709. Clearly, ideas of self-incrimination have prompted diverse legislative responses.

I will return below to such questions of philosophy. For the present, it is sufficient to conclude that the common law recognizes a privilege for witnesses against self-incrimination, along with a privilege for accused persons in the form of testimonial non-compellability. These are the testimonial privileges. In Canada, the latter rule remains largely untouched by statute, whereas the former has undergone significant theoretical modification which makes inter-jurisdictional comparisons difficult. Having made these points, I turn to consider briefly a related issue: the confessions rule.

(b) *The Confessions Rule*

In *Jones, supra*, Lamer C.J. discussed the confessions rule only briefly before concluding that the rule is “grounded in the principle against self-incrimination” (p. 252). The confessions rule, of course, operates to exclude pre-trial statements made to persons in authority which are not made freely and voluntarily. The traditional rule derives from *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.), and has been the subject of many appeals to this Court, most recently in *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914. In *Jones*, Lamer C.J. did not elaborate upon his conclusion. For the sake of clarity, I consider it advisable to do so here.

In particular, any effort to rationalize the confessions rule using a self-incrimination penumbra must be historically qualified. That is so because the confessions rule only partakes of a self-incrimination principle to the extent that it is founded upon more than a concern for the trustworthiness of statements. Wigmore has compared the confessions rule to the common-law privilege against self-incrimination in these terms:

Loi sur la preuve au Canada: voir, par exemple, la *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (R.-U.), 1994, ch. 33; et S. Greer, «The Right to Silence: A Review of the Current Debate» (1990), 53 *Mod. L. Rev.* 709. Il est évident que les idées d’auto-incrimination ont provoqué diverses réponses sur le plan législatif.

Je reviendrai plus loin sur ces questions de philosophie. Il suffit, pour l’instant, de conclure que la common law reconnaît au témoin le privilège de ne pas s’incriminer et à l’accusé le privilège de ne pas être contraint à témoigner. Ce sont là les privilèges d’ordre testimonial. Au Canada, les lois n’ont pratiquement pas modifié la règle de non-contrainabilité, alors que le privilège de ne pas s’incriminer a subi d’importantes modifications théoriques qui rendent difficiles les comparaisons entre ressorts. Ceci dit, je vais maintenant examiner brièvement une question connexe: la règle des confessions.

b) *La règle des confessions*

Dans l’arrêt *Jones*, précité, le juge en chef Lamer n’examine que brièvement la règle des confessions avant de conclure que cette règle «repose [. . .] sur le principe interdisant l’auto-incrimination» (p. 252). La règle des confessions a, bien entendu, pour effet d’exclure les déclarations antérieures au procès qui n’ont pas été faites librement et volontairement à une personne en autorité. La règle traditionnelle a son origine dans l’arrêt *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.), et a fait l’objet de nombreux pourvois devant notre Cour, dont le plus récent est *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914. Dans l’arrêt *Jones*, le juge en chef Lamer n’a pas expliqué en détail sa conclusion. Par souci de clarté, je juge utile de le faire ici.

En particulier, il faut nuancer du point de vue historique tout effort de rationaliser la règle des confessions à l’ombre de l’auto-incrimination. En effet, la règle des confessions ne tient du principe interdisant l’auto-incrimination que dans la mesure où elle se fonde sur plus qu’un souci de fiabilité des déclarations. Wigmore compare la règle des confessions au privilège de common law de ne pas s’incriminer:

71

72

73

A distinction of the two rules on grounds of *principle* is no longer easy. The original confession rule — that involuntary confessions are excluded on grounds of *untrustworthiness* — was obviously based on principle almost entirely unrelated to that of the privilege. . . . Until recently, the relationship between the privilege and the confession rule could be found only in the general spirit of protection and caution which our legal system shows toward an accused. . . . There was no more reason for linking the privilege with the confession rule than with the others. [Emphasis in original.]

(Wigmore, *supra*, §2266, at pp. 401-2.)

In the passage above, Wigmore was speaking of common-law systems generally, and of the United States in particular. In Canada, a rationale for the confessions rule extending beyond trustworthiness has not always been easy to locate: see Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *supra*, at p. 98.

⁷⁴ Indeed, the difficulty of this search occupied McLachlin J.'s attention in *Hebert*, *supra*. After a review of the authorities, she was left to conclude that, as a result of *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, the fairness rationale for the confessions rule in pre-*Charter* Canada created only "a strong and continuing undercurrent of dissent" (p. 172). While she suggested that the common-law confessions rule is associated with "the right to freely choose whether or not to make a statement to the police" (p. 173), she explained this association in the following terms (at p. 173):

This idea is accompanied by a correlative concern with the repute and integrity of the judicial process. This theme has not always been ascendant. Yet, its importance cannot be denied. It persists, both in Canadian jurisprudence and in the rules governing the rights of suspects in other countries.

In reliance upon these considerations, McLachlin J. proceeded to postulate that there is a principle of fundamental justice within s. 7 of the *Charter* to the effect that "a person whose liberty is placed in jeopardy by the criminal process cannot be

[TRADUCTION] Il n'est plus facile d'établir entre les deux règles une distinction fondée sur la notion de *principe*. La règle initiale des confessions — voulant que les confessions involontaires soient écartées pour le motif qu'elles *ne sont pas dignes de foi* — se fondait de toute évidence sur un principe n'ayant pratiquement aucun rapport avec celui du privilège [. . .] Jusqu'à récemment, le rapport entre le privilège et la règle des confessions ne pouvait que reposer sur l'esprit général de protection et de prudence dont notre système juridique fait preuve envers un accusé [. . .] Il n'y avait pas plus de raison d'établir un lien entre le privilège et la règle des confessions que d'en établir un avec les autres. [En italique dans l'original.]

(Wigmore, *op. cit.*, §2266, aux pp. 401 et 402.)

Dans le passage précité, Wigmore parlait des régimes de common law en général, et tout particulièrement des États-Unis. Au Canada, il n'a pas toujours été facile de justifier la règle des confessions par autre chose que la fiabilité des déclarations: voir Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *op. cit.*, à la p. 98.

En fait, la difficulté que pose cette recherche a retenu l'attention du juge McLachlin dans l'arrêt *Hebert*, précité. Après avoir examiné la jurisprudence, elle a dû conclure que, par suite de l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, la justification, fondée sur l'équité, de la règle des confessions qui existait au Canada avant la *Charte*, n'a fait que créer «un fort courant de dissidence» (p. 172). Bien qu'elle ait laissé entendre que la règle des confessions en common law est liée au «droit de décider librement de faire ou non une déclaration aux policiers» (p. 173), elle explique ce lien de la façon suivante (à la p. 173):

Cette idée s'accompagne d'un souci correspondant de préserver l'intégrité du processus judiciaire et la considération dont il jouit. Ce thème n'a pas toujours été dominant. On ne peut cependant en nier l'importance. Il existe toujours, tant dans la jurisprudence canadienne que dans les règles régissant les droits des suspects dans les autres pays.

À partir de ces considérations, le juge McLachlin prend en postulat qu'il existe un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*, selon lequel «une personne dont la liberté est compromise par le processus criminel ne peut être tenue

required to give evidence against himself or herself, but rather has the right to choose whether to speak or to remain silent” (p. 175). But, and I highlight this point, she indicated that this right to silence under the *Charter* “must extend beyond the narrow view of the confessions rule which formed the basis of the decision of the majority of this Court in *Rothman*” (p. 175 (emphasis added)). Although she proceeded to align the confessions rule with this right (at pp. 181-82), thus demonstrating a kind of synergy between the common-law and *Charter* jurisprudence, her review of history conclusively demonstrates that during much of Canada’s history, the confessions rule had little to do with ideas of self-incrimination.

In this respect, then, it may be misleading to assert, in unqualified terms, that the confessions rule is grounded in a principle against self-incrimination. While this is true in a modern sense, it is only true historically if one adopts the language used by McLachlin J. in *Hebert*. That is, it is historically true in the sense that protection against self-incrimination is a recurring theme, or even a “leitmotif” (p. 167), in the confessions rule cases, as opposed to an organizing principle which can explain the past decisions of this Court. As stated by Sopinka J. in *Whittle, supra*, with reference to the reliability rationale, “a strong undercurrent developed which also supported the rule in part on fairness in the criminal process” (p. 932). In this case, we should not confuse the undercurrent with the current itself. Nor should we overlook the fact that the extension of the common-law position in *Hebert* was perhaps motivated by conditions existing within the *Charter* itself, as I will explain below.

(c) *Policy*

I have so far discussed the protections against self-incrimination which exist apart from the *Charter*, but I have not discussed the policy basis for these protections in any significant way. I have

de témoigner contre elle-même mais qu’elle a plutôt le droit de choisir de s’exprimer ou de garder le silence» (p. 175). Cependant, et je mets l’accent sur ce point, elle indique que ce droit de garder le silence en vertu de la *Charte* «doit s’étendre au-delà de la conception étroite de la règle des confessions qui a servi de fondement à l’opinion majoritaire de notre Cour dans l’arrêt *Rothman*» (p. 175 (je souligne)). Bien qu’elle fasse ensuite un parallèle entre la règle des confessions et ce droit (aux pp. 181 et 182), démontrant ainsi l’existence d’une sorte de synergie entre la jurisprudence de common law et la jurisprudence de la *Charte*, son examen de l’histoire démontre de façon concluante que, pendant une bonne partie de l’histoire canadienne, la règle des confessions n’a pas eu grand-chose à voir avec les idées d’auto-incrimination.

À cet égard, il pourrait être trompeur d’affirmer, sans réserve, que la règle des confessions se fonde sur un principe interdisant l’auto-incrimination. Bien que ce soit vrai de nos jours, ce ne peut l’être historiquement que si on adopte les termes employés par le juge McLachlin dans l’arrêt *Hebert*. Autrement dit, cela est historiquement vrai en ce sens que la protection contre l’auto-incrimination est un thème qui réapparaît, ou même un «leitmotif» (p. 167), dans les affaires relatives à la règle des confessions, contrairement à un principe directeur susceptible d’expliquer les arrêts antérieurs de notre Cour. Comme l’affirme le juge Sopinka, dans l’arrêt *Whittle*, précité, au sujet de la fiabilité comme raison d’être de la règle, «il y a un fort courant sous-jacent qui justifie la règle en partie par l’équité du processus en matière criminelle» (p. 932). En l’espèce, nous ne devrions pas confondre le courant sous-jacent avec le courant même. Il ne faudrait pas non plus oublier que l’élargissement de la position de common law dans l’arrêt *Hebert* était peut-être motivé par des conditions existant dans la *Charte*, comme je l’expliquerai plus loin.

c) *Politique générale*

Jusqu’à maintenant, j’ai analysé les garanties contre l’auto-incrimination qui existent indépendamment de la *Charte*, mais je n’ai pas examiné la justification de principe de ces garanties. J’ai pro-

adopted this approach intentionally. To the extent that we cannot know for certain how and why these protections first arose in history, any policy justification for the existing state of affairs is necessarily *ad hoc*. In pre-*Charter* terms, the rules were not derived from the principle. It was the other way around: see generally Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *supra*.

77

Which is not to say that the policy basis of the protections is irrelevant. On the contrary, as will become apparent later, the same policy basis may explain protections against self-incrimination which exist in the *Charter* itself. In other words, I choose to discuss policy at this stage of the analysis, not because pre-*Charter* policy considerations can necessarily be distinguished from the policy basis of *Charter* rights, but rather because I wish to emphasize that, prior to the *Charter*, any self-incrimination policy could do nothing more than partly explain the state of Canadian law. Wigmore, whose discussion has been fairly characterized as “[p]erhaps the most comprehensive and balanced survey of the policy basis” (Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *supra*, at p. 7), offered this introduction:

There is no agreement as to the policy of the privilege against self-incrimination. This is partly because there is no “the” privilege. It is many things in as many settings. The privilege is a prerogative of a defendant not to take the stand in his own prosecution; it is also an option of a witness not to disclose self-incriminating knowledge in a criminal case, and in a civil case, and before a grand jury and legislative committee and administrative tribunal. It is alleged by some to apply to suppress substances removed from the body, to confessions, and to facts tending to disgrace. . . . Suggestions as to the policy of “the” privilege are lurking in all of these settings and more. [Cross-references omitted.]

(Wigmore, *supra*, §2251, at pp. 296-97.)

78

I have already noted that, in Canada, the common-law privilege against self-incrimination has a testimonial character, such that Wigmore’s refer-

cédé ainsi intentionnellement. Dans la mesure où nous ne pouvons savoir avec certitude comment et pourquoi ces garanties ont vu le jour dans l’histoire, toute justification de principe de la situation actuelle est nécessairement *ad hoc*. Avant l’adoption de la *Charte*, les règles ne dérivait pas du principe. C’était plutôt le contraire: voir généralement Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *op. cit.*

Cela ne veut pas dire que la justification de principe de ces garanties n’est pas pertinente. Au contraire, comme nous le verrons plus loin, la même justification de principe peut expliquer les garanties contre l’auto-incrimination qui existent dans la *Charte* elle-même. En d’autres termes, j’ai décidé de traiter de politique générale à cette étape de l’analyse, non pas parce que les considérations de principe antérieures à la *Charte* peuvent nécessairement se distinguer de la justification de principe des droits garantis par la *Charte*, mais plutôt parce que je veux souligner qu’avant la *Charte* toute politique générale interdisant l’auto-incrimination ne pouvait faire rien de plus que d’expliquer en partie l’état du droit canadien. Wigmore, dont l’analyse a été jugée, à juste titre, [TRADUCTION] «l’étude peut-être la plus exhaustive et équilibrée de la justification de principe» (Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *op. cit.*, à la p. 7) présente cette introduction:

[TRADUCTION] On ne s’entend pas sur la politique générale du privilège de ne pas s’incriminer. Cela tient en partie au fait qu’il n’y a pas privilège «unique». Il varie selon le contexte. Le privilège est une prérogative du défendeur de ne pas témoigner au cours de son propre procès; c’est également une option du témoin de ne pas divulguer des renseignements auto-incriminants dans une affaire criminelle ou civile, devant un grand jury, un comité législatif et un tribunal administratif. Certains soutiennent qu’il s’applique pour écarter des substances organiques, des confessions et des faits qui tendent à déshonorer [. . .] On trouve, dans tous ces contextes et ailleurs, diverses notions de la politique générale «du» privilège. [Renvois omis.]

(Wigmore, *op. cit.*, §2251, aux pp. 296 et 297.)

J’ai déjà fait remarquer que le privilège de common law de ne pas s’incriminer, est de nature testimoniale au Canada, de sorte que la mention des

ence to bodily substances can be set aside: *Marcoux, supra*. Similarly, I have qualified the proposition that there has always been a clear relationship between the Canadian confessions rule and a principle against self-incrimination. And, of course, I have noted that the privilege itself was legislatively transformed in this country over a century ago.

These factors notwithstanding, it is fair to suppose that Wigmore's discussion of policy retains a relevance for Canada. The rule of an accused's non-compellability retains its common-law truth, the confessions rule has always had an undercurrent related to the common-law privilege, and while the privilege has been abrogated in Canada, there is good reason to believe that the offsetting immunity protection was intended to respond to the same policy as the privilege it replaced. What, then, is this policy?

Wigmore's discussion advanced twelve possible justifications for the privilege against self-incrimination (broadly conceived); see also, Heydon, *supra*, at pp. 217-21; and Schiff, *supra*, at pp. 1344-46. Wilson J. in *Thomson Newspapers, supra*, quoted all of these (at pp. 477-78). Suffice it to say that, of the twelve justifications, Wigmore identified two fundamental ones:

The first is to remove the right to an answer in the hard cores of instances where compulsion might lead to inhumanity, the principal inhumanity being abusive tactics by a zealous questioner. . . . The second is to comply with the prevailing ethic that the individual is sovereign and that proper rules of battle between government and individual require that the individual not be bothered for less than good reason and not be conscripted by his opponent to defeat himself.

(Wigmore, *supra*, §2251, at p. 318.)

In keeping with the approach adopted by Paciocco, *supra*, I think it is helpful, whenever possible, to discard as irrelevant policy justifications which do not inform a given topic. Accordingly, since we are dealing here with the topic of statutorily compelled testimony, I leave to one side the policy justification associated with inhumanity. In modern

substances organiques par Wigmore peut être écartée: *Marcoux*, précité. De même, j'ai nuancé la proposition selon laquelle il y a toujours eu un rapport clair entre la règle canadienne des confessions et un principe interdisant l'auto-incrimination. Bien sûr, j'ai aussi précisé qu'au Canada le privilège lui-même avait été transformé par le législateur il y a plus d'un siècle.

Nonobstant ces facteurs, il est juste de supposer que l'analyse de la politique générale que fait Wigmore, continue d'être pertinente pour le Canada. La règle de non-contrainabilité d'un accusé continue d'être exacte en common law, la règle des confessions a toujours eu un courant sous-jacent lié au privilège de common law et, bien que le privilège ait été abrogé au Canada, il y a de bons motifs de croire que la garantie d'immunité compensatrice visait à répondre à la même politique générale que le privilège qu'elle a remplacé. Alors, quelle est cette politique générale?

Dans son analyse, Wigmore énumère douze justifications possibles du privilège de ne pas s'incriminer (au sens large); voir aussi Heydon, *loc. cit.*, aux pp. 217 à 221; et Schiff, *op. cit.*, aux pp. 1344 à 1346. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, le juge Wilson les cite toutes (aux pp. 477 et 478). Il suffit de dire que de ces douze justifications, Wigmore en décrit deux fondamentales:

[TRADUCTION] Le premier est la suppression du droit à une réponse dans les cas extrêmes où la contrainte risque d'aboutir à une inhumanité dont la principale est le recours à des tactiques abusives par un interrogateur zélé. [. . .] Le second est d'assurer le respect du principe ayant actuellement cours, qui porte que l'individu est souverain et que, selon les règles régissant les conflits entre le gouvernement et un particulier, celui-ci ne doit être dérangé que pour un motif valable et ne doit pas être obligé par son opposant de causer sa propre défaite.

(Wigmore, *op. cit.*, §2251, à la p. 318.)

Conformément à l'approche adoptée par Paciocco, *op. cit.*, j'estime utile, quand cela est possible, de considérer comme non pertinentes les justifications de principe qui ne sous-tendent pas un sujet donné. Par conséquent, puisqu'il est question, en l'espèce, de témoignage forcé en vertu de la loi, je mets de côté la justification de principe liée à l'inhumanité.

79

80

Canada, abusive tactics have little to do with testimonial compulsion authorized by statute.

81 This leaves for consideration only one policy justification, namely, the principle of sovereignty embodied in the idea that individuals should be left alone in the absence of justification, and not conscripted by the state to promote a self-defeating purpose. I agree with the following statement made by Wilson J. in *Thomson Newspapers, supra*, at p. 480:

The state must have some justification for interfering with the individual and cannot rely on the individual to produce the justification out of his own mouth. Were it otherwise, our justice system would be on a slippery slope towards the creation of a police state.

To use language which will appear again in my analysis of the *Charter*, the policy justification for the common-law protections rests upon the idea that the Crown must establish a “case to meet”. The *ad hoc* justification comes to reflect a concern often voiced historically, the idea “that someone is going to start ‘poking about in the speculation of finding something chargeable’”: Mewett, “Law Enforcement and the Conflict of Values”, *supra*, at p. 188.

82 Thus, it is clearly an abhorrence for self-incrimination which is discernable. This abhorrence has taken on many a Latin visage in the cases, including *nemo tenetur seipsum accusare* and *nemo tenetur seipsum prodere* (essentially, a person shall not be compelled to betray or accuse the self). In passing, however, I would highlight that these Latin maxims have a checkered past, and tend to lead once again into the troubled realm of the legal historian: see Wigmore, *supra*, §2250, at pp. 268-69, note (2), and at pp. 287-88; Heydon, *supra*, at p. 216; Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, supra*, at p. 169; and, MacNair, *supra*, at pp. 78-79. Mewett, for example, characterizes the latter maxim as “Coke’s usual facile adoption of a convenient Latin tag”: “Law Enforcement and the Conflict of Values”, *supra*, at p. 187. Moreover, since I am investigating policy in a discussion ultimately directed

Dans le Canada d’aujourd’hui, les tactiques abusives n’ont pas grand-chose à voir avec la contrainte à témoigner autorisée par la loi.

Il reste à examiner une seule justification de principe, savoir le principe de la souveraineté contenu dans l’idée qu’un particulier ne doit pas être dérangé sans raison et ne doit pas être obligé par l’État de promouvoir une fin susceptible de causer sa propre défaite. Je suis d’accord avec l’énoncé suivant du juge Wilson, dans l’arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 480:

L’État ne saurait déranger un particulier sans justification et ne peut compter sur ce dernier pour fournir cette justification de sa propre bouche. S’il en était autrement, notre système de justice se trouverait à glisser inévitablement vers la création d’un régime policier.

Pour employer des termes qui reviendront dans mon analyse de la *Charte*, la justification de principe des garanties de common law repose sur l’idée que le ministère public doit établir une «preuve complète». Cette justification *ad hoc* traduit une préoccupation maintes fois exprimée dans l’histoire, l’idée que [TRADUCTION] «quelqu’un va commencer à «fouiner dans le but de trouver quelque chose susceptible de donner lieu à des poursuites»»: Mewett, «Law Enforcement and the Conflict of Values», *loc. cit.*, à la p. 188.

Il est donc clair qu’on peut discerner une aversion pour l’auto-incrimination. Cette aversion s’est manifestée sous la forme de nombreuses maximes latines dans la jurisprudence, dont *nemo tenetur seipsum accusare* et *nemo tenetur seipsum prodere* (essentiellement nul n’est contraint de se trahir ou de s’accuser lui-même). Toutefois, je tiens à souligner en passant que ces maximes latines ont un passé troublé et qu’elles ont tendance à nous entraîner de nouveau dans le domaine agité de l’histoire du droit: voir Wigmore, *op. cit.*, §2250, aux pp. 268 et 269, note (2), et aux pp. 287 et 288; Heydon, *loc. cit.*, à la p. 216; Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, op. cit.*, à la p. 169, et MacNair, *loc. cit.*, aux pp. 78 et 79. Par exemple, Mewett qualifie la dernière maxime d’[TRADUCTION] «adoption facile habituelle par Coke d’un cliché latin commode»: «Law Enforcement and the Conflict of Values», *loc. cit.*,

toward identifying the principles of fundamental justice, I shy away from these maxims because Dickson J. in *Marcoux*, *supra*, bluntly limited their scope in respect of the testimonial privileges by stating (at p. 768):

The limit of the privilege against self-incrimination is clear. The privilege is the privilege of a witness not to answer a question which may incriminate him. That is all that is meant by the Latin maxim *nemo tenetur seipsum accusare*, often incorrectly advanced in support of a much broader proposition.

See also the reasons of Sopinka J. in *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 599. To state the point more simply, I distinguish between these maxims and the policy justification I have identified.

In conclusion, I find that the protections existing apart from the *Charter* reflect a basic distaste for self-conscription. The state, and not the accused, should be expected to produce a case. As an *ad hoc* explanation, however, this case-to-meet principle necessarily incorporates, or permits, those deviations from it which arose pre-*Charter*. It does not rationalize them. To adopt the refrain from *Hebert*, *supra*, the principle has not always been ascendant. In particular, as I have described it above, the principle recognizes individual sovereignty subject to the proposition that the state may have justification to interfere. I will consider the scope of that justification below, which in this context equates with the demands of fundamental justice, after I have introduced the protections of the *Charter*.

3. Protections Against Self-Incrimination Within the Charter

Experience with the *Charter* to date reflects a concern for a principle against self-incrimination which builds upon the discussion above. A concern for that principle is evident in this Court's treatment of the enumerated protections in ss. 8-14 of the *Charter*, and it can be seen to operate as a uni-

à la p. 187. Par ailleurs, puisque j'examine une politique générale dans le cadre d'une analyse qui vise finalement à établir les principes de justice fondamentale applicables, je m'éloigne de ces maximes parce que, dans l'arrêt *Marcoux*, précité, le juge Dickson en a carrément limité la portée relativement aux privilèges du témoin, en disant (à la p. 768):

La limite du privilège contre l'auto-incrimination est claire. Le privilège est celui d'un témoin de ne pas répondre à une question qui peut l'incriminer. C'est là tout ce que signifie la maxime latine *nemo tenetur seipsum accusare*, que l'on avance souvent à tort pour étayer une proposition beaucoup plus générale.

Voir aussi les motifs du juge Sopinka dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 599. Plus simplement, j'établis une distinction entre ces maximes et la justification de principe que j'ai identifiée.

En conclusion, les garanties qui existent indépendamment de la *Charte* reflètent, à mon avis, une aversion fondamentale pour la mobilisation contre soi-même. On devrait s'attendre à ce que ce soit l'État, et non l'accusé, qui présente une preuve. Cependant, en tant qu'explication *ad hoc*, ce principe de la preuve complète inclut ou autorise nécessairement les dérogations dont il pouvait faire l'objet avant l'adoption de la *Charte*. Il ne les rationalise pas. Pour adopter la formulation de l'arrêt *Hebert*, précité, ce principe n'a pas toujours été dominant. En particulier, comme je l'ai déjà mentionné, le principe reconnaît que l'individu est souverain, mais que l'État peut être justifié d'intervenir. Après avoir présenté les garanties de la *Charte*, je vais examiner l'étendue de cette justification qui, dans ce contexte, est assimilable aux exigences de la justice fondamentale.

3. Les garanties contre l'auto-incrimination dans la Charte

L'expérience de la *Charte* jusqu'à maintenant traduit le souci d'établir un principe interdisant l'auto-incrimination, qui soit fondé sur l'analyse qui précède. Ce souci ressort de la façon dont notre Cour traite les garanties énumérées aux art. 8 à 14 de la *Charte* et on peut constater que, dans l'arrêt

fyng principle in *Hebert, supra*, one which is capable of justifying residual rights. I turn first to consider the enumerated protections in the order they appear.

85 According to s. 10(b) of the *Charter*, “[e]veryone has the right on arrest or detention . . . to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right”. In succinct terms, Lamer C.J. in *Jones, supra*, described how this Court’s jurisprudence on s. 10(b) implicitly recognizes a concern for self-incrimination. Lamer C.J. stated (at pp. 254-55):

Wilson J. wrote in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at p. 394, that the “right (to counsel), as entrenched in s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is clearly aimed at fostering the principles of adjudicative fairness”. I then wrote in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 284, that “one of the fundamental tenets of a fair trial (is) the right against self-incrimination”. The purpose of s. 10(b), it can be concluded, is the fostering of the right against self-incrimination. Or, as L’Heureux-Dubé J. said more directly in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 539:

The right to counsel is primarily aimed at preventing the accused or detained person from incriminating herself. Thus the main concern would be with coerced or uninformed confessions. In such circumstances, the accused would be manufacturing the evidence against herself. This is something which, in the interests of fairness, the right to counsel would seek to protect.

To this informative discussion, I can add nothing of consequence.

86 According to s. 11(c) of the *Charter*, “[a]ny person charged with an offence has the right . . . not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence”. This provision gives constitutional recognition to the rule of non-compellability which existed at common law, and which, as described above, was reaffirmed by Parliament in a 1906 amendment to *The Canada Evidence Act, 1893*. It is not surprising,

Hebert, précité, il sert de principe unificateur, susceptible de justifier des droits résiduels. J’examine tout d’abord les garanties énumérées dans l’ordre où elles apparaissent.

Selon l’al. 10b) de la *Charte*, «[c]hacon 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». Brièvement, dans l’arrêt *Jones*, précité, le juge en chef Lamer décrit comment la jurisprudence de notre Cour, relative à l’al. 10b), reconnaît implicitement une préoccupation concernant l’auto-incrimination. Il affirme (aux pp. 254 et 255):

Le juge Wilson écrit, dans l’arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, à la p. 394, que le «droit (à l’assistance d’un avocat) enchâssé à l’al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* vise manifestement à promouvoir le principe de l’équité dans le processus décisionnel». J’ai ensuite écrit, dans l’arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 284, que «l’un des principes fondamentaux d’un procès équitable (est) le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même». On peut conclure que l’al. 10b) a pour objet de favoriser l’exercice du droit de ne pas s’incriminer. Ou encore, comme le juge L’Heureux-Dubé (dissidente) l’a dit plus directement dans l’arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, à la p. 539:

Le droit à l’assistance d’un avocat vise principalement à empêcher un accusé ou une personne détenue de s’incriminer. Ce droit vise donc surtout à prévenir les aveux faits par ignorance ou obtenus par contrainte. Dans de telles circonstances, la personne accusée fabriquerait des éléments de preuve contre elle-même. C’est là un résultat que, par souci d’équité, le droit à l’assistance d’un avocat cherche à éviter.

Je n’ai rien d’important à ajouter à cette analyse instructive.

Selon l’al. 11c) de la *Charte*, «[t]out inculpé a le droit [. . .] de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l’infraction qu’on lui reproche». Cette disposition constitutionnalise la règle de non-contrainabilité qui existait en common law et qui, comme je l’ai déjà précisé, a été confirmée par le législateur dans une modification apportée en 1906 à l’*Acte de la preuve en Canada, 1893*. Il n’est

therefore, that this Court has recognized in *Charter* terms the same policy justification for s. 11(c) which, as I will discuss below, was advanced to account for the common-law rule. In *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, this Court was asked whether a corporation could claim the protection of s. 11(c). In response, Sopinka J. stated (at p. 40):

Applying a purposive interpretation to s. 11(c), I am of the opinion that it was intended to protect the individual against the affront to dignity and privacy inherent in a practice which enables the prosecution to force the person charged to supply the evidence out of his or her own mouth. Although disagreement exists as to the basis of the principle against self-incrimination, in my view, this factor plays a dominant role.

Sopinka J. proceeded in *Amway* to cite with approval a passage which suggests that a corporation should not be regarded as a “witness” because the case-to-meet principle cannot benefit corporations in any meaningful way. Corporations do not suffer affronts to individual dignity.

According to s. 11(d) of the *Charter*, “[a]ny person charged with an offence has the right . . . to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal”. In my view, both the presumption of innocence and the fair-hearing guarantees of s. 11(d) are relevant to a principle against self-incrimination. With respect to the presumption of innocence, Dickson C.J. stated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 120:

The presumption of innocence confirms our faith in humankind; it reflects our belief that individuals are decent and law-abiding members of the community until proven otherwise.

What is this statement, if not an assertion of the case-to-meet principle? The presumption of innocence operates to ensure that individuals are left in peace until the Crown establishes a *prima facie* case, and no sooner than that should a practical

donc pas étonnant que notre Cour ait reconnu dans le texte de la *Charte* la même justification de principe à l’égard de l’al. 11c), que celle qui, comme nous le verrons plus loin, avait été avancée à l’appui de la règle de common law. Dans l’affaire *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, notre Cour était appelée à décider si une société pouvait réclamer la protection de l’al. 11c). Le juge Sopinka répond ainsi (à la p. 40):

Appliquant à l’al. 11c) une interprétation fondée sur l’objet visé, je suis d’avis que cette disposition vise à protéger l’individu contre toute atteinte à sa dignité et à sa vie privée, inhérente à une pratique qui permet à la poursuite d’obliger la personne inculpée à témoigner elle-même. Bien qu’il y ait mésentente quant au fondement du principe interdisant l’auto-incrimination, j’estime que ce facteur joue un rôle dominant.

Dans l’arrêt *Amway*, le juge Sopinka cite et approuve un passage qui laisse entendre qu’une société ne devrait pas être considérée comme un «témoin» parce que le principe de la preuve complète ne peut pas profiter utilement aux sociétés. Une société ne subit pas les affronts à la dignité humaine.

Selon l’al. 11d) de la *Charte*, «[t]out inculpé a 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». À mon avis, la présomption d’innocence et le droit à un procès équitable garantis à l’al. 11d) sont tous deux pertinents dans le cas d’un principe interdisant l’auto-incrimination. Dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson affirme ceci relativement à la présomption d’innocence (à la p. 120):

La présomption d’innocence confirme notre foi en l’humanité; elle est l’expression de notre croyance que, jusqu’à preuve contraire, les gens sont honnêtes et respectueux des lois.

Cet énoncé n’est-il pas une affirmation du principe de la preuve complète? La présomption d’innocence a pour effet d’assurer que les individus soient laissés tranquilles jusqu’à ce que le ministre public ait établi une preuve *prima facie*, et ce

compulsion to testify arise: *P. (M.B.)*, *supra*, at p. 579.

n'est qu'à ce moment que devrait exister une contrainte pratique à témoigner: *P. (M.B.)*, précité, à la p. 579.

88

A not dissimilar kind of protection arises in respect of the duty of Crown disclosure. In *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, Sopinka J. defined this duty, and related it to the accused's right to make full answer and defence, which right has attained constitutional importance under s. 7 of the *Charter*; see also *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at p. 466. However, inasmuch as this right is intimately associated with the fairness of trial proceedings themselves, it might also be considered under s. 11(d), at least for present purposes. In this regard, I note Sopinka J.'s statement in *Stinchcombe* which contrasts the Crown's duty to the obligations of the defence, in so far as "the defence has no obligation to assist the prosecution and is entitled to assume a purely adversarial role toward the prosecution" (p. 333). The absence of any obligation to assist the Crown in the creation of a case, here recognized in the context of Crown disclosure, again complements the principle against self-incrimination.

Un genre de protection similaire existe à l'égard de l'obligation de divulguer qui incombe au ministère public. Dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, le juge Sopinka définit cette obligation et l'associe au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, lequel droit a acquis une importance constitutionnelle en vertu de l'art. 7 de la *Charte*; voir aussi l'arrêt *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, à la p. 466. Cependant, dans la mesure où ce droit est étroitement lié à l'équité du procès même, il pourrait également être examiné en vertu de l'al. 11d), tout au moins pour les présentes fins. À cet égard, je souligne l'énoncé du juge Sopinka, dans l'arrêt *Stinchcombe*, où celui-ci met en contraste l'obligation du ministère public et les obligations de la défense, dans la mesure où «[l]a défense [. . .] n'est nullement tenue d'aider la poursuite et il lui est loisible de jouer purement et simplement un rôle d'adversaire à l'égard de cette dernière» (p. 333). L'absence d'obligation d'aider la poursuite à créer une preuve, que l'on reconnaît ici dans le contexte de la divulgation par le ministère public, vient aussi compléter le principe interdisant l'auto-incrimination.

89

Section 13 of the *Charter* falls next to be considered. That provision provides that "[a] witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence". Since s. 13 will be the subject of further comment below, it is sufficient at this stage to note that, regardless of what it protects or what the *Charter* might additionally demand, s. 13 clearly responds to a self-incrimination concern. In *Dubois*, *supra*, the leading case on s. 13 of the *Charter*, ss. 11(c), 11(d) and 13 were united by Lamer J. in the following passage (at p. 358):

Passons maintenant à l'examen de l'art. 13 de la *Charte*. Cette disposition prévoit que «[c]haque droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires». Puisque l'art. 13 fera l'objet d'autres commentaires plus loin, il suffit pour l'instant de faire remarquer que, peu importe ce qu'elle protège ou ce que la *Charte* pourrait exiger de plus, cette disposition répond clairement à une préoccupation relative à l'auto-incrimination. Dans l'arrêt *Dubois*, précité, l'arrêt de principe sur l'art. 13 de la *Charte*, le juge Lamer examine globalement les al. 11c) et 11d) et l'art. 13 de la *Charte* (à la p. 358):

[T]he concept of the "case to meet" is common to ss. 11(c), (d) and 13. In the context of ss. 11(c) and 13, it means specifically that the accused enjoys "the initial

[L]e principe de l'obligation de présenter une «preuve complète» est commun aux al. 11c), d) et à l'art. 13. Dans le contexte de l'al. 11c) et de l'art. 13, il signifie

benefit of a right of silence" (*R. v. Appleby, supra*) and its corollary, protection against self-incrimination. Section 13, like s. 11(c), is a recognition of the principle that,

... the individual is sovereign and that proper rules of battle between government and individual require that the individual not be bothered for less than good reason and not be conscripted by his opponent to defeat himself.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), para. 2251, at p. 318.)

Hence, the purpose of s. 13, when the section is viewed in the context of s. 11(c) and (d), is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves, to ensure that the Crown will not be able to do indirectly that which s. 11(c) prohibits. It guarantees the right not to have a person's previous testimony used to incriminate him or her in other proceedings.

By preventing the subsequent use of a witness's compelled testimony, s. 13 offers the witness some protection against being forced to create a case to meet.

In passing, I observe that these same ideas find expression beyond the specifically enumerated protections in ss. 8-14 of the *Charter*. With respect to s. 24(2) of the *Charter*, Lamer C.J. observed in *Jones, supra*, at pp. 255-56:

Evidence is generally inadmissible under s. 24(2) if it would bring the administration of justice into disrepute. Evidence will tend to bring the administration of justice into disrepute if it renders the trial process unfair. Evidence renders the trial process unfair if it is obtained, after a violation of the *Charter*, by conscripting the accused against himself (that is, by using evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence); "(t)he 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" (*Collins*, at p. 284).

précisément que l'accusé jouit de «l'avantage initial du droit au silence» (*R. c. Appleby, précité*) et de son corollaire, la protection contre l'auto-incrimination. L'article 13, tout comme l'al. 11c), constitue la reconnaissance du principe selon lequel

[TRADUCTION] . . . l'individu est souverain et que selon les règles régissant les conflits entre le gouvernement et un individu, celui-ci ne doit être inquiété que pour un motif valable et ne doit pas être obligé par son opposant de causer sa propre défaite.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), par. 2251, à la p. 318.)

Par conséquent, l'objet de l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11c) et d), est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11c) interdit. Cet article garantit le droit de ne pas voir le témoignage antérieur d'une personne utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures.

En empêchant l'utilisation subséquente du témoignage forcé d'une personne, l'art. 13 offre à ce témoin une certaine protection contre la contrainte à créer une preuve à charge.

Je souligne, en passant, que ces mêmes idées visent davantage que les garanties spécifiquement énumérées aux art. 8 à 14 de la *Charte*. En ce qui concerne le par. 24(2) de la *Charte*, le juge en chef Lamer fait remarquer dans l'arrêt *Jones, précité*, aux pp. 255 et 256:

Les éléments de preuve susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice sont généralement inadmissibles en vertu du par. 24(2). Les éléments de preuve qui tendent à déconsidérer l'administration de la justice sont ceux qui rendent le procès inéquitable. Des éléments de preuve rendent le procès inéquitable s'ils sont obtenus à la suite d'une violation de la *Charte*, en mobilisant l'accusé contre lui-même (c'est-à-dire en utilisant des éléments de preuve qui n'auraient pu être obtenus sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve); «(p)uisque 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» (*Collins*, à la p. 284).

It is not only logical, but also desirable, for the jurisprudence under s. 24(2) to evolve with regard to a principle against self-incrimination.

Il est non seulement logique mais aussi souhaitable que la jurisprudence relative au par. 24(2) évolue en fonction d'un principe interdisant l'auto-incrimination.

91 Finally, leaving aside the enumerated protections and s. 24(2) of the *Charter*, I consider s. 7, a provision which is especially instructive in respect of the principle against self-incrimination. In *Thomson Newspapers*, *supra*, this Court held that s. 7 may contain residual protections capable of extending beyond ss. 11(c) and 13. No agreement emerged in *Thomson Newspapers* regarding the availability or scope of such residual protections, but in *Hebert*, *supra*, a residual role for the provision was recognized.

Enfin, mettant de côté les garanties énumérées et le par. 24(2) de la *Charte*, je passe à l'examen de l'art. 7 qui est particulièrement intéressant quant au principe interdisant l'auto-incrimination. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, notre Cour a statué que l'art. 7 peut comporter des garanties résiduelles susceptibles de s'appliquer au-delà de l'al. 11c) et de l'art. 13. Aucune entente ne ressort de l'arrêt *Thomson Newspapers* au sujet de la possibilité d'invoquer ces garanties résiduelles ou de leur étendue mais, dans l'arrêt *Hebert*, précité, on a reconnu un rôle résiduel à cette disposition.

92 As already discussed, McLachlin J. in *Hebert* postulated a principle of fundamental justice which reflects concerns formerly embodied in the confessions rule and the common-law privilege against self-incrimination. She stated that the principle involves "the right of the individual to choose whether to make a statement to the authorities or to remain silent, coupled with concern with the repute and integrity of the judicial process" (p. 175). Given that I have associated the common-law protections underlying this principle from *Hebert* with the principle against self-incrimination, it is important to note that McLachlin J. in *Hebert* also linked the right to silence to ideas of self-incrimination. She indicated that the measure of the right to silence may "reside in the notion that a person whose liberty is placed in jeopardy by the criminal process cannot be required to give evidence against himself or herself" (p. 175 (emphasis added)).

Comme je l'ai déjà mentionné, le juge McLachlin, dans l'arrêt *Hebert*, a posé un principe de justice fondamentale qui reflète les préoccupations auxquelles répondaient auparavant la règle des confessions et le privilège de common law de ne pas s'incriminer. Elle affirme que le principe comporte «le droit de la personne de choisir de faire une déclaration aux autorités ou de garder le silence, assorti d'un souci de préserver l'intégrité du processus judiciaire et la considération dont il jouit» (p. 175). Puisque j'ai associé les garanties de common law qui sous-tendent ce principe tiré de l'arrêt *Hebert*, au principe interdisant l'auto-incrimination, il importe de souligner que, dans ce dernier arrêt, le juge McLachlin a également relié le droit de garder le silence à des idées d'auto-incrimination. Elle a indiqué que la portée du droit de garder le silence «réside dans l'idée qu'une personne dont la liberté est compromise par le processus criminel ne peut être tenue de témoigner contre elle-même» (p. 175 (je souligne)).

93 In my opinion, therefore, the residual protection developed in *Hebert* reflects the principle against self-incrimination or the concept of the case to meet. Regarding this reflection, however, I would make the following point. In *Hebert*, *supra*, this Court recognized a residual protection against self-incrimination, but that recognition was prompted in part by the need to protect the s. 11(c) right

J'estime donc que la protection résiduelle établie dans l'arrêt *Hebert* reflète le principe interdisant l'auto-incrimination ou la notion de la preuve complète. J'aimerais toutefois ajouter un commentaire à ce sujet. Dans l'arrêt *Hebert*, précité, notre Cour a reconnu l'existence d'une protection résiduelle contre l'auto-incrimination, mais cette reconnaissance était fondée en partie sur le besoin de proté-

against compellability. McLachlin J. stated (at p. 174):

From a practical point of view, the relationship between the privilege against self-incrimination and the right to silence at the investigational phase is equally clear. The protection conferred by a legal system which grants the accused immunity from incriminating himself at trial but offers no protection with respect to pre-trial statements would be illusory. [Emphasis added.]

Hebert thus reflects the philosophy earlier expressed in *Dubois, supra*, that the *Charter* should be “construed as a system” (p. 365; see also *Hebert, supra*, at p. 176). But I would highlight that, in the enumerated provisions of the *Charter*, there exists “no protection” against self-incrimination applicable in respect of pre-trial statements to the police. The guarantee of s. 11(c) was regarded as potentially “illusory” in that context. It does not follow that, in another context where the *Charter* provides some protection, an analysis along *Hebert* lines should necessarily proceed.

This point notwithstanding, I would conclude my review of *Charter* protections against self-incrimination by highlighting the vigour of s. 7. Before the *Charter*, and, indeed, before *Thomson Newspapers*, it was generally believed that there was no functional principle against self-incrimination, but only a collection of specific rules which might be grouped beneath such a label: see E. Ratushny, “Self-Incrimination: Nailing the Coffin Shut” (1978), 20 *Crim. L.Q.* 312. But it was also asserted, by Ratushny along with others (see Paciocco, *supra*, at p. 544), that a functional principle might be desirable. In my opinion, *Hebert* removes all doubt not only as to the desirability, but also as to the existence, of a such a functional, unifying, principle. If pre-trial silence was once nothing more than a particular manifestation of the general freedom to do as one pleases (see Ratushny, “Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?”, *supra; contra: Hebert, supra*, at p. 198 (*per Sopinka J.*)), that is no longer the case. Pre-

ger le droit de ne pas être contraint de témoigner garanti par l’al. 11c). Le juge McLachlin affirme (à la p. 174):

D’un point de vue pratique, le rapport entre le privilège de ne pas s’incriminer et le droit de garder le silence à l’étape de l’enquête est tout aussi clair. La protection accordée par un système juridique qui confère à l’accusé le droit de ne pas s’incriminer au procès mais qui ne lui offre aucune protection à l’égard des déclarations faites antérieurement au procès serait illusoire. [Je souligne.]

L’arrêt *Hebert* reflète donc la philosophie exprimée antérieurement dans l’arrêt *Dubois*, précité, selon laquelle la *Charte* devrait «s’interpréter comme un système» (p. 365; voir aussi l’arrêt *Hebert*, précité, à la p. 176). Cependant, je tiens à faire ressortir que, dans les dispositions de la *Charte* que j’ai énumérées, il n’existe «aucune protection» contre l’auto-incrimination, qui soit applicable aux déclarations faites à la police avant le procès. La garantie de l’al. 11c) a été considérée comme potentiellement «illusoire» dans ce contexte. Il ne s’ensuit pas qu’il y aurait nécessairement lieu de procéder à une analyse conforme à l’arrêt *Hebert* dans un autre contexte où la *Charte* offre une certaine protection.

Abstraction faite de cette question, je conclurais, mon examen des garanties contre l’auto-incrimination, offertes par la *Charte*, en faisant ressortir la vigueur de l’art. 7. Avant l’adoption de la *Charte* et, en fait, avant l’arrêt *Thomson Newspapers*, on croyait généralement qu’il n’existait pas de principe fonctionnel interdisant l’auto-incrimination, mais qu’il existait seulement une série de règles précises qui pourraient être regroupées sous cette étiquette: voir E. Ratushny, «Self-Incrimination: Nailing the Coffin Shut» (1978), 20 *Crim. L.Q.* 312. Cependant, Ratushny et d’autres auteurs (voir Paciocco, *op. cit.*, à la p. 544) ont également soutenu qu’il serait souhaitable d’avoir un principe fonctionnel. À mon avis, l’arrêt *Hebert* dissipe tout doute non seulement quant à l’utilité, mais aussi quant à l’existence, d’un tel principe unificateur fonctionnel. Si le droit de garder le silence avant le procès ne constituait rien de plus qu’une manifestation particulière de la liberté générale d’une personne d’agir à son gré (voir Ratushny, «Is There a

trial silence has been elevated to the status of a constitutional right.

95 For these reasons, I conclude that a review of *Charter* jurisprudence demonstrates not only that the pre-*Charter* policy justification persists, but also that it has attained fresh constitutional nourishment. The case-to-meet principle, first articulated in this country by Ratushny (*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, supra*, at p. 179), has become a unifying thought. There is a conceptual purity about this development, as M. Hor has noted in "The Privilege Against Self-Incrimination and Fairness to the Accused", [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35, at p. 35:

Conceptually, it would seem that if there is any single organizing principle in the criminal process, it is the right of the accused to resist any effort to force him to assist in his own prosecution. It provides substance to the common law ideal of a fair trial through an adversarial or accusatorial process. The parties to a criminal prosecution are seen as competitors and the trial the competition.

There is a principle against self-incrimination in Canada which is part of fundamental justice. The task which remains is the task of determining what this principle demands in the context of this appeal.

4. The Principle Against Self-Incrimination and Testimonial Compulsion

(a) *Introduction: Principles and Rules*

96 It is important to distinguish between rules and principles. Section 7 of the *Charter* directs an inquiry into the principles of fundamental justice. I have identified one such principle, namely, the principle against self-incrimination. It does not follow, however, that a particular rule which reflects that principle will reflect it in any particular way, or with any pre-defined scope.

Right Against Self-Incrimination in Canada?», *loc. cit.*; *contra*: *Hebert*, précité, à la p. 198 (le juge Sopinka)), ce n'est plus le cas. Le droit de garder le silence avant le procès a été élevé au rang de droit constitutionnel.

Pour ces motifs, je conclus que l'examen de la jurisprudence relative à la *Charte* démontre non seulement que la justification de principe, qui existait avant la *Charte*, continue d'exister, mais aussi qu'elle est nouvellement alimentée par la Constitution. Le principe de la preuve complète, qui a été formulé pour la première fois au Canada par Ratushny (*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, op. cit.*, à la p. 179) est devenu une idée unificatrice. Il y a une pureté conceptuelle dans cette évolution, comme l'a fait remarquer M. Hor dans «The Privilege Against Self-Incrimination and Fairness to the Accused», [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35, à la p. 35:

[TRADUCTION] Sur le plan conceptuel, il semblerait que, s'il existe dans le processus pénal un principe directeur quelconque, c'est celui du droit de l'accusé de résister à toute tentative de le contraindre à prêter son concours aux poursuites intentées contre lui. Ce droit concrétise l'idéal de common law d'un procès équitable assuré par un processus contradictoire ou accusatoire. Les parties à des poursuites criminelles sont considérées comme des concurrents et le procès comme un concours.

Il existe au Canada un principe interdisant l'auto-incrimination qui fait partie des principes de justice fondamentale. Il reste maintenant à déterminer ce que ce principe exige dans le contexte du présent pourvoi.

4. Le principe interdisant l'auto-incrimination et la contrainte à témoigner

a) *Introduction: Les principes et les règles*

Il est important d'établir une distinction entre les règles et les principes. L'article 7 de la *Charte* exige un examen des principes de justice fondamentale. J'en ai identifié un, le principe interdisant l'auto-incrimination. Cependant, il ne s'ensuit pas qu'une règle donnée qui reflète ce principe le fera d'une façon particulière ou avec une portée prédéterminée.

In *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, Lamer J. commented upon the specific rights enumerated in ss. 8-14 of the *Charter* in the following terms (at 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. For they, in effect, illustrate some of the parameters of the "right" to life, liberty and security of the person; they are examples of instances in which the "right" to life, liberty and security of the person would be violated in a manner which is not in accordance with the principles of fundamental justice.

It is clear from this passage that the parameters of the right to liberty can be affected by the context in which the right is asserted. In other words, I have suggested above that certain specific enumerations of the *Charter* reflect a unifying principle against self-incrimination. It stands only to reason, however, that this principle may demand different things at different times; the parameters of the principle may be found in disparate rights.

I regard this point as important to the present appeal. A failure to realize the distinction between principles and rights can promote two extreme kinds of error. On the one hand, as I will discuss below, the assumption that one should give full effect to a principle might lead one to run roughshod over specific enumerations in the *Charter*. This assumption fails to take account of context. As Mewett has observed: "An individual's right means a legally protected interest, but the way in which that interest is protected differs in the case of different rights" ("Law Enforcement and the Conflict of Values", *supra*, at p. 181).

On the other hand, an exclusive focus on rights would destroy the meaningful residual role for s. 7 which was recognized in *Hebert, supra*. In speaking of lower court decisions which rejected such a role, Paciocco has stated (at p. 602):

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, le juge Lamer commente ainsi les droits précis énumérés aux art. 8 à 14 de la *Charte* (à la p. 502):

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. En effet, ils illustrent certains paramètres du «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne; ce sont des exemples de cas où il y aurait atteinte au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale.

Ce passage fait clairement ressortir que les paramètres du droit à la liberté peuvent changer en fonction du contexte dans lequel ce droit est revendiqué. En d'autres termes, j'ai laissé entendre, plus haut, que certaines énumérations précises de la *Charte* traduisent l'existence d'un principe unificateur interdisant l'auto-incrimination. Cependant, il va de soi que les exigences de ce principe peuvent varier selon les époques; les paramètres du principe peuvent se trouver dans des droits disparates.

À mon avis, ce point est important aux fins du présent pourvoi. La non-reconnaissance de la distinction entre les principes et les droits risque de favoriser deux types extrêmes d'erreur. D'une part, comme nous le verrons plus loin, l'hypothèse selon laquelle un principe devrait être appliqué intégralement pourra conduire à passer outre à certaines énumérations précises de la *Charte*. Cette hypothèse ne tient pas compte du contexte. Comme le fait remarquer Mewett: [TRADUCTION] «Un droit individuel signifie un intérêt légalement protégé, mais la façon dont cet intérêt est protégé varie d'un droit à l'autre» («Law Enforcement and the Conflict of Values», *loc. cit.*, à la p. 181).

D'autre part, si l'on met exclusivement l'accent sur les droits, on supprimera le rôle résiduel utile de l'art. 7, qui a été reconnu dans l'arrêt *Hebert*, précité. Paciocco affirme ceci au sujet des décisions des tribunaux d'instance inférieure qui ont rejeté l'existence d'un tel rôle (à la p. 602):

97

98

99

Suffice it to say, it is my view that the error of reasoning that these cases have fallen into is caused by a failure to distinguish rules from principles. Granted, the only specific *rules* dealing exclusively and directly with self-incrimination in operation prior to the *Charter* were subsumed by sections 11(c) and 13. Yet, section 7 directs us to search for *principles*, not rules *per se*. In particular, in this context, the question is whether there is a fundamental notion of justice related to self-incrimination which has influenced the development of, and supported the existence of, rules other than those enumerated in *Marcoux*. [Emphasis in original.]

[TRADUCTION] Il suffit de dire que l'erreur de raisonnement dans ces décisions résulte, à mon avis, de l'absence de distinction entre les règles et les principes. Il est vrai que les seules *règles* précises qui régissaient exclusivement et directement l'auto-incrimination, avant la *Charte*, ont été incluses dans l'al. 11c) et l'art. 13. Pourtant, l'art. 7 nous enjoint de chercher des principes et non des règles proprement dites. Particulièrement, dans ce contexte, la question est de savoir s'il existe une notion fondamentale de justice liée à l'auto-incrimination, qui a influé sur l'établissement de règles autres que celles formulées dans l'arrêt *Marcoux*, et justifié leur existence. [En italique dans l'original.]

100 At the same time, it is necessary to emphasize that the framers of the *Charter* did not draft a free-standing right against self-incrimination. Ratushny has suggested that the absence of such language is a laudable feature of the *Charter*, in that "[i]t encourages attention to be focussed upon the specific procedural protections to which an accused is entitled without the distractions of emotive political battles of the past": Ratushny, "The Role of the Accused in the Criminal Process", in G.-A. Beaudoin and E. Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), 451, at p. 453. The task, as I envision it, is to use existing rules to help one understand the limits upon a principle, while at the same time acknowledging that the principle has the capacity to introduce new rules to benefit the overall system.

Il est nécessaire, en même temps, de souligner que les rédacteurs de la *Charte* n'ont pas formulé un droit distinct de ne pas s'incriminer. Ratushny laisse entendre que l'absence d'une telle formulation est une caractéristique louable de la *Charte*, du fait que «[c]e mode de rédaction favorise l'étude des garanties procédurales précises dont peut jouir un accusé en éliminant les distractions suscitées par des débats émotifs de nature politique»: Ratushny, «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), 505, à la p. 507. À mon sens, il faut se servir de règles existantes pour comprendre les limites imposées à un principe, tout en reconnaissant que ce principe peut donner lieu à l'établissement de nouvelles règles qui profiteront à l'ensemble du système.

101 I proceed with these thoughts in mind to conduct the following examination. First, I will note in cursory fashion how the self-incrimination principle reflects different rules in different contexts, such that it cannot be regarded as an absolute directive. Second, I will consider whether the principle demands a rule to prohibit witness compellability on the facts of this appeal. Third, after concluding that the *Charter* condones testimonial compulsion on the facts, I will suggest that fundamental justice nonetheless demands that the witness have some protection beyond the limited protection provided by the language of s. 13.

C'est avec cela à l'esprit que je vais procéder à l'examen suivant. Premièrement, je vais souligner rapidement comment le principe interdisant l'auto-incrimination reflète des règles différentes dans des contextes différents, de sorte qu'il ne peut être considéré comme une directive absolue. Deuxièmement, je vais examiner si, d'après les faits du présent pourvoi, le principe exige l'établissement d'une règle interdisant la contraignabilité des témoins. Troisièmement, après avoir conclu, à partir des faits, que la *Charte* tolère la contraignabilité, je préciserai que la justice fondamentale exige néanmoins que le témoin bénéficie d'une certaine protection au-delà de la protection restreinte que fournit le texte de l'art. 13.

(b) *Limits on an Absolute Principle Against Self-Incrimination*

I regard as incontrovertible the fact that the principle against self-incrimination has not in the past, and does not now, find full and complete expression in Canadian law. I have discussed in some detail above how statutory interference with the witness's privilege historically departed from the principle, particularly with respect to the perceived absence of derivative-use immunity under s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. But there are other limitations which should be noted as well.

For example, even with regard to the common-law privilege against self-incrimination for witnesses itself, it cannot be said that the principle found full expression. It was subject to at least two important limitations. First, there was the problem that the privilege claimed by a witness could be rejected by the trial judge, leaving the witness entirely unprotected in the case of a wrongful rejection. The trial judge's role appears in *Re Westinghouse Electric Corp. Uranium Contract Litigation MDL Docket No. 235 (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 717 (C.A.), at p. 721:

The common law . . . says: "If a witness claims the protection of the court, on the ground that the answer would tend to incriminate himself and there appears reasonable ground to believe that it would do so, he is not compellable to answer." . . . It is for the judge to say whether there is reasonable ground or not. [Emphasis added.]

Such a witness must confront unprotected what Wigmore called the "*three horns of the triceratops* — harmful disclosure, contempt, perjury" (§2251, at p. 316 (emphasis in original)). To a similar effect was the problem of the adverse inference which might be drawn from a witness's decision to claim the privilege. It has been said that an "adverse inference for refusal to answer while in the witness box was eminently available": J. Watson, "Talking About the Right to Remain Silent"

(b) *Restrictions quant au caractère absolu du principe interdisant l'auto-incrimination*

Je considère qu'il est indéniable que le principe interdisant l'auto-incrimination n'a jamais trouvé expression pleine et entière en droit canadien. J'ai examiné en détail, plus haut, comment l'ingérence légale dans le privilège du témoin a historiquement dérogé à ce principe, particulièrement en ce qui a trait à l'absence d'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée que l'on perçoit au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Cependant, il existe également d'autres restrictions dont il faut faire état.

Par exemple, même en ce qui concerne le privilège de common law lui-même qui interdit l'auto-incrimination des témoins, on ne peut dire que le principe a trouvé sa pleine expression. On l'a assujéti à au moins deux restrictions importantes. Premièrement, il y avait le problème découlant du fait que le juge du procès pouvait refuser le privilège revendiqué par un témoin, et priver ce dernier de toute protection en cas de refus injustifié. L'affaire *Re Westinghouse Electric Corp. Uranium Contract Litigation MDL Docket No. 235 (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 717 (C.A.), à la p. 721, fait état du rôle du juge du procès:

[TRADUCTION] La common law [. . .] dit: «Si un témoin demande la protection de la cour pour le motif que sa réponse tendrait à l'incriminer et qu'il paraît y avoir des motifs raisonnables de croire que ce serait le cas, il n'est pas tenu de répondre:» [. . .] Il appartient au juge de déterminer s'il existe des motifs raisonnables. [Je souligne.]

Un tel témoin doit affronter, sans protection, ce que Wigmore appelle les [TRADUCTION] «*trois cornes du tricératops* — la divulgation préjudiciable, l'outrage et le parjure» (§2251, à la p. 316 (en italique dans l'original)). De même, il y avait le problème de la conclusion négative qui pourrait être tirée de la décision d'un témoin de réclamer ce privilège. On a déjà dit que [TRADUCTION] «l'on pouvait facilement tirer une conclusion négative du refus d'une personne de répondre lorsqu'elle est à la barre»: J. Watson, «Talking About the Right to Remain Silent» (1991), 34 *Crim. L.Q.* 106, à la

102

103

(1991), 34 *Crim. L.Q.* 106, at p. 117. See generally, Paciocco, *supra*, at p. 449.

104

In post-*Charter* terms, other limitations on the principle against self-incrimination are also visible. The right to silence recognized by *Hebert*, *supra*, is not a free-floating right always available, but rather a right which has so far been linked to the concept of detention, and, moreover, it is not a right which is absolute and “capable of being discharged only by waiver” (p. 183). Similarly, the discussion in *Stinchcombe*, *supra*, which suggests that the defence has no obligation to assist the Crown, must be qualified in certain respects. In *P. (M.B.)*, *supra*, Lamer C.J. stated (at p. 578):

However, it should be borne in mind that this protection against disclosure is not an absolute one. For example, failure to disclose an alibi defence in a timely manner may affect the weight given to the defence: E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. 1987), at para. 16:8070; McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, *supra*, at paras. 28:10711-10712.

105

To a similar effect, the relationship between the case-to-meet principle and the presumption of innocence is altered, if not destroyed, by constitutionally permissible reverse-onus provisions. On a number of occasions, this Court has found that a provision which violates s. 11(d) of the *Charter* may nonetheless constitute a reasonable limit, demonstrably justified in a free and democratic society: *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Romeo*, [1991] 1 S.C.R. 86; *R. v. Ratti*, [1991] 1 S.C.R. 68; and *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10. By definition, a provision which relieves the Crown of some burden which would otherwise exist, and which places upon the accused a burden of adducing evidence, obfuscates the case-to-meet principle: see Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *supra*, at p. 179. And yet, in certain circumstances, we have held that the thing must be done.

p. 117. Voir généralement Paciocco, *op. cit.*, à la p. 449.

Depuis l'adoption de la *Charte*, d'autres restrictions ont été apportées au principe interdisant l'auto-incrimination. Le droit de garder le silence reconnu dans l'arrêt *Hebert*, précité, est non pas un droit distinct qui peut toujours être invoqué, mais plutôt un droit qui, jusqu'à maintenant, a été rattaché au concept de détention; il ne s'agit pas non plus d'un droit qui est absolu et «qui ne pourrait être écarté que par renonciation» (p. 183). De même, il faut apporter certaines réserves à l'analyse de l'arrêt *Stinchcombe*, précité, qui laisse entendre que la défense n'est pas tenue d'aider le ministère public. Dans l'arrêt *P. (M.B.)*, précité, le juge en chef Lamer dit (à la p. 578):

Toutefois, il faut garder à l'esprit que cette protection contre la divulgation n'est pas absolue. Par exemple, l'omission de communiquer promptement un alibi peut avoir un effet sur l'importance de ce moyen de défense: E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2^e éd. 1987), au par. 16:8070; McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, *op. cit.*, aux par. 28:10711 et 28:10712.

De même, les dispositions constitutionnellement acceptables qui portent inversion du fardeau de la preuve modifient, voire détruisent, le rapport entre le principe de la preuve complète et la présomption d'innocence. À un certain nombre de reprises, notre Cour a statué qu'une disposition contraire à l'al. 11d) de la *Charte* peut néanmoins constituer une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique: *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Romeo*, [1991] 1 R.C.S. 86; *R. c. Ratti*, [1991] 1 R.C.S. 68, et *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10. Par définition, une disposition qui dégage le ministère public d'un fardeau qu'il assumerait par ailleurs, et qui impose à l'accusé un fardeau de présentation de preuve obscurcit le principe de la preuve complète: voir Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *op. cit.*, à la p. 179. Et pourtant, dans certains cas, nous avons statué que c'est ce qu'il faut faire.

Finally, before turning my attention to ss. 7 and 13 of the *Charter*, I call attention to an inherent but often overlooked limitation on the principle against self-incrimination as recognized by s. 11(c) of the *Charter*. Section 11(c) constitutionalizes the accused's common-law right of non-compellability, but it is not insignificant that the accused who testifies is subject to cross-examination. Although it might be suggested that the accused will not testify until the Crown has produced a case to meet, this is no guarantee that the accused's cross-examination will not serve to incriminate further the accused. Ratushny recognized this point in the pre-*Charter* context with respect to the *Canada Evidence Act*:

An important feature of the approach [of the *Canada Evidence Act* which renders an accused competent but not compellable] was that, if he decided to take the stand on his own behalf, he could also be required to testify against himself. No attempt was made in the Act to protect him against cross-examination which might incriminate him at the trial at which he testified.

(“Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?”, *supra*, at p. 31.)

If the principle against self-incrimination were to be given full sway, we might permit the accused to testify for the purpose of offering a defence, but then prohibit the Crown from bolstering its case with evidence out of the accused's own mouth.

These cursory observations are sufficient, in my opinion, to demonstrate that the principle against self-incrimination may mean different things at different times and in different contexts. The principle admits of many rules. What should the rule be in respect of testimonial compulsion?

(c) *The Principle Against Self-Incrimination and Witness Compellability*

I begin this inquiry by asserting that any rule demanded by the principle against self-incrimination which places a limit on compellability is in dynamic tension with an opposing principle of fundamental justice. That is the principle which sug-

Enfin, avant de passer à l'examen des art. 7 et 13 de la *Charte*, j'attire l'attention sur une restriction inhérente, mais souvent ignorée, du principe interdisant l'auto-incrimination reconnu par l'al. 11c) de la *Charte*. L'alinéa 11c) constitutionnalise le droit de common law de l'accusé de ne pas être contraint à témoigner mais, il importe de préciser que l'accusé qui témoigne peut faire l'objet d'un contre-interrogatoire. Bien que l'on puisse dire que l'accusé ne témoignera pas tant que le ministère public n'aura pas présenté une preuve complète, il n'existe aucune garantie que ce contre-interrogatoire ne servira pas à incriminer davantage l'accusé. Ratushny a reconnu cela dans le contexte antérieur à la *Charte* relativement à la *Loi sur la preuve au Canada*:

[TRADUCTION] Une caractéristique importante de la méthode [adoptée dans la *Loi sur la preuve au Canada* qui rend un accusé habile à témoigner, mais non contraignable] était que l'accusé pouvait être également appelé à témoigner contre lui-même s'il décidait de venir à la barre. On n'a pas tenté dans la Loi de le protéger du contre-interrogatoire qui pourrait l'incriminer au procès pendant lequel il témoigne.

(“Is There a Right Against Self Incrimination in Canada?”, *loc. cit.*, à la p. 31.)

S'il fallait donner plein effet au principe interdisant l'auto-incrimination, nous pourrions permettre à l'accusé de témoigner pour sa propre défense, pour ensuite interdire au ministère public d'étayer sa preuve au moyen du témoignage de l'accusé.

À mon avis, ces observations superficielles suffisent pour démontrer que le principe interdisant l'auto-incrimination peut être interprété différemment, à des époques et dans des contextes différents. Le principe admet de nombreuses règles. Quelle devrait être la règle relativement à la contrainte à témoigner?

(c) *Le principe interdisant l'auto-incrimination et la contraignabilité des témoins*

Je tiens tout d'abord à préciser que toute règle commandée par le principe interdisant l'auto-incrimination, qui restreint la contraignabilité, est en tension dynamique avec un principe contraire de justice fondamentale, selon lequel le juge des faits

gests that, in a search for truth, relevant evidence should be available to the trier of fact. Wigmore, *supra*, expressed the point well (§2192, at p. 70):

For more than three centuries it has now been recognized as a fundamental maxim that the public (in the words sanctioned by Lord Hardwicke) has a right to every man's evidence. When we come to examine the various claims of exemption, we start with the primary assumption that there is a general duty to give what testimony one is capable of giving and that any exemptions which may exist are distinctly exceptional, being so many derogations from a positive general rule. . . .

Obviously, the *Charter* sanctions deviations from this positive general rule. Sections 11(c) and 13 stand as obvious examples. The question is whether we need another exemption, and if so, why?

109

The difficulty of this question is evidenced by the fact that it has prompted academics to adopt points of polar opposition. Ratushny and Mewett have both expressed the view that protection of the self-incrimination principle demands, in essence, a return to the common-law position, such that a witness should have the right to object to questions which tend to incriminate: Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *supra*, at pp. 393 *et seq.*; Mewett, "Law Enforcement and the Conflict of Values", *supra*, at pp. 198-99; and Mewett, "The Right to Silence", *supra*, at p. 274. Aligned with this view is the proposition that testimony which is nonetheless desired by authorities should be available, provided that immunity protection is provided. Ratushny states:

The precise scope of a unified right against self-incrimination will have to be fashioned carefully. However, at a minimum it should permit a potential witness to refuse to provide testimony which would be personally incriminating in the absence of a specific and binding grant of immunity from prosecution in relation to the subject-matter of such testimony.

("The Role of the Accused in the Criminal Process", *supra*, at p. 487.)

devrait disposer des éléments de preuve pertinents dans sa recherche de la vérité. Wigmore, *op. cit.*, exprime bien ce point de vue (§2192, à la p. 70):

[TRADUCTION] Depuis plus de trois siècles, on reconnaît, comme une maxime fondamentale, que le public (pour employer les termes sanctionnés par lord Hardwicke) a le droit au témoignage de tous et chacun. Lorsque l'on examine les diverses demandes d'exemption, on part de l'hypothèse fondamentale qu'une personne a l'obligation générale de témoigner au meilleur de sa connaissance et que toute exemption qui peut exister est tout à fait exceptionnelle, du fait qu'il y a tant de dérogations à une règle positive générale . . .

De toute évidence, la *Charte* sanctionne des dérogations à cette règle positive générale. L'alinéa 11c) et l'art. 13 en sont des exemples évidents. Il s'agit de savoir si nous avons besoin d'une autre exemption et, dans l'affirmative, pourquoi?

La difficulté de cette question ressort du fait qu'elle a amené des auteurs à adopter des points de vue diamétralement opposés. Ratushny et Mewett ont tous deux exprimé l'avis que la protection du principe interdisant l'auto-incrimination exige essentiellement un retour à la position de common law, de sorte qu'un témoin devrait avoir le droit de s'opposer aux questions qui tendent à l'incriminer: Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *op. cit.*, aux pp. 393 et suiv.; Mewett, «Law Enforcement and the Conflict of Values», *loc. cit.*, aux pp. 198 et 199; et Mewett, «The Right to Silence», *loc. cit.*, à la p. 274. Parallèlement à ce point de vue, on soutient que si les autorités souhaitent néanmoins qu'une personne témoigne, celle-ci devrait pouvoir le faire à condition de bénéficier d'une immunité. Ratushny affirme:

La portée exacte d'un droit unifié protégeant les témoins contre les témoignages incriminants devra être précisée avec soin. Au minimum, il faudra toutefois qu'il offre au témoin potentiel la possibilité de refuser de donner un témoignage l'incriminant personnellement en l'absence d'un engagement ferme et précis de la part de l'accusation lui accordant l'immunité au sujet du témoignage en question.

(«Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», *loc. cit.*, à la p. 545.)

The immunity protection envisioned by this passage is apparently the “transactional immunity” recognized historically in the United States by *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892). The suggestion is that nothing short of formal prosecutorial immunity can justify the forced production of a self-incriminatory answer.

I point out that the position of the appellant in this case amounts to an extension of this first view. That is, in the absence of guaranteed transactional immunity, the appellant would claim not just a right equivalent to the common-law privilege against self-incrimination, but rather he would claim a complete right to silence. The claim amounts to an extension of the reasoning in *Hebert, supra*, such that the appellant argues “[t]here is no logical distinction between the accused person being questioned pursuant to a subpoena under oath at his co-accused’s trial or pursuant to arrest or detention at the station-house”.

Then there is the second polar view. According to Paciocco, *supra*, there is a fundamental distinction between testimonial self-incrimination, meaning the use of a person’s communications “as evidence of the truth of their contents to assist the Crown in proving the commission of a criminal offence by that person” (p. 540), and non-testimonial self-incrimination. According to Paciocco, when a person’s communication is merely a source of information, such that the accused person is not directly engaged in the creation of self-incriminatory evidence, a different analysis is appropriate. In Paciocco’s view, the only residual protection against self-incrimination required under s. 7 of the *Charter* is the kind of protection already recognized by *Hebert*, that is, protection against self-incriminatory pre-trial statements to police (at p. 597):

The principle does not take offence at compelled disclosure. The relevant principle, I suggest, is that forcing the accused to respond to an allegation *at the proceedings*

L’immunité envisagée dans ce passage est apparemment «l’immunité à l’égard d’une affaire donnée» reconnue historiquement aux États-Unis dans l’arrêt *Counselman c. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892). On propose que seule une immunité formelle contre des poursuites peut justifier la production forcée d’une réponse incriminante.

Je fais remarquer que la position de l’appelant en l’espèce constitue une extension de ce premier point de vue. Autrement dit, en l’absence d’une garantie d’immunité à l’égard d’une affaire donnée, l’appelant revendiquerait non pas seulement un droit équivalent au privilège de common law de ne pas s’incriminer, mais plutôt un droit complet de garder le silence. Il s’agit là d’une extension du raisonnement de l’arrêt *Hebert*, précité, de sorte que l’appelant soutient qu’[TRADUCTION] «[i]l n’existe pas de distinction logique entre interroger sous serment la personne accusée au procès du coaccusé, conformément à un subpoena, et celui d’interroger une personne à la suite de son arrestation ou de sa mise en détention au poste de police».

Il y a ensuite le point de vue diamétralement opposé. Selon Paciocco, *op. cit.*, il existe une distinction fondamentale entre l’auto-incrimination testimoniale, c’est-à-dire l’utilisation des déclarations d’une personne [TRADUCTION] «comme preuve de la véracité de leur contenu pour aider le ministère public à prouver la perpétration d’une infraction criminelle par cette personne» (p. 540), et l’auto-incrimination non testimoniale. D’après Paciocco, lorsque les déclarations d’une personne constituent simplement une source d’information, de sorte que l’accusé ne se trouve pas à participer directement à la création d’une preuve incriminante, il y a lieu de procéder à une analyse différente. Selon Paciocco, la seule protection résiduelle contre l’auto-incrimination exigée en vertu de l’art. 7 de la *Charte* est le type de protection déjà reconnu dans l’arrêt *Hebert*, savoir la protection contre les déclarations incriminantes faites à la police avant le procès (à la p. 597):

[TRADUCTION] Le principe ne s’oppose pas à la divulgation forcée. À mon avis, le principe pertinent est le suivant: forcer l’accusé à répondre à une allégation *au*

110

111

where he is being tried and where his liberty is imperilled violates the principle of a case to meet because it compels the accused to answer. Using the accused's pretrial compelled statements would subvert that principle by using an enforced answer as part of the Crown's case just as if the answer had been compelled at the trial itself. Using evidence discovered as a result of a pretrial compelled statement is not the admission of an enforced answer and is not, therefore, an enforced response at the trial which has been required prior to the establishment by the Crown of a case to meet. Evidence discovered by compelled "clue facts" is not therefore protected. [Emphasis in original.]

Likewise, in respect of compelled testimony in parallel proceedings, Paciocco suggests that the relevant principle demands only what s. 13 provides, namely, protection against the subsequent use of compelled testimony. To state the matter another way, Paciocco would not demand derivative-evidence protection, whether in the form of a clue-fact privilege or a derivative-use immunity, for the purposes of s. 7.

cours de son procès, lorsque sa liberté est compromise, viole le principe de la preuve complète puisque l'accusé est alors contraint de répondre. L'utilisation des déclarations que l'accusé a été forcé de faire avant son procès irait à l'encontre de ce principe du fait qu'on se servirait de cette réponse forcée comme partie de la preuve du ministère public tout comme si l'accusé avait été forcé de répondre au procès même. L'utilisation des éléments de preuve découverts à l'issue d'une déclaration forcée avant le procès ne revient pas à admettre une réponse forcée et ne constitue donc pas une réponse forcée au cours du procès qui aurait été nécessaire au ministère public pour établir une preuve complète. Ne sont donc pas protégés les éléments de preuve découverts grâce aux «indices» qu'on a été forcé de donner. [En italique dans l'original.]

De même, en ce qui concerne les témoignages forcés dans des poursuites parallèles, Paciocco affirme que le principe pertinent exige seulement ce que prévoit l'art. 13, savoir la protection contre l'utilisation subséquente d'un témoignage forcé. En d'autres termes, pour les fins de l'art. 7, Paciocco n'exigerait pas une protection contre l'utilisation de la preuve dérivée, que ce soit sous la forme d'un privilège relatif aux indices ou d'une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée.

112 To resolve this disagreement, I am of the opinion that one must have primary regard for the structure and language of the *Charter*. In *Thomson Newspapers*, *supra*, this sentiment tended to ignite a debate regarding the propriety of interpreting the *Charter* using the *expressio unius* principle of statutory construction. That is, there was a current of resistance, most evident in the reasons of Wilson J., against the suggestion that the mere presence of ss. 11(c) and 13 is determinative of the question whether additional self-incrimination protections are possible. I agree with Wilson J. that a mechanical application of an *expressio unius* principle would be "inconsistent with the purposive approach to *Charter* interpretation" (p. 470). Indeed, taken to an extreme, such mechanics might have precluded the result in *Hebert*. But it does not follow that the presence of the enumerated protections can be ignored. L'Heureux-Dubé J. reflected this sentiment in *Thomson Newspapers* when she stated that "once the values have been identified, these rules [of statutory interpretation] might still

J'estime que, pour résoudre ce désaccord, il faut principalement tenir compte de l'économie et du texte de la *Charte*. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, ce sentiment a eu tendance à déclencher un débat sur l'opportunité d'interpréter la *Charte* au moyen du principe d'interprétation législative *expressio unius*. En d'autres termes, il y avait, comme en témoignaient plus particulièrement les motifs du juge Wilson, un courant de résistance à l'idée que la simple existence de l'al. 11(c) et de l'art. 13 est déterminante quant à savoir s'il est possible d'avoir d'autres garanties contre l'auto-incrimination. Je conviens avec le juge Wilson qu'une application automatique d'un principe *expressio unius* serait «incompatible avec l'interprétation de la *Charte*, fondée sur l'objet visé» (p. 470). En fait, à l'extrême, un tel raisonnement aurait pu empêcher le résultat obtenu dans l'arrêt *Hebert*. Toutefois, il ne s'ensuit pas que l'existence des garanties énumérées peut être ignorée. Le juge L'Heureux-Dubé a exprimé ce sentiment dans l'arrêt *Thomson Newspapers* lorsqu'elle a affirmé

be available in later stages of the analysis” (p. 570). That is another way of saying that, in a particular case, the result which might have been demanded by the *expressio unius* rule turns out to be the same result which is demanded by a purposive approach.

The enumerated protections in the *Charter* are of particular importance when one considers the broader context of our legal system. The relevance of this context to an inquiry under s. 7 is beyond dispute: *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at p. 503. Moreover, it is clear that the investigation can target not only the common-law or constitutional context, but also the legislative context. It is relevant to consider the principles which “have animated legislative and judicial practice in Canada”: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 327; see also *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; and *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

So, I simply make a point which has been made before: it is difficult, if not impossible, to ignore the similarity between the structure of ss. 11(c) and 13 of the *Charter*, and the statutory approach apparent in s. 5 of the *Canada Evidence Act*. The two structures share a concern for the non-compellability of accused persons, and both seek to protect witnesses against self-incrimination by providing a form of use immunity. They principally differ in that s. 13 of the *Charter* omits that much criticized portion of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* which requires a witness to claim its protection: see *Dubois, supra*, at p. 360.

Thus, there are two aspects of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* which one might suppose have been constitutionalized in s. 13 of the *Charter*: first, a general rule of compellability for witnesses; second, a general rule that witnesses will be protected against self-incrimination through immunity protection rather than a privilege. The first polar view described above takes issue with

qu’«une fois ces valeurs identifiées, il serait encore possible d’avoir recours à ces règles [d’interprétation législative] à une étape ultérieure de l’analyse» (p. 570). C’est là une autre façon de dire que, dans un cas particulier, le résultat qu’aurait pu prescrire la règle *expressio unius* s’avère le même que celui que dicte une interprétation fondée sur l’objet visé.

Les garanties énumérées dans la *Charte* sont tout particulièrement importantes lorsque l’on examine le contexte général de notre système juridique. La pertinence de ce contexte relativement à un examen fondé sur l’art. 7 est incontestable: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503. Par ailleurs, il est clair que l’examen peut porter non seulement sur le contexte de la common law ou le contexte constitutionnel, mais aussi sur le contexte législatif. Il est pertinent d’examiner les principes qui «animent la pratique législative et judiciaire au Canada»: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 327; voir aussi *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, et *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

Alors, je fais simplement une remarque qui a déjà été faite: il est difficile, voire impossible, d’ignorer la similitude entre l’économie de l’al. 11(c) et de l’art. 13 de la *Charte* et la méthode que le législateur semble avoir adoptée à l’art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Dans les deux cas, on se soucie de ne pas contraindre les accusés à témoigner et on cherche à protéger les témoins contre l’auto-incrimination au moyen d’une forme d’immunité contre l’utilisation de la preuve. La différence entre les deux réside dans le fait que l’art. 13 de la *Charte* omet la partie fort critiquée du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* qui exige du témoin qu’il en revendique la protection: voir l’arrêt *Dubois*, précité, à la p. 360.

En conséquence, il y a deux aspects du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* qui, peut-on supposer, ont été constitutionnalisés à l’art. 13 de la *Charte*: premièrement, une règle générale de contraignabilité des témoins; deuxièmement, une règle générale voulant que les témoins soient protégés contre l’auto-incrimination au moyen d’une immunité plutôt que d’un privilège. Le premier des

113

114

115

the propriety of these general rules, or at least seeks to qualify them.

deux points de vue diamétralement opposés, que j'ai décrits plus haut, doute de l'opportunité de ces règles générales, ou cherche tout au moins à les atténuer.

116 With respect, then, to the proposition that there should be a right to silence which can be claimed by some, if perhaps not all, witnesses, the challenge is directed toward the general rule of compellability. In fairness, even the appellant, as I understand his position, would not go so far as to suggest all witnesses should have a right to stand mute. Or, at least, I have not been made aware of any common-law, statutory, or constitutional authority which has gone so far. With regard to the common law in particular, there was protection by way of non-compellability for accused persons, and protection by way of privilege for witnesses. But once the testimony of witnesses became admissible in court as an historical matter, witnesses were never, thereafter, protected by a non-compellability rule.

Alors, en toute déférence pour la proposition qu'il devrait y avoir un droit de garder le silence susceptible d'être revendiqué par certains témoins, voire tous, la contestation vise la règle générale de contraignabilité. En toute équité, même l'appelant, si je comprends bien sa position, n'irait pas jusqu'à laisser entendre que tous les témoins devraient avoir le droit de garder le silence. À tout le moins, on ne m'a pas informé d'aucun précédent de common law, sur le plan législatif ou en matière constitutionnelle qui soit allé si loin. En ce qui concerne la common law particulièrement, les accusés bénéficiaient d'une protection par voie de non-contraignabilité, et les témoins d'une protection par voie de privilège. Cependant, depuis l'époque de l'histoire où les témoignages sont devenus admissibles devant les tribunaux, les témoins n'ont jamais été protégés par une règle de non-contraignabilité.

117 Should this point require emphasis, I consider it instructive to compare the current text of s. 13 to an earlier version. As proclaimed, s. 13 provides protection to "[a] witness who testifies". In the Proposed Constitutional Resolution of October, 1980, however, the s. 13 right was to be afforded to "[a] witness . . . when compelled to testify": *The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada* (1980), at p. 18. In *Dubois, supra*, Lamer J. indicated that s. 13's legislative history demonstrates that it is intended to protect the voluntary witness (p. 360); see also *R. v. Staranchuk* (1982), 3 C.C.C. (3d) 138 (Sask. Q.B.), rev'd on other ground (1983), 8 C.C.C. (3d) 150 (Sask. C.A.). But surely that is all this legislative history demonstrates. In other words, by removing the reference to compellability in s. 13 of the *Charter*, the drafters presumably meant to extend its protection to witnesses other than witnesses who testify on compulsion. The absence of compellability language cannot have been meant to cast doubt upon the general rule that witnesses are compellable. To permit such doubt

Si ce point mérite qu'on s'y attarde, j'estime qu'il est intéressant de comparer le texte actuel de l'art. 13 avec une version antérieure. Tel que proclamé en vigueur, l'art. 13 protège l'auteur d'un témoignage. Dans le Projet de résolution concernant la Constitution, déposé en octobre 1980, le droit visé à l'art. 13 était ainsi formulé: «[c]hacon a droit, s'il est contraint de témoigner»: *La Constitution canadienne 1980: Projet de résolution concernant la Constitution du Canada* (1980), à la p. 19. Dans l'arrêt *Dubois*, précité, le juge Lamer indique que l'histoire législative de l'art. 13 démontre qu'il visait à protéger le témoin volontaire (p. 360); voir aussi *R. c. Staranchuk* (1982), 3 C.C.C. (3d) 138 (B.R. Sask.), inf. pour un autre motif (1983), 8 C.C.C. (3d) 150 (C.A. Sask.). Cependant, c'est sûrement la seule chose que démontre cette histoire législative. En d'autres termes, en éliminant la mention de la contraignabilité à l'art. 13 de la *Charte*, les rédacteurs ont présumément voulu protéger les témoins autres que ceux qui sont contraints à témoigner. On ne saurait avoir voulu, par l'absence de cette mention, jeter

would be to cast aside the state's usual right to demand evidence in the search for truth.

This suggests that compellability is a general rule, but it is germane to reiterate that the appellant only claims an exemption from this general rule. The exemption he proposes is status based. The appellant's primary contention is that "an individual charged with a criminal offence has a fundamental right to remain mute and not answer questions regarding their potential liability". As already mentioned, this contention amounts to an extension of the reasoning from *Hebert, supra*, where a right to silence was recognized for persons who have been detained. The contention requires careful consideration.

In *Hebert*, this Court developed a right to silence so that "[t]he suspect, although placed in the superior power of the state upon detention, retains the right to choose whether or not he will make a statement to the police" (p. 180). This was done on the theory that (at p. 181):

In keeping with the approach inaugurated by the *Charter*, our courts must adopt an approach to pre-trial interrogation which emphasizes the right of the detained person to make a meaningful choice and permits the rejection of statements which have been obtained unfairly in circumstances that violate that right of choice.

In the pre-trial interrogation context, a fundamental concern arises as to the omnipotence of the state, and we seek to avoid "abuses of power against the individual" (p. 183).

The pre-trial interrogation context of *Hebert* must be highlighted. In that context, the self-incrimination principle is affected in more than one way. It is not simply the effect of a pre-trial disclosure which endangers the principle, but also the purpose of the activity itself. One's status as "detained person" is relevant because it defines

un doute sur la règle générale voulant que tout témoin soit contraignable. Autoriser un tel doute reviendrait à écarter le droit que possède normalement l'État d'exiger la production d'éléments de preuve dans sa recherche de la vérité.

Ceci laisse entendre que la contraignabilité est une règle générale, mais il est pertinent de réitérer que l'appelant réclame seulement une exemption à cette règle générale. L'exemption qu'il propose est fondée sur sa situation. Il soutient principalement qu'[TRADUCTION] «une personne accusée d'une infraction criminelle a le droit fondamental de garder le silence et de ne pas répondre à des questions concernant sa responsabilité éventuelle». Comme je l'ai déjà mentionné, cet argument constitue une extension du raisonnement formulé dans l'arrêt *Hebert*, précité, où on a reconnu un droit de garder le silence aux personnes qui ont été détenues. Cet argument doit être examiné soigneusement.

Dans l'arrêt *Hebert*, notre Cour a formulé un droit de garder le silence, de sorte que «[b]ien qu'assujetti au pouvoir supérieur de l'État au moment de la détention, le suspect conserve le droit de choisir de faire ou non une déclaration aux policiers» (p. 180). Cela reposait sur la théorie suivante (à la p. 181):

Conformément à la méthode instaurée par la *Charte*, nos tribunaux doivent adopter à l'égard des interrogatoires qui précèdent le procès une démarche qui insiste sur le droit de la personne détenue de faire un choix utile et qui permette d'écarter les déclarations qui ont été obtenues de façon inéquitable dans des circonstances qui violent ce droit de choisir.

Dans le contexte d'un interrogatoire antérieur au procès, il existe une préoccupation fondamentale quant à la toute-puissance de l'État, et nous cherchons à éviter les «abus de pouvoir dont [est] victime un particulier» (p. 183).

Il faut mettre l'accent sur le contexte de l'interrogatoire antérieur au procès dont il était question dans l'arrêt *Hebert*. Dans ce contexte, le principe interdisant l'auto-incrimination est touché de plus d'une façon. Ce qui compromet le principe n'est pas simplement l'effet d'une divulgation antérieure au procès, mais encore l'objet de l'activité même.

118

119

120

when pre-trial interrogation begins. In this regard, McLachlin J. in *Hebert* distinguished between pre-trial interrogation, and pre-detention investigations (at p. 184):

Nor does the *Charter* extend the right to counsel to pre-detention investigations. The two circumstances are quite different. In an undercover operation prior to detention, the individual from whom information is sought is not in the control of the state. There is no need to protect him from the greater power of the state. After detention, the situation is quite different; the state takes control and assumes the responsibility of ensuring that the detainee's rights are respected.

Once detention arises, the state's power over the individual is such that a statement obtained in violation of the right to remain silent is self-conscriptive. But note that the agent who ignores the *Charter* right acts for the purpose of building a case against the accused. In the same way that s. 11(c) ensures that the accused will not have to participate in this purpose at trial, s. 7 acts to protect the accused prior to trial.

121 A very significant problem arises, however, when one attempts to transport *Hebert* uncritically to a context involving testimonial compulsion in established proceedings. In such a context, the accused person (or, one might just as easily say "the detained person", or "the suspect") would like to argue that, although the proceedings are not instituted for the purpose of obtaining self-conscriptive evidence, the proceedings will nonetheless have that effect. Based upon this logic, the accused demands special constitutional protection at such parallel proceedings.

122 To my mind, there is an inherent and serious flaw in this argument. Of course, it is well established that either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate a provision, and so I take no issue with the appellant's effort to highlight an unconstitutional effect: *R. v. Big M*

La situation de «personne détenue» est pertinente parce qu'elle détermine quand commence l'interrogatoire antérieur au procès. À cet égard, dans l'arrêt *Hebert*, le juge McLachlin établit une distinction entre l'interrogatoire antérieur au procès et les enquêtes qui précèdent la détention (à la p. 184):

La *Charte* n'étend pas non plus le droit à l'assistance d'un avocat aux enquêtes qui précèdent la détention. Les deux situations sont très différentes. Au cours d'une opération secrète qui précède la détention, la personne de qui l'on tente d'obtenir des renseignements n'est pas sous le contrôle de l'État. Il n'y a aucune raison de la protéger du pouvoir supérieur de l'État. Après la mise en détention, la situation est tout à fait différente; l'État prend le contrôle et a la responsabilité de garantir que les droits du détenu sont respectés.

Dès qu'il y a détention, le pouvoir de l'État sur la personne détenue est tel qu'une déclaration obtenue contrairement au droit de garder le silence est considérée comme ayant été obtenue en mobilisant cette personne contre elle-même. Cependant, il faut noter que l'agent qui ne tient pas compte du droit garanti par la *Charte* agit dans le but de constituer une preuve contre l'accusé. De même que l'al. 11c) garantit à l'accusé qu'il n'aura pas à participer à cette fin au cours du procès, l'art. 7 a pour effet de protéger l'accusé avant le procès.

Cependant, un problème très important se pose lorsque l'on tente d'appliquer, de façon non critique, l'arrêt *Hebert* à un contexte de contrainte à témoigner dans des procédures instituées. Dans ce contexte, l'accusé (ou l'on pourrait tout aussi bien dire «le détenu» ou «le suspect») aimerait faire valoir que, même si les procédures ne sont pas engagées dans le but d'obtenir des éléments de preuve en le mobilisant contre lui-même, elles auront néanmoins cet effet. Selon cette logique, l'accusé exige une protection constitutionnelle spéciale pendant ces poursuites parallèles.

À mon avis, cet argument est entaché d'un vice inhérent et sérieux. Certes, il est bien établi qu'une disposition peut être invalidée si elle vise une fin inconstitutionnelle ou si elle a un effet inconstitutionnel, et c'est pourquoi je ne m'oppose pas aux efforts de l'appelant pour faire ressortir l'existence

Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295. The problem, however, is that the self-conscriptive effect identified by the appellant is precisely the same effect which confronts every witness who is compellable and who must answer questions pursuant to s. 5 of the *Canada Evidence Act*. The accused person, the detainee, the suspect, the compelled or voluntary witness for the prosecution, and the compelled or voluntary witness for the defence, all confront an identical hazard. Once it is determined that a proceeding lacks the flavour of pre-trial interrogation, the fact of status devolves into meaninglessness. Detention becomes indicative of purpose; detention has nothing exclusive to say about effects.

The most important authority which might be advanced to support a contrary view, namely, *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465, has enjoyed a history of mutilation which effectively makes my point. I will consider that decision immediately below. Before I do so, however, I wish to emphasize that, irrespective of whether one considers *Batary* to be correctly or incorrectly decided, and irrespective of whether one believes that, in post-*Charter* terms, *Batary* reflects a worthwhile principle, *Batary* is only meaningful at this stage of the inquiry if it supports a rule against self-incrimination which is based upon the status of the person whose evidence is sought to be compelled.

In *Batary*, a provincial coroner's inquest had the power to compel testimony from any person: *The Coroners Act*, R.S.S. 1953, c. 106, s. 15 (as am. by S.S. 1960, c. 14, s. 3). Cartwright J. for the majority first examined the English history of the coroner's inquest, and concluded that the received law of Saskatchewan included the English criminal-law proposition that "a person charged with murder and awaiting trial could not be compelled to testify at an inquest into the death of the deceased with whose murder he was charged" (p. 475). In the opinion of Cartwright J., this rule of non-compellability was not altered by any intervening fed-

d'un effet inconstitutionnel: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Cependant, le problème découle du fait que l'effet de mobilisation contre soi-même que mentionne l'appelant est précisément le même auquel est exposé tout témoin qui est contraignable et tenu de répondre à des questions en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'accusé, la personne détenue, le suspect, le témoin contraint ou volontaire du ministère public, ainsi que le témoin contraint ou volontaire de la défense, courent tous un risque identique. Une fois établi qu'une procédure ne constitue pas un interrogatoire avant le procès, la question de la situation de la personne devient dénuée de sens. La détention devient indicative de l'objet; la détention n'apporte rien d'exclusif quant aux effets.

L'arrêt le plus important qui puisse être invoqué à l'appui d'un point de vue contraire, savoir *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465, a fait l'objet de nombreuses critiques qui me donnent raison en réalité. J'examinerai cet arrêt dans les paragraphes qui suivent. Cependant, je tiens tout d'abord à faire ressortir que, peu importe qu'on le considère comme correct ou incorrect ou que l'on croie qu'il représente encore un principe valable depuis l'adoption de la *Charte*, l'arrêt *Batary* n'est utile à ce stade-ci de l'analyse que s'il appuie une règle interdisant l'auto-incrimination fondée sur la situation de la personne que l'on veut contraindre à témoigner.

Dans l'arrêt *Batary*, un coroner provincial avait le pouvoir de contraindre toute personne à témoigner: *The Coroners Act*, R.S.S. 1953, ch. 106, art. 15 (mod. par S.S. 1960, ch. 14, art. 3). Le juge Cartwright a tout d'abord examiné, au nom de la majorité, l'historique anglais de l'enquête du coroner et a conclu que la règle admise en Saskatchewan incluait la proposition du droit criminel anglais, selon laquelle [TRADUCTION] «une personne accusée de meurtre et attendant son procès ne pouvait pas être contrainte de témoigner à l'enquête relativement au décès de la personne dont elle était accusée d'avoir causé la mort» (p. 475). De l'avis du juge Cartwright, cette règle de la non-contraignabilité n'avait été modifiée par aucun

eral enactment in this country. With respect to the provincial provision, he then reasoned (at p. 478):

Such legislation trenches upon the rule expressed in the maxim *nemo tenetur seipsum accusare* which has been described (by Coleridge J. in *R. v. Scott*) as “a maxim of our law as settled, as important and as wise as almost any other in it.”

Cartwright J. concluded that the Saskatchewan compellability provision was *ultra vires* legislation enacted in relation to the criminal law including the procedure in criminal matters: *Constitution Act, 1867*, s. 91(27). A rule of law, applicable to accused persons, was thus perceived to be born: W. Henkel, “Competency, Compellability and Coroners’ Courts” (1970), 12 *Crim. L.Q.* 166.

125 My difficulty, however, lies in making the association Cartwright J. made between the *nemo tenetur* maxim — which I have here reformulated into the principle against self-incrimination — and a rule against compellability which derives from a witness’s status as accused person in other proceedings. In particular, if the principle against self-incrimination abhors the notion that an accused person can be compelled in separate proceedings, one wonders how *Batary* can be rationalized in the pre-*Charter* context with the proposition, not then disputed, that accused persons either jointly or separately indicted, but separately tried on a charge, were compellable at each other’s trials. This point appears, for example, in *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135 (N.S.C.A.), cited by both the majority and dissent in *Batary*, *supra*.

126 Moreover, if the principle against self-incrimination would take issue with the compellability of a person accused of an offence, would it not also take issue with the compellability of a suspect? It is difficult to believe that a principle as supposedly

texte législatif fédéral adopté entre-temps au Canada. En ce qui concerne la disposition adoptée par la province, il fait ensuite le raisonnement suivant (à la p. 478):

[TRADUCTION] Une telle mesure législative enfreint la règle exprimée dans la maxime *nemo tenetur seipsum accusare* qui a été décrite (par le juge Coleridge dans l’arrêt *R. c. Scott*) comme «une maxime de notre droit qui est tout aussi bien établie, importante et judicieuse que pratiquement n’importe quelle autre.»

Le juge Cartwright a conclu que cette disposition de la Saskatchewan en matière de contraignabilité était une mesure législative inconstitutionnelle qui avait été adoptée relativement au droit criminel, y compris la procédure en matière criminelle: *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 91(27). On estimait qu’une règle de droit applicable aux accusés avait vu le jour: W. Henkel, «Competency, Compellability and Coroners’ Courts» (1970), 12 *Crim. L.Q.* 166.

Cependant, j’éprouve de la difficulté à saisir le rapport que le juge Cartwright établit entre la maxime *nemo tenetur* — que j’ai reformulée en l’espèce en principe interdisant l’auto-incrimination — et une règle interdisant la contraignabilité qui découle de la situation d’un témoin qui est accusé dans d’autres procédures. En particulier, si le principe interdisant l’auto-incrimination rejette l’idée qu’un accusé puisse être contraint à témoigner dans des procédures distinctes, on se demande comment l’arrêt *Batary*, dans le contexte antérieur à la *Charte*, peut être concilié avec la proposition, incontestée à l’époque, selon laquelle des personnes accusées conjointement ou séparément, mais jugées séparément relativement à une accusation, pouvaient être contraintes à témoigner au procès de leurs coaccusés. Cette remarque figure notamment dans l’affaire *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135 (C.A.N.-É.), et est citée à la fois par la Cour à la majorité et le juge dissident dans l’arrêt *Batary*, précité.

Par ailleurs, si le principe interdisant l’auto-incrimination s’opposait à la contraignabilité d’une personne accusée d’une infraction, ne s’opposerait-il pas aussi à la contraignabilité d’un suspect? Il est difficile de croire qu’un principe prétendument

fundamental as the principle against self-incrimination would be susceptible to easy manipulation through the timing of a formal charge. As Estey J. noted in *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada, supra*, the circumstances which control the timing of an indictment may be "accidental or at least undirected" (p. 256). Moreover, as Ratushny has noted, defence counsel operating under such a rule of law might have been well advised to "lay[] an information against his own client!" (*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, supra*, at p. 362).

And, in any event, in the next relevant case after *Batary, supra*, namely, *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9, this Court confined *Batary* to its facts in this regard. According to de Grandpré J., a witness compelled to testify before a coroner's inquest in Quebec could not complain because (at pp. 21-22):

In the case at bar appellant, at the time he was required to testify, had not been charged with any offence as a result of the death of Csoman, and as a matter of fact no charge has been brought against him to date. In my view the effect of this fundamental difference is that *Batary* has no application to the case at bar.

There is no doubt that in distinguishing *Batary* in this fashion, this Court rejected an analogy between persons charged with an offence and mere suspects, that is, persons likely to be charged with an offence: see *Di Iorio, supra*, at pp. 216-17.

Given the obvious contradictions between *Batary* on the one hand, and cases like *Regan, supra*, *Faber, supra*, and *Di Iorio, supra*, on the other, it cannot be seriously contended that there has been any coherent recognition of a non-compellability rule which attaches to the status of a person without regard for the character of the proceedings in which testimony is sought to be compelled. It may be that *Batary* simply reflects an anomalous rule from history. Or, it may be that there is considerable doubt as to the correctness of

aussi fondamental que le principe interdisant l'auto-incrimination pourrait être facilement manipulé grâce au moment choisi pour porter une accusation formelle. Comme le juge Estey l'a fait remarquer dans l'arrêt *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada, précité*, les circonstances qui entourent le moment du dépôt d'un acte d'accusation peuvent être «fortuite[s] ou du moins indirecte[s]» (p. 256). De plus, comme l'a souligné Ratushny, l'avocat de la défense qui agit en vertu d'une telle règle de droit aurait pu être bien avisé de [TRADUCTION] «déposer une dénonciation contre son propre client!» (*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, op. cit.*, à la p. 362).

Quoi qu'il en soit, dans l'arrêt *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9, le premier arrêt d'intérêt après l'arrêt *Batary*, précité, notre Cour a limité, à cet égard, la portée de l'arrêt *Batary* aux faits qui lui étaient propres. Selon le juge de Grandpré, un témoin contraint à témoigner au cours d'une enquête du coroner au Québec ne pouvait se plaindre pour le motif suivant (aux pp. 21 et 22):

En l'espèce, l'appelant au moment où il fut invité à rendre témoignage, n'était pas accusé de quoi que ce soit par suite de la mort de Csoman et comme question de fait, jusqu'à ce jour, aucune accusation n'a été portée contre lui. Cette différence fondamentale fait qu'à mon avis l'arrêt *Batary* n'a aucune application en l'espèce.

Il n'y a pas de doute qu'en faisant cette distinction avec l'arrêt *Batary*, notre Cour a rejeté l'existence d'une analogie entre un inculpé et un simple suspect, c'est-à-dire une personne susceptible d'être inculpée: voir l'arrêt *Di Iorio*, précité, aux pp. 216 et 217.

Compte tenu des contradictions évidentes entre, d'une part, l'arrêt *Batary* et, d'autre part, des arrêts comme *Regan*, *Faber* et *Di Iorio*, précités, on ne peut sérieusement soutenir qu'il y a eu reconnaissance logique de l'existence d'une règle de non-contrainabilité se rattachant à la situation d'une personne sans égard à la nature des procédures dans lesquelles on veut la contraindre à témoigner. Il se peut que l'arrêt *Batary* reflète simplement une règle anormale tirée de l'histoire. Il se peut également qu'il existe d'importants doutes quant à

127

128

Cartwright J.'s summary of English law in *Batary*, *supra*. In this regard, I note the following criticisms advanced by Ratushny:

On the historical aspect of the judgment, it is perhaps significant that no authority was cited indicating that the accused could *not* be called as a witness at an inquest. Rather, the negative approach was taken, that no case had been cited in which that had happened. But if the person's status as an accused is irrelevant, there would be no reason to mention it.

Perhaps what is more important in this context, is the state of the law with respect to witnesses historically. It will be recalled that at common law, a witness did not merely have protection against his testimony being used at a future proceeding. He could *refuse to answer*. In these circumstances, there would be little point in calling an accused, or even a suspect, as a witness. It is submitted that this is the true significance of the passage quoted by Cartwright J. from *Jervis on Coroners*, to the effect that an order to compel a person to attend before a coroner and jury:

... will generally be made if the prisoner is not the party under accusation; *or, if he is accused or suspected, then when he is desirous of making a statement*, and perhaps also when his presence is requisite for the purpose of identification.

The passage recognizes that an accused can be compelled, but also recognizes the futility of calling him, unless there is an indication that he will waive his right to refuse to answer. [Emphasis in original.]

(“Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada”, *supra*, at p. 58.)

129

Like Ratushny, I am concerned that this Court in *Batary* fundamentally confused two kinds of authorities: first, authorities which recognized the practical futility of calling an accused to testify in parallel proceedings about the subject matter of a charge, in recognition of the common-law testimonial privilege; and, second, possibly non-existent authorities which might establish a rule of law to the effect that persons with a certain status are not compellable in parallel proceedings. Especially instructive in this regard is Cartwright J.'s citation of *R. v. Scorey* (1748), 1 Leach 43, 168 E.R. 124,

l'exactitude du résumé que le juge Cartwright fait du droit anglais dans l'arrêt *Batary*, précité. Sur ce point, je cite les critiques formulées par Ratushny:

[TRADUCTION] Pour ce qui est de l'aspect historique de l'arrêt, il est peut-être important de souligner que l'on n'y cite aucun précédent indiquant que l'accusé *ne* pouvait être assigné à témoigner au cours d'une enquête. On a plutôt procédé par la négative en précisant qu'on n'avait cité qu'aucune décision dans laquelle cela s'était produit. Cependant, si la situation de la personne, en tant qu'accusée, n'est pas pertinente, il n'y a aucun motif d'en parler.

Ce qui importe peut-être le plus dans ce contexte, c'est l'état historique du droit relativement aux témoins. On se rappellera qu'en common law, un témoin ne bénéficiait pas simplement d'une protection contre l'utilisation de son témoignage au cours de procédures futures. Il pouvait *refuser de répondre*. Dans ces circonstances, il n'y avait guère d'intérêt à assigner un accusé, ou même un suspect, à témoigner. On soutient que c'est là la véritable signification de l'extrait de *Jervis on Coroners*, que le juge Cartwright a cité, selon lequel l'ordre de contraindre une personne à se présenter devant un coroner et un jury:

... sera généralement donné si le prisonnier n'est pas la partie accusée, *ou, dans le cas où il est accusé ou suspect, s'il désire faire une déclaration*, et peut-être encore si sa présence est requise pour fins d'identification.

Ce passage reconnaît la contraignabilité d'un accusé, mais aussi la futilité de l'assigner, à moins d'indication qu'il renoncera à son droit de refuser de répondre. [En italique dans l'original.]

(«Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada», *loc. cit.*, à la p. 58.)

À l'instar de Ratushny, je crains que notre Cour, dans l'arrêt *Batary*, ait essentiellement confondu deux types de précédents: premièrement, ceux qui reconnaissent que, compte tenu du privilège testimonial en common law, il est en pratique futile d'assigner un accusé à témoigner dans des procédures parallèles portant sur l'objet d'une accusation; deuxièmement, des précédents, peut-être inexistantes, qui pourraient établir une règle de droit prévoyant que des personnes se trouvant dans une certaine situation ne peuvent être contraintes à témoigner dans des procédures parallèles. Il est

and *Wakley v. Cooke* (1849), 4 Ex. 511, 154 E.R. 1316, and his statement that (at p. 474):

There is nothing in the judgments in either of these cases to suggest that a person charged with the murder of a person into whose death an inquest was being held could be compelled to testify at such inquest.

With respect, I must disagree. In *Wakley*, *supra*, Pollock C.B. impugned the practice of the Middlesex coroners which led those coroners to refuse testimony from accused persons and suspects, and he did so in clear terms (at p. 1318 E.R.):

Such a practice, no doubt, is not correct, and it is to be hoped that it will be discontinued hereafter. It is manifestly contrary to the law of the land; and it is quite clear that the evidence of a man ought never to be excluded in an investigation before a coroner, on the ground that he may criminate himself, for it is not right to assume that he is guilty; and the witness may guard his own interests in giving his evidence. [Emphasis added.]

In other words, the authorities relied upon by Cartwright J. in *Batary* to support the proposition that accused persons were not compellable by coroners in England go some distance toward proving the opposite point, namely, that the compellability of persons was defined not by their status in parallel proceedings, but rather by their status in the proceedings where testimony was desired.

Having made these points, I will go no further toward impugning the result in *Batary*, and I am not of a mind to overrule it. On its facts, it is noteworthy that an accused's preliminary inquiry in *Batary* was adjourned at the instance of an Attorney General so that a coroner's inquest into the very same matter might be conducted, and so that the accused might be therefore compelled to testify. Cartwright J.'s policy objection to this state of affairs has no little significance in relation to a principle against self-incrimination. He stated (at p. 476):

particulièrement intéressant de noter, à cet égard, la citation que le juge Cartwright fait des arrêts *R. c. Scorey* (1748), 1 Leach 43, 168 E.R. 124, et *Wakley c. Cooke* (1849), 4 Ex. 511, 154 E.R. 1316, ainsi que sa déclaration selon laquelle (à la p. 474):

[TRADUCTION] Ces arrêts ne laissent aucunement entendre qu'une personne accusée du meurtre d'une personne dont la mort fait l'objet d'une enquête peut être assignée à témoigner à cette enquête.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Dans l'arrêt *Wakley*, précité, le baron en chef Pollock a clairement attaqué la pratique des coroners de Middlesex, qui les amenait à refuser le témoignage des accusés et des suspects (à la p. 1318 E.R.):

[TRADUCTION] Il n'y a pas de doute que cette pratique n'est pas correcte et il est à souhaiter qu'elle sera abandonnée après la présente décision. Elle est manifestement contraire à la loi du pays, et il est tout à fait clair que le témoignage d'une personne ne devrait jamais être exclu au cours d'une enquête du coroner pour le motif qu'il est susceptible de l'incriminer, car il n'est pas juste de supposer qu'elle est coupable; enfin, le témoin peut veiller à ses propres intérêts lorsqu'il témoigne. [Je souligne.]

En d'autres termes, la jurisprudence que le juge Cartwright a mentionnée, dans l'arrêt *Batary* pour soutenir que les coroners en Angleterre ne pouvaient pas contraindre des accusés à témoigner contribue dans une certaine mesure à prouver le contraire, savoir que la contraignabilité d'une personne était déterminée non pas par sa situation dans des procédures parallèles, mais plutôt par sa situation dans les procédures au cours desquelles on voulait qu'elle témoigne.

Ceci dit, je n'attaquerai pas davantage le résultat de l'arrêt *Batary*, et je n'envisage pas de l'infirmer. Il convient de noter que, d'après les faits de cet arrêt, l'enquête préliminaire d'un accusé avait été suspendue à la demande d'un procureur général pour qu'une enquête du coroner soit menée sur la même question et pour que l'accusé puisse donc être contraint à y témoigner. L'objection de principe formulée à ce sujet par le juge Cartwright est tout à fait pertinente relativement à un principe interdisant l'auto-incrimination (à la p. 476):

It would be a strange inconsistency if the law which carefully protects an accused from being compelled to make any statement at a preliminary inquiry should permit that inquiry to be adjourned in order that the prosecution be permitted to take the accused before a coroner and submit him against his will to examination and cross-examination as to his supposed guilt. In the absence of clear words in an Act of Parliament or other compelling authority I am unable to agree that that is the state of the law.

It must be noted, of course, that Cartwright J. in this passage acknowledged the pre-*Charter* supremacy of Parliament in respect, even, of such "a strange inconsistency" as he perceived, and he did not have available to him any free-floating principle against self-incrimination which he might have used to combat it. But, since he was confronted with provincial legislation, he could command a division-of-powers analysis, and he may have used that analysis to "incorporate into the federalism issue a partial 'protection of rights' analysis": Ontario Law Reform Commission, *Report on Public Inquiries* (1992), at p. 73.

[TRADUCTION] Ce serait une étrange contradiction que la loi écarte avec tant de soin le témoignage obligatoire à l'enquête préliminaire, et qu'elle permette par ailleurs que cette enquête soit ajournée pour que la poursuite puisse amener l'accusé devant un coroner et le soumettre contre sa volonté à un interrogatoire et à un contre-interrogatoire sur sa prétendue culpabilité. En l'absence de mots précis dans une loi du Parlement ou émanant d'une autre autorité compétente, tel n'est pas l'état du droit.

Il faut bien entendu souligner que le juge Cartwright reconnaît, dans ce passage, la suprématie dont jouissait le Parlement avant l'adoption de la *Charte*, même relativement à ce qu'il percevait comme [TRADUCTION] «une étrange contradiction», et qu'il ne disposait d'aucun principe distinct interdisant l'auto-incrimination dont il aurait pu se servir pour la contrer. Cependant, puisqu'il devait se prononcer sur une loi provinciale, il pouvait commander une analyse fondée sur le partage des pouvoirs, et s'en servir pour [TRADUCTION] «incorporer dans la question du fédéralisme une analyse partielle de la «protection des droits»»: Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Public Inquiries* (1992), à la p. 73.

131 Whether or not the *Charter* might respond to the policy objection voiced in *Batary* is not, however, the issue confronting me now. As indicated above, the problem which *Batary* does not resolve is this: there is no logical reason to distinguish for s. 7 purposes between persons on the basis of a status defined in parallel proceedings, in so far as a testimonial compulsion in other proceedings is concerned. If a statutory compulsion, as applied to two individuals, will result in each divulging the same information on the stand, and if that information is similarly inculpatory for each, why should the two receive different kinds of *Charter* protection? In my opinion, they should not.

Je n'ai pas en l'espèce à déterminer si la *Charte* pourrait répondre à l'objection de principe formulée dans l'arrêt *Batary*. Comme je l'ai déjà indiqué, l'arrêt *Batary* ne résout pas le problème suivant: pour les fins de l'art. 7, il n'y a aucune raison logique d'établir, entre des personnes, une distinction fondée sur leur situation dans des procédures parallèles, aux fins de déterminer leur contraignabilité à témoigner dans d'autres procédures. Si la loi contraint à témoigner deux personnes qui divulgueront chacune les mêmes renseignements lorsqu'elles seront à la barre, et si ces renseignements sont tout autant incriminants pour l'une que pour l'autre, pourquoi devraient-elles bénéficier de deux types différents de protection en vertu de la *Charte*? À mon avis, elles ne devraient pas.

132 If one accepts this proposition, then the available options become easier to manage. It becomes clear, for example, that if the principle against self-incrimination, as it is applied to an accused person or a suspect at parallel proceedings, can be satisfied by nothing less than a right to silence, then

Si l'on accepte cet argument, il devient plus facile d'examiner les options qui s'offrent. Par exemple, si l'application du principe interdisant l'auto-incrimination à un accusé ou à un suspect dans des procédures parallèles, ne peut être respecté par rien de moins que le droit de garder le

that right to silence must be available to all persons, since the question of status is irrelevant. I have already suggested above that this deafening silence finds no support anywhere, and it ought to be rejected.

What about a return to the common-law position? I have noted that both Ratushny and Mewett favour this view. Ratushny, for his part, has discussed how a modified form of the rule from *Batary, supra*, might be developed, such that a person charged with an offence would have the common-law privilege against self-incrimination. But, as I have noted above, Ratushny recognized that by logical extension the common-law testimonial privilege for witnesses would result:

If such a protection is to be restored to persons who have already been charged, is there any logical reason for not extending it to persons who are *likely* to be charged or who *could* be charged? Without such an extension, the Crown could simply postpone the laying of charges until the suspect had completed his testimony at the other hearing. This appears to have been the situation, for example, in the *Johansen* case.

If the proposed provision were to be extended to persons who are not yet charged, we would be back, essentially, to the common law position. A witness would be permitted to refuse to answer any question on the ground that it might tend to incriminate him of a criminal offence. [Emphasis in original.]

(*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, supra*, at pp. 393-94.)

It is in respect of this argument, that is, the argument that we should retreat to the common-law position, that I consider it doubly important to have primary regard for the structure of the *Charter*. I agree, for the reasons variously expressed in *Thomson Newspapers, supra*, that we must take care to guard against defining the principles of fundamental justice in overreliance upon a legislative position, even a position of long standing. However, to contend that s. 7 of the *Charter* demands a testimonial privilege for all witnesses is

silence, alors il devient évident que ce droit au silence doit pouvoir être invoqué par tous puisque la question de la situation n'est pas pertinente. J'ai déjà laissé entendre plus haut, que ce silence fracassant ne trouve aucun appui nulle part, et qu'il doit être rejeté.

Qu'en est-il d'un retour à la position de common law? J'ai remarqué que Ratushny et Mewett favorisent tous deux ce point de vue. Ratushny, quant à lui, a examiné comment on pourrait modifier la règle formulée dans l'arrêt *Batary*, précité, de sorte qu'une personne accusée d'une infraction puisse invoquer le privilège de common law de ne pas s'incriminer. Cependant, comme je l'ai déjà fait remarquer, Ratushny a reconnu que, par extension logique, le privilège du témoin, reconnu en common law, serait applicable:

[TRADUCTION] Si l'on rétablit cette protection pour les personnes qui ont déjà été accusées, existe-t-il une raison logique de ne pas l'accorder aux personnes qui seront *vraisemblablement* accusées ou qui *pourraient* l'être? Sans cette extension, le ministère public pourrait simplement retarder le dépôt des accusations jusqu'à ce que le suspect ait fini de témoigner à l'autre audience. Cela paraît avoir été le cas, par exemple, dans l'affaire *Johansen*.

Si la disposition proposée devait être appliquée aux personnes qui n'ont pas encore été accusées, nous retournerions essentiellement à la position de common law. Un témoin serait autorisé à refuser de répondre à une question pour le motif qu'elle pourrait tendre à l'incriminer d'une infraction criminelle. [En italique dans l'original.]

(*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, op. cit.*, aux pp. 393 et 394.)

C'est relativement à cet argument du retour à la position de common law que je considère comme doublement important de tenir compte d'abord de l'économie de la *Charte*. Pour les divers motifs exprimés dans *Thomson Newspapers*, précité, je reconnais qu'il nous faut veiller à ne pas nous fonder excessivement sur une position législative, même ancienne, pour définir les principes de justice fondamentale. Cependant, soutenir que l'art. 7 de la *Charte* exige que tous les témoins bénéficient du privilège du témoin revient à dire que les rédac-

133

134

to suggest that the framers of our Constitution misunderstood the nature of s. 5 of the *Canada Evidence Act* and simply forgot to include a provision in the *Charter* comparable to the Fifth Amendment of the United States Constitution. That is a proposition which I cannot accept.

135 Indeed, it is clear that Canada repeatedly resolved to maintain a position whereby witnesses are able to claim a protective mechanism which admits of certain application and which has a defined reach. While the longevity of the *Canada Evidence Act* approach is perhaps not a determinative consideration, its longevity has particular significance when one considers that the Canadian position has been the subject of unending scrutiny which it has always survived. The considered opinion of the legal community in this country has repeatedly advocated its retention: see, e.g., Law Reform Commission of Canada, Working Paper 17, *Commissions of Inquiry: A New Act* (1977), at pp. 36-37; and *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence*, *supra*, at pp. 438-39. Even the Canadian Committee on Corrections, quoted above as suggesting that an absence of derivative-use immunity bestows a "powerful weapon" upon Canadian law enforcement, did not advocate a return to the common-law position. Instead, in the pre-*Charter* context, the only change repeatedly recommended is the one s. 13 of the *Charter* obviously embodies, namely, the abolition of the requirement for witnesses to claim immunity protection.

136 In short, the structure of the *Charter* demonstrates an obvious attempt to enact in constitutional form the same structural protection against self-incrimination for witnesses which existed historically. The protection envisioned involves a general rule of witness compellability, coupled with an evidentiary immunity. Even Ratushny, who argues for new protection, admits that the *Charter's* structure was intended to reproduce the pre-existing approach: "The Role of the Accused in the Crimi-

teurs de notre Constitution ont mal saisi la nature de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et qu'ils ont tout simplement oublié d'inclure dans la *Charte* une disposition comparable au Cinquième amendement de la Constitution américaine. Je ne puis souscrire à cet argument.

En fait, il est clair que le Canada, à maintes reprises, a décidé de maintenir une position qui permet aux témoins de revendiquer un mécanisme de protection applicable dans certains cas et d'une portée définie. Même si la longévité de la démarche adoptée dans la *Loi sur la preuve au Canada* n'est peut-être pas un facteur déterminant, elle revêt une importance particulière si l'on tient compte du fait que la position canadienne a fait l'objet d'analyses interminables auxquelles elle a toujours survécu. Le milieu juridique au Canada a préconisé, à maintes reprises, le maintien de cette position, après mûre réflexion: voir, par exemple, Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 17, *Les commissions d'enquête: une nouvelle loi* (1977), aux pp. 38 et 39; et le rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, *op. cit.*, aux pp. 488 et 489. Même le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle qui, d'après la citation susmentionnée, laisse entendre que l'absence d'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée fournit une «puissante arme» à ceux qui ont charge de faire respecter l'ordre au Canada, n'a pas préconisé un retour à la position de common law. Avant l'adoption de la *Charte*, la seule modification, maintes fois recommandée, est plutôt celle que l'art. 13 renferme de toute évidence, savoir l'abolition de la nécessité pour le témoin de revendiquer l'immunité.

Bref, il ressort de l'économie de la *Charte* que l'on a de toute évidence tenté d'y constitutionnaliser la même protection structurelle contre l'auto-incrimination dont les témoins bénéficiaient historiquement. La protection envisagée comporte une règle générale de contraignabilité des témoins, assortie d'une immunité relative à la preuve. Même Ratushny, qui est en faveur d'une nouvelle protection, reconnaît que la *Charte*, de par son économie, visait à reproduire la démarche préexis-

nal Process”, *supra*, at p. 486; see also Paciocco, *supra*, at pp. 445-46. I am driven to agree with the sentiment ably expressed in *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation & Research* (1985), 24 C.C.C. (3d) 103 (B.C.S.C.), by Lysyk J. (at pp. 121-22):

The Charter’s draftsmen would have been mindful . . . of the fact that the broad common-law privilege against self-incrimination had effectively been set aside in Canada decades ago by the predecessor provisions of what is now s. 5 of the *Canada Evidence Act* . . .

The form of limited protection against self-incrimination afforded by those enactments is deeply ingrained in the Canadian justice system. Had the framers of the Charter wished to revert to the position at common law . . . it is difficult to understand why they would have elected to achieve this objective in such oblique fashion — through the general language of s. 7 — instead of addressing the matter directly in s. 13 itself.

Like *La Forest J.* in *Thomson Newspapers*, *supra*, I must infer that the American model, “complete with all its residual doctrines” (p. 538), was specifically considered and rejected. See also *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (B.C.C.A.).

To pause for a moment, I distinguish this analysis from the analysis in *Hebert*, *supra*. In that case, a residual role for s. 7 was recognized which operated to protect s. 11(d), and which gave effect to the *Charter* as a coherent system. To use s. 7 for the purposes here suggested, namely, as the repository for an absolute right to silence or for the common-law witness privilege, would do violence to that system. It would become difficult to account for the existence of s. 13. This is not *expressio unius* construction. This is an effort to respect an obvious intention.

Indeed, by rejecting the polar positions associated with the right to silence and the privilege

tante: «Le rôle de l’accusé dans la poursuite criminelle», *loc. cit.*, aux pp. 543 et 544; voir aussi Paciocco, *op. cit.*, aux pp. 445 et 446. Je suis porté à être d’accord avec le sentiment fort bien exprimé par le juge Lysyk dans l’affaire *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation & Research* (1985), 24 C.C.C. (3d) 103 (C.S.C.-B.), aux pp. 121 et 122:

[TRADUCTION] Les rédacteurs de la Charte auraient tenu compte [. . .] du fait que le privilège général de ne pas s’incriminer, reconnu en common law, avait, il y a plusieurs décennies, effectivement été écarté au Canada par la disposition qui a précédé l’actuel art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* . . .

Cette forme de protection limitée contre l’auto-incrimination, qu’offrent ces textes législatifs, est fortement ancrée dans le système de justice canadien. Si les rédacteurs de la Charte avaient voulu revenir à une position de common law [. . .] il est difficile de saisir pourquoi ils auraient choisi d’atteindre cet objectif de façon si indirecte — par le texte général de l’art. 7 — plutôt que de le faire directement à l’art. 13 même.

À l’instar du juge *La Forest* dans *Thomson Newspapers*, précité, je dois déduire que le modèle américain, «assorti de toutes ses théories résiduelles» (p. 538), a été explicitement examiné et rejeté. Voir aussi l’arrêt *Haywood Securities Inc. c. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (C.A.C.-B.).

Je m’arrête un instant pour faire une distinction entre la présente analyse et celle de l’arrêt *Hebert*, précité. Dans cet arrêt, on a reconnu à l’art. 7 un rôle résiduel qui avait pour effet de protéger l’al. 11(d), et mettait à exécution la *Charte* en tant que système cohérent. Utiliser l’art. 7 pour les fins proposées en l’espèce, savoir comme garantissant un droit absolu de garder le silence ou le privilège du témoin reconnu en common law, irait à l’encontre de ce système. Il deviendrait difficile de justifier l’existence de l’art. 13. Il s’agit non pas d’une interprétation *expressio unius*, mais bien d’un effort de respecter une intention évidente.

En fait, lorsque je rejette les positions diamétralement opposées qui ont été formulées à l’égard du

against self-incrimination, I admit that Canada has adopted a particular attitude with respect to the principle against self-incrimination as that principle is applied to witnesses. Once testimony is compelled, no form of evidentiary immunity can hope to restore completely the principle's lustre. Even if use immunity together with a broadly conceived derivative-use immunity were made available, there would still be the problem that a witness's testimony might make the authorities commence an independent investigation. The police might become alive to a crime only because of a witness's testimony. Nothing short of transactional immunity could solve this problem.

139 Thus, as soon as one accepts that the Canadian solution is to couple compellability with protection in the form of evidentiary immunity, one is left to conclude that Canada is willing to permit a unique balancing of individual and societal interests. As recognized in *Seaboyer, supra*, "[t]he principles of fundamental justice reflect a spectrum of interests, from the rights of the accused to broader societal concerns" (p. 603). I agree with the following statement by La Forest J. in *Thomson Newspapers, supra*, at p. 541:

A right to prevent the subsequent use of compelled self-incriminating testimony protects the individual from being "conscripted against himself" without simultaneously denying an investigator's access to relevant information. It strikes a just and proper balance between the interests of the individual and the state.

140 With respect to the suggestion that the *Charter* would condone a return to the common-law privilege, Mewett has stated: "The major disadvantage is that such a privilege tends to protect not only the individual claiming it but any others whose present or future conviction may depend upon the securing of his testimony" ("The Right to Silence", *supra*, at p. 274). In my opinion, the structure of the

droit de garder le silence et du privilège de ne pas s'incriminer, je reconnais que le Canada a adopté une attitude particulière à l'égard de l'application aux témoins du principe interdisant l'auto-incrimination. Lorsque l'on contraint une personne à témoigner, aucune forme d'immunité relative à la preuve ne permet de rendre complètement son éclat au principe. Même s'il était possible d'invoquer une immunité contre l'utilisation de la preuve assortie d'une immunité générale contre l'utilisation de la preuve dérivée, il y aurait encore le problème du fait que le témoignage d'une personne pourrait amener les autorités à entreprendre une enquête indépendante. La police pourrait prendre connaissance d'un crime seulement en raison du témoignage d'une personne. Il n'y a que l'immunité à l'égard d'une affaire donnée qui pourrait résoudre ce problème.

Alors, dès que l'on accepte que la solution canadienne consiste à conjuguer la contraignabilité avec la protection sous forme d'immunité relative à la preuve, on ne peut que conclure que le Canada est disposé à permettre l'établissement d'un équilibre unique entre les intérêts du particulier et ceux de la société. Comme on l'a reconnu dans l'arrêt *Seaboyer, précité*, «[I]es principes de justice fondamentale touchent toute une gamme d'intérêts qui vont des droits de l'accusé à des préoccupations sociales plus globales» (p. 603). Je suis d'accord avec l'énoncé suivant du juge La Forest, dans *Thomson Newspapers, précité*, à la p. 541:

Le droit d'interdire l'utilisation ultérieure d'un témoignage incriminant donné sous l'effet de la contrainte empêche l'individu d'être «conscrit contre lui-même» tout en permettant simultanément à un enquêteur d'avoir accès aux renseignements pertinents. Il établit un équilibre juste et convenable entre les intérêts du particulier et ceux de l'État.

En ce qui concerne l'affirmation que la *Charte* tolérerait un retour au privilège de common law, Mewett affirme: [TRADUCTION] «Le principal désavantage de ce privilège est qu'il tend à protéger non seulement la personne qui le réclame, mais aussi toute autre personne dont la déclaration de culpabilité actuelle ou future peut dépendre de l'obtention de son témoignage» («The Right to

Charter rejects this disadvantage as an unacceptable balance between individual and societal needs. It compels the conclusion that immunity protection is the Canadian method of preserving the principle against self-incrimination in the context of a general rule of witness compellability. As I suggested above, it is not unreasonable for the principle to demand silence in one context, and to respond with immunity in another. The extent of the necessary immunity is a problem which I will return to below.

Before doing so, however, I must acknowledge the Achilles heel of the approach evident in the *Charter*. I have suggested above that the principle of the case to meet, or the principle against self-incrimination, is a unifying principle of criminal law which finds recognition in the *Charter*. I have also explained why it is fallacious to suppose that *Charter* protections should vary with individual status. But having rejected status as a means to control the compellability of individuals, the *Charter* is left on a precipice. For if it be accepted that a person can always be compelled as a witness and that protection by way of evidentiary immunity will always be sufficient, then it must also be accepted that we have gone considerable distance toward diluting the principle of the case to meet without ever having said so.

In identifying the problem we face, I can do no better than quote from Ratushny once more:

The basic problem is that many of the protections provided by the criminal process may be subverted by calling the suspect or accused as a witness at some other proceeding prior to his criminal trial.

It is true that such a witness may prevent his testimony from being introduced at any subsequent criminal trial. However, the damage may be done in other ways. The earlier hearing might be used as a 'fishing expedition' to subject the witness to extensive questioning with a view to uncovering possible criminal conduct. The questioning might also be used to investigate a particular offence. For example, the accused might be

Silence», *loc. cit.*, à la p. 274). À mon avis, de par son économie, la *Charte* rejette ce désavantage pour le motif qu'il crée un équilibre inacceptable entre les besoins du particulier et ceux de la société. Elle force à conclure que l'immunité est le moyen canadien de préserver le principe interdisant l'auto-incrimination dans le contexte d'une règle générale de contraignabilité des témoins. Comme je l'ai laissé entendre, il n'est pas déraisonnable que le principe exige de garder le silence dans un contexte donné, et de répondre en bénéficiant d'une immunité, dans un autre. L'étendue de l'immunité nécessaire constitue un problème sur lequel je reviendrai plus loin.

Toutefois, je dois préalablement reconnaître la faiblesse de la démarche qui ressort de la *Charte*. J'ai déjà dit que le principe de la preuve complète, ou celui interdisant l'auto-incrimination, est un principe unificateur de droit criminel, reconnu dans la *Charte*. J'ai aussi expliqué pourquoi il est faux de supposer que les garanties offertes par la *Charte* devraient varier selon la situation de la personne concernée. Cependant, du fait qu'elle a rejeté la situation d'une personne comme moyen d'en déterminer la contraignabilité, la *Charte* est au bord d'un précipice. En effet, si on acceptait qu'une personne peut toujours être contrainte à témoigner et que la protection au moyen de l'immunité relative à la preuve est toujours suffisante, il faudrait reconnaître également que nous avons aussi beaucoup atténué le principe de la preuve complète sans l'avoir dit.

Face à ce problème, je ne puis que citer de nouveau Ratushny:

Le problème est le suivant: il est possible pour l'accusation de priver l'accusé ou le suspect de bon nombre des protections du processus pénal en l'assignant comme témoin à des procédures autres que son procès.

Il est vrai qu'un témoin peut empêcher que son témoignage soit présenté comme preuve contre lui dans un procès criminel subséquent. Il peut, cependant, subir d'autres préjudices. Il est possible qu'on utilise la procédure comme une «expédition de pêche» où l'on interrogera le témoin de façon serrée pour tenter de découvrir s'il a déjà participé à des infractions. Ou encore, on tentera de voir s'il a participé à une infraction en particu-

141

142

required to reveal possible defences, the names of potential defence witnesses and other evidence. Moreover, the publicity generated by the hearing may seriously prejudice the likelihood of a fair trial.

The problem is that the initial hearing is likely to have none of the protections guaranteed by the criminal process. There will be no specific accusation, no presumption of innocence, no protections against prejudicial publicity, no rules of evidence and so on. It is submitted that there is a serious crisis of integrity in a criminal process whose detailed protections may so easily be ignored. Nor are these merely theoretical problems.

(“The Role of the Accused in the Criminal Process”, *supra*, at pp. 483-84.)

143 To put the matter another way, the *Charter*'s structure as described above is founded upon the Crown's obligation to make a case, but it also assumes a general rule of compellability coupled with evidentiary immunity. If, however, the *Charter* places no limits on when this structure may be invoked, then the *Charter* could, in fact, condone an inquisition of the most notorious kind. Such condonation would bespeak an impossible dualism. To ask a question by paraphrasing a concern voiced in *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 606 (*per* Sopinka J.): are we prepared to arm the police with subpoena powers?

144 I do not think that we are, but the difficulty lies in fashioning an acceptable response. Because the status of individuals cannot be manipulated in any meaningful way to confine the reach of a general compellability rule, one is left with the difficult task of focusing on the character of proceedings at which testimony is sought to be compelled. This is a task which I do not relish, but it seems absolutely demanded by the structure of the *Charter*.

145 Like La Forest J. in *Thomson Newspapers*, *supra*, therefore, I begin by borrowing from

lier. L'accusé pourrait, par exemple, être obligé de révéler ses défenses possibles, le nom de personnes qui pourraient être appelées comme témoin de la défense ainsi que d'autres preuves. De plus, la publicité que susciterait l'audition risque de compromettre ses chances d'avoir un procès équitable.

Le problème vient de ce que cette première procédure ne comportera sans doute pas les garanties du procès criminel. Il n'y aura pas d'accusation précise, pas de présomption d'innocence, pas de protection contre la publicité préjudiciable, les règles de la preuve ne joueront pas en sa faveur et ainsi de suite. S'il est aussi facile de contourner les protections du processus pénal, on peut dire que l'intégrité de ce processus est sérieusement en danger. De plus, ces problèmes sont loin d'être théoriques.

(«Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», *loc. cit.*, à la p. 541.)

En d'autres termes, l'économie déjà décrite de la *Charte* est fondée sur l'obligation du ministère public de présenter une preuve, mais elle suppose aussi l'application d'une règle générale de contraignabilité assortie d'une immunité relative à la preuve. Toutefois, si la *Charte* ne restreint pas les cas où l'on peut invoquer cette économie, alors elle pourrait, en fait, se trouver à tolérer une inquisition de l'espèce la plus notoire. Pareille tolérance annoncerait un dualisme impossible. Pour paraphraser, sous forme de question, une préoccupation exprimée dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 606 (le juge Sopinka): sommes-nous disposés à investir la police de pouvoirs d'assignation?

Je ne le crois pas; cependant, il est difficile de formuler une réponse acceptable. Puisqu'il est impossible d'exploiter utilement la situation des personnes pour restreindre la portée d'une règle générale de contraignabilité, il nous reste à entreprendre la difficile tâche de nous concentrer sur la nature des procédures au cours desquelles on cherche à contraindre une personne à témoigner. C'est une tâche qui ne me sourit guère, mais qui semble absolument nécessaire compte tenu de l'économie de la *Charte*.

À l'instar du juge La Forest dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, je commence donc par

Ratushny the distinction between proceedings which are adversarial and those which are inquisitorial. Ratushny introduced this distinction in these terms:

This whole “adversary” approach can be contrasted with an “inquisitorial” approach, where the emphasis shifts from an accusation to the terms of reference of the inquiry. For example, instead of an accusation that X is criminally responsible for the murder of Y, the inquiry might be into the circumstances surrounding the cause of Y’s death. The inquiry might even be to determine specifically whether or not X is criminally responsible for the death of Y. However, an inquiry suggests an initiative on the part of the adjudicator. The passive judicial role is no longer possible. The adjudicator becomes an investigator as well as a judge.

In these circumstances, the crucial burden on the Crown to prove its accusation no longer exists.

(*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, supra*, at p. 21.)

Regardless of the character of proceedings in which a witness’s testimony is sought to be compelled, if those proceedings are not adversarial *vis-à-vis* the witness, then the proceedings naturally operate in inquisitorial terms in relation to that witness. This is so even if the proceedings take place in the criminal realm and involve an adversarial contest between the state and another accused person.

The troubling question is this: when should an inquiry of this sort be condoned? It is unavoidably the case that an answer to this question can be found only if one examines the purpose for which testimony is desired by the state. I have already suggested that an emphasis on the self-incriminatory effects of an inquiry would ride roughshod over the specific enumerations of the *Charte*. A focus on purpose, however, holds more promise. It is to be recalled that, like Wilson J. in *Thomson Newspapers, supra*, I have characterized the principle against self-incrimination as being subject to the proposition that “[t]he state must have some justification for interfering with the individual” (p. 480). An essential objection must be lodged

emprunter la distinction faite par Ratushny entre les procédures accusatoires et les procédures inquisitoires. Voici comment Ratushny formule cette distinction:

[TRADUCTION] Toute cette méthode «contradictoire» peut être mise en parallèle avec la méthode «inquisitoire» où l’accent est mis non plus sur une accusation, mais sur le mandat de la commission d’enquête. Par exemple, au lieu d’une accusation que X est criminellement responsable du meurtre de Y, l’enquête peut porter sur les circonstances entourant la cause du décès de Y. Cette enquête pourrait même viser à déterminer précisément si X est criminellement responsable du décès de Y. Cependant, une enquête suppose une initiative de la part de l’arbitre. Le rôle passif du juge n’est plus possible. L’arbitre devient enquêteur ainsi que juge.

Dans ces circonstances, le ministère public n’a plus à assumer le fardeau critique de prouver l’accusation qu’il porte.

(*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, op. cit.*, à la p. 21.)

Quelle que soit la nature des procédures au cours desquelles on veut contraindre une personne à témoigner, si elles ne sont pas accusatoires par rapport au témoin, alors elles sont naturellement inquisitoires par rapport à ce témoin, même si les procédures se déroulent en matière criminelle et comportent un processus contradictoire opposant l’État à un accusé.

La question troublante est la suivante: quand peut-on tolérer une enquête de ce genre? On ne peut répondre à cette question qu’en examinant l’objet du témoignage souhaité par l’État. J’ai déjà indiqué que mettre l’accent sur les effets incriminants d’une enquête risquerait de passer outre aux énumérations précises de la *Charte*. Cependant, l’accent mis sur l’objet est plus prometteur. On se rappellera que, à l’instar du juge Wilson dans *Thomson Newspapers*, précité, j’ai précisé que le principe interdisant l’auto-incrimination était assujéti à la proposition selon laquelle «[l]’État ne saurait déranger un particulier sans justification» (p. 480). Il faut essentiellement s’opposer à une procédure justifiée par une fin incriminante. Cependant,

against a proceeding which is justified by a self-incriminatory purpose. But there are many other purposes in our complex society.

147 In this regard, I note that a focus on the purpose, or character, of proceedings, dominated the analysis of the Law Reform Commission of Canada in its Working Paper 17, *Commissions of Inquiry: A New Act, supra*. Although the Commission dealt in that paper only with the problem of the inquisitorial mode of questioning altogether apart from the adversarial realm of criminal law which concerns me here, the Commission fashioned a model which I find instructive. In particular, the Commission distinguished between investigatory inquiries on the one hand, and advisory inquiries on the other (a distinction later embodied in its Report 13, *Advisory and Investigatory Commissions* (1979)). The latter kind of inquiry, according to the Commission, “might consider any policy matter of substantial importance, or complex problem requiring expert solution” (Working Paper 17, at p. 26). Accordingly, such an inquiry might properly have broad powers and be permitted to range freely. But, notably, the Commission regarded the breadth of an advisory inquiry’s purpose as an anathema to testimonial compulsion (at p. 28).

148 An investigatory inquiry, on the other hand, was characterized by the Commission as being an inquiry directed toward a target which limits its scope, and which defines its social importance. An inquiry of this kind might legitimately possess the power to compel witnesses on the theory that it acts in furtherance of a goal which has substantial public importance. On this point, the Commission stated:

What is of “substantial public importance”? A new statute should not list categories of such matters; legislative life being what it is, inevitably such a list would quickly prove incomplete and obstructive. In most instances, however, whether a given matter is of such a kind should be evident. Does it involve, for example, serious accusations of incompetence or venality in government itself? Serious breakdown in the implementa-

il existe de nombreuses autres fins dans notre société complexe.

À cet égard, je tiens à faire remarquer que, dans son Document de travail 17, *Les commissions d’enquête: une nouvelle loi, op. cit.*, la Commission de réforme du droit du Canada fait une analyse où elle met l’accent sur l’objet ou la nature des procédures. Bien que la Commission n’examine, dans ce document, que le problème du mode d’interrogation inquisitoire même, ce qui est tout à fait différent du domaine accusatoire du droit criminel qui m’intéresse en l’espèce, elle a conçu un modèle que je trouve intéressant. En particulier, la Commission a établi une distinction entre les commissions d’enquête, d’une part, et les commissions consultatives, d’autre part (distinction plus tard incorporée dans son Rapport 13, *Les commissions consultatives et les commissions d’enquête* (1979)). Selon la Commission, une commission consultative «pourrait examiner toute question politique d’une certaine importance, ou tout problème complexe exigeant l’apport d’experts» (Document de travail 17, à la p. 27). En conséquence, une telle commission pourrait avoir de vastes pouvoirs et les exercer librement. Cependant, il faut noter que la Commission a considéré que l’objet d’une commission consultative jetait l’interdit sur la contrainte testimoniale (aux pp. 28 et 29).

Par contre, la Commission a qualifié une commission d’enquête de commission orientée vers un objet qui en limite l’étendue et en définit l’importance sociale. Une telle commission pourrait légitimement être habilitée à contraindre une personne à témoigner en partant du principe qu’elle agit dans le but d’atteindre un objectif d’une grande importance pour le bien public. À ce sujet, la Commission affirme:

Quelles sont les questions «importantes pour le bien public»? Il n’y a pas lieu pour la nouvelle loi d’énumérer les catégories; les possibilités d’évolution de la législation étant ce qu’elles sont, une telle énumération serait bientôt jugée incomplète et gênante. Dans la plupart des cas, toutefois, l’importance d’une question donnée ne devrait pas faire de doute. Parmi les hypothèses susceptibles de faire envisager la création d’une com-

tion or administration of an established government policy? Natural disaster badly handled or an unexplained serious accident? It is fair to say that, although one cannot anticipate all questions that can reasonably be deemed to be of substantial public importance, "one will know one when one sees one".

(Working Paper 17, at p. 31.)

Although the last-mentioned point might be taken to suggest that only a "smell test" is capable of distinguishing between investigatory and advisory inquiries, I am inclined to think that a more manageable structure can be devised. I note, for example, the Commission's additional suggestion that the two kinds of inquiry may be attracted to different kinds of facts, in so far as the investigatory inquiry "may well be interested in questions of fault and blame" (p. 25). In any event, it is apparent that the line cannot be a hard and fast one, since an analysis of purpose does not exclude incidental effects.

In positing this distinction between inquiries which might be permitted to compel testimony and those which might not, I am mindful of the fact that the advisory/investigatory distinction has been criticized. In particular, it has been suggested that this distinction mirrors the false dichotomy between quasi-judicial and administrative proceedings, such that it is difficult to deal with: Ontario Law Reform Commission, *supra*, at pp. 189-90; see also Alberta Law Reform Institute, Report No. 62, *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act* (1992); P. Robardet, "Should We Abandon the Adversarial Model in Favour of the Inquisitorial Model in Commissions of Inquiry?", in A. P. Pross, I. Christie and J. A. Yogis, eds., *Commissions of Inquiry* (1990), 111. Admittedly, in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, Estey J. stated that (at p. 231):

mission d'enquête, on peut penser à de graves accusations d'incompétence ou de vénalité à l'intérieur de l'administration, à de graves insuffisances dans la mise en œuvre ou l'application d'une décision politique, ou à un désastre naturel auquel on n'a pas su faire face ou un grave accident demeuré sans explication. On peut raisonnablement penser que même si l'on ne peut prévoir toutes les questions susceptibles d'être jugées importantes pour le bien public, on saura les reconnaître lorsqu'il s'en présentera.

(Document de travail 17, aux pp. 32 et 33.)

Bien que l'on puisse croire, d'après le dernier point mentionné, que la distinction entre commissions d'enquête et commissions consultatives n'est qu'une question de «flair», je suis porté à penser qu'il est possible d'établir une structure plus facile à utiliser. Je remarque, par exemple, que la Commission dit aussi que ces deux types de commissions pourraient rechercher des types de faits différents dans la mesure où une commission d'enquête «pourrait être intéressée à des questions relatives à la faute et à la responsabilité» (p. 26). Quoi qu'il en soit, il semble qu'il ne peut s'agir d'une distinction stricte puisqu'une analyse de l'objet n'exclut pas celle des effets incidents.

Lorsque j'énonce cette distinction entre les commissions qui pourraient être autorisées à contraindre des personnes à témoigner et celles qui ne le seraient pas, je suis conscient du fait que la distinction entre les commissions consultatives et les commissions d'enquête a fait l'objet de critiques. On a tout particulièrement soutenu que cette distinction reflète la fausse dichotomie entre les procédures quasi judiciaires et administratives, ce qui en rend l'examen difficile: Commission de réforme du droit de l'Ontario, *op. cit.*, aux pp. 189 et 190; voir aussi Alberta Law Reform Institute, Report No. 62, *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act* (1992); P. Robardet, «Should We Abandon the Adversarial Model in Favour of the Inquisitorial Model in Commissions of Inquiry?», dans A. P. Pross, I. Christie et J. A. Yogis, dir., *Commissions of Inquiry* (1990), 111. Certes, le juge Estey affirme ceci dans l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, à la p. 231:

149

150

Fairness is a flexible concept and its content varies depending on the nature of the inquiry and the consequences for the individuals involved. The characteristics of the proceeding, the nature of the resulting report and its circulation to the public, and the penalties which will result when events succeeding the report are put in train will determine the extent of the right to counsel and, where counsel is authorized by statute without further directive, the role of such counsel.

I mean to cast no doubt here upon such an analysis, nor upon the related suggestion that “[i]n the pre-*Nicholson* era a number of authorities shifted the emphasis away from a process of classification of the tribunal in question to the effect of the statutory procedure on the individual appearing in the administrative process” (p. 216).

151 As I understand it, however, the dichotomy between quasi-judicial and administrative proceedings can be regarded as false to the extent that one is concerned with determining which requirements of natural justice or procedural fairness should attach to proceedings. When this is the goal, instead of labelling the proceedings, it is helpful to analyze their effect upon individuals as Estey J. discussed in *Irvine, supra*. However, I am not here concerned with defining the scope of procedural protection due a witness who is compelled to testify in proceedings which have an otherwise acknowledged validity, but rather with the substantive question whether an inquiry which purports to compel testimony can exist in such a form at all. I have noted above that to analyze the effects of compellability is to pursue an impotent means of substantive analysis.

152 Therefore, at the end of the day, I think we must be on guard to acknowledge the “subtle crisis” perceived by Ratushny, that is, the crisis of principle which would arise if we failed to note that adversarialism is in competition with the inquisitorial mode of proceeding. Of this crisis, Ratushny has made two points of particular consequence. First, he has acknowledged that to permit departures from the adversarial model may be “a natural, logical and desirable development”, although admit-

L'équité est une notion souple et son contenu varie selon la nature de l'enquête et les conséquences qu'elle peut avoir pour les individus en cause. Les caractéristiques de la procédure, la nature du rapport qui en résulte et sa diffusion publique, et les sanctions qui s'en suivront lorsque les événements qui suivent le rapport seront enclenchés, détermineront l'étendue du droit à l'assistance d'un avocat et, lorsqu'un avocat est autorisé sans plus par la Loi, le rôle de cet avocat.

Je ne veux ici soulever aucun doute relativement à cette analyse, ni d'ailleurs relativement à la suggestion connexe selon laquelle «[d]éjà, au cours de la période qui a précédé l'arrêt *Nicholson*, un certain nombre de précédents tendaient à insister moins sur la classification du tribunal en cause et plus sur l'effet de la procédure prévue par la loi sur l'individu comparaisant devant une instance administrative» (p. 216).

Toutefois, si je comprends bien, la dichotomie entre les procédures quasi judiciaires et administratives peut être considérée comme fautive dans la mesure où il s'agit de déterminer quelles exigences de justice naturelle ou d'équité procédurale devraient se rattacher aux procédures. Si tel est l'objectif à atteindre, au lieu de cataloguer les procédures, il est utile d'analyser leur effet sur des individus, comme l'a mentionné le juge Estey dans l'arrêt *Irvine*, précité. Cependant, je n'ai pas en l'espèce à définir l'étendue de la protection procédurale qui doit être accordée à une personne forcée de témoigner dans des procédures dont la validité est, par ailleurs, reconnue; je dois plutôt examiner la question de fond de savoir si une enquête visant à contraindre des personnes à témoigner peut exister sous une telle forme? J'ai déjà dit qu'analyser les effets de la contraignabilité revient à recourir à un mode d'analyse de fond inefficace.

En conséquence, je crois qu'il nous faut, en fin de compte, reconnaître la «crise subtile» perçue par Ratushny, c'est-à-dire la crise de principe qui surviendrait si on ne remarquait pas que la méthode accusatoire est en concurrence avec la méthode inquisitoire. Ratushny a fait, au sujet de cette crise, deux remarques qui portent tout particulièrement à conséquence. Premièrement, il a reconnu que permettre de déroger au modèle accusatoire peut être [TRADUCTION] «une évolution

tedly one which requires careful re-assessment of our system: *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *supra*, at p. 35. Second, in consequence of the required re-assessment, "extreme caution must be observed in any attempt to adapt solutions proposed elsewhere to our unique circumstances": *id.*, at p. 40. We cannot avoid the conclusion that a Canadian solution to this problem is required.

At this juncture, I return for a moment to reconsider *Batary*, *supra*. As the Ontario Law Reform Commission has noted, *supra*, at p. 70, it is interesting that "[n]either Cartwright J. nor Fauteux J. [in *Batary*] discussed whether the legislation establishing the coroner's inquest was properly within provincial jurisdiction". Instead, in the majority reasons of Cartwright J., it is as if the addition of the power to compel testimony to the coroner's arsenal was sufficient, by itself, to render the proceedings criminal in nature. Perhaps Cartwright J. saw the coroner as a police officer armed with a subpoena. What is especially instructive, to my mind, is the fact that Cartwright J. did not strike down the governing legislation itself, but only the impugned power to compel testimony. Perhaps, in light of a broad inquisitorial context, the simple addition of the subpoena power led to an irresistible inference of colourability. Thus, in a case which involves a provincial inquiry, it may be that the demands of s. 7 of the *Charter* will parallel the division-of-powers analysis (and we are not called upon today to rehear cases decided subsequent to *Batary*). That which would be *ultra vires* as criminal law for the provinces might also be rejected by s. 7. But, of course, there is the additional potency of the *Charter* to consider, such that the *Charter* would also demand this result in respect of a comparable federal effort.

naturelle, logique et souhaitable», quoique, de l'aveu de tous, une évolution qui nécessite une réévaluation minutieuse de notre système: *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *op. cit.*, à la p. 35. Deuxièmement, à la suite de la réévaluation requise, [TRADUCTION] «il faut faire preuve d'une extrême prudence dans toute tentative d'adapter des solutions proposées ailleurs aux circonstances qui nous sont propres»: *id.*, à la p. 40. Nous devons conclure qu'il est nécessaire de trouver une solution canadienne à ce problème.

J'aimerais maintenant réexaminer, pendant un instant, l'arrêt *Batary*, précité. Comme l'a fait remarquer la Commission de réforme du droit de l'Ontario, *op. cit.*, à la p. 70, [TRADUCTION] «[n]i le juge Cartwright, ni le juge Fauteux [dans l'arrêt *Batary*] n'ont examiné si la mesure législative établissant l'enquête du coroner relevait bien de la compétence provinciale». Dans les motifs que le juge Cartwright a rédigés au nom de la Cour à la majorité, c'est plutôt comme s'il avait considéré que l'ajout du pouvoir de contraindre à témoigner à l'arsenal du coroner était suffisant en soi pour en faire des procédures de nature criminelle. Peut-être le juge Cartwright a-t-il perçu le coroner comme un policier armé d'un subpoena? À mon avis, il est tout particulièrement intéressant de constater que le juge Cartwright a annulé non pas la loi habilitante, mais seulement le pouvoir attaqué de contraindre à témoigner. Compte tenu du vaste contexte inquisitorial, le simple ajout du pouvoir d'assignation a peut-être conduit irrésistiblement à une inférence de détournement de pouvoir. Ainsi, dans un cas où il est question d'une commission provinciale, il se pourra que l'analyse fondée sur les exigences de l'art. 7 de la *Charte* se déroule parallèlement à l'analyse fondée sur le partage des pouvoirs (et nous ne sommes pas appelés aujourd'hui à réentendre des affaires tranchées après l'arrêt *Batary*). Ce qui serait, pour les provinces, inconstitutionnel en tant que question de droit criminel pourrait aussi être écarté par l'art. 7. Cependant, il va sans dire qu'il faut considérer la puissance additionnelle de la *Charte*, de sorte que celle-ci exigerait aussi ce résultat dans le cas d'une démarche fédérale comparable.

154 These comments are a sufficient introduction to the problem as I perceive it. I will go no further in these reasons toward defining the scope of permissible inquiries, since the facts do not demand it. Moreover, I express no comment as to the form of remedial response which might be devised in a case which involves a statutory compulsion to speak appearing in a colourable context.

155 On the facts of this case, to the extent that the witness J.P.M. might be compelled to testify in proceedings which have the character of an inquiry in relation to him, it is also true that those proceedings have a very definite character in Canadian law *vis-à-vis* the appellant, R.J.S. The proceedings in question can be defined with certainty, in so far as R.J.S. was “charged with an offence” under the *Criminal Code*. As *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, makes clear, a person can be regarded as “charged with an offence” for the purposes of s. 11 of the *Charter* because a matter is “by its very nature . . . a criminal proceeding or because a conviction in respect of the offence may lead to a true penal consequence” (p. 559). The public purpose of resultant proceedings can be defined by the fact that they are “intended to promote public order and welfare within a public sphere of activity” (p. 560), and, in light of the enumerated protections of s. 11, that known purpose will be accompanied by the adversarial character of the proceedings in relation to the accused.

156 Having defined the case this way, I believe it follows naturally that, although the trial against R.J.S. might be considered an inquiry in relation to J.P.M. as witness, the inquiry is of the sort permitted by our law. The search for truth in a criminal trial against a named accused has an obvious social utility, and the truth-seeking goal operates to limit effectively the scope of the proceedings in terms of the “inquiry effect”. The laws of relevancy would preclude the random examination of individuals within a criminal trial. It also follows that I disapprove of *obiter* suggestions which might lead to a contrary result: e.g., *Re Welton and The Queen*

Ces commentaires suffisent à présenter le problème tel que je le perçois. Je ne m’attarderai pas davantage ici à définir l’étendue des enquêtes permises étant donné que les faits n’exigent pas que je le fasse. Par ailleurs, je ne fais aucun commentaire sur le type de réparation qui pourrait être conçue dans un cas où une personne serait contrainte à témoigner dans un contexte de détournement de pouvoir.

D’après les faits de la présente affaire, dans la mesure où, le témoin J.P.M. pourrait être contraint à témoigner dans des procédures de nature inquisitoire le concernant, il est également vrai que ces procédures ont, à l’égard de l’appelant R.J.S., un caractère très précis en droit canadien. On peut définir avec certitude les procédures en cause dans la mesure où R.J.S. a été «inculpé» en vertu du *Code criminel*. Comme le démontre clairement l’arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, une personne peut être considérée comme «inculpé[e]» aux fins de l’art. 11 de la *Charte* soit parce qu’une question est «de par sa nature même, [. . .] une procédure criminelle, soit parce qu’une déclaration de culpabilité relativement à l’infraction est susceptible d’entraîner une véritable conséquence pénale» (p. 559). L’objectif public des procédures qui résultent peut se définir par le fait qu’elles «vise[nt] à promouvoir l’ordre et le bien-être publics dans une sphère d’activité publique» (p. 560), et par celui que, compte tenu des garanties énumérées à l’art. 11, les procédures, en plus d’avoir été engagées à une fin connue, auront un caractère accusatoire par rapport à l’accusé.

Après avoir ainsi défini le présent pourvoi, je crois qu’il s’ensuit naturellement que, même si le procès de R.J.S. pouvait être considéré comme une enquête par rapport à J.P.M., en tant que témoin, cette enquête est du genre autorisé par notre droit. La recherche de la vérité dans un procès criminel contre un inculpé nommé a une utilité sociale évidente, et l’objectif de recherche de la vérité a pour effet de restreindre efficacement la portée des procédures quant à «l’effet de l’enquête». Les règles de la pertinence empêcheraient l’interrogatoire au hasard de personnes dans le cadre d’un procès criminel. Il s’ensuit aussi que je désapprouve les opi-

(1986), 29 C.C.C. (3d) 226 (Ont. H.C.); *R. v. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407 (Que. C.A.); and *Praisoody*, *supra*.

Before concluding on this issue, however, I should add a few thoughts. It has been repeatedly suggested that the Crown might be able to subvert the principle against self-incrimination by proceeding with separate criminal trials with the manifest purpose of thus obtaining compelled testimony. First, for the reasons which follow dealing with the scope of evidentiary immunity available in Canada, this is a procedure which the Crown adopts at its own peril; there may be costs associated with the Crown's ability to prosecute later a compelled witness (and I would add that these are costs the Crown might happily pay when the decision is made to pursue a conviction against W at the possible expense of the ability to convict the less threatening witnesses, X, Y, and Z).

Second, however, if it be suggested that the Crown might choose to prosecute an accused, having first prepared no case to meet and only for the purpose of subpoenaing a witness, then it would seem to me that an objection should lie, not only because the purpose of the proceedings can no longer be defined by the adversarial contest between the state and the so-called accused, but also because the prosecution would amount to an abuse of process, being "conduct which shocks the conscience of the community and is so detrimental to the proper administration of justice that it warrants judicial intervention": *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 615. There is more than one way to check the progress of a fishing expedition, but a decision to proceed separately does not, in and of itself, amount to an abuse of process: see *R. v. Crooks* (1982), 39 O.R. (2d) 193 (H.C.); and *R. v. Mazur* (1986), 27 C.C.C. (3d) 359 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xi. This is especially clear on the facts of this case, inasmuch as the decision to proceed separately was prompted

nions incidentales susceptibles de donner lieu à un résultat contraire: voir, par exemple, *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226 (H.C. Ont.); *R. c. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407 (C.A. Qué.); et *Praisoody*, précité.

Cependant, avant de conclure sur ce point, j'aimerais ajouter quelques réflexions. On a laissé entendre, à maintes reprises, que le ministère public pourrait être en mesure de renverser le principe interdisant l'auto-incrimination en intentant des procès criminels distincts dans le but manifeste de contraindre des personnes à témoigner. Premièrement, pour les motifs qui suivent relativement à la portée de l'immunité relative à la preuve, qui peut être invoquée au Canada, c'est une procédure que le ministère public adopte à ses propres risques; il peut y avoir des coûts associés à la capacité du ministère public de poursuivre ultérieurement une personne contrainte à témoigner (et j'ajouterais que ce sont des coûts que le ministère public pourrait assumer volontiers lorsqu'on décide de chercher à faire déclarer W coupable, au détriment possible de la capacité de déclarer coupables les témoins moins menaçants X, Y et Z).

Deuxièmement, toutefois, si on laissait entendre que le ministère public pourrait choisir de poursuivre un accusé, sans avoir préalablement préparé une preuve à réfuter et dans le seul but d'assigner un témoin, alors il me semblerait qu'une objection devrait pouvoir être soulevée, non seulement parce que l'objet des procédures ne peut plus être défini par le débat contradictoire qui oppose l'État au prétendu accusé, mais aussi parce que la poursuite équivaudrait à un abus de procédure, ce qui signifie «un comportement qui choque la conscience de la collectivité et porte préjudice à l'administration régulière de la justice au point qu'il justifie une intervention des tribunaux»: *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, à la p. 615. Il y a plus d'une façon de freiner une recherche à l'aveuglette; cependant, une décision de procéder séparément ne constitue pas en soi un abus de procédure: voir *R. c. Crooks* (1982), 39 O.R. (2d) 193 (H.C.), et *R. c. Mazur* (1986), 27 C.C.C. (3d) 359 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xi. Cela ressort clairement des faits en l'espèce, dans la

157

158

by an administrative procedure rather than a Crown strategy.

mesure où c'est une procédure administrative et non une stratégie du ministère public qui est à l'origine de la décision de procéder séparément.

159

In conclusion, the witness J.P.M. was properly compellable at the trial of R.J.S., and the trial judge erred in quashing the subpoena. His proposed testimony falls to be governed by the general rule applicable under the *Charter*, pursuant to which a witness is compellable to testify, and pursuant to which such a witness receives evidentiary immunity in compensation. In the context of this appeal, the overriding principle against self-incrimination is satisfied by this structure. I turn now to the final issue which engages this selfsame principle, namely, the nature of the immunity protection required.

En conclusion, c'est à juste titre que le témoin J.P.M. pouvait être contraint à témoigner au procès de R.J.S., et le juge du procès a commis une erreur en annulant le subpoena. Son témoignage proposé se trouve à être régi par la règle générale applicable en vertu de la *Charte*, selon laquelle une personne peut être contrainte à témoigner, mais bénéficie, en échange, d'une immunité relative à la preuve. Dans le contexte du présent pourvoi, cela satisfait au principe dominant qui interdit l'auto-incrimination. Je passe maintenant à l'examen de la question finale qui entraîne l'application de ce même principe, savoir la nature de l'immunité requise.

(d) *Immunity Protection Under the Charter*

d) *L'immunité en vertu de la Charte*

160

Once it has been established that a witness who is compellable under the general rule will receive, in return, immunity protection only, then there is little reason to suppose that a provision which purports only to abolish the common-law privilege against self-incrimination (such as s. 5 of the *Canada Evidence Act*) might be impugned by the *Charter*. In this regard, I note that it was suggested in *Thomson Newspapers, supra*, that the absence of derivative-use immunity in s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* might be a fatal deficiency; see also *Dubois, supra*. However, as La Forest J. noted in *Thomson Newspapers*, "where the statute does not provide for the evidence to be admitted, there can really be no breach of the *Charter* until unfair evidence is admitted" (p. 559).

Une fois établi qu'un témoin contraignable en vertu de la règle générale bénéficiera, en échange, d'une immunité, il y a peu de raisons de supposer qu'une disposition censée seulement abolir le privilège de common law de ne pas s'incriminer (comme l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*) pourrait être contestée en vertu de la *Charte*. À ce sujet, je précise qu'on a indiqué, dans *Thomson Newspapers, précité*, que l'absence d'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, pourrait être fatale; voir aussi l'arrêt *Dubois, précité*. Cependant, comme le juge La Forest l'a fait remarquer dans *Thomson Newspapers*, «[d]ans un cas [...] où la loi ne parle pas de la preuve qui doit être admise, il ne peut vraiment y avoir de violation de la *Charte* que si une preuve injuste est admise» (p. 559).

161

In other words, s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* abolishes the common-law privilege against self-incrimination, with the result that a compellable witness must answer questions posed. Section 5(2) offers such a witness protection in the form of an immunity. Neither subsection purports to make evidence of any kind necessarily admissible at a subsequent proceeding, and like La Forest J. in *Thomson Newspapers, supra*, I would not strain to

En d'autres termes, le par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* abolit le privilège de common law de ne pas s'incriminer et il s'ensuit qu'un témoin contraignable doit répondre aux questions qui lui sont posées. Le paragraphe 5(2) offre à ce témoin une protection sous forme d'immunité. Ni l'un ni l'autre de ces paragraphes n'est censé rendre des éléments de preuve recueillis nécessairement admissibles à des procédures ultérieures, et, à

read the provision this way. Thus, if an immunity larger than the one provided by s. 5(2) is required by the *Charter*, nothing in the *Canada Evidence Act* would offend the requirement.

To my mind, an analysis which suggests the opposite confuses the *Charter* with the Fifth Amendment of the United States Constitution. As already described, that amendment constitutionalizes the common-law testimonial privileges. In this context, it has been held that the abrogation of the privilege must be met with a coextensive immunity protection by way of statute. The extent of protection required was initially thought to be transactional immunity (freedom from prosecution, see *Counselman, supra*), but this position was later pared back to favour a requirement for complete derivative-use immunity: *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972).

What should be obvious in the American context, but perhaps is not, is that a statute in that country which purports to abrogate a testimonial privilege is in direct violation of the Fifth Amendment. As a general rule, a statute which purports to do the same thing in Canada is in direct violation of nothing at all. A comparable situation could arise here only in the unlikely event that a statute purported to abrogate s. 11(c) of the *Charter*, so as to render an accused person compellable. Although I reject the idea in the context of the general rule of witness compellability (and express no comment outside of that context), I can only envision the need to strike down s. 5 at this stage if I assume that a compelled witness needs more immunity than s. 13 of the *Charter* offers, and if I further assume that the additional immunity is susceptible only of a legislative solution because of its complexity: see, e.g., *Haywood Securities, supra*, per Lambert J.A. dissenting.

Thus, I do not believe that s. 5 of the *Canada Evidence Act* can be impeached at this stage of the analysis, and the only real question is whether s.

l'instar du juge La Forest dans *Thomson Newspapers*, précité, je ne forcerais pas ainsi le sens de cette disposition. En conséquence, si la *Charte* exige une immunité plus large que celle offerte par le par. 5(2), rien dans la *Loi sur la preuve au Canada* ne va à l'encontre de cette exigence.

À mon avis, l'analyse qui suggère le contraire confond la *Charte* avec le Cinquième amendement de la Constitution américaine. Comme je l'ai déjà dit, cet amendement constitutionnalise les privilèges du témoin en common law. Dans ce contexte, on a conclu que l'abrogation du privilège doit être compensée par une immunité de même étendue garantie par la loi. On croyait initialement que la protection requise était l'immunité à l'égard d'une affaire donnée (protection contre les poursuites, voir l'arrêt *Counselman*, précité), mais on a par la suite atténué cette position pour favoriser une immunité totale contre l'utilisation de la preuve dérivée: *Kastigar c. United States*, 406 U.S. 441 (1972).

Dans le contexte américain, ce qui devrait être évident, mais qui ne l'est pas nécessairement, c'est qu'une loi de ce pays qui est censée abroger un privilège du témoin va directement à l'encontre du Cinquième amendement. En général, une loi qui est censée faire la même chose au Canada ne va directement à l'encontre de rien. Une situation comparable ne pourrait se présenter ici que dans l'hypothèse peu probable où une loi serait censée abroger l'al. 11c) de la *Charte*, de façon à rendre un accusé contraignable. Bien que je rejette cette idée dans le contexte de la règle générale de la contraignabilité des témoins (et n'exprime aucun commentaire en dehors de ce contexte), je ne puis envisager, à ce stade, la nécessité d'annuler l'art. 5 que si je suppose, d'une part, qu'une personne forcée à témoigner a besoin d'une plus grande immunité que celle offerte par l'art. 13 de la *Charte* et, d'autre part, que cette immunité additionnelle doit être prévue dans une loi, en raison de sa complexité: voir, par exemple, *Haywood Securities*, précité, le juge Lambert, dissident.

Ainsi, je ne crois pas que l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* puisse être attaqué à ce stade de l'analyse, la seule question étant de savoir si l'art.

162

163

164

13 of the *Charter* exclusively defines the scope of the available evidentiary immunity. In other words, is protection against derivative evidence required? Of course, to the extent that protection against the subsequent use of evidence has become my focus at this stage, my answer to this question takes me beyond the necessary confines of this appeal. Once it is said that J.P.M. is compellable and that s. 5 of the *Canada Evidence Act* is not now endangered, the principal part of this appeal has been resolved. This point notwithstanding, a complete treatment of the topic requires some discussion of immunity.

165 In the analysis above, I discussed derivative evidence in general terms, and characterized it as being evidence which comes to light as a result of a compelled disclosure. This reference was deliberate and it was offered in anticipation of the following terminological debate:

Assuming that the protection against the use of compelled evidence extends to the use of derivative evidence, there remains a fundamental problem in defining "derivative evidence". There are four possible types of evidence that might be categorized as derivative: (1) evidence that could have been discovered only as a result of the testimony; (2) evidence that was discovered as a result of the testimony, but that could have been discovered without such testimony; (3) evidence that would, or would probably, have been discovered even without the testimony; and (4) evidence that was discovered after the testimony was given, but independently of the testimony.

(Ontario Law Reform Commission, *supra*, at p. 125.)

As I use the term, evidence is "derivative" if it results, in fact, from a compelled disclosure. I agree with Wilson J.'s statement in *Thomson Newspapers*, *supra*, to the effect that "causality is the *sine qua non* of derivative evidence" (p. 484). Only evidence which comes to light as a result of a compelled disclosure interests me here. There is little, if any, relationship between independently

13 de la *Charte* est le seul à définir l'étendue de l'immunité relative à la preuve qui peut être invoquée. En d'autres termes, la protection contre l'utilisation de la preuve dérivée est-elle nécessaire? Il va sans dire que, dans la mesure où j'en suis maintenant au stade de l'examen de la protection contre l'utilisation subséquente de la preuve, je dois, pour répondre à cette question, aller au-delà de ce qui est nécessaire aux fins du présent pourvoi. Dès qu'on affirme que J.P.M est un témoin contraignable et que l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* n'est pas menacé maintenant, on règle la partie principale du présent pourvoi. Néanmoins, il faut procéder à une analyse de l'immunité pour traiter le sujet au complet.

Dans l'analyse qui précède, j'ai examiné la question de la preuve dérivée d'une façon générale et j'ai affirmé qu'il s'agissait de la preuve obtenue par suite d'une divulgation forcée. Cette mention délibérée a été faite en prévision du débat terminologique suivant:

[TRADUCTION] Si l'on suppose que la protection contre l'utilisation de la preuve obtenue sous la contrainte s'étend à celle de la preuve dérivée, la définition de ce que l'on entend par «preuve dérivée» soulève un problème fondamental. Quatre types possibles de preuve peuvent être qualifiés de «preuve dérivée»: (1) les éléments de preuve qui n'auraient pu être découverts que par suite d'un témoignage, (2) les éléments de preuve découverts par suite du témoignage, mais qui auraient pu être découverts sans ce témoignage, (3) les éléments de preuve qui auraient été ou probablement été découverts même sans le témoignage, et (4) les éléments de preuve qui ont été découverts après le témoignage, mais indépendamment de celui-ci.

(Commission de réforme du droit de l'Ontario, *op. cit.*, à la p. 125.)

Selon le sens dans lequel j'utilise ce terme, une preuve est «dérivée» si elle résulte, en fait, d'une divulgation forcée. Je souscris à l'énoncé du juge Wilson, dans *Thomson Newspapers*, précité, selon lequel «le lien de causalité est la condition *sine qua non* de la preuve dérivée» (p. 484). Je ne m'intéresse ici qu'aux éléments de preuve découverts par suite d'une divulgation forcée. Il n'existe prati-

obtained evidence and the principle against self-incrimination.

As regards other kinds of evidence, however, a relationship may be evident. As a point of terminology, though, I wish to emphasize that all evidence arising from a compelled disclosure is “derivative evidence”. The question whether some of that evidence ought to be excluded under the *Charter* invokes a separate analysis. That analysis is logically geared toward defining the possible scope of “derivative-use immunity”. An immunity might be coextensive with the category of evidence to which it is responsive, or it might not. The point is that the label “derivative evidence” is not of conclusive importance under a *Charter* which operates in immunity terms.

To proceed I ask: what, if anything, does the *Charter* demand in respect of derivative-use immunity? In the analysis to follow, I will suggest that the *Charter* does not demand absolute derivative-use immunity, and to that extent I will agree with the second polar view described above which has been advanced by Paciocco, *supra*. However, I will also disagree with Paciocco in that I believe it is necessary to recognize a residual kind of immunity to protect the operation of the *Charter* as a meaningful system. I will invoke three points of support for these conclusions: first, I will note that there are significant problems inherent in the idea of full derivative-use immunity; second, I will discuss the history of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, and I will suggest that this history informs the interpretation of the *Charter*; third, I will discuss s. 24(2) of the *Charter*.

As already noted, the United States Supreme Court in *Kastigar, supra*, established that a statute could legitimately purport to abrogate the Fifth Amendment of the United States Constitution if the statute replaces its protection with co-extensive immunity, which was characterized in *Kastigar, supra*, as being complete derivative-use immunity.

quement pas de lien entre une preuve obtenue de façon indépendante et le principe interdisant l’auto-incrimination.

Cependant, l’existence d’un lien pourrait être évidente dans le cas d’autres types de preuve. Du point de vue terminologique, je tiens à souligner que tous les éléments de preuve qui découlent d’une divulgation forcée sont des «éléments de preuve dérivée». La question de savoir si certains de ces éléments de preuve devraient être écartés en vertu de la *Charte* exige une analyse distincte. Cette analyse vise logiquement à définir l’étendue possible de «l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée». Une immunité pourrait être ou ne pas être de même étendue que la catégorie de preuve à laquelle elle s’applique. Il demeure que l’expression «preuve dérivée» n’a pas une importance déterminante face à une *Charte* qui fonctionne sur la base d’immunités.

À cette fin, je pose la question suivante: que peut exiger la *Charte* en ce qui concerne l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée? Dans l’analyse qui suit, je me propose de dire que la *Charte* n’exige pas d’immunité absolue contre l’utilisation de la preuve dérivée et, dans cette mesure, je souscris au deuxième des points de vue exprimés par Paciocco, *op. cit.*, que j’ai déjà décrits. Cependant, je ne partagerai pas l’avis de Paciocco dans la mesure où je crois qu’il faut reconnaître un type résiduel d’immunité visant à protéger l’application de la *Charte* en tant que régime utile. Je vais appuyer ces conclusions sur trois points: premièrement, l’idée d’une immunité complète contre l’utilisation d’une preuve dérivée soulève des problèmes importants; deuxièmement, l’historique du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* et la proposition selon laquelle cet historique guide l’interprétation de la *Charte*; troisièmement, l’analyse du par. 24(2) de la *Charte*.

Comme je l’ai déjà fait remarquer, la Cour suprême des États-Unis, dans l’arrêt *Kastigar*, précité, a établi qu’une loi pouvait légitimement avoir pour effet d’abroger le Cinquième amendement de la Constitution américaine si elle remplaçait la protection offerte par cet amendement par une immunité de même étendue, que l’on a, dans l’arrêt *Kas-*

166

167

168

In moving to this position, the Court backed away from the perceived authority of *Counselman, supra*, that a coextensive immunity resides only in the complete freedom from prosecution, or transactional immunity. However, although there is a legitimate difference in theory between derivative-use and transactional immunity, the practical difference between these protections may be negligible indeed. I agree with the following commentary from *Thomson Newspapers, supra*, at pp. 557-58 (*per La Forest J.*):

[T]he practical effect of conferring derivative use immunity is in many cases virtually indistinguishable from the conferral of immunity from prosecution; see M. Berger, *Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination* (1980), at p. 72. That is because it is in many cases extremely difficult for the prosecution to prove that the evidence it seeks to introduce against an accused who has been compelled to testify is not in fact derived from that testimony. It must be remembered that it would not be enough for the Crown to prove simply that the evidence could have been obtained independently of their testimony; that would not preclude actual reliance on the leads found in the compelled testimony. Instead, it must be proved that the evidence was in fact found independently of the compelled testimony. In the wake of an even relatively complex investigation where many different and reinforcing leads and mere hunches have played a part in guiding the investigators, what could possibly constitute such proof?

As La Forest J. proceeds to discuss in *Thomson Newspapers*, the effect of a complete derivative-use immunity may be to afford the compelled witness an "immunity bath", or a complete transactional immunity in respect of matters touching upon the compelled testimony.

tigar, précité, considérée comme une immunité complète contre l'utilisation de la preuve dérivée. Lorsqu'elle a adopté cette position, la Cour a pris ses distances par rapport à l'autorité perçue de l'arrêt *Counselman*, précité, selon lequel il ne peut y avoir même étendue que s'il y a une protection complète contre les poursuites ou immunité à l'égard d'une affaire donnée. Cependant, bien qu'il existe, en théorie, une distinction légitime entre l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée et l'immunité à l'égard d'une affaire donnée, en pratique, il se peut, que la différence soit vraiment négligeable. Je suis d'accord avec le commentaire suivant tiré de *Thomson Newspapers*, précité, aux pp. 557 et 558 (le juge La Forest):

[L']attribution de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée ne peut quasiment pas être distinguée, dans plusieurs cas, de l'attribution de l'immunité contre toute poursuite; voir M. Berger, *Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination* (1980), à la p. 72. Cela s'explique parce que dans plusieurs cas il est extrêmement difficile pour la poursuite d'établir que la preuve qu'elle cherche à produire contre un accusé qui a été contraint de témoigner ne constitue pas en fait une preuve dérivée de ce témoignage. Il faut se rappeler qu'il ne suffirait pas que la poursuite établisse simplement qu'elle aurait pu obtenir la preuve sans le témoignage; cela ne l'empêcherait pas de s'appuyer réellement sur les indices décelés dans le témoignage forcé. Il faut plutôt établir que la preuve a effectivement été découverte indépendamment du témoignage forcé. À la suite d'une enquête même relativement complexe où plusieurs indices différents et concordants et de simples intuitions ont pu guider les enquêteurs, qu'est-ce qui peut constituer une telle preuve?

Comme le juge La Forest le précise ensuite dans *Thomson Newspapers*, une immunité complète contre l'utilisation de la preuve dérivée peut être de conférer à la personne contrainte à témoigner une «sphère d'immunité» ou encore une immunité complète à l'égard d'une affaire donnée relativement aux questions touchant le témoignage forcé.

169

My concern with respect to the difficulty of distinguishing an absolute derivative-use immunity from a transactional immunity relates to the second point I will discuss, namely, the relevance of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. For the pre-

Le souci que j'ai quant à la difficulté d'établir une distinction entre une immunité absolue contre l'utilisation de la preuve dérivée et une immunité à l'égard d'une affaire, porte sur le deuxième point que je vais examiner, savoir la pertinence du par-

sent, however, I simply wish to note that the drafters of the *Charter* would have been well aware of the American experience when they devised s. 13. If they had intended to provide complete derivative-use immunity, and if they had formed this intention when aware of its practical implications, why would they not have given effect to those implications in direct terms? That is, if the drafters intended that testimony might be purchased at the price of prosecutorial immunity, why did they not simply say so? Why would the framers choose to establish such protection indirectly, through the part-protection of an evidentiary immunity which could not be given effect according to its terms? If I were to hold that the *Charter* requires derivative-use immunity, I would find these questions difficult to answer.

In point of fact, however, I do not find these questions troubling at all, and again I suggest that primary regard must be had for the language used in the *Charter*. I have already described how ss. 11(c) and 13 of the *Charter* are seemingly an attempt to constitutionalize the approach previously evident in the *Canada Evidence Act*. This being the case, in an effort to determine the extent of immunity protection which was envisioned by the drafters, is it not relevant to consider what s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* protected? In my view, it most certainly is.

Indeed, I think a comparable analysis was invoked by L'Heureux-Dubé J. in *Thomson Newspapers, supra*, where she stated (at p. 581):

Pre-*Charter* cases involving derivative evidence establish that the protection afforded by s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* did not extend beyond the actual testimony of the witness. Evidence of facts discovered as a result of the testimony was not covered by the immunity available under that provision. [Emphasis in original.]

Although L'Heureux-Dubé J. referred in this passage to s. 5(2) as protecting only "testimony", I

5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Toutefois, je tiens simplement, pour l'instant, à souligner que les rédacteurs de la *Charte* devaient bien être au courant de l'expérience américaine lorsqu'ils ont conçu l'art. 13. S'ils avaient eu l'intention d'accorder une immunité complète contre l'utilisation de la preuve dérivée, et s'ils avaient formé cette intention au moment où ils étaient au courant de ses répercussions pratiques, pourquoi n'en auraient-ils pas tenu compte en termes explicites? Autrement dit, si les rédacteurs voulaient que le témoignage puisse être acheté en échange d'une immunité contre les poursuites, pourquoi ne l'ont-ils pas tout simplement dit? Pourquoi les rédacteurs auraient-ils choisi d'établir une telle protection indirectement, au moyen de la protection partielle d'une immunité relative à la preuve non susceptible d'être appliquée d'après son texte? Si je devais conclure que la *Charte* exige une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, je jugerais difficile de répondre à ces questions.

En fait, je ne les considère aucunement troublantes et je répète qu'il faut avant tout tenir compte du texte de la *Charte*. J'ai déjà décrit comment l'al. 11c) et l'art. 13 de la *Charte* semblent constituer une tentative de constitutionnaliser l'approche qui ressortait auparavant de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ceci dit, si l'on veut déterminer l'étendue de l'immunité envisagée par les rédacteurs, n'est-il pas pertinent d'examiner ce que protégeait le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*? À mon avis, cela est fort pertinent.

En fait, je crois que le juge L'Heureux-Dubé a recours à une analyse comparable dans *Thomson Newspapers*, précité, lorsqu'elle affirme (à la p. 581):

La jurisprudence qui a porté sur la preuve dérivée avant l'adoption de la *Charte* établit que la protection accordée par le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'allait pas au-delà de la déposition elle-même du témoin. Les éléments de preuve découverts suite au témoignage ne bénéficiaient pas de la protection offerte par cette disposition. [Souligné dans l'original.]

Bien que le juge L'Heureux-Dubé précise dans ce passage que le par. 5(2) protège seulement la

170

171

think it is clear that she meant to indicate that s. 5(2) never established derivative-use immunity. That is, she did not mean to indicate that s. 5(2) never protected against the subsequent use of "real" evidence, since that did sometimes occur: e.g., *Attorney-General v. Kelly* (1916), 28 D.L.R. 409 (Man. C.A.); but cf. *R. v. Simpson*, [1943] 3 D.L.R. 355 (B.C.C.A.). Protection of real evidence under s. 5(2), however, proceeded on the basis that the compelled disclosure of such evidence could be considered an "answer" within the meaning of the provision. It does not follow, however, that the "answer" was further protected by way of derivative-use immunity in respect of clue facts. That is, evidence brought to light as a result of a compelled disclosure was not protected.

«déposition», il est clair, à mon avis, qu'elle voulait indiquer que le par. 5(2) n'avait jamais établi une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. En d'autres termes, elle n'a pas voulu indiquer que le par. 5(2) n'avait jamais offert de protection contre l'utilisation subséquente de la preuve «matérielle», puisque cela s'était parfois produit: voir, par exemple, *Attorney-General c. Kelly* (1916), 28 D.L.R. 409 (C.A. Man.), mais comparer *R. c. Simpson*, [1943] 3 D.L.R. 355 (C.A.C.-B.). Cependant, la protection de la preuve matérielle en vertu du par. 5(2) reposait sur le motif que la divulgation forcée d'une telle preuve pouvait être considérée comme une «réponse» au sens de la disposition. Il ne s'ensuit pas pour autant que la «réponse» était davantage protégée par une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée relativement aux indices. Autrement dit, les éléments de preuve découverts par suite d'une divulgation forcée n'étaient pas protégés.

172

We are not asked today to consider the wisdom of s. 5(2)'s historical interpretation: see *Re Ginsberg* (1917), 38 D.L.R. 261 (Ont. S.C., App. Div.), at p. 264. In so far as s. 5(2) suggests that an answer shall not be "used or admissible in evidence" at subsequent proceedings, it could logically sustain an interpretation which favours derivative-use immunity. Wigmore acknowledged this point, but also recognized that, in Canada, "this type of statute is given effect according to its terms, without regard to its possible inefficacy in removing all risk of subsequent prosecution through clues obtained" (*supra*, §2283, at p. 525). It is, of course, open to Parliament to offer statutory protection "greater in scope than comparable rights affirmed by our Constitution": *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, at p. 638. That point of statutory interpretation aside, however, it is clear enough that those who drafted the *Charter* regarded s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* as a provision which offered only simple-use immunity, and not derivative-use immunity.

On ne nous demande pas aujourd'hui d'examiner la sagesse de l'interprétation traditionnelle du par. 5(2): voir *Re Ginsberg* (1917), 38 D.L.R. 261 (C.S. Ont., Div. app.), à la p. 264. Puisque le par. 5(2) prévoit qu'une réponse «ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve» dans des procédures subséquentes, il pourrait logiquement justifier une interprétation qui favorise l'existence d'une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. Wigmore a reconnu cela, mais a aussi affirmé qu'au Canada [TRADUCTION] «ce type de loi est appliqué à la lettre, sans égard à la possibilité qu'il s'avère inefficace pour éliminer tout risque de poursuites subséquentes fondées sur les indices obtenus» (*op. cit.*, §2283, à la p. 525). Il est évidemment loisible au législateur d'offrir une protection légale ayant une «portée plus considérable que les droits comparables que garantit notre Constitution»: *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, à la p. 638. Cependant, mis à part ce point d'interprétation législative, il est assez clair que les rédacteurs de la *Charte* ont considéré le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* comme une disposition qui offrait seulement une immunité contre l'utilisation de la preuve, et non une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée.

In assessing the extent of immunity protection available in the *Charter*, therefore, primary regard must be had for s. 13 of the *Charter*, which reproduces an immunity protection using language nearly identical to that which appears in s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. Note that in *Kuldip*, *supra*, Lamer C.J. stated that “[s]ection 5(2) and s. 13 offer virtually identical protection” (p. 642). Consequently, it would seem to me that those who framed the *Charter* made an explicit decision to favour a kind of immunity protection, namely, the simple-use immunity formerly available under the *Canada Evidence Act*, and they simultaneously eschewed absolute derivative-use immunity.

That not all derivative evidence is worthy of the protection afforded to self-incriminatory testimony is further supported by an examination of this Court’s jurisprudence under s. 24(2). At the same time, however, that jurisprudence discloses the need for some protection. Indeed, this examination can show that the development of a residual role for s. 7 can enhance the operation of the *Charter* as a system, and result in the coherent recognition of a principle against self-incrimination.

To begin this examination, I quote at length from the judgment of La Forest J. in *Thomson Newspapers*, *supra*. In his reasons, La Forest J. acknowledged a distinction between compelled testimony and derivative evidence which I think is fundamental to an immunity solution. That distinction is the distinction between evidence which is created, and evidence which is merely located or identified. La Forest J. stated (at pp. 549-50):

It is only when the testimony itself has to be relied on [at a subsequent proceeding] that the accused can be said to have been forced to actually create self-incriminatory evidence in his or her own trial. The compelled testimony is evidence that simply would not have existed independently of the exercise of the power to compel it; it is in this sense evidence that could have been obtained only from the accused.

En conséquence, lorsque l’on examine l’étendue de l’immunité offerte dans la *Charte*, il faut principalement tenir compte de l’art. 13 de la *Charte*, qui reproduit une immunité en des termes presque identiques à ceux du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il y a lieu de remarquer que, dans l’arrêt *Kuldip*, le juge en chef Lamer affirme que «[l]e paragraphe 5(2) et l’art. 13 offrent pratiquement la même protection» (p. 642). Par conséquent, il me semblerait que les rédacteurs de la *Charte* ont explicitement décidé de favoriser un type d’immunité, celle contre l’utilisation de la preuve qui existait auparavant sous le régime de la *Loi sur la preuve au Canada*, et ont évité en même temps de créer une immunité absolue contre l’utilisation de la preuve dérivée.

L’examen de la jurisprudence de notre Cour, relative au par. 24(2), démontre aussi que ce ne sont pas tous les éléments de preuve dérivés qui méritent la protection applicable aux témoignages incriminants. Cependant, cette jurisprudence fait ressortir, en même temps, la nécessité d’une certaine protection. En fait, le présent examen peut démontrer que la création d’un rôle résiduel pour l’art. 7 est susceptible d’améliorer l’application de la *Charte* en tant que régime, et d’entraîner la reconnaissance logique d’un principe interdisant l’auto-incrimination.

Pour commencer, je cite les motifs du juge La Forest dans *Thomson Newspapers*, précité, où il reconnaît une distinction entre le témoignage forcé et la preuve dérivée, qui est, à mon avis, essentiel pour régler la question de l’immunité. Il s’agit de la distinction entre la preuve qui est créée, et celle qui est située ou identifiée. Voici ce que dit le juge La Forest, aux pp. 549 et 550:

Ce n’est que lorsqu’il faut s’appuyer sur le témoignage lui-même que l’on peut dire que l’accusé a été forcé de créer véritablement une preuve incriminante à son propre procès. Le témoignage forcé constitue une preuve qui n’aurait tout simplement pas existé sans l’exercice du pouvoir de contraindre la personne à témoigner; en ce sens, c’est une preuve qui aurait pu être obtenue seulement de l’accusé.

173

174

175

By contrast, evidence derived from compelled testimony is, by definition, evidence that existed independently of the compelled testimony. This follows logically from the fact that it was evidence which was found, identified or understood as a result of the "clues" provided by the compelled testimony. Although such evidence may have gone undetected or unappreciated in the absence of the compelled clues, going undetected or unappreciated is not the same thing as non-existence. The mere fact that the derivative evidence existed independently of the compelled testimony means that it could have been found by some other means, however low the probability of such discovery may have been.

Seen from this light, it becomes apparent that those parts of derivative evidence which are incriminatory are only self-incriminatory by virtue of the circumstances of their discovery in a particular case. They differ in this respect from incriminatory portions of the compelled testimony itself, which are by definition self-incriminatory, since testimony is a form of evidence necessarily unique to the party who gives it. [Emphasis in original.]

Stated succinctly, compelled testimony is evidence which has been created by the witness, whereas derivative evidence is evidence which has independent existence. It is only the class of created evidence which is, by definition, self-incriminatory.

176

This distinction between evidence created by the accused and evidence which has an independent existence has been offered in relation to s. 24(2) as well. In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, Lamer J. dealt with the problem of an improperly obtained confession. In this context, he drew a distinction between real evidence and self-incriminatory evidence and suggested that admission of the former would rarely bring the administration of justice into disrepute. But as La Forest J. discussed in *Thomson Newspapers*, *supra*, *Collins* does not purport to draw a final distinction between real evidence and self-incriminatory evidence. Rather, Lamer J. in *Collins* emphasized that "real evidence existed irrespective of the violation of the *Charter*" (p. 284), whereas in the case of a confession, "the accused is conscripted against himself" (p. 284) such that the fairness of the trial is affected. The important point to highlight from *Collins* is the

Par contre, la preuve dérivée d'un témoignage forcé est, par définition, une preuve qui existe indépendamment du témoignage forcé. Cela découle logiquement du fait qu'il s'agit d'une preuve découverte, identifiée ou saisie grâce aux «indices» procurés par le témoignage forcé. Même si une telle preuve aurait pu passer inaperçue ou être ignorée en l'absence des indices obtenus par contrainte, le fait de passer inaperçu ou d'être ignoré est différent de l'inexistence. Le simple fait que la preuve dérivée ait existé indépendamment du témoignage forcé signifie qu'elle aurait pu être découverte par d'autres moyens, aussi faible qu'ait pu être la probabilité de cette découverte.

Dans cette perspective, il devient clair que les éléments incriminants de la preuve dérivée sont auto-incriminants seulement en raison des circonstances entourant leur découverte dans une affaire particulière. Ils diffèrent à cet égard des portions incriminantes du témoignage forcé lui-même qui sont par définition auto-incriminantes puisque le témoignage est une forme de preuve nécessairement unique à l'égard de son auteur. [Souligné dans l'original.]

Bref, un témoignage forcé est une preuve qui a été créée par le témoin, alors que la preuve dérivée est une preuve qui a une existence indépendante. C'est seulement la catégorie de preuve créée qui est, par définition, incriminante.

Cette distinction entre la preuve créée par l'accusé et celle qui a une existence indépendante a également été faite relativement au par. 24(2). Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le juge Lamer a examiné le problème d'une confession obtenue irrégulièrement. Dans ce contexte, il a établi une distinction entre la preuve matérielle et la preuve auto-incriminante et a laissé entendre que l'utilisation de la preuve matérielle déconsidérerait rarement l'administration de la justice. Cependant, comme le juge La Forest le dit dans *Thomson Newspapers*, précité, l'arrêt *Collins* n'est pas censé établir une distinction définitive entre la preuve matérielle et la preuve auto-incriminante. Dans *Collins*, le juge Lamer souligne plutôt que «[l]a preuve matérielle existe indépendamment de la violation de la *Charte*» (p. 284), tandis que, dans le cas d'une confession «l'accusé est conscrit contre lui-même» (p. 284) de sorte que l'équité du

suggestion that evidence (such as a confession) which the accused creates will be regarded as self-incriminatory, whereas other, independently existing evidence may not.

The fact that independently existing evidence which is obtained after a *Charter* breach may nonetheless fail to be excluded under s. 24(2) goes some distance toward destroying the suggestion that absolute derivative-use immunity is desirable. If evidence derived from a *Charter* breach can be admitted on the theory that its use will not bring the administration of justice into disrepute, how then can it be said that to admit any evidence derived from compelled testimony would be contrary to the principles of fundamental justice? To make this argument is to suggest, inferentially, that the admission of evidence which offends the principles of fundamental justice does not bring the administration of justice into disrepute. How can this be? As L'Heureux-Dubé J. observed in *Thomson Newspapers*, *supra*, "[t]o state the question is to answer it" (p. 582).

Thus it again appears that there is no requirement for derivative evidence to be excluded *in toto* under the *Charter*. But does s. 24(2) have anything to say about a partial derivative-use immunity under s. 7? Have any meaningful rules developed in this regard? In the discussion below, I will review the following thesis, namely, that under s. 24(2) of the *Charter*, evidence has been excluded on the theory that, practically speaking, it could not have been obtained but for a pre-existing *Charter* violation.

In the quotation from *Thomson Newspapers*, *supra* (per La Forest J.) offered above, it was pointed out that there is a clear distinction in the case of compelled testimony between evidence which the accused is forced to create, and evidence which has an independent existence. Testimony is created; all derivative evidence has independent existence. Part of the difficulty in understanding cases decided under s. 24(2), however, arises

procès s'en ressent. Le point important qui se dégage de *Collins* est que la preuve (telle une confession) que l'accusé crée sera considérée comme auto-incriminante, alors qu'une autre, qui existe indépendamment, ne le sera peut-être pas.

Le fait qu'une preuve indépendante, obtenue après une violation de la *Charte*, risque néanmoins de ne pas être écartée en application du par. 24(2) annihile dans une certaine mesure la proposition selon laquelle l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée est souhaitable. Si la preuve obtenue par suite d'une violation de la *Charte* peut être admise en partant du principe que son utilisation ne déconsidérera pas l'administration de la justice, alors comment peut-on affirmer que l'utilisation de toute preuve dérivée d'un témoignage forcé serait contraire aux principes de justice fondamentale? Pareil argument revient à laisser entendre, par déduction, que l'utilisation d'une preuve qui contrevient aux principes de justice fondamentale ne déconsidère pas l'administration de la justice. Comment cela est-il possible? Comme le juge L'Heureux-Dubé le fait remarquer dans *Thomson Newspapers*, précité, «[p]oser la question c'est y répondre» (p. 582).

Ainsi, il appert de nouveau que la *Charte* n'exige pas que les éléments de preuve dérivée soient écartés en totalité. Cependant, le par. 24(2) a-t-il quelque chose à dire au sujet de l'attribution, fondée sur l'art. 7, d'une immunité partielle contre l'utilisation de la preuve dérivée? A-t-on établi des règles utiles à cet égard? Dans l'analyse qui suit, je vais examiner la thèse selon laquelle, sous le régime du par. 24(2) de la *Charte*, on a écarté des éléments de preuve en partant du principe qu'il aurait été, en pratique, impossible de les obtenir sans une violation préexistante de la *Charte*.

Dans l'extrait précité de *Thomson Newspapers* (le juge La Forest), on souligne qu'il existe, dans le cas d'un témoignage forcé, une nette distinction entre les éléments de preuve que l'accusé est forcé de créer, et ceux qui existent indépendamment. Le témoignage est créé; tous les éléments de preuve dérivée ont une existence indépendante. Cependant, la difficulté de saisir les décisions fondées sur le par. 24(2) découle en partie du fait que, dans ce

177

178

179

because the distinction may be less clear-cut in that context. On the one hand, it is clear that pre-trial statements obtained from an accused person are created by the accused. They are like testimony in that regard. But with respect to all other kinds of evidence, independent existence may be difficult to define. Although evidence which does not result from a verbal utterance will generally have a physical character to it (e.g., blood, a visually observed identity or phenomenon, a weapon, or drugs), such evidence may not exist as evidence *per se* without the intermediate participation of the accused. In such cases, I believe that a determinative consideration has been whether the evidence could have been obtained by the state but for the accused's participation following a *Charter* breach.

contexte, la distinction n'est peut-être pas aussi claire. D'une part, il est évident que c'est l'accusé qui crée les déclarations qu'il fait avant le procès. Elles s'apparentent à des témoignages à cet égard. Cependant, en ce qui concerne tous les autres types d'éléments de preuve, il peut être difficile d'établir s'ils ont une existence indépendante. Bien que les éléments de preuve ne résultant pas d'une déclaration verbale possèdent généralement une caractéristique matérielle (par exemple, du sang, une personne ou un phénomène observé directement, une arme ou de la drogue), il se peut qu'ils ne constituent pas une preuve en soi sans la participation intermédiaire de l'accusé. Dans ces cas, je crois qu'un facteur déterminant a été de savoir si les éléments de preuve auraient pu être obtenus par l'État sans la participation de l'accusé à la suite d'une violation de la *Charte*.

180

In *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945, for example, the accused was incoherent and delirious when a doctor took a blood sample without his consent and at the request of a police officer. The Crown conceded that a violation of s. 8 of the *Charter* thus occurred, and, in the analysis under s. 24(2), Lamer J. affirmed that the evidence was improperly admitted at first instance. Lamer J. stated (at p. 949):

Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, l'accusé était incohérent et en proie au délire lorsqu'un médecin a prélevé un échantillon de son sang sans son consentement et à la demande d'un policier. Le ministère public a reconnu qu'il y avait ainsi eu violation de l'art. 8 de la *Charte* et, au moment de l'analyse fondée sur le par. 24(2), le juge Lamer a confirmé que la preuve avait été obtenue irrégulièrement au départ, affirmant (à la p. 949):

They took advantage of the appellant's unconsciousness to obtain evidence which they had no right to obtain from him without his consent had he been conscious. The effect of their conduct was to conscript the appellant against himself.

Ils ont profité de l'inconscience de l'appelant pour obtenir des preuves qu'ils n'avaient pas le droit d'obtenir de lui sans son consentement s'il avait été conscient. Leur comportement a eu pour effet de mobiliser l'appelant contre lui-même.

I think it is implicit in the notion that the authorities "had no right to obtain" the blood, that the evidence could not have been obtained in *Pohoretsky* but for the pre-existing *Charter* breach. No blood sample was independently available to the police on the facts, and there was no legal authority which could have been used to obtain one. That is, the accused's blood existed; a legally available blood sample did not.

Je crois que la mention du fait que les autorités «n'avaient pas le droit d'obtenir» le sang indique implicitement que la preuve n'aurait pas pu être obtenue n'eût été la violation préexistante de la *Charte*. D'après les faits, la police n'aurait pu se procurer de façon indépendante un échantillon de sang et il n'existait aucune autorisation légale qui aurait pu servir pour en obtenir un. Autrement dit, le sang de l'accusé existait, alors qu'il n'existait pas d'échantillon de sang légalement accessible.

181

In a similar way, in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, the accused's right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* was infringed, and the accused were

De même, dans l'arrêt *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, il y avait eu violation du droit à l'assistance d'un avocat que l'al. 10b) de la *Charte*

subsequently identified in a police line-up. In holding that the identification evidence ought to have been excluded, Lamer J. first noted that "it is clear that there is no legal obligation to participate in a line-up", such that "it is clear that counsel has an important role in advising a client about participating voluntarily" (p. 13). Then, in this context, Lamer J. stated (at p. 16):

Any evidence obtained, after a violation of the *Charter*, by conscripting the accused against himself through a confession or other evidence emanating from him would tend to render the trial process unfair. In *Collins* we used the expression "emanating from him" since we were concerned with a statement. But we did not limit the kind of evidence susceptible of rendering the trial process unfair to this kind of evidence. I am of the opinion that the use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial would tend to render the trial process unfair. [Emphasis added.]

As Lamer J. proceeded to note in *Ross*, it is possible to distinguish identification evidence *per se* from line-up evidence, in that the latter "could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence" (p. 17). To be sure, mere identification evidence could have been otherwise obtained by the state in *Ross*, but not line-up evidence, and it was line-up evidence which the Crown adduced. On the facts, the accused had not formerly taken part in a line-up (i.e., there was no pre-existing voluntary line-up evidence), and the accused could not have been compelled to participate in one.

If applied to the opposite effect, the thesis I advance can also be used to explain the result in *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138. In *Black*, after a violation of s. 10(b) occurred, an accused helped the police to identify a particular knife as the murder

garantit à un accusé et cet accusé avait, par la suite, été reconnu au cours d'une séance d'identification. Lorsqu'il a affirmé que la preuve d'identification aurait dû être écartée, le juge Lamer a fait tout d'abord remarquer qu'«il est clair qu'il n'y a aucune obligation juridique de participer à une séance d'identification» (p. 13) de sorte qu'«il est évident que l'avocat joue un rôle important quand il donne des conseils à un client sur la participation volontaire à une séance d'identification» (p. 14). Dans ce contexte, le juge Lamer précise ensuite, à la p. 16:

Toute preuve qu'on obtient, après une violation de la *Charte*, en conscrivant l'accusé contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui est susceptible de rendre le procès inéquitable. Dans l'arrêt *Collins*, nous avons employé l'expression «émanant de lui» parce qu'il s'agissait d'une déclaration. Mais nous n'avons pas limité à cela le genre de preuve susceptible de rendre le procès inéquitable. Je suis d'avis que l'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable. [Je souligne.]

Comme le juge Lamer le fait remarquer dans l'arrêt *Ross*, il est possible d'établir, entre la preuve d'identification en soi et la preuve obtenue au moyen d'une séance d'identification, une distinction fondée sur le fait que cette dernière «n'aurait pu l'être sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve» (p. 17). Il est certain que, dans l'arrêt *Ross*, la simple preuve d'identification aurait pu être obtenue d'une autre manière par l'État, mais non la preuve résultant de la séance d'identification, et c'est cette dernière preuve que le ministère public avait présenté. Selon les faits, l'accusé n'avait pas participé auparavant à une séance d'identification (c.-à-d. qu'il n'existait pas de preuve volontaire préexistante découlant d'une séance d'identification) et l'accusé n'aurait pas pu être contraint à prendre part à une telle séance.

Si on l'applique dans le sens contraire, ma thèse peut aussi servir à expliquer l'arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138. Dans cet arrêt, après une violation de l'al. 10b), une accusée avait aidé la police à trouver le couteau qui avait été utilisé pour com-

weapon. Wilson J. first acknowledged that the knife, as a tangible item, was evidence which “did not come into existence as a result of the participation of the accused” (p. 164). But she also emphasized that this independently existing item would probably have been identified by the police even without the assistance of the accused. She stated: “I have little doubt that the police would have conducted a search of the [accused’s] apartment with or without her assistance and that such a search would have uncovered the knife” (p. 164); see also at p. 165. Thus, she focused not on the mere fact of the knife’s classification as real evidence, but rather on the question whether, as real evidence, it could have been found without the accused’s voluntary participation.

183 The question whether evidence could have been obtained had the police not infringed the accused’s rights, and in that fashion compelled his participation in the creation of a case, also dominated the analysis in *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527. In *Wise*, a tracking beeper was installed on an accused’s vehicle, and the Crown acknowledged that the installation constituted an unreasonable search in violation of s. 8 of the *Charter*. However, in determining that the evidence would not be excluded by s. 24(2) of the *Charter*, Cory J. emphasized that comparable evidence was obtained without the unknowing participation of the accused. He stated (at p. 543):

In this case, the use of the beeper merely assisted the police to gather evidence which, to a great extent, they had obtained by visually observing the vehicle. It is difficult to determine from the transcript what evidence was obtained from the beeper and what was obtained from observation. In light of the unsophisticated nature of the beeper, it seems that the essential evidence was obtained by direct observation. In any event, evidence as to the movement of the vehicle was certainly not “undiscoverable”.

On the facts of *Wise*, Cory J. had already concluded that the tracking evidence could be characterized as “real” evidence. An analysis of the

mettre un meurtre. Le juge Wilson a tout d’abord reconnu que le couteau était un élément de preuve matérielle qui «n’a pas vu le jour par suite de la participation de l’accusée» (p. 164). Cependant, elle a également souligné que cet élément de preuve qui avait une existence indépendante aurait probablement été découvert par la police même sans l’aide de l’accusée. Elle a ajouté: «Je ne doute nullement que les policiers auraient procédé à une fouille de l’appartement de [l’accusée] avec ou sans son aide et que cette fouille leur aurait permis de découvrir le couteau» (p. 164); voir aussi à la p. 165. Le juge Wilson a donc mis l’accent non pas sur le simple fait que le couteau constituait une preuve matérielle, mais plutôt sur la question de savoir si, en tant que preuve matérielle, il aurait pu être découvert sans la participation volontaire de l’accusée.

Dans l’arrêt *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, il s’agissait aussi de déterminer si l’élément de preuve en question aurait pu être obtenu si les policiers n’avaient pas violé les droits de l’accusé et ne l’avaient pas ainsi contraint à participer à la création d’une preuve. Dans cette affaire, une balise avait été installée sur la voiture d’un accusé et le ministère public a reconnu que cette installation constituait une fouille abusive au sens de l’art. 8 de la *Charte*. Cependant, lorsqu’il a décidé que la preuve ne serait pas écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*, le juge Cory a fait ressortir que des éléments de preuve comparables avaient été obtenus à la connaissance de l’accusé. Il affirme, aux pp. 543 et 544:

En l’espèce, le recours à la balise a simplement aidé la police à recueillir une preuve qu’elle avait obtenue, en grande partie, en observant le véhicule. Il est difficile de dire, à partir de la transcription, quelle preuve a été obtenue à l’aide de la balise et qu’est-ce que cette observation du véhicule a permis de recueillir. Compte tenu de la nature rudimentaire de la balise, il semble que la preuve essentielle a été obtenue grâce à l’observation directe. Quoi qu’il en soit, la preuve portant sur le déplacement du véhicule n’était certainement pas une preuve qui ne pouvait «pas être découverte».

Selon les faits de l’arrêt *Wise*, le juge Cory avait déjà conclu que la preuve obtenue grâce à la balise pouvait être qualifiée de preuve «matérielle».

extent to which this evidence was otherwise discoverable only informs the analysis under s. 24(2) if one assumes that it is important to consider whether evidence could have been obtained but for the accused's participation. That is, the "real-evidence" label was not determinative.

At some level, though, and with due regard for Cory J.'s conclusion in *Wise* that the tracking evidence in that case was "real" evidence, one senses that the accused in *Wise*, by driving his car, was engaged in the creation of evidence. However, the importance of this perception pales when *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, is examined. In *Mellenthin*, a driver at a random check stop was subjected to an unreasonable search of his vehicle. That search disclosed the presence of illegal drugs. Cory J. quoted from both *Ross*, *supra*, and *Thomson Newspapers*, *supra*, and with respect to the trial judge's finding that "the evidence, although real, could never have been discovered but for the illegal search", stated (at p. 628):

In the case at bar, the trial judge could certainly not be said to have acted unreasonably in concluding that the evidence (the marijuana) would not have been discovered without the compelled testimony (the search) of the appellant.

In the result, Cory J. concluded that the evidence flowing from the illegal search would impact upon the fairness of the trial, and it was excluded on that basis without further consideration of the factors listed in *Collins*, *supra* (the seriousness of the *Charter* violation, and the effect of exclusion). This occurred even though it would be difficult to argue that the accused had, in any sense, created the drugs.

Finally, I would call attention to *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, in which blood and urine samples were initially taken from an accused by hospital staff. These samples were then seized pursuant to legal authority vested in a coroner. However, following that first legal seizure, the

L'analyse de la mesure dans laquelle cette preuve pouvait être découverte autrement ne sous-tend l'analyse fondée sur le par. 24(2) que si on suppose qu'il est important d'examiner si la preuve en question aurait pu être obtenue, sans la participation de l'accusé. Autrement dit, le fait d'avoir qualifié la preuve de «preuve matérielle» n'était pas déterminant.

Jusqu'à un certain point, cependant, et compte tenu de la conclusion tirée par le juge Cory, dans l'arrêt *Wise*, selon laquelle la preuve obtenue, dans cette affaire, grâce à la balise constituait une preuve «matérielle», on se rend compte que l'accusé, dans *Wise*, se trouvait, lorsqu'il conduisait sa voiture, à créer une preuve. Toutefois, l'importance de cette perception diminue lorsqu'on examine l'arrêt *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615. Dans cet arrêt, il y avait eu fouille abusive du véhicule d'un conducteur interpellé à un point de contrôle au hasard. Cette fouille avait révélé la présence de drogues illégales. Le juge Cory a cité des extraits des arrêts *Ross* et *Thomson Newspapers*, précités, et, au sujet de la conclusion du juge du procès que «la preuve, quoique matérielle, n'aurait jamais pu être découverte sans la fouille illégale», il a affirmé, à la p. 628:

En l'espèce, on ne saurait certainement pas dire que le juge du procès a agi déraisonnablement en concluant que la preuve (la marijuana) n'aurait pas été découverte sans le témoignage forcé (la fouille) de l'appellant.

En définitive, le juge Cory a conclu que la preuve découlant de la fouille illégale aurait un effet sur l'équité du procès, et il l'a écartée pour ce motif sans examiner davantage les facteurs énumérés dans l'arrêt *Collins*, précité (la gravité de la violation de la *Charte* et l'effet de l'exclusion). Cela s'est produit bien qu'il aurait été difficile de soutenir que l'accusé avait, de quelque façon que ce soit, créé les drogues.

Enfin, j'attirerais l'attention sur l'arrêt *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, dans lequel des échantillons de sang et d'urine d'un accusé avaient été initialement prélevés par des membres du personnel hospitalier. Ces échantillons avaient ensuite été saisis conformément à un pouvoir que la loi

police executed what amounted to a second unreasonable seizure. On the question whether resulting evidence was properly excluded under s. 24(2) of the *Charter*, La Forest J. first noted that while the labels “real” and “conscriptive” have attained importance in the jurisprudence, “the mere fact that the impugned evidence is classified as either real or conscriptive should not in and of itself be determinative” (p. 74). And, although La Forest J. indicated that the samples could be regarded as real evidence because of the first legal seizure, he also stated (at pp. 75-76):

The importance of determining that the blood sample was real evidence goes only so far as it demonstrates that the sample was given by consent and existed independently of the subsequent *Charter* violation. The coercive powers of the state played no role in creating the sample which was ultimately used to incriminate the appellant. As I discussed in *R. v. Wise, supra*, at p. 570, the prior existence of the sample is important in that it demonstrates “that (the sample) could have been discovered in any event”. In my view, the independent and prior existence of the sample completely apart from any s. 8 infringement by the state is an important consideration weighing on the side of allowing the introduction of the evidence.

To this I would merely add that the samples could have been obtained in *Colarusso* without the assistance of the accused. As La Forest J. stated, charges had been laid, the police were aware of the samples, and “[i]f the coroner had not intervened and seized the sample, the officers would inevitably have obtained a warrant for the samples at the very first opportunity” (p. 77).

186

It will be observed in these cases that the question of the accused’s participation is important. In some, it can be seen that the state has already become interested in the affairs of the accused, and the problem lies in determining whether the evidence consciously desired by the authorities could have been obtained without the accused’s voluntary participation. Relevant considerations in this regard include whether the impugned evidence

accordait à un coroner. Toutefois, après cette première saisie légale, la police a procédé à une deuxième saisie qui s’est avérée abusive. Quant à savoir si la preuve en résultant avait été écartée à juste titre en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, le juge La Forest signale d’abord que, bien que les qualificatifs «matérielle» ou «obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même» ait pris de l’importance dans la jurisprudence, «le simple fait que la preuve contestée soit rangée dans l’une ou l’autre de ces deux catégories ne devrait pas en soi être concluant» (p. 74). Bien qu’il ait indiqué que les échantillons pouvaient être considérés comme une preuve matérielle à cause de la première saisie légale, le juge La Forest ajoute (aux pp. 75 et 76):

Déterminer que l’échantillon de sang constituait une preuve matérielle n’importe que pour autant qu’il se dégage de cette détermination que l’échantillon a été prélevé avec le consentement de l’intéressé et qu’il existait indépendamment de la violation subséquente de la *Charte*. Les pouvoirs de coercition de l’État n’ont été pour rien dans l’obtention de l’échantillon dont on s’est ultérieurement servi pour incriminer l’appelant. Comme je l’ai indiqué dans l’arrêt *R. c. Wise*, précité, à la p. 570, l’existence antérieure de l’échantillon a ceci d’important qu’elle démontre qu’il «aurait pu être découvert(. . .) de toute façon». À mon avis, l’existence distincte et antérieure de l’échantillon tout à fait indépendamment d’une violation quelconque de l’art. 8 par l’État milite fortement en faveur de l’admission de la preuve.

À ce propos, j’aimerais simplement ajouter que, dans *Colarusso*, les échantillons auraient pu être obtenus sans l’assistance de l’accusé. Comme l’affirme le juge La Forest, des accusations avaient été portées, la police était au courant des échantillons et «[s]i le coroner n’était pas intervenu pour saisir les échantillons, les policiers auraient inévitablement obtenu à la toute première occasion un mandat pour les saisir» (p. 77).

On remarquera, dans ces arrêts, que la question de la participation de l’accusé est importante. Dans certains, on peut constater que l’État avait déjà commencé à s’intéresser aux activités de l’accusé et le problème est de savoir si la preuve que les autorités cherchaient expressément à obtenir aurait pu être obtenue sans la participation volontaire de l’accusé. À cet égard, il faut notamment se demander si la preuve attaquée existait déjà et, dans l’af-

already existed, and, if it did, whether the state could legally compel its availability (see, e.g., *Ross, supra*; *Wise, supra*; *Black, supra*; and *Colarusso, supra*). In other cases, it may be that without the *Charter* breach the state would not have become interested in the accused at all (see, e.g., *Mellenthin, supra*).

Common to both kinds of cases, however, is the realization that the pre-existing *Charter* breach is relevant to the question of participation. Of course, it might always be argued that even without the pre-existing *Charter* breach, an accused might choose to cooperate with the state. It might be argued, for example, that the accused in *Ross, supra*, might have consented to participate in the line-up even if they had obtained legal advice. However, comparable arguments were considered and rejected in both *Black, supra*, and *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24. In the latter case, it was stated that (at p. 44):

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.]

In other words, under s. 24(2), we are not willing to assume that an accused would knowingly assist the state in its effort to establish a case. The timing of the *Charter* breach becomes important. Once a breach occurs, any evidence thereafter obtained which could not have been obtained but for the voluntary assistance of the accused will tend to be regarded as self-incriminatory evidence which impacts upon the fairness of the trial. It is generally assumed that, but for the breach, the accused would not have cooperated.

In this regard, I return to the seminal authority on s. 24(2), *Collins, supra*. In *Collins*, Lamer J. stated (at p. 284):

[T]he 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

firmative, si l'État pouvait légalement en forcer la production (voir, par exemple, les arrêts *Ross, Wise, Black* et *Colarusso*, précités). Dans d'autres cas, il se peut que, n'eût été la violation de la *Charte*, l'État ne se serait pas intéressé à l'accusé (voir, par exemple, l'arrêt *Mellenthin*, précité).

Cependant, ces deux catégories de décisions ont en commun le fait que la violation préexistante de la *Charte* est pertinente relativement à la question de la participation. Certes, on pourrait toujours soutenir que, même en l'absence de la violation préexistante de la *Charte*, un accusé pourrait choisir de collaborer avec l'État. Par exemple, on pourrait soutenir que les accusés dans l'arrêt *Ross*, précité, auraient pu consentir à participer à la séance d'identification même après avoir consulté un avocat. Cependant, des arguments comparables ont été examinés et rejetés à la fois dans l'arrêt *Black*, précité, et *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, dans lequel on affirme, à la p. 44:

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.]

En d'autres termes, en vertu du par. 24(2), nous ne sommes pas disposés à présumer qu'un accusé aiderait sciemment l'État à constituer une preuve. Le moment de la violation de la *Charte* devient important. Dès qu'il y a violation, tout élément de preuve obtenu par la suite, qui n'aurait pu l'être sans la participation volontaire de l'accusé, aura tendance à être considéré comme une preuve auto-incriminante ayant une incidence sur l'équité du procès. On présume généralement que, n'eût été la violation, l'accusé n'aurait pas collaboré.

À cet égard, je reviens sur l'arrêt de principe relatif au par. 24(2), l'arrêt *Collins*, précité, dans lequel le juge Lamer dit, à la p. 284:

Il en est [...] 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

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.

This continues to be a correct statement of the law. It is only necessary to add that any kind of evidence can be evidence “emanating from” an accused: see *Ross, supra*. Moreover, to the extent it is relevant to consider whether evidence “did not exist prior to the violation”, the reference here is to evidence *qua* evidence. Physical objects, observations, and bodily fluids may exist prior to a *Charter* breach, but they do not exist as evidence unless the state has a means to acquire them for trial. This is what I take from Lamer J.’s statement in *Ross, supra*, to the effect that the evidence of concern is “evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial” (p. 16 (emphasis added)).

189 Thus, I think it is clear that under s. 24(2), we tend to regard as self-incriminatory not only that evidence which is manifestly created by an accused (such as a pre-trial statement), but also any evidence which could not have been obtained by the state from the accused but for the Charter violation. I regard this state of the law as having obvious implications for s. 7 and the question of derivative-use immunity.

190 Under s. 24(2), evidence which would render a trial unfair tends to be excluded under the first branch of the *Collins, supra*, analysis. In *Elshaw, supra*, it was indicated that a consideration of the second factor from *Collins*, namely, the seriousness of the *Charter* violation, cannot strengthen the case in favour of admissibility. Thus, to the extent that trial fairness is affected by self-incriminatory evidence, and that is necessarily the case (*Collins, supra*), exclusion tends to be the result. Once it is recognized that the admission of evidence would render a trial unfair, “the seriousness of the offence

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.

Il s’agit toujours là d’un énoncé correct de l’état du droit. Il faut seulement ajouter qu’une preuve, quelle qu’elle soit, peut être une preuve «émanant d’un» accusé: voir l’arrêt *Ross*, précité. De plus, dans la mesure où il est pertinent d’examiner si les éléments de preuve «n’existaient pas avant la violation», je parle ici de la preuve en tant que preuve. Les objets matériels, les observations et les liquides organiques peuvent exister avant une violation de la *Charte*, mais ils n’existent pas en tant qu’éléments de preuve sauf si l’État est en mesure de se les procurer pour un procès. C’est ainsi que j’interprète l’énoncé du juge Lamer dans l’arrêt *Ross*, précité, selon lequel les éléments de preuve qui nous intéressent sont des «élément[s] de preuve qu’on n’aurait pas pu obtenir sans la participation de l’accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès» (p. 16 (je souligne)).

Je crois donc qu’il est clair que nous avons tendance, en vertu du par. 24(2), à considérer comme auto-incriminante non seulement la preuve qui est manifestement créée par un accusé (comme une déclaration avant le procès), mais aussi toute preuve que l’État n’aurait pas pu obtenir de l’accusé, n’eût été la violation de la Charte. À mon avis, cet état du droit a des répercussions évidentes relativement à l’art. 7 et à la question de l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée.

En vertu du par. 24(2), les éléments de preuve qui rendraient le procès inéquitable sont généralement écartés en vertu du premier volet de l’analyse prévue dans l’arrêt *Collins*, précité. Dans l’arrêt *Elshaw*, précité, on a indiqué qu’un examen du deuxième facteur cité dans l’arrêt *Collins*, savoir la gravité de la violation de la *Charte*, ne saurait renforcer l’admissibilité de la preuve. Ainsi, dans la mesure où une preuve auto-incriminante compromet l’équité du procès, ce qui est nécessairement le cas (l’arrêt *Collins*, précité), il y a généralement exclusion. Dès qu’on reconnaît que l’utilisation de

[cannot] render that evidence admissible” (*Collins, supra*, at p. 286). As stated by J. Sopinka, S. N. Lederman and A.W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 407, “[o]nce impugned evidence has been found to come within the trial fairness rationale, exclusion is virtually certain to follow”.

Turning back to the problem of compelled testimony, then, I see no reason not to draw the obvious analogy. Since it is the principle against self-incrimination which is at stake, and since that principle finds recognition under s. 24(2) as I have described, we should avoid the incongruity which would result if a different quality of protection was offered to the witness who is compelled to answer questions. The *Charter* should be construed as a coherent system: *Hebert, supra*. Accordingly, I think that derivative evidence which could not have been obtained, or the significance of which could not have been appreciated, but for the testimony of a witness, ought generally to be excluded under s. 7 of the *Charter* in the interests of trial fairness. Such evidence, although not created by the accused and thus not self-incriminatory by definition, is self-incriminatory nonetheless because the evidence could not otherwise have become part of the Crown’s case. To this extent, the witness must be protected against assisting the Crown in creating a case to meet.

Since this test for exclusion can only arise in the context of proceedings subsequent to a witness’s testimony, I am hesitant to elaborate further upon the test I propose here. Its form will become known, as it should, in the context of concrete factual situations. By way of conclusion, however, five further comments of a general nature are warranted.

First, I have developed a residual derivative-use immunity with primary regard for s. 7 of the *Charter*. However, as La Forest J. observed in *Thomson Newspapers*, to the extent that it is a concern for trial fairness which predominates the analysis, the analysis could properly proceed with reference to the more specific language of s. 11(d). But since

la preuve rendrait un procès inéquitable, «la gravité de l’infraction ne peut rendre cette preuve admissible» (*Collins*, précité, à la p. 286). Comme l’ont dit J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, dans *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 407, [TRADUCTION] «[d]ès qu’on juge que la preuve attaquée touche l’équité du procès, son exclusion est pratiquement assurée».

Alors pour revenir au problème du témoignage forcé, je ne vois aucune raison d’écarter l’analogie évidente. Puisque c’est le principe interdisant l’auto-incrimination qui est en jeu et que ce principe est, comme je l’ai expliqué, reconnu au par. 24(2), nous devrions éviter l’absurdité qui résulterait si on offrait une protection de qualité différente au témoin contraint de répondre à des questions. La *Charte* devrait être interprétée comme un système logique: *Hebert*, précité. Par conséquent, je crois que la preuve dérivée qui n’aurait pas pu être obtenue, ou dont on n’aurait pas pu apprécier l’importance, n’eût été le témoignage d’une personne, devrait généralement être écartée en vertu de l’art. 7 de la *Charte* afin de préserver l’équité du procès. Cette preuve, même si elle n’est pas créée par l’accusé et n’est donc pas auto-incriminante par définition, est néanmoins auto-incriminante du fait qu’autrement elle n’aurait pas pu faire partie de la preuve à charge. Dans cette mesure, il faut protéger le témoin de l’obligation d’aider le ministère public à créer une preuve à charge.

Puisque ce critère d’exclusion ne peut être appliqué que dans le contexte de procédures consécutives au témoignage d’une personne, j’hésite à m’étendre davantage sur le critère que je propose en l’espèce. La forme qu’il prendra deviendra connue, comme il se doit, dans le contexte de situations factuelles concrètes. Cependant, cinq commentaires de nature générale s’imposent en guise de conclusion.

Premièrement, j’ai conçu une immunité résiduelle contre l’utilisation de la preuve dérivée, en fonction surtout de l’art. 7 de la *Charte*. Toutefois, comme le fait remarquer le juge La Forest dans *Thomson Newspapers*, dans la mesure où c’est un souci d’équité du procès qui domine l’analyse, celle-ci pourrait se fonder à bon droit sur le texte

191

192

193

the same issues would fall to be considered under either provision, I think an examination under s. 7 is sufficient — if not exhaustive — in this case.

précis de l'al. 11*d*). Mais, puisque ce sont les mêmes questions qui devraient être examinées en vertu de l'une ou l'autre de ces dispositions, je crois qu'un examen fondé sur l'art. 7 est suffisant, voire même complet, en l'espèce.

194

Second, during the examination of s. 24(2) above, it was noted that, once a *Charter* breach occurs, we will not assume that an accused would knowingly cooperate in the creation of a case to meet. In the context of testimony, different considerations may arise. That is, with respect to testimony there will be no pre-existing *Charter* breach to consider, but only the fact of testimony itself, and testimony can be analyzed only according to its voluntary or compelled nature. In the case of voluntary testimony, it might be possible to infer that a witness has chosen to cooperate with authorities from the outset, such that the testimony is akin to evidence obtained after a waiver of *Charter* rights. Of course, when a waiver occurs, there is no need to consider exclusion under s. 24(2). I express no opinion, however, about whether derivative-use immunity might sometimes be unavailable to the voluntary witness, since the facts of this appeal involve a witness who resists testimony.

Deuxièmement, au cours de l'examen du par. 24(2) qui précède, on a fait remarquer que l'on ne présume pas, lorsqu'il y a violation de la *Charte*, qu'un accusé collaborerait sciemment à la création d'une preuve à charge. Dans le contexte d'un témoignage, différents facteurs peuvent se présenter. Autrement dit, dans le cas d'un témoignage, il faudra tenir compte non pas d'une violation préexistante de la *Charte*, mais seulement du témoignage lui-même, lequel ne peut être analysé qu'en fonction de son caractère volontaire ou forcé. Dans le cas d'un témoignage volontaire, on pourrait déduire qu'un témoin a choisi de collaborer avec les autorités dès le départ, de sorte que le témoignage s'apparente à une preuve obtenue après une renonciation aux droits garantis par la *Charte*. Certes, en cas de renonciation, il n'est pas nécessaire d'examiner l'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2). Cependant, je ne me prononce pas sur la question de savoir si le témoin volontaire pourrait parfois être dans l'impossibilité d'invoquer l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, puisqu'il est question, en l'espèce, d'une personne qui s'oppose à témoigner.

195

Third, I have expressed the test for exclusion as involving the question whether evidence could have been obtained but for a witness's testimony. I wish to emphasize that in using the word "could" in this context, I am proposing an inquiry into logical probabilities, not mere possibilities. At some level, all evidence which has independent existence could have been located by authorities. The important consideration, however, is whether the evidence, practically speaking, could have been located. That is, would the evidence, on the facts, have otherwise come to light? Logic must be applied to the facts of each case, not to the mere fact of independent existence.

Troisièmement, le critère d'exclusion a été défini comme dépendant de la question de savoir si la preuve aurait pu être obtenue sans le témoignage en question. Je tiens à souligner qu'en employant l'expression «aurait pu» dans ce contexte, je propose d'examiner les probabilités logiques, et non les simples possibilités. À un certain point, tous les éléments de preuve qui ont une existence indépendante auraient pu être découverts par les autorités. Toutefois, ce qui importe c'est de savoir si, en pratique, les éléments de preuve auraient pu être découverts. Autrement dit, les éléments de preuve auraient-ils été, d'après les faits, découverts autrement? Il faut appliquer la logique aux faits de l'affaire, et non au simple fait qu'ils ont une existence indépendante.

Fourth, the manner of exclusion requires some analysis. In *Thomson Newspapers, supra*, La Forest J. proposed a flexible mechanism to govern exclusion, such that (at p. 561):

[D]erivative evidence that could not have been found or appreciated except as a result of the compelled testimony . . . should in the exercise of the trial judge's discretion be excluded since its admission would violate the principles of fundamental justice.

He grounded this mechanism in the common-law ability of judges (constitutionalized in s. 11(d) of the *Charter*) to protect a fair trial by excluding evidence after considering its prejudicial effect and probative value.

Some of what concerned La Forest J. in *Thomson Newspapers* was the form in which the trial judge's discretion exists. That concern has now been resolved by a majority of this Court in *Seaboyer, supra*, such that the exercise of the discretion "will depend upon the probative effect of the evidence balanced against the prejudice caused to the accused by its admission": *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949, at p. 953. This resolution has finally laid to rest concerns about the restrictive formulation emanating from *Wray, supra*.

The exclusion of derivative evidence ought to be governed by the discretion as described in *Seaboyer, supra*, and *Sweitzer, supra*. Even under s. 24(2), there is no automatic rule of exclusion. We have consistently held only that self-incriminatory evidence impacts upon trial fairness, and concluded that evidence which impacts upon trial fairness should tend to be excluded: see *Jones, supra*, at pp. 255-56. By analogy, therefore, there should be no automatic rule of exclusion in respect of any derivative evidence.

However, it must be further observed that evidence which impacts upon trial fairness, such as self-incriminatory evidence, is almost always excluded under s. 24(2). Thus, in the majority of

Quatrièmement, il faut analyser jusqu'à un certain point le mode d'exclusion des éléments de preuve. Dans *Thomson Newspapers, précité*, le juge La Forest propose un mécanisme d'exclusion souple de sorte que (à la p. 561):

[L]a preuve dérivée qui serait passée inaperçue ou qui aurait été ignorée, n'eût été du témoignage obtenu par contrainte [. . .] devrait, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, être écartée puisque son utilisation violerait les principes de justice fondamentale.

Il a fondé ce mécanisme sur la capacité (constitutionnalisée à l'al. 11d) de la *Charte* qu'ont les juges en common law de préserver l'équité du procès en écartant des éléments de preuve après en avoir examiné l'effet préjudiciable et la valeur probante.

Dans *Thomson Newspapers*, une partie des préoccupations du juge La Forest concernait la forme que revêt le pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Notre Cour à la majorité a répondu à cette préoccupation dans l'arrêt *Seaboyer, précité*, de sorte que l'exercice du pouvoir discrétionnaire «sera fonction de [la] valeur probante [de la preuve] par rapport au préjudice causé à l'accusé par suite de son acceptation»: *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949, à la p. 953. Cette solution met finalement un terme aux préoccupations relatives à la formulation restrictive qui se dégageait de l'arrêt *Wray, précité*.

L'exclusion de la preuve dérivée devrait être assujettie au pouvoir discrétionnaire décrit dans les arrêts *Seaboyer* et *Sweitzer, précités*. Même en vertu du par. 24(2), il n'existe pas de règle automatique d'exclusion. Nous avons toujours jugé seulement que la preuve auto-incriminante a une incidence sur l'équité du procès, et qu'une telle preuve devrait généralement être écartée: voir *Jones, précité*, aux pp. 255 et 256. Par analogie, il ne devrait donc pas y avoir de règle automatique d'exclusion de la preuve dérivée.

Cependant, il faut aussi préciser que la preuve qui a une incidence sur l'équité du procès, comme la preuve auto-incriminante, est presque toujours écartée en application du par. 24(2). Ainsi, dans la

196

197

198

199

cases the trial judge's discretion will likely be exercised in favour of exclusion with regards to derivative evidence which could not have been obtained but for a witness's testimony. I do not believe that La Forest J. meant to express anything different in *Thomson Newspapers*. It must be observed that, in formulating the test for exclusion in that case, La Forest J. was considering not simply the subcategory of derivative evidence which has concerned me here, but rather the entire category of derivative evidence. It was only in this context that La Forest J. stated (at p. 562):

It suffices to say that however prejudicial particular instances of derivative evidence may be in other law enforcement contexts, the instances where such evidence could be said to be prejudicial to those who are compelled to testify under s. 17 of the *Combines Investigation Act*, and are later charged with an offence under the Act, are likely to be somewhat rare.

200

To the extent that this comment refers to derivative evidence as a whole, I agree with it, inasmuch as I have already suggested that only a particular category of derivative evidence requires a response. And with respect to that particular category, moreover, it is instructive to note that La Forest J. predicted a much different exercise of the discretionary power when he stated: "The one thing the power to compel testimony will never allow anti-combines investigators to use as evidence, however, is information they could not otherwise have uncovered" (p. 562 (emphasis added)). Thus, there is no inconsistency between the flexible approach proposed in *Thomson Newspapers* and the notion that derivative-use immunity will generally lead to exclusion. I will not try to imagine today the factual circumstances in which derivative-use immunity might not be protected. When, if ever, that might occur, is an issue I leave for another day.

201

I should also add that, contrary to my colleague L'Heureux-Dubé J.'s view, all that I have said in these reasons is directed at testimonial compulsion

majorité des cas, il est probable que le juge du procès exercera son pouvoir discrétionnaire pour exclure la preuve dérivée qui n'aurait pas pu être obtenue, n'eût été le témoignage d'une personne. Je ne crois pas que le juge La Forest a voulu dire autre chose dans *Thomson Newspapers*. Il faut souligner que, lorsqu'il a formulé le critère d'exclusion dans cette affaire, le juge La Forest a examiné non pas simplement la sous-catégorie de preuve dérivée qui m'intéresse en l'espèce, mais plutôt l'ensemble de la catégorie de la preuve dérivée. C'est seulement dans ce contexte qu'il a dit (à la p. 562):

Il suffit de dire qu'aussi préjudiciables que puissent être certains cas particuliers de preuve dérivée dans d'autres contextes d'application de la loi, les cas où on pourrait dire que cette preuve cause un préjudice à ceux qui sont contraints de témoigner en vertu de l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et qui sont accusés ultérieurement d'une infraction en vertu de la Loi risquent d'être plutôt rares.

Dans la mesure où ce commentaire porte sur l'ensemble de la preuve dérivée, j'y souscris, puisque j'ai déjà laissé entendre que seule une catégorie particulière de preuve dérivée exige une réponse. De plus, en ce qui concerne cette catégorie particulière, il est intéressant de souligner que le juge La Forest a prévu un exercice fort différent du pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a dit: «La seule chose que le pouvoir de contraindre une personne à témoigner ne permettra cependant jamais aux enquêteurs en matière de coalitions d'utiliser comme preuve, ce sont les renseignements qu'ils n'auraient pu découvrir autrement» (p. 562 (je souligne)). En conséquence, il n'y a pas d'incompatibilité entre la méthode souple proposée dans *Thomson Newspapers*, et l'idée que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée entraînera généralement l'exclusion de cette preuve. Je ne tenterai pas d'imaginer aujourd'hui les circonstances dans lesquelles il se pourrait que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée ne soit pas accordée. J'examinerai en d'autres temps si cela est possible et dans quelles circonstances.

Je devrais ajouter que, contrairement au point de vue de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, tout ce que j'ai dit, dans les présents motifs, concerne

and should not be taken as putting in jeopardy schemes relating to other forms of compulsion such as breathalysers, fingerprinting, blood sampling and other similar schemes. Those arrangements are not before us and, in my view, raise other issues that are different from those involved in testimonial compulsion, which I need not address.

Finally, the burden of proof must be considered. In this regard, I see no reason to depart from the general *Charter* rule pursuant to which the party claiming a *Charter* breach must prove that breach on a balance of probabilities. Thus, it should fall to the accused to demonstrate that proposed evidence is derivative evidence deserving of the limited immunity protection I have described. In some circumstances, the disclosure of the Crown's case may help the accused to realize that evidence was obtained independently, or it may seem obvious that derivative evidence could have been obtained by the Crown in any event: see *Stinchcombe*, *supra*.

When this is not true, however, the accused can raise the issue with the trial judge by demonstrating a plausible connection between the proposed evidence and prior testimony. The role of the *voir dire* cannot be avoided. In respect of this burden on the accused, however, it must be recognized that the accused can do little more than point to the plausible connection. As a practical matter, the burden is likely to be borne by the Crown, since it is the Crown which can be expected to know how evidence was, or could have been, obtained. In this regard, the following statement from Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 397, regarding the burden under s. 24(2) is apposite:

[T]he 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

la contrainte à témoigner et ne devrait pas être interprété comme compromettant les régimes applicables à d'autres formes de contrainte comme les alcootests, la prise des empreintes digitales, le prélèvement d'échantillons sanguins, et d'autres régimes semblables. Ces mesures, dont nous ne sommes pas saisis, soulèvent, à mon avis, d'autres questions qui sont différentes de celles que pose la contrainte à témoigner, et que je n'ai pas à aborder.

202
Finalement, il faut examiner le fardeau de la preuve. À cet égard, je ne vois aucune raison de déroger à la règle générale de la *Charte* selon laquelle la partie qui allègue une violation de la *Charte* doit prouver l'existence de cette violation selon la prépondérance des probabilités. Ainsi, il devrait appartenir à l'accusé d'établir que la preuve que l'on se propose de présenter constitue une preuve dérivée à laquelle mérite de s'appliquer l'immunité restreinte que j'ai décrite. Dans certaines circonstances, la divulgation de la preuve à charge peut aider l'accusé à se rendre compte que cette preuve a été obtenue de façon indépendante, ou il peut sembler évident que le ministère public aurait pu, de toute façon obtenir des éléments de preuve dérivée: voir l'arrêt *Stinchcombe*, précité.

203
Cependant, lorsque ce n'est pas le cas, l'accusé peut soulever la question devant le juge du procès en démontrant l'existence plausible d'un lien entre la preuve proposée et un témoignage antérieur. Le rôle du *voir-dire* ne peut être esquivé. Toutefois, il faut reconnaître, en ce qui concerne ce fardeau qui incombe à l'accusé, que celui-ci ne peut guère faire plus qu'indiquer l'existence de ce lien. En pratique, ce fardeau risque d'être assumé par le ministère public puisqu'on peut s'attendre à ce que ce soit lui qui sache comment les éléments de preuve ont été ou auraient pu être obtenus. À ce sujet, l'énoncé suivant de Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, est pertinent quant au fardeau en vertu du par. 24(2) (à la p. 397):

[TRADUCTION] [L]e véritable fardeau 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

that is functionally responsible for the maintenance of the administration of justice.

This statement was recently approved in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at p. 210 (*per* Lamer C.J.). The course of an investigation, and the factors which influence it, are matters which are likely to be within the peculiar knowledge of the Crown.

(e) *Conclusion*

204

I conclude, then, that the witness J.P.M. was properly compellable in this case. In the context of R.J.S.'s criminal trial, J.P.M. cannot properly claim any protection as broad as a right to silence or a privilege against self-incrimination. His testimony is compellable under the general rule applicable to all witnesses, and the principle against self-incrimination is satisfied if he is accorded sufficient immunity protection. Sufficient immunity protection is not the same as absolute derivative-use immunity. Rather, the principle is satisfied if J.P.M. receives the simple-use immunity provided by s. 13 of the *Charter*, together with a residual derivative-use immunity in respect of evidence which could not have been obtained but for his compelled testimony. This residual immunity will be given recognition by the trial judge through the exercise of a discretion, but exclusion will be the likely result because the self-incrimination principle demands the preservation of trial fairness.

D. *The Appeal to this Court*

205

The Crown argued that R.J.S. had no right of appeal to this Court because his appeal caused to him to assert rights and privileges personal to the non-party witness J.P.M. The Crown founded its argument entirely in the following passages from the Law Reform Commission of Canada, *Report on Evidence* (1975), at pp. 29 and 78):

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.

Cet énoncé a récemment été approuvé dans l'arrêt *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, à la p. 210 (le juge en chef Lamer). Le déroulement d'une enquête et les facteurs qui l'influencent sont des questions dont le ministère public devrait avoir une connaissance particulière.

e) *Conclusion*

Je conclus alors que le témoin J.P.M. était régulièrement contraignable en l'espèce. Dans le contexte du procès criminel de R.J.S., J.P.M. ne peut revendiquer à juste titre une protection aussi générale que le droit de garder le silence ou le privilège de ne pas s'incriminer. Il peut être contraint de témoigner en vertu de la règle générale applicable à tous les témoins, et le principe interdisant l'auto-incrimination est respecté si on lui accorde une immunité suffisante. Une immunité suffisante n'est pas la même chose qu'une immunité absolue contre l'utilisation de la preuve dérivée. Au contraire, le principe est respecté si J.P.M. bénéficie d'une immunité contre l'utilisation de la preuve visée à l'art. 13 de la *Charte*, ainsi que d'une immunité résiduelle contre l'utilisation de la preuve dérivée relativement à la preuve qui n'aurait pu être obtenue sans son témoignage forcé. Le juge du procès reconnaîtra cette immunité résiduelle par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, mais il y aura probablement exclusion du fait que le principe interdisant l'auto-incrimination exige la préservation de l'équité du procès.

D. *Le pourvoi devant notre Cour*

Le ministère public a soutenu que R.J.S. n'avait pas le droit de se pourvoir devant notre Cour parce que ce pourvoi le forçait à invoquer des droits et privilèges propres à un tiers, le témoin J.P.M. Le ministère public a fondé entièrement son argument sur les extraits suivants du *Rapport sur la preuve* (1975) de la Commission de réforme du droit du Canada, (aux pp. 33 et 89):

37. Only the holder of a privilege may, on appeal, allege error on a ruling disallowing a claim of privilege.

Section 37: Privileges, in the main, protect personal rights of the holder. Therefore, an appeal on the grounds of an alleged erroneous denial of a privilege can only be taken if the party appealing is the holder of the privilege. An infringement of someone else's right should not be the basis of a party's appeal.

This is not a new argument. Wigmore recognized the personal character of privileges and indicated that if a privilege is not claimed by a witness, there can be no cause for complaint by the parties.

But when a privilege has been claimed and the court has ruled improperly, a different situation obtains. Wigmore indicated the need to distinguish two categories of cases: first, those in which the claim was improperly rejected, such that no party should have a cause for complaint because the error "has not introduced material which in any way renders less trustworthy the finding of the verdict" (*supra*, §2196, at p. 112); second, those in which the privilege has been wrongly affirmed, in which "the party who desired the testimony has obviously lost evidence which by hypothesis is relevant and might have assisted the establishment of the truth of his cause" (p. 113).

Assuming that this is the state of the law, and that is an issue which does not confront me, the Crown's argument confuses two propositions. Even if it is true that the accused should not be able to appeal a claim of privilege rejected at trial, it does not follow that the accused should not, on appeal, be permitted to argue in support of a privilege which was affirmed. By extension, the

37. Seul le détenteur d'un droit au secret peut, en appel, invoquer l'erreur d'une décision refusant de lui reconnaître ce droit.

Article 37: En gros, on peut dire que le droit au secret protège des droits qui appartiennent en propre à son détenteur.

Voilà pourquoi ce dernier doit être le seul à pouvoir invoquer en appel l'erreur d'une décision refusant de la lui reconnaître. Une partie au litige ne devrait pas être admise à en appeler de la violation du droit au secret appartenant à un tiers.

Cet argument n'est pas nouveau. Wigmore a reconnu la nature personnelle des privilèges et indiqué que les parties n'ont aucun motif de se plaindre si un témoin ne revendique pas un privilège.

Cependant, lorsqu'un privilège a été revendiqué et que la cour a statué de façon erronée, la situation est différente. Wigmore a indiqué qu'il est nécessaire d'établir une distinction entre deux catégories de décisions: premièrement, celles dans lesquelles la demande de privilège a été rejetée à tort, mais où les parties ne devraient avoir aucun motif de se plaindre parce que l'erreur en question [TRADUCTION] «n'a pas donné lieu à la présentation d'éléments qui rendraient moins digne de foi le verdict rendu» (*op. cit.*, §2196, à la p. 112); deuxièmement, celles dans lesquelles le privilège a été confirmé à tort et où [TRADUCTION] «la partie qui voulait le témoignage a, de toute évidence, perdu des éléments de preuve qui, par hypothèse, sont pertinents et auraient pu l'aider à établir la véracité de sa preuve» (p. 113).

À supposer que ce soit là l'état du droit et qu'il s'agisse d'une question à laquelle je n'ai pas à répondre, j'estime que l'argument du ministère public confond deux propositions. Même s'il était vrai que l'accusé ne devrait pas pouvoir en appeler du rejet d'une demande de privilège au procès, il ne s'ensuit pas qu'il ne devrait pas, en appel, être autorisé à présenter des arguments à l'appui d'un

Crown's argument would have the accused stand mute in the Court of Appeal, and not argue in support of an acquittal. The Crown raised the question of law associated with J.P.M.'s rights and privileges on appeal below, and it would ill comport with our system of law to suppose that R.J.S. had no right to respond. An appeal to this Court is simply an extension of R.J.S.'s response. Once the appeal process has begun, I see no reason to regard the absence of the witness whose privilege is at issue as an obstacle for the accused when it is not an obstacle for the Crown.

208 It follows that R.J.S. could properly raise a question of law based upon the compellability of J.P.M. as a witness, that question having been raised initially by the Crown before the Court of Appeal. Accordingly, this Court had jurisdiction to consider this appeal.

E. *The New-Trial Order*

209 As an alternative position, the appellant argued that the Court of Appeal erred by ordering a new trial. That order was made pursuant to s. 686(4)(b)(i) of the *Criminal Code*. It is well established that to obtain an order for a new trial after a successful appeal against acquittal, the Crown must "satisfy the Court that the verdict would not necessarily have been the same if the trial judge had properly directed the jury": *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, at p. 292. In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 374, Sopinka J. stated that "the onus is a heavy one and . . . the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty".

210 The appellant's only argument is that, notwithstanding the trial judge's rejection of J.P.M.'s testimony, an acquittal would necessarily have resulted at trial because the Crown could not prove continuity in respect of the physical evidence. Whether or not the Crown's case could prove continuity, however (and I make no comment on that

privilege qui a été confirmé. Par extension, l'argument du ministère public ferait en sorte que l'accusé garderait le silence en cour d'appel et ne présenterait pas d'arguments en faveur de son acquittement. Le ministère public a soulevé la question de droit associée aux droits et privilèges de J.P.M. en cour d'appel, et il serait contraire à notre système juridique de supposer que R.J.S. n'avait pas le droit de répondre. Le pourvoi devant notre Cour n'est qu'une simple extension de la réponse de R.J.S. Une fois le processus de l'appel commencé, je ne vois aucun motif de considérer que l'absence du témoin dont le privilège est en cause constitue un obstacle pour l'accusé, alors que ce n'en est pas un pour le ministère public.

Il s'ensuit que R.J.S. pouvait légitimement soulever une question de droit fondée sur la contraignabilité de J.P.M. comme témoin, puisque cette question avait été initialement soulevée par le ministère public devant la Cour d'appel. Notre Cour avait donc compétence pour entendre le présent pourvoi.

E. *L'ordonnance de nouveau procès*

L'appelant a soutenu subsidiairement que la Cour d'appel a commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès, conformément au sous-al. 686(4)(b)(i) du *Code criminel*. Il est bien établi que, pour obtenir une ordonnance de nouveau procès à la suite d'un appel fructueux contre un acquittement, le ministère public doit «convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le juge du procès avait correctement donné ses directives au jury»: *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, à la p. 292. Dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 374, le juge Sopinka affirme que «cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude».

L'appelant fait seulement valoir que, nonobstant le rejet du témoignage de J.P.M. par le juge du procès, il y aurait nécessairement eu acquittement au procès, parce que le ministère public ne pouvait établir la continuité de la preuve à l'égard de la preuve matérielle. Cependant, peu importe que la preuve du ministère public ait été ou non suscepi-

issue), the new-trial order was appropriate. By adducing evidence from the business owner, Chung, the Crown offered evidence that “the goods were stolen and . . . that a break-in occurred”: *R. v. Kowlyk*, [1988] 2 S.C.R. 59, at p. 70. It is apparent that the Crown planned to link R.J.S. to this alleged offence by demonstrating that R.J.S. was in possession of certain property, and by asking the trier of fact to consider that “the unexplained recent possession of stolen goods, standing alone, will also warrant an inference of guilt of breaking and entering and theft”: *Kowlyk*, at p. 72. Detective Constable Carter testified for this purpose. In so far as the property officer was not called, however, it is possible to argue that the Crown faced a continuity problem.

The Crown did not concede a continuity problem, however. Crown counsel only made a general concession to the effect that its case did not meet the criminal standard of proof. Since there is to be a new trial, it would be inappropriate for me to comment further on the continuity issue. Suffice it to say that, irrespective of the Crown’s effort to link R.J.S. to the alleged offence by focusing on his alleged possession of certain property, the Crown had also planned to link R.J.S. to the alleged offence by offering the eyewitness evidence of J.P.M. The Court of Appeal was correct to order a new trial in these circumstances, since it cannot be said that the verdict would necessarily have been the same if J.P.M. had testified.

VI. Disposition

I would answer the constitutional questions stated on July 19, 1993 in the following way:

1. [Does] s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, infringe[] s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

ble d’établir la continuité (et je ne fais aucun commentaire à ce sujet), l’ordonnance de nouveau procès était appropriée. En faisant témoigner Chung, le propriétaire de l’entreprise, le ministère public a seulement présenté une preuve «que les biens ont été volés et [. . .] qu’il y a eu introduction par effraction»: *R. c. Kowlyk*, [1988] 2 R.C.S. 59, à la p. 70. Il appert que le ministère public projetait de relier R.J.S. à l’infraction alléguée en établissant que R.J.S. était en possession de certains biens, et en demandant au juge des faits de considérer que «la possession inexplicquée des biens récemment volés justifierait également à elle seule une déduction de culpabilité de vol avec effraction»: *Kowlyk*, à la p. 72. Le détective Carter a témoigné à cette fin. Cependant, dans la mesure où l’agent responsable des biens n’a pas été assigné à témoigner, on peut soutenir que le ministère public avait un problème de continuité de la preuve.

Le ministère public n’a toutefois pas reconnu l’existence d’un tel problème. Le substitut du procureur général a seulement admis de façon générale que sa preuve ne satisfaisait pas à la norme de preuve en matière criminelle. Puisqu’il doit y avoir un nouveau procès, il ne conviendrait pas que je commente davantage la question de continuité de la preuve. Il me suffit de dire qu’outre les efforts qu’il a déployés en vue de relier R.J.S. à l’infraction alléguée, en mettant l’accent sur la possession qu’il aurait eu de certains biens, le ministère public projetait également de relier R.J.S. à l’infraction alléguée au moyen de la déposition du témoin oculaire J.P.M. Dans ces circonstances, la Cour d’appel a eu raison d’ordonner la tenue d’un nouveau procès puisque l’on ne peut affirmer que le verdict aurait nécessairement été le même si J.P.M. avait témoigné.

VI. Dispositif

Je suis d’avis de répondre de la façon suivante aux questions constitutionnelles formulées le 19 juillet 1993:

1. L’article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, porte-t-il atteinte à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

211

212

2. If the answer to question 1 is affirmative, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law, and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

213

I would dismiss the appeal.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. —

INDEX

I. Facts

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

III. Parties' Submissions

IV. Analysis

A. *The Common Law*

1. The "Case to Meet" Principle
2. The Confessions Rule
3. The Rule on Admission of Illegally Obtained Evidence
4. Exceptions to Compellability
5. Abuse of Process
6. Summary

B. *The Charter*

1. Section 13
2. Section 7
 - (a) *The Principle of Fundamental Justice Against Self-Incrimination*
 - (i) Rejection of the Principle of "But For" Derivative Immunity

2. Si la réponse est affirmative, s'agit-il d'une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer, conformément à l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ —

TABLE DES MATIÈRES

I. Les faits

II. Les textes constitutionnels et législatifs pertinents

III. Les arguments des parties

IV. Analyse

A. *La common law*

1. Le principe de la «preuve hors de tout doute raisonnable» (*case to meet*)
2. La règle des confessions
3. La règle d'admissibilité d'une preuve obtenue illégalement
4. Exceptions à la contraignabilité
5. L'abus des procédures
6. Résumé

B. *La Charte*

1. L'article 13
2. L'article 7
 - a) *Le principe de justice fondamentale interdisant l'auto-incrimination*
 - (i) Le rejet du principe du «n'eût été» en matière d'immunité contre la preuve dérivée

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> (ii) Practical Implications of Derivative "But For" Immunity (iii) Theoretical Inconsistencies of "But For" Immunity (iv) Further Rationales for Regarding the Principle Against Self-Incrimination as Communicative in Character <p>(b) <i>The Right to Silence</i></p> <ul style="list-style-type: none"> (i) The Threshold at Which the Right to Silence is Triggered (ii) The Rationale for Permitting Compellability Pursuant to a "Valid State Purpose" <p>(c) <i>The Interaction Between Sections 7 and 24(2)</i></p> <p>C. <i>The Principles of Fundamental Justice: Fundamental Unfairness</i></p> <p>D. <i>Problems with Addressing this Issue Solely on the Basis of Non-Compellability</i></p> <p>E. <i>Conclusion</i></p> <p>V. <u>Disposition</u></p> | <ul style="list-style-type: none"> (ii) Conséquences pratiques de l'immunité contre la preuve dérivée fondée sur le critère du «n'eût été» (iii) Les incohérences théoriques de l'immunité selon le critère du «n'eût été» (iv) Autres raisons de considérer le principe interdisant l'auto-incrimination comme étant de nature communicative <p>b) <i>Le droit de garder le silence</i></p> <ul style="list-style-type: none"> (i) Le seuil du droit de garder le silence (ii) La justification de la contraignabilité en raison d'un «objectif valide de l'État» <p>c) <i>L'interaction de l'art. 7 et du par. 24(2)</i></p> <p>C. <i>Les principes de justice fondamentale: l'inéquité fondamentale</i></p> <p>D. <i>Difficultés de traiter le problème en fonction uniquement de la non-contraignabilité</i></p> <p>E. <i>Conclusion</i></p> <p>V. <u>Dispositif</u></p> |
|---|---|

The present appeal raises the question of whether it is inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for a person, here J.P.M., charged separately with an offence, to be compellable as a witness in the criminal trial of another person, here R.J.S., charged with an offence arising from the same set of circumstances. In this regard, the following constitutional questions were stated by this Court:

1. [Does] s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, infringe[] s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law, and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

I have had the advantage of reading the reasons of Iacobucci J. and although I agree with the result

Le présent pourvoi nous invite à déterminer s'il est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qu'une personne, en l'espèce J.P.M., inculpée séparément, soit contrainte de témoigner au procès criminel d'une autre, R.J.S., accusée d'une infraction résultant des mêmes circonstances. À cet égard, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par la Cour:

1. L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse est affirmative, s'agit-il d'une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer, conformément à l'article premier de la *Charte*?

J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Iacobucci et, bien que je souscrive au résultat qu'il

he reaches, I cannot agree with the approach he proposes. I believe his derivative evidence approach to raise serious practical concerns and to characterize incorrectly the nature of the principle against self-incrimination at common law and under the *Charter*. Moreover, since drafting these reasons, I have read the reasons of Sopinka J. With respect, although I believe that we differ in degree rather than in principle, in my view his proposed approach places too much emphasis on determinations at the time the witness is sought to be compelled, and consequently requires courts to speculate unduly on issues which they will generally be in a better position to assess at the time of the witness's own trial. I set out below an approach which I believe to be most consistent with both the common law in Canada and the *Charter* and which in my opinion represents, at the same time, a pragmatic, efficient, and fair compromise between the opposing interests of the compelled witness and the state.

216 The present case requires that we address two somewhat interrelated issues. First, whether and to what extent is compellability limited by the principles of fundamental justice? Second, is s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, which takes away a protection that existed at common law and replaces that protection with other protections, unconstitutional? Both issues must be addressed having regard to the entire legal context in which these questions arise. As such, they must be evaluated having regard to the totality of other common law and constitutional protections afforded a witness who is called to testify at a proceeding that is not his own.

I. Facts

217 The appellant, R.J.S., a young offender, was charged on July 16, 1990 with break, enter and theft of a retail store. Also charged in relation to the same break-in was another young offender, J.P.M. While R.J.S. was more than 15 years old at the time of the offence, his accomplice J.P.M. was

propose, je ne suis pas d'accord avec son approche. J'estime que son analyse fondée sur la preuve dérivée suscite de graves difficultés d'ordre pratique et ne caractérise pas adéquatement la nature du principe interdisant l'auto-incrimination en common law et en vertu de la *Charte*. Par ailleurs, depuis que j'ai rédigé ces motifs, j'ai lu ceux du juge Sopinka. Avec égards, quoique à mon avis notre divergence d'opinion soit plus une question de degré que de principe, j'estime que son approche met une trop grande emphase sur le moment où l'on détermine s'il y a lieu de contraindre le témoin à rendre témoignage et, par conséquent, invite les tribunaux à faire des conjectures indues sur des questions qu'ils seraient généralement mieux en mesure d'apprécier au moment du procès du témoin lui-même. Je propose une approche que je crois plus compatible tant avec la common law canadienne qu'avec la *Charte* et qui, à mon avis, représente en même temps un compromis pragmatique, efficace et équitable entre les intérêts opposés du témoin contraint à témoigner et ceux de l'État.

Le présent pourvoi exige l'examen de deux questions jusqu'à un certain point interreliées. Premièrement, la contraignabilité est-elle limitée par les principes de justice fondamentale et, si tel est le cas, dans quelle mesure? Deuxièmement, l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, qui supprime une protection qui existait en common law et la remplace par d'autres protections, est-il inconstitutionnel? Ces deux questions doivent être traitées en tenant compte de la totalité du contexte juridique dans lequel elles se posent. Comme telles, ces questions doivent être examinées à la lumière de l'ensemble des autres protections accordées par la common law et la Constitution au témoin assigné à témoigner dans une instance à laquelle il n'est pas partie.

I. Les faits

L'appelant, R.J.S., un jeune contrevenant, a été accusé le 16 juillet 1990 d'introduction par effraction et de vol dans un magasin. Un autre jeune contrevenant, J.P.M., a également été inculpé relativement à la même introduction par effraction. R.J.S. était âgé de plus de 15 ans à l'époque de

less than 15 years old at that time. As a result a joint trial was not possible since the charges against R.J.S. were to be heard in Phase Two young offender court while the charges against J.P.M. were to be in Phase One young offender court. J.P.M. was to have been the main Crown witness at the trial of the appellant. After the appellant's arraignment but before his plea, counsel representing the proposed witness J.P.M. brought a motion to quash the subpoena which compelled his client to testify, on the basis that such compulsion would violate J.P.M.'s rights under ss. 11(c), 13 and 7 of the *Charter*. The trial judge granted the motion and quashed the subpoena.

Deprived of the testimony of J.P.M., the Crown called the owner of the stolen property to identify that property. It also called the investigating officer who had received the property from the appellant. At the close of the Crown's case, appellant's counsel argued that failure to call the property officer constituted a break in the continuity of the evidence. In response, Crown counsel asked the trial judge to dismiss the charges against the appellant on the basis that the charges had not been proven beyond a reasonable doubt. The charges against R.J.S. were dismissed on that basis, the charges against the co-accused J.P.M. were subsequently stayed, and the Crown appealed the quashing of J.P.M.'s subpoena. Since the charges against J.P.M. had been stayed, he did not appear at the Court of Appeal and only R.J.S. presented arguments as to the correctness of the trial judge's determination. The Ontario Court of Appeal ruled that the subpoena should not have been quashed and ordered a new trial on the basis that, even if the charges against J.P.M. had not been stayed, he would have been compellable at the separate trial of his co-accused: (1993), 12 O.R. (3d) 774, 61 O.A.C. 395, 80 C.C.C. (3d) 397, 21 C.R. (4th) 47, 14 C.R.R. (2d) 244. The appellant R.J.S. appeals to this Court as of right, pursuant to s. 27(1) of the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, and s. 691(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. As my colleague Iacobucci J. notes, given this Court's recent judgment in *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012, this Court addresses the

l'infraction, mais son complice J.P.M. avait moins de 15 ans. La différence d'âge empêchait la tenue d'un procès conjoint puisque les accusations concernant R.J.S. devaient être jugées devant la Phase deux du tribunal pour adolescents alors que le cas de J.P.M. devait être jugé devant la Phase un. J.P.M. devait être le principal témoin à charge au procès de l'appellant. Cependant, après l'inculpation de R.J.S., mais avant son plaidoyer, le procureur du témoin proposé, J.P.M., déposait une requête en annulation du subpoena visant à contraindre son client à témoigner, invoquant la violation des droits que lui garantissent l'al. 11c) et les art. 13 et 7 de la *Charte*. Le juge du procès a accueilli la requête et annulé le subpoena.

Privé du témoignage de J.P.M., le ministère public a assigné le propriétaire des biens volés pour les identifier. Le ministère public a aussi assigné l'enquêteur auquel l'appellant avait remis les biens. Une fois la preuve de la poursuite close, le procureur de l'appellant a soutenu que l'omission d'assigner l'agent responsable des biens constituait une rupture dans la continuité de la preuve. En réplique, le ministère public a requis le juge du procès de rejeter les accusations contre l'appellant, celles-ci n'ayant pas été prouvées hors de tout doute raisonnable. Les accusations contre R.J.S. furent rejetées pour ce motif; celles portées contre le coaccusé J.P.M. furent par la suite suspendues, et le ministère public interjeta appel de l'annulation du subpoena adressé à J.P.M. En raison de la suspension des accusations portées contre J.P.M., ce dernier n'a pas comparu devant la Cour d'appel et seul R.J.S. a soutenu le bien-fondé de la décision du juge du procès. La Cour d'appel de l'Ontario a décidé que le subpoena n'aurait pas dû être annulé et a ordonné un nouveau procès au motif que, même en l'absence de suspension des accusations portées contre J.P.M., ce dernier aurait été contraignable lors du procès distinct de son coaccusé: (1993), 12 O.R. (3d) 774, 61 O.A.C. 395, 80 C.C.C. (3d) 397, 21 C.R. (4th) 47, 14 C.R.R. (2d) 244. L'appellant R.J.S. porte cette décision en appel de plein droit devant notre Cour en vertu du par. 27(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, et de l'al. 691(2)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Comme le

issues raised in the present appeal on the basis that it grants leave to appeal *nunc pro tunc*. The judgments of the trial judge and of the Court of Appeal are summarized in his reasons.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5

5. (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence.

III. Parties' Submissions

The appellant R.J.S. argues that any individual charged with a criminal offence in separate proceedings has a fundamental right not to answer

souligne mon collègue le juge Iacobucci, compte tenu de la décision récente de notre Cour dans l'affaire *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012, notre Cour examine les questions soulevées dans le présent pourvoi sur la base d'une autorisation d'appel accordée *nunc pro tunc*. Les jugements rendus en première instance et en appel sont résumés dans l'opinion du juge Iacobucci.

II. Les textes constitutionnels et législatifs pertinents

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5

5. (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage.

III. Les arguments des parties

L'appelant R.J.S. soutient qu'il existe un droit fondamental pour toute personne accusée d'une infraction criminelle dans des procédures distinc-

questions about the subject matter of his own criminal liability, even though the answers to these questions cannot, themselves, be used against that person. The right to silence under s. 7 of the *Charter* is broader than the corresponding common law right. The principle against self-incrimination requires that the state not negate a separately tried co-accused's choice to remain mute in the face of state compulsion. Any narrower interpretation of the right to silence will confer upon the state a general power of interrogation since there is no logical distinction between an accused under oath being questioned pursuant to a subpoena at his co-accused's trial and the accused being questioned on arrest or detention at the police station. This argument is supported by the principles of fairness to the accused and the "case to meet" principle.

The respondent Crown and the various interveners all argue that s. 7 of the *Charter* does not mandate an absolute right to silence. Section 5 of the *Canada Evidence Act* strikes an appropriate and constitutionally permissible balance between the competing interests of the community and the witness. The jeopardy caused by evidence that may be derived from the testimony is speculative at the time of the testimony and is more properly addressed when those issues arise in their proper factual setting at the trial of the accused, if and when that evidence is sought to be introduced. Speculation about such future events should not excuse the witness from answering questions at the present proceeding. The longevity, the replication in all provinces and territories, and the general acceptance of s. 5 of the *Canada Evidence Act* strongly suggest that it is not contrary to the principles of fundamental justice.

IV. Analysis

In order to determine whether a co-accused is compellable at the trial of another, it is essential to examine both the common law and the *Charter*. To

tes de refuser de répondre à des questions relatives à sa propre responsabilité criminelle, même si les réponses à ces questions ne peuvent être utilisées contre elle. Le droit au silence, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, est d'une portée plus large que le droit correspondant en common law. Le principe interdisant l'auto-incrimination exige que l'État ne prive pas un coaccusé, jugé séparément, du choix de s'abstenir de répondre face à la contrainte exercée par l'État. Toute interprétation plus restreinte du droit au silence conférerait à l'État un pouvoir général d'interrogation puisqu'il n'existe pas de distinction logique entre un accusé qui, se conformant à un subpoena, est interrogé sous serment au procès de son coaccusé et un accusé interrogé à la suite d'une arrestation ou d'une mise en détention au poste de police. Cet argument s'appuie sur les principes d'équité envers l'accusé ainsi que sur le principe de la «preuve hors de tout doute raisonnable».

Le ministère public intimé et les divers intervenants soutiennent tous que l'art. 7 de la *Charte* ne crée pas un droit absolu au silence. L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* respecte l'équilibre approprié et constitutionnellement valide entre deux intérêts qui s'affrontent, ceux de la collectivité et ceux du témoin. Le danger que présente une preuve qui peut dériver du témoignage n'est que conjecture au moment de ce témoignage et devrait plutôt être considéré lorsque ces questions se posent dans le contexte factuel approprié, au procès de l'accusé, dans le cas et au moment où on cherche à introduire cette preuve. De simples conjectures sur des événements futurs ne devraient pas servir à exempter le témoin de répondre aux questions lors des procédures en cours. La longévité de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ainsi que le fait qu'il ait été repris dans toutes les provinces et les territoires et qu'il soit généralement accepté, laissent fortement entendre que cette disposition n'est pas contraire aux principes de justice fondamentale.

IV. Analyse

Afin de déterminer si un coaccusé est contraignable au procès d'un autre, un examen de la common law et de la *Charte* s'avère essentiel. J'exami-

begin with, I will examine the scope and the nature of the principle against self-incrimination at common law, having regard to the “case to meet” principle and the “confessions rule”, two of its most recognized incarnations. Consideration will then be given to the following additional issues: the former common law rule favouring the admission of illegally obtained evidence; other instances in which courts have found common law exceptions to compellability under exigent circumstances; and the common law doctrine of abuse of process. I will use this analysis to describe a common law basis for elaborating a more satisfactory alternative to the approach proposed by either of my two colleagues. These considerations, and the light they shed on the historical context and purpose of s. 24(2) of the *Charter*, inform my analysis of the nature and scope of the principle against self-incrimination under the *Charter*. I conclude that the right to silence and the principle against self-incrimination within s. 7 of the *Charter*, as well as the common law considerations discussed below, all point to a fundamental, underlying notion of fairness within s. 7 of the *Charter*. Applying this underlying value enables me in the last part of these reasons to elaborate upon the kind of conduct by the Crown that would violate s. 7 of the *Charter* in situations analogous to the present case.

A. *The Common Law*

222 The principle against self-incrimination has been articulated by Professor Wigmore as follows:

[T]he individual is sovereign and . . . proper rules of battle between government and individual require that the individual . . . not be conscripted by his opponent to defeat himself. . . .

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), §2251, at p. 318.)

On my reading of Iacobucci J.’s reasons, he interprets the common law principle against self-incrimination very broadly in light of his examina-

nerai d’abord la portée et la nature du principe de common law interdisant l’auto-incrimination, compte tenu du principe de la «preuve hors de tout doute raisonnable» et de la «règle des confessions», deux de ses manifestations les plus reconnues. Je considérerai ensuite les questions supplémentaires suivantes: l’ancienne règle de common law favorisant l’utilisation d’éléments de preuve obtenus illégalement; d’autres cas dans lesquels des tribunaux ont façonné des exceptions à la contraignabilité dans des situations critiques et la théorie de common law de l’abus des procédures. J’utiliserai cette analyse pour décrire le fondement en common law qui permet d’arriver à une alternative plus satisfaisante que les approches proposées par mes deux collègues. Ces considérations, ainsi que la lumière qu’elles jettent sur le contexte historique et l’objet du par. 24(2) de la *Charte*, enrichissent mon analyse quant à la nature et la portée du principe interdisant l’auto-incrimination en vertu de la *Charte*. Je conclus que le droit de garder le silence et le principe interdisant l’auto-incrimination, sous le régime de l’art. 7 de la *Charte*, ainsi que les considérations de common law dont je traite plus loin, pointent tous vers une notion d’équité fondamentale sous-jacente à l’art. 7 de la *Charte*. L’application de cette valeur sous-jacente me permet, dans la dernière partie de mes motifs, de préciser le genre de conduite de la part du ministère public susceptible de porter atteinte à l’art. 7 de la *Charte* dans des situations analogues à celle qui nous confronte ici.

A. *La common law*

Le professeur Wigmore a formulé le principe interdisant l’auto-incrimination de la façon suivante:

[TRADUCTION] [L]’individu est souverain et [. . .] selon les règles régissant les conflits entre le gouvernement et un particulier, celui-ci [. . .] ne doit pas être obligé par son opposant de causer sa propre défaite . . .

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), §2251, à la p. 318.)

Il m’apparaît, selon ma lecture des motifs du juge Iacobucci, qu’il donne une interprétation très large au principe de common law interdisant l’auto-

tion of the common law and the *Charter*. His approach would appear to be analogous to a definition of the term self-incrimination formulated by Professor Ratushny in *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), at p. 54:

The ordinary meaning of the term "self-incrimination" simply suggests the implicating of oneself in a crime. The manner in which this might be done is not restricted. It could occur through the compulsion of testimony or out-of-court statements. It could also occur through the compulsory production of documents, attendance in identification line-ups, or the provision of samples of blood, urine, hair, fingerprints or handwriting.

In my view, the common law has never required or, in fact, permitted the principle against self-incrimination to be defined so broadly. Rather, the common law has only found self-incrimination to be objectionable *per se* when it takes on a communicative character, i.e. when the state seeks to rely on evidence that has been compelled from the accused and which communicates, or which may be interpreted by a trier of fact as communicating, consciousness of guilt.

1. The "Case to Meet" Principle

The principle of a "case to meet", upon which Iacobucci J. appears to rest his common law and *Charter* interpretation of the principle against self-incrimination, has been defined as the notion that "a person should not be put in jeopardy merely on the basis of suspicion or speculation" and that "the Crown must prove its case before there can be any expectation that [the accused] will respond, whether it be by testifying himself or calling other evidence" (Ratushny, *supra*, at pp. 178-79). Both the "case to meet" principle and its corollary, the general rule that an accused is not compellable at his own trial, illustrate the fundamental common law principle that an accused may be silent at his or her own trial.

incrimination à la lumière de son examen de la common law et de la *Charte*. Sa démarche semble analogue à la définition que donne le professeur Ratushny du terme «auto-incrimination» dans *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), à la p. 54:

[TRADUCTION] Le sens ordinaire de l'expression «auto-incrimination» indique simplement le fait de s'impliquer soi-même dans un crime. Il n'existe pas de restriction quant à la façon de le faire. Cela peut se produire dans un témoignage forcé ou une déclaration extrajudiciaire. Cela peut se produire également par la production forcée de documents, la participation à des séances d'identification ou la fourniture d'échantillons de sang, d'urine, de cheveux ou d'empreintes ou de spécimens d'écriture.

À mon avis, la common law n'a jamais exigé ni en fait permis qu'on définisse en termes aussi larges le principe interdisant l'auto-incrimination. Plutôt, la common law ne trouve inadmissible l'auto-incrimination en soi que lorsqu'elle a un caractère de communication, c'est-à-dire lorsque l'État cherche à prendre appui sur une preuve obtenue de l'accusé par contrainte et qui «communique», ou peut être interprétée par le juge des faits comme «communiquant», une conscience coupable.

1. Le principe de la «preuve hors de tout doute raisonnable» (*case to meet*)

Le principe de la «preuve hors de tout doute raisonnable», sur laquelle le juge Iacobucci paraît fonder son interprétation du principe interdisant l'auto-incrimination a été défini comme la notion qu'[TRADUCTION] «une personne ne devrait pas être mise en péril simplement sur la foi d'un soupçon ou d'une hypothèse» et que «le ministère public doit présenter une preuve hors de tout doute raisonnable avant de pouvoir s'attendre que [l'accusé] réponde, que ce soit en témoignant ou en présentant d'autres éléments de preuve» (Ratushny, *op. cit.*, aux pp. 178 et 179). Le principe de la «preuve hors de tout doute raisonnable» et son corollaire, la règle générale de non-contrainctibilité d'un accusé à son propre procès, illustrent le principe fondamental de common law selon lequel un accusé a le droit de garder le silence à son propre procès.

224

The “case to meet” principle applies only to the trial and not to pre-trial contexts. As McLachlin J. observed in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 174-75, however, it may be difficult to justify prohibiting elements of state compulsion on the individual at trial while not providing similar protections to someone who is subject to state compulsion pre-trial:

The protection conferred by a legal system which grants the accused immunity from incriminating himself at trial but offers no protection with respect to pre-trial statements would be illusory.

The philosophic and practical relationship between the privilege against self-incrimination and the right of the suspect to silence prior to trial suggests that the same right of choice should prevail at the earlier phase of the criminal process.

Nonetheless, the common law never extended the actual “case to meet” principle to the pre-trial context. This is not, of course, to say that no pre-trial protections against self-incrimination exist at common law. They do, and *Hebert* clearly manifests some of them. Careful examination reveals, however, that these self-incriminatory protections are simply not as broad as my colleague Iacobucci J. suggests.

225

His approach to the principle against self-incrimination is virtually identical to Professor Ratushny’s theory of “absence of pre-trial obligation”. According to this theory, the state must not under any circumstances compel an individual to assist in his own investigation, even where that individual has not yet been charged. If the individual co-operates, his participation must be voluntary. An inquiry into the rationale underlying this principle, however, reveals such a characterization of the common law to be too broad.

226

The theory of “absence of pre-trial obligation” mainly derives from judicial reluctance to permit

Le principe de la «preuve hors de tout doute raisonnable» s’applique uniquement à l’étape du procès et non antérieurement. Cependant, comme le juge McLachlin l’a fait remarquer dans l’arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, aux pp. 174 et 175, il pourrait être difficile de justifier d’interdire des éléments de contrainte de l’État à l’égard d’une personne à l’étape du procès sans offrir de mesures de protection similaire à une personne soumise à la contrainte de l’État avant le procès:

La protection accordée par un système juridique qui confère à l’accusé le droit de ne pas s’incriminer au procès mais qui ne lui offre aucune protection à l’égard des déclarations faites antérieurement au procès serait illusoire.

Les rapports philosophiques et pratiques entre le privilège de ne pas s’incriminer et le droit du suspect de garder le silence avant le procès laissent entendre que le même droit de choisir devrait exister au début du processus criminel.

Néanmoins la common law n’est jamais allée jusqu’à étendre le principe de la «preuve hors de tout doute raisonnable» au contexte antérieur au procès. Cela ne signifie pas, bien sûr, qu’il n’existe pas en common law de protections contre l’auto-incrimination avant le procès. Il en existe et *Hebert* clairement en énonce quelques-unes. Un examen attentif révèle, toutefois, que ces protections ne sont tout simplement pas aussi larges que le suggère mon collègue le juge Iacobucci.

Son analyse du principe de l’auto-incrimination est pratiquement identique à la théorie du professeur Ratushny sur [TRADUCTION] «l’absence d’obligation antérieurement au procès». Selon cette théorie, l’État ne doit, en aucune circonstance, forcer une personne à participer à une enquête la concernant, même dans le cas où elle n’a pas encore été inculpée. Si la personne coopère, sa participation doit être volontaire. Un examen de la raison qui sous-tend ce principe révèle, cependant, que cette interprétation de la common law est trop large.

La théorie de «l’absence d’obligation antérieurement au procès» repose principalement sur le fait

negative inferences to be drawn from an individual's refusal to submit to physical tests, blood sample demands, psychological tests, and identification line-ups, to name a few (Ratushny, *supra*, at pp. 183-85). That reluctance, however, interrelates strongly with the presumption of innocence. In the seminal case of *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, Dickson J. (as he then was) commented that, generally, evidence of the refusal of an accused to participate in a line-up would be inadmissible since such evidence might "impinge on the presumption of innocence [and] the jury [might] gain the impression [that] there is a duty on the accused to prove he is innocent" (p. 774). Nonetheless, Dickson J. firmly maintained that coerced participation in a line-up did not *per se* transgress common law notions of self-incrimination. Only two years earlier, in *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574, the majority of this Court had also held that breath and blood sample demands did not offend common law privileges against self-incrimination.

The general common law rule that an accused's co-operation must be voluntary only applies to efforts to adduce evidence that is communicative in character at trial, and not to all cases where an accused was forced to participate in the provision of physical evidence, such as participation in identification line-ups. In other words, the real concerns underlying the theory of "absence of pre-trial obligation" are that a trier of fact might draw adverse inferences from an accused's refusal to cooperate with the state's investigation, be that by way of identification line-up, breath sample, or anything else. In such instances, the individual's conduct could be perceived by a trier of fact as communication against himself, i.e. communication of a guilty conscience. That conduct would not only be incriminating; it would be self-incriminating.

que les tribunaux hésitent à permettre que des conclusions défavorables soient tirées du refus d'une personne de se soumettre à divers tests physiques, tels les prélèvements de sang, les tests psychologiques ou la participation à une séance d'identification, pour n'en nommer que quelques-uns (Ratushny, *op. cit.*, aux pp. 183 à 185). Cette hésitation est cependant très fortement liée à la présomption d'innocence. Dans l'arrêt qui fait autorité *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) fait remarquer que, généralement, la preuve du refus d'un accusé de participer à une séance d'identification sera inadmissible puisque cette preuve «peut influencer sur la présomption d'innocence, le jury pouvant avoir l'impression que le prévenu a l'obligation de prouver son innocence» (p. 774). Néanmoins, le juge Dickson a fermement maintenu qu'une participation forcée à une séance d'identification n'allait pas en soi à l'encontre du principe de common law interdisant l'auto-incrimination. Deux années auparavant, dans l'arrêt *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574, notre Cour à la majorité avait aussi statué que des demandes d'échantillons d'haleine et de sang n'allaient pas à l'encontre du privilège de ne pas s'incriminer, reconnu en common law.

La règle générale de common law selon laquelle la coopération d'un accusé doit être volontaire s'applique seulement aux efforts visant à obtenir une preuve de nature communicatrice au procès, et non à tous les cas où un accusé est forcé de participer à la constitution d'une preuve matérielle, en participant par exemple à une séance d'identification. Autrement dit, les préoccupations qui seraient réellement à la base de la théorie de «l'absence d'obligation antérieurement au procès» tiennent à la crainte qu'un juge des faits puisse tirer des inférences défavorables du refus d'un accusé de participer à l'enquête de l'État, qu'il s'agisse de séances d'identification, d'échantillons d'haleine ou d'autre chose. Dans ces cas, la conduite de la personne pourrait être perçue par le juge des faits comme une communication contre elle-même, c'est-à-dire la communication d'une conscience coupable. Cette conduite serait non seulement incriminante, elle serait auto-incriminante.

228

The differing treatment at common law between self-incrimination that is communicative in character and self-incriminatory effects is highly significant. Professor Paciocco appears to make a similar, though not identical, point in *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), at pp. 582-83:

Among the factors that doubtlessly influenced Ratushny's thesis that there is no functional principle of justice related specifically to self-incrimination was the perceived trend of incursions into the historical protections related to self-incrimination. Ratushny's analysis was designed to be general. In it, he did not draw a firm or complete distinction between testimonial and non-testimonial self-incrimination. Accordingly, denials that a functional privilege against self-incrimination applied to the compelled production of physical evidence were counted among challenges to the existence of any functional principle against testimonial self-incrimination. These cases, I suggest, are not incursions into the principle but rather recognitions of the confinement of the operative principle to testimonial self-incrimination. [Emphasis added; italics in original.]

This conclusion is consistent, I might add, with Iacobucci J.'s conclusion, at p. 493, that the common law privilege against self-incrimination, another incarnation of the common law principle against self-incrimination, is also limited by its testimonial character.

229

Section 5 of the *Canada Evidence Act* is consistent with the common law in this respect. For over 100 years, it has immunized an individual who is compelled to testify in one set of proceedings against the use of that testimony to incriminate that individual in other proceedings. Those communications cannot be used to incriminate the individual at his own trial. Moreover, should the individual refuse to testify at the prior proceedings, then the common law principle articulated above would tend to require that evidence of this refusal also not be admissible to the trier of fact because of the self-incriminating character of the adverse inference that might be drawn from that refusal: *Marcoux, supra*. Section 5 of the *Canada Evidence Act* complements rather than contradicts the common

La distinction que fait la common law entre l'auto-incrimination de nature communicatrice et les effets incriminants est très révélatrice. Le professeur Paciocco paraît faire une observation similaire, même si non identique, dans *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), aux pp. 582 et 583:

[TRADUCTION] Au nombre des facteurs qui ont influé sur la thèse de Ratushny qu'il n'existe pas de principe fonctionnel de justice se rapportant spécifiquement à l'auto-incrimination était sans aucun doute la tendance qu'on pouvait déceler à l'ingérence dans les mesures de protection historiques en matière d'auto-incrimination. L'analyse de Ratushny se voulait générale et elle n'établit pas de distinction ferme ou exhaustive entre l'auto-incrimination d'origine testimoniale et celle d'origine non testimoniale. En conséquence, on considérerait que le refus de reconnaître l'existence d'un privilège fonctionnel interdisant l'auto-incrimination applicable à la production forcée d'éléments de preuve matériels constituait un moyen de contester aussi l'existence d'un principe fonctionnel interdisant l'auto-incrimination. Je dirais que la jurisprudence ne vise pas à modifier le principe mais plutôt à reconnaître les limites du principe applicable à l'auto-incrimination d'origine testimoniale. [Je souligne; en italique dans l'original.]

Cette conclusion est compatible avec la conclusion du juge Iacobucci, à la p. 493, selon laquelle le privilège de common law contre l'auto-incrimination, autre manifestation du principe de common law interdisant l'auto-incrimination, est aussi limité par son caractère testimonial.

L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* est compatible avec la common law à cet égard. Pendant plus de 100 ans, la common law a servi à protéger toute personne contrainte de témoigner dans une instance donnée contre l'utilisation, au cours d'une autre instance, de ce témoignage en vue d'incriminer cette même personne. Ces communications ne peuvent pas servir à incriminer cette personne à son propre procès. De plus, si la personne refusait de témoigner au cours de l'instance antérieure, alors, le principe de common law déjà mentionné tendrait à exiger que la preuve de ce refus ne soit pas admissible devant le juge des faits en raison du caractère auto-incriminant de l'inférence défavorable qui pourrait être tirée de ce refus: *Marcoux, précité*. L'article 5 de la *Loi sur la*

law's main extension and application of the "case to meet" principle to the pre-trial context.

2. The Confessions Rule

The "confessions rule" is another important application of the common law principle against self-incrimination. Unlike the "case to meet" principle, it has not been confined to the trial context. Grounded in concerns for reliability and human dignity, the confessions rule evolved to exclude from evidence incriminatory statements made by an accused where his statement was not voluntary. In her comprehensive examination of the confessions rule in *Hebert, supra*, at pp. 165-73, McLachlin J. concluded that the confessions rule is based upon the notion of voluntariness and, more importantly, choice. Only if an individual chooses to co-operate with authorities will the fruits of such co-operation be properly admissible against him or her at trial.

The notions of reliability and choice, however, are very much intertwined. Historically, evidence voluntarily given against oneself was generally considered to be highly reliable. The same could not be said of evidence which was compelled through some act of state coercion. Thus, concerns over individual choice stemmed in part from the overarching concern that innocent persons not be convicted. Under pre-*Charter* common law, lack of voluntariness was not a reason for excluding a statement which was reliable: "[M]ere lack of voluntariness cannot . . . be a reason for excluding a statement as there is no general right to no self-incrimination" (*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 692, *per* Lamer J. (as he then was)). In fact, lack of voluntariness could not, itself, be determinative of a decision to exclude evidence (at p. 693):

If lack of voluntariness . . . were to result automatically in the exclusion of all unwilling statements this would then be, in my opinion, an overextension of the right of an accused to stand mute, and would amount to intro-

preuve au Canada complète au lieu de contredire l'élargissement et l'application en common law du principe de la «preuve hors de tout doute raisonnable» au contexte antérieur au procès.

2. La règle des confessions

La «règle des confessions» est une autre manifestation importante du principe de common law interdisant l'auto-incrimination. À la différence du principe de «la preuve hors de tout doute raisonnable», elle se limite au procès. Fondée sur des préoccupations concernant la fiabilité et la dignité de la personne, cette règle des confessions a évolué de façon à écarter toute déclaration incriminante non volontaire faite par un accusé. Dans son examen exhaustif de la règle des confessions dans *Hebert*, précité, aux pp. 165 à 173, le juge McLachlin conclut que cette règle se fonde sur la notion de caractère volontaire et, ce qui est plus important, la notion de choix. C'est uniquement dans le cas où une personne choisit de coopérer avec les autorités que le résultat de cette coopération sera admissible contre elle au procès.

Les notions de fiabilité et de choix sont, cependant, très intimement liées. Historiquement, la preuve fournie volontairement contre soi-même était généralement considérée très fiable, mais non la preuve résultant d'une forme de coercition exercée par l'État. Ainsi, les préoccupations quant au choix qu'exerçait une personne découlaient en partie d'un souci général de ne pas déclarer coupable une personne innocente. En common law, avant la *Charte*, l'absence de caractère volontaire ne constituait pas une raison d'exclure une déclaration fiable: «la simple absence du caractère volontaire ne peut [. . .] être un motif pour exclure une déclaration puisqu'il n'y a pas de droit général de ne pas s'incriminer» (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 692, le juge Lamer (maintenant Juge en chef)). En fait, l'absence de caractère volontaire ne pouvait en soi être le motif déterminant d'une décision d'exclure une déclaration (à la p. 693):

Si [. . .] l'absence du caractère volontaire devait mener automatiquement à l'exclusion de toutes les déclarations qu'on n'a pas voulu faire, ce serait alors, à mon avis, accroître de façon démesurée le droit d'un accusé de

230

231

ducing indirectly into our system a facet of the general privilege of no self-incrimination we do not have in this country. [Emphasis added.]

Under the Canadian common law, only considerations of the integrity of the justice system might result in the exclusion of otherwise reliable evidence (at pp. 696-97). Again, however, what is important for our purposes is that the self-incriminatory character of the confessions rule was fairly limited in its scope. Although an individual might freely choose to co-operate in his own investigation, the right to silence and the presumption of innocence require that his refusal to co-operate could almost never be held against him at his own trial. As such, the confessions rule protected against the admission of evidence that was communicative in character and that was obtained through compulsion.

3. The Rule on Admission of Illegally Obtained Evidence

232

The most obvious limitation at common law to the principle against self-incrimination was the rule that all relevant evidence, even if obtained illegally, is generally admissible at the trial of an accused. The admission of such evidence appeared to flow from the principle that the criminal law trial is a truth-seeking process and from an emphasis on the reliability of the evidence over all other considerations, including fairness to the accused. This reliability rationale, itself, no doubt partly hinged on an underlying desire for fairness in the criminal process: *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914 (per Sopinka J.). This Court's decision in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, permitted a narrow exception to the admission of illegally obtained evidence where admission of the evidence might operate unfairly procedurally, although subsequent decisions were reluctant to adopt unquestioningly this highly limited discretion. The narrow common law rule in *Wray* has now been overruled and the approach is one of weighing probative value against prejudicial effect, with no inquiry into how far probative value exceeds prejudicial effect: *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, at pp. 531-32

garder le silence, et cela équivaudrait à introduire indirectement dans notre système un aspect du privilège général contre l'auto-incrimination que nous n'avons pas dans ce pays. [Je souligne.]

En vertu de la common law au Canada, seules des considérations touchant l'intégrité du système judiciaire permettaient d'exclure un témoignage par ailleurs fiable (aux pp. 696 et 697). De nouveau, cependant, ce qui importe pour nos fins est que l'aspect auto-incrimination dans la règle des confessions avait une portée assez limitée. Même si une personne pouvait choisir librement de coopérer à l'enquête la concernant, le droit de garder le silence et la présomption d'innocence exigeaient que son refus de coopérer ne puisse presque jamais être retenu contre elle à son propre procès. Comme telle, la règle des confessions était une protection contre l'admission d'une preuve de nature communautaire obtenue par la contrainte.

3. La règle d'admissibilité d'une preuve obtenue illégalement

La limitation la plus évidente en common law au principe interdisant l'auto-incrimination était la règle selon laquelle tous les éléments de preuve pertinents, même obtenus illégalement, étaient généralement admissibles au procès d'un accusé. L'utilisation de ces éléments de preuve paraît découler du principe que le procès criminel est un processus de recherche de la vérité et de l'importance donnée à la fiabilité des éléments de preuve avant toute autre considération, y compris l'équité pour l'accusé. Cette raison qui sous-tendait la fiabilité dépendait sans doute en partie d'un désir sous-jacent de maintenir l'équité des poursuites criminelles (*R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914 (le juge Sopinka)). Dans sa décision *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, notre Cour a permis une exception restreinte à l'admissibilité d'éléments de preuve obtenus illégalement dans le cas où l'utilisation d'une telle preuve pourrait avoir un effet inéquitable sur la procédure, quoique la jurisprudence ultérieure ait hésité à adopter sans réserve ce pouvoir discrétionnaire très restreint. La règle limitée de common law établie par l'arrêt *Wray* a été infirmée depuis et l'approche retenue est la pondé-

(La Forest J. concurring); and *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 610-11.

What is more significant for our purposes, however, is that the hue and cry following *Wray* inspired strong legislative action. This action, however, did not take the form of a statutory broadening of the operative principle against self-incrimination. Rather, successive law reform commissions recommended the implementation of statutory provisions that would permit the exclusion of evidence in circumstances in which its admission would bring the administration of justice into disrepute. See Law Reform Commission of Canada, *Report on Evidence* (1975), at p. 22; Ontario Law Reform Commission, *Report on the Law of Evidence* (1976), at p. 94; MacDonald Royal Commission (Second Report), *Freedom and Security under the Law* (1981), vol. 2, at p. 1045; *contra*: *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence* (1982), at p. 233. Section 24(2) of the *Charter* was therefore very much a procedural relaxation of the near absolute rule of admission of evidence under the common law. It was a remedial rule permitting the exclusion of evidence obtained in violation of one or more substantive rights guaranteed under the *Charter*, where the admission of that evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute. Self-incrimination, *per se*, had nothing to do with this change; considerations of fairness and abuse of state power had everything to do with it. I shall return later to this point.

4. Exceptions to Compellability

Witnesses, including those jointly indicted but separately tried, have generally in Canada been held to be compellable in other proceedings notwithstanding the possibility of self-incrimination: *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135 (N.S.C.A.). From time to time, however, an exception was made in other proceedings. In *Batary v. Attorney General*

ration de la valeur probante et de l'effet préjudiciable, sans examen de la mesure dans laquelle la valeur probante dépasse l'effet préjudiciable: *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, aux pp. 531 et 532 (motifs concourants du juge La Forest), et *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, aux pp. 610 et 611.

Ce qui est encore plus significatif pour les fins du présent pourvoi, c'est la force des mesures législatives qui ont été inspirées par la sensation causée par l'arrêt *Wray*. Ces mesures n'ont pas pris la forme d'un élargissement du principe opérant en matière d'auto-incrimination. Au lieu de cela, diverses commissions de réforme du droit ont recommandé la mise en œuvre de dispositions législatives visant à écarter la preuve dans les circonstances où leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice: Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport sur la preuve* (1975), aux pp. 24 et 25; Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on the Law of Evidence* (1976), à la p. 94; Commission royale MacDonald (Deuxième rapport), *La liberté et la sécurité devant la loi* (1981), vol. 2, à la p. 1105; *contra*: rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, *La preuve au Canada* (1983), à la p. 258. Le paragraphe 24(2) de la *Charte* était donc un assouplissement de la règle quasi-absolue d'admissibilité de la preuve en common law. C'était une règle réparatrice permettant l'exclusion de la preuve obtenue à la suite de la violation d'un ou de plusieurs droits substantiels garantis par la *Charte*, lorsque l'admission de cette preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'auto-incrimination en soi n'a rien eu à voir avec ce changement. Des considérations d'équité et d'abus du pouvoir de l'État en sont à l'origine. Je reviendrai sur ce point plus loin.

4. Exceptions à la contraignabilité

Les témoins, y compris les coaccusés jugés séparément, sont au Canada généralement contraignables dans d'autres poursuites, malgré le risque d'auto-incrimination. Voir, par exemple, *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135 (C.A.N.-É.). À l'occasion, toutefois, une exception a été autorisée dans d'autres procédures. Dans l'arrêt *Batary c. Attor-*

for *Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465, a coroner sought to compel the accused, who had already been charged with murder, to testify as to the circumstances surrounding the suspicious death. Under the circumstances, this Court held that inquest to be *ultra vires* the province. While the Court expressed its approval at p. 473 of the conclusion in *Regan, supra*, that co-accused being tried separately for the same offence are compellable by either the prosecution or the defence at the trial of any of the other co-accused, it nonetheless used the covert tool of *ultra vires* doctrine to further a more fundamental conclusion. In essence, it concluded at p. 476 that the act of suspending the accused's preliminary inquiry in order to permit him to be compelled before the coroner amounted to a colourable attempt to circumvent safeguards which the accused would ordinarily have enjoyed:

It would be a strange inconsistency if the law which carefully protects an accused from being compelled to make any statement at a preliminary inquiry should permit that inquiry to be adjourned in order that the prosecution be permitted to take the accused before a coroner and submit him against his will to examination and cross-examination as to his supposed guilt.

Some argue that *Batary* and *Regan* are irreconcilable. The majority of the Court in *Batary*, as well as the majority of this Court in *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9, and *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152, would appear to disagree. In my opinion, *Batary* and *Regan*, can easily be reconciled on the basis that while *Regan* sets out the general rule of compellability, *Batary* recognizes that there may be certain circumstances in which strict enforcement of this rule would work a fundamental injustice and therefore warrant an exception being made to the general principle of compellability.

ney General for Saskatchewan, [1965] R.C.S. 465, un coroner cherchait à contraindre une personne, déjà accusée de meurtre, à témoigner quant aux circonstances ayant entouré le décès suspect. Dans ces circonstances, notre Cour a statué que l'enquête excédait la compétence de la province. Bien que la Cour ait exprimé son accord avec la conclusion retenue dans l'affaire *Regan*, précitée, à la p. 473, que des coaccusés jugés séparément pour la même infraction peuvent être contraints, par la poursuite ou la défense, à témoigner au procès de l'un ou l'autre des autres coaccusés, elle a cependant eu recours à la doctrine de l'*ultra vires* pour parvenir à une conclusion plus fondamentale. Essentiellement, la Cour a conclu, à la p. 476, que la suspension de l'enquête préliminaire de l'accusé dans le but de permettre de le contraindre à témoigner devant le coroner constituait une tentative déguisée de contourner les garanties dont il aurait normalement bénéficié:

[TRADUCTION] Ce serait une étrange contradiction que la loi écarte avec tant de soin le témoignage obligatoire à l'enquête préliminaire, et qu'elle permette par ailleurs que cette enquête soit ajournée pour que la poursuite puisse amener l'accusé devant un coroner et le soumettre contre sa volonté à un interrogatoire et à un contre-interrogatoire sur sa prétendue culpabilité.

Certains soutiennent que les arrêts *Batary* et *Regan* ne sont pas conciliables. Ils seraient apparemment contredits par la majorité dans *Batary* ainsi que la majorité dans *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9, et *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152. À mon avis, *Batary* et *Regan* se concilient facilement sur la base que, si *Regan* énonce la règle générale de contraignabilité, *Batary* reconnaît qu'il peut exister des circonstances où l'application stricte de cette règle entraînerait une injustice fondamentale justifiant une exception au principe général de la contraignabilité.

Certaines juridictions d'instance ont aussi reconnu que les principes de justice fondamentale requièrent des exceptions à la contraignabilité sous certaines circonstances critiques: *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226 (Ont. H.C.), à la p. 230; *R. v. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407 (Que. C.A.); *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606 (Gen.

235 · Some lower courts have also recognized that the principles of fundamental justice require that an exception be drawn to compellability under certain exigent circumstances: *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226 (Ont. H.C.), at p. 230; *R. v. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407 (Que. C.A.); *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606 (Gen.

Div.), 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. v. Devasagayam*). One interesting approach is that outlined by MacFarlane J.A., writing for the majority of the British Columbia Court of Appeal in *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724. He addressed compellability in the context of a proposed examination for discovery in a civil suit, and referred to the exception as follows (at p. 747):

But neither Canadian law nor the Charter has recognized the right of such a witness not to testify (except in those rare cases where the evidence would be so prejudicial that a stay of the proceedings is justified until criminal proceedings are concluded). [Emphasis added.]

And further (at pp. 748-49):

I agree that if the sole aim and purpose of the proceeding was to obtain evidence to support a charge or to assist the criminal prosecution of the witness, it might be arguable that the witness ought not to be compelled to divulge information which might lead to his conviction. But, in my view, such a result would follow only if the proceedings, in which such evidence was given, were so devoid of any legitimate public purpose, and so deliberately designed to assist the prosecution of the witness that to allow them to continue would constitute an injustice. In such circumstances, the continuance of the proceedings could be said to constitute a violation of the principles of fundamental justice. [Emphasis added.]

In conclusion, the majority noted (at p. 751) that the underlying principle was

... a matter of ensuring a fair trial and of preventing an injustice. It would not be as a result of a general privilege against self-incrimination. . . .

While not specifically adopting any of these positions, I take them to support the basic proposition that the Canadian common law can accommodate non-compellability in certain very exigent circumstances when fundamental considerations of fairness have required it.

(Div. Gén.), 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. c. Devasagayam*). Une approche intéressante est décrite par le juge MacFarlane, au nom de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans *Haywood Securities Inc. c. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724. Il traite de la contraignabilité dans le contexte d'un interrogatoire au préalable proposé dans une poursuite civile, et réfère en ces termes à l'exception (à la p. 747):

[TRADUCTION] Toutefois, ni le droit canadien ni la Charte ne reconnaissent le droit d'un tel témoin de ne pas témoigner (sauf dans les rares cas où le témoignage causerait un tel préjudice qu'une suspension de l'instance est justifiée jusqu'à ce que les procédures criminelles aient pris fin). [Je souligne.]

Puis, aux pp. 748 et 749:

[TRADUCTION] Je suis d'accord que, si les procédures n'avaient pas d'autre objet que de réunir des éléments de preuve à l'appui d'une accusation ou de faciliter l'engagement de poursuites criminelles contre le témoin, on pourrait soutenir que ce témoin ne devrait pas être contraint à révéler des renseignements susceptibles d'entraîner une déclaration de culpabilité contre lui. Toutefois, selon moi, il n'en serait ainsi que si les procédures au cours desquelles ce témoignage a été donné étaient tellement dépourvues de toute fin publique légitime et si délibérément conçues pour faciliter l'engagement de poursuites contre le témoin qu'il serait injuste de permettre qu'elles continuent. Dans de pareilles circonstances, la continuation des procédures pourrait être considérée comme une violation des principes de justice fondamentale. [Je souligne.]

En conclusion, la majorité fait observer (à la p. 751) que le principe sous-jacent:

[TRADUCTION] . . . consiste à assurer un procès équitable et prévenir une injustice. Ce ne serait pas en raison d'un privilège général contre l'auto-incrimination . . .

Sans adopter de façon spécifique aucune de ces conclusions, je considère qu'elles affirment la proposition fondamentale selon laquelle la common law canadienne peut permettre la non-contraignabilité dans des circonstances critiques lorsque des considérations fondamentales d'équité l'exigent.

5. Abuse of Process

237

In *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667, this Court had occasion to address the common law doctrine of abuse of process. On behalf of the majority, I concluded that courts have the discretion to stay proceedings in order to remedy an abuse of the court's process, in those "clearest of cases" where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of decency and fair play, or where the court's process would be misused through abusive or vexatious proceedings:

The prosecution is set aside, not on the merits . . . but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court. The doctrine is one of the safeguards designed to ensure "that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society". . . . It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings. [Cites omitted.]

Most recently, in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616, the majority of this Court elaborated on how this doctrine could act as a means to curb abuses of prosecutorial discretion:

Where there is conspicuous evidence of improper motives or of bad faith or of an act so wrong that it violates the conscience of the community, such that it would genuinely be unfair and indecent to proceed, then, and only then, should courts intervene to prevent an abuse of process which could bring the administration of justice into disrepute.

A demonstrable intention to frustrate the administration of justice or an attempt to circumvent the ordinary rules of criminal law were identified as two factors that could be indicative of such an abuse (at p. 616). Of these, the latter consideration

5. L'abus des procédures

Dans l'arrêt *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la p. 1667, notre Cour a eu l'occasion d'examiner la doctrine de l'abus des procédures en common law. J'ai conclu, au nom de la majorité, que les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'ordonner un arrêt des procédures afin de remédier à un abus du processus judiciaire, dans les «cas les plus manifestes» lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentale qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence dans la société ou lorsqu'il y aurait abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire:

Les poursuites sont suspendues, non à la suite d'une décision sur le fond [. . .], mais parce qu'elles sont à ce point viciées que leur permettre de suivre leur cours compromettrait l'intégrité du tribunal. Cette doctrine est l'une des garanties destinées à assurer «que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société» [. . .] C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures. [Renvois omis.]

Plus récemment, dans *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, à la p. 616, la majorité de notre Cour a expliqué comment cette doctrine pourrait servir à réduire les abus du pouvoir discrétionnaire de la poursuite:

Si la preuve démontre clairement l'existence de motifs illégitimes, de mauvaise foi ou d'un acte si fautif qu'il viole la conscience de la collectivité à un point tel qu'il serait vraiment injuste et indécent de continuer, alors, et alors seulement, les tribunaux devraient intervenir pour empêcher un abus de procédure susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Une intention manifeste de faire obstruction à l'administration de la justice ou une tentative de contourner les règles ordinaires du droit criminel ont été identifiées comme deux facteurs de nature à indiquer ce genre d'abus (à la p. 616). Le

is most apposite to the present situation — a matter to which I will return below.

6. Summary

I disagree with Iacobucci J. as to the breadth of the common law principle against self-incrimination. Common law protections focus specifically on situations in which the state seeks to rely on compelled communications — i.e. words, or actions that may be communicative in character — as a means of proving the accused's guilt. The principle is not so broad as to contemplate all self-incriminatory effects. My colleague's broad vision of the principle against self-incrimination would be utterly inconsistent with many state actions, such as compulsion to submit to a breath sample, fingerprinting, participation in identification line-ups, or compulsion to produce documents, all of which implicate the individual in his own prosecution: see, e.g., *Marcoux, supra*, and *Hogan, supra*. There is therefore no rule or principle at common law that prohibits use by the state of derivative evidence *per se*. As such, I can find no support for a derivative use immunity principle in the common law. I agree with Sopinka J. that the derivative use immunity approach is an American invention, required to deal with the unique language of their Fifth Amendment. In light of the very different language and historical context of our *Charter*, particularly our s. 24(2), this approach has neither place nor support in Canadian jurisprudence.

Many of the concerns at common law said to be countenanced by the principle against self-incrimination actually relate even more fundamentally to general considerations of fairness, human decency and the integrity of the judicial system. The doctrine of abuse of process has developed as a means to address these concerns directly. The occasional exception to compellability has been recognized to address these concerns indirectly. If exceptions are

deuxième est le plus pertinent au cas qui nous occupe — question sur laquelle je reviendrai plus loin.

6. Résumé

Je ne suis pas d'accord avec le juge Iacobucci en ce qui concerne la portée du principe de common law interdisant l'auto-incrimination. Les protections de common law sont spécifiquement axées sur des situations où l'État cherche à utiliser des communications forcées — c'est-à-dire des paroles ou actes de nature communicatrice — comme moyen de prouver la culpabilité de l'accusé. Le principe n'est pas assez large pour englober tous les effets auto-incriminants. L'interprétation large que mon collègue donne au principe interdisant l'auto-incrimination serait carrément incompatible avec de nombreuses mesures que prend l'État, telles la possibilité de contraindre une personne à fournir un échantillon d'haleine, la prise d'empreintes digitales, la participation à une séance d'identification ou la production de documents qui nécessitent toutes la participation de la personne contre la poursuite dirigée contre elle: voir les arrêts *Marcoux* et *Hogan*, précités. Par conséquent, aucune règle ni principe de common law n'interdit à l'État d'utiliser des éléments de preuve dérivés. Je ne vois ainsi aucun fondement en common law à un principe d'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. Je suis d'accord avec le juge Sopinka pour dire que l'immunité contre la preuve dérivée est une invention des États-Unis dans le but de résoudre le problème unique posé par le Cinquième amendement. Étant donné le libellé et le contexte historique très différents de notre *Charte*, en particulier son par. 24(2), cette approche n'a aucune place ni aucun appui dans la jurisprudence canadienne.

Un grand nombre des préoccupations auxquelles répond la common law par le principe interdisant l'auto-incrimination se rapportent de façon encore plus fondamentale aux considérations générales d'équité, de décence humaine et d'intégrité du système judiciaire. La doctrine de l'abus des procédures a été élaborée pour fournir un moyen de répondre directement à ces préoccupations. Les exceptions occasionnelles à la contraignabilité ont

to be made to the general rule of compellability, then they should develop along the lines of these underlying principles rather than out of an imprecise extension of the common law principle against self-incrimination.

240 I turn now to the impact that the passage of the *Charter* may have had on both the nature and scope of the principle against self-incrimination.

B. *The Charter*

241 I do not find it necessary here to examine ss. 10(b), 11(c) and 11(d) of the *Charter* in any great detail. I agree with Iacobucci J. to the extent that he concludes that these sections are evidence that there exists in our *Charter* a residual principle against self-incrimination under s. 7. This residual protection manifests itself in the form of the "right to silence". A careful examination of ss. 13, 24 and 7 of the *Charter*, however, reveals that the *Charter* has not created a broader fundamental principle against self-incrimination than that which existed previously at common law. Rather, it promotes an underlying value of fundamental fairness which can infuse and inform our approach to problems like those raised in the present case.

1. Section 13

242 The historical context in which s. 13 of the *Charter* was introduced suggests strongly that Parliament did not intend to enhance significantly the protections against self-incrimination available under s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. Section 13 of the *Charter* reads as follows:

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

Section 13 is functionally identical to s. 5(2) except for the fact that s. 13 removes the requirement that a witness assert a claim against self-incrimination in order to benefit from that protection.

été reconnues comme permettant de répondre indirectement à ces préoccupations. S'il faut faire des exceptions à la règle générale de la contraignabilité, ces exceptions devraient être élaborées en fonction de ces principes sous-jacents au lieu de procéder d'un élargissement imprécis du principe de common law interdisant l'auto-incrimination.

J'examinerai maintenant l'incidence que l'adoption de la *Charte* a pu avoir sur la nature et la portée du principe interdisant l'auto-incrimination.

B. *La Charte*

Je n'estime pas utile en l'espèce d'examiner en détail les al. 10b), 11c) et 11d) de la *Charte*. Je suis d'accord avec le juge Iacobucci dans la mesure où il conclut que ces dispositions démontrent qu'il existe dans notre *Charte* un principe résiduel interdisant l'auto-incrimination en vertu de l'art. 7. Cette protection résiduelle se manifeste dans le «droit de garder le silence». Un examen attentif des art. 13, 24 et 7 de la *Charte* démontre que la *Charte* n'a pas créé de principe interdisant l'auto-incrimination de nature plus étendue que celui qui existait auparavant en common law. Elle favorise plutôt une valeur sous-jacente d'équité fondamentale qui peut inspirer notre façon d'aborder des problèmes du genre de ceux que le présent pourvoi soulève.

1. L'article 13

Le contexte historique de l'adoption de l'art. 13 de la *Charte* indique nettement que le Parlement n'avait pas l'intention d'accroître fortement les mesures de protection contre l'auto-incrimination prévues au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'article 13 de la *Charte* se lit:

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

L'article 13 est fonctionnellement identique au par. 5(2), sauf que l'art. 13 élimine la nécessité pour un témoin de demander la protection contre l'auto-incrimination s'il veut en bénéficier.

When the *Charter* and, more specifically, s. 13 came into being, s. 5 of the *Canada Evidence Act* had been in existence, largely unchanged, since 1893 (S.C. 1893, c. 31). Witnesses were compellable notwithstanding the fact that they might incriminate themselves, but given complete testimonial use immunity in subsequent criminal proceedings. Provisions almost identical to s. 5 of the *Canada Evidence Act* exist in every Canadian province and territory. The lack of critical commentary on the principles expressed in s. 5 is telling. If s. 5 were based on fundamentally unjust principles, I would expect a significant body of criticism in the case law, in law reform commission reports, and in academic writings. As Professor Ratushny points out in "Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?" (1973), 19 *McGill L.J.* 1, at p. 64, however, the judicial reaction to s. 5 has historically been muted:

From the very introduction of these legislative restrictions, our courts have tended almost uniformly to accept them without any reservations based upon any general principle against self-incrimination.

In fact, most writing on s. 5 seems to indicate substantial support for the provision, including some observations that it actually provides witnesses with more effective protection than the common law privilege it abrogated: *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence, supra*, at pp. 438-40; Law Reform Commission of Canada, *supra*, at pp. 29-30 and 78-79; report of the Canadian Committee on Corrections, *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (Ouimet Report) (1969), at pp. 67-70; and Law Reform Commission of Canada, Working Paper 17, *Commissions of Inquiry: A New Act* (1977), at p. 36.

Most importantly, if the *Charter's* drafters intended to depart even slightly from the Canadian *status quo* towards the more libertarian American model involving derivative use immunity, one would expect there to have been material changes in the wording or breadth of s. 13 as compared to

Lors de l'entrée en vigueur de la *Charte*, et plus spécifiquement de son art. 13, l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* existait, essentiellement inchangé, depuis 1893 (S.C. 1893, ch. 31). Les témoins étaient contraignables — même s'ils risquaient de s'incriminer — mais bénéficiaient d'une immunité complète quant à l'utilisation de leur témoignage dans des procédures criminelles subséquentes. Il existait dans chaque province et territoire des dispositions presque identiques à celles de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'absence de critiques sur les principes exprimés dans l'art. 5 est révélatrice. Si l'art. 5 était fondé sur des principes fondamentalement injustes, on se serait attendu à ce qu'il soulève de nombreuses critiques dans la jurisprudence, dans les rapports des commissions de réforme du droit, dans les ouvrages de doctrine et autres. Comme le souligne le professeur Ratushny dans «Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?» (1973), 19 *McGill L.J.* 1, à la p. 64, l'art. 5 n'a jamais suscité beaucoup de réactions de la part des tribunaux:

[TRADUCTION] Dès l'adoption de ces restrictions législatives, nos tribunaux les ont presque uniformément acceptées sans réserve en se fondant sur le principe général interdisant l'auto-incrimination.

En fait, la plupart des commentaires sur l'art. 5 semblent indiquer un fort appui en sa faveur, y compris certaines observations indiquant qu'il fournit aux témoins une protection plus efficace que le privilège de common law qu'il a abrogé: rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, *op. cit.*, aux pp. 488 à 490; Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, aux pp. 33 et 89; rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *Justice pénale et correction: un lien à forger* (Rapport Ouimet) (1969), aux pp. 72 à 75; et Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 17, *Les commissions d'enquête: une nouvelle loi* (1977), à la p. 38.

Fait plus important encore, si les rédacteurs de la *Charte* avaient eu l'intention de s'écarter même légèrement du *status quo* canadien en faveur du modèle américain plus libéral qui offre une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, on se serait attendu à ce qu'il y ait des différences

s. 5 of the *Canada Evidence Act*, or allusion to such ends in earlier drafts. None, however, are to be found. As Iacobucci J. himself observes, it seems unlikely to expect the drafters of the *Charter* to have left such an important change to the indefinite realm of the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. While I agree that interpretation of the *Charter* must not be frozen in time as a result of over-emphasis of framers' intent at the time of its passing (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486), I cannot disregard such a clear indication of intent given the comparably brief period of time that has elapsed since the *Charter* became part of our Constitution: *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, at pp. 287-88, *per L'Heureux-Dubé J.* I conclude that by the inclusion of s. 13 of the *Charter*, the framers expressed an obvious intent not to broaden significantly the protections against self-incrimination previously existing at common law. With all due respect, I believe that Iacobucci J.'s approach runs fundamentally against that clear intention.

2. Section 7

245

In the case at bar, as with all cases in which a witness is compellable pursuant to statutory authority, the witness faces the possibility of imprisonment if he withholds his testimony. The compulsion to testify subject to possible imprisonment for failure to comply is, itself, a deprivation of liberty which brings the issue of witness compellability within the scope of a s. 7 examination: *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 402. The question is therefore not whether s. 7 applies, but rather how it applies. This Court has recognized that s. 7 includes a residual right to silence: *Hebert, supra*. A s. 7 residual right to silence is therefore capable of applying whenever a witness is compelled. To say that it is capable of applying does not mean, however, that it has crystallized. I elaborate below on the principles underlying when that right to silence will actually be triggered.

notables entre le libellé de l'art. 13 et celui de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ou des allusions à cet effet dans les avant-projets. Ce n'est toutefois pas le cas. Comme mon collègue le juge Iacobucci le fait remarquer, il semble peu probable que les rédacteurs aient laissé un changement si important se rattacher au vague domaine des principes de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Bien que je reconnaisse que l'interprétation de la *Charte* ne doit pas être figée dans le temps, en accordant une trop grande importance à l'intention des rédacteurs lors de l'adoption de la disposition (*Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486), je ne saurais non plus ignorer une indication aussi claire de cette intention, compte tenu de la période relativement brève qui s'est écoulée depuis que notre *Charte* fait partie de notre Constitution: voir mes motifs dans *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, aux pp. 287 et 288. Je conclus donc que les rédacteurs de la *Charte*, en incluant l'art. 13, ont exprimé clairement l'intention de ne pas élargir sensiblement les mesures de protection contre l'auto-incrimination qui existaient auparavant en common law. Avec égards, j'estime que l'analyse faite par le juge Iacobucci contredit fondamentalement cette intention évidente.

2. L'article 7

Ici comme dans tous les cas où un témoin est contraignable en vertu d'un texte législatif, le témoin risque l'emprisonnement s'il refuse de témoigner. Contraindre quelqu'un à témoigner sous peine d'emprisonnement en cas de refus d'obtempérer constitue en soi une atteinte à la liberté qui permet d'assujettir la question de la contraignabilité des témoins à l'art. 7 (*R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 402). La question n'est donc pas de savoir si l'art. 7 s'applique, mais comment il s'applique. Notre Cour a reconnu que l'art. 7 inclut un droit résiduel au silence: *Hebert*, précité. Un droit résiduel au silence, en vertu de l'art. 7, est donc susceptible d'application dans tous les cas où un témoin est contraint de témoigner. Dire qu'il est susceptible d'application ne signifie pas, toutefois, qu'il se soit matérialisé. Je discuterai maintenant des principes permettant de déterminer à quel moment est déclenché le droit de garder le silence.

(a) *The Principle of Fundamental Justice Against Self-Incrimination*

The seminal pronouncement on the contents of s. 7 remains that of Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503:

[Sections] 8 to 14 provide an invaluable key to the meaning of "principles of fundamental justice". Many have been developed over time as presumptions of the common law, others have found expression in the international conventions on human rights. All have been recognized as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in "the dignity and worth of the human person" (preamble to the *Canadian Bill of Rights* . . .) and on the "rule of law" (preamble to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*).

It is this common thread which, in my view, must guide us in determining the scope and content of "principles of fundamental justice".

I believe that the "common thread" against self-incrimination in s. 7 finds full effect through self-incrimination that is communicative in character. I arrive at this conclusion by examining s. 7 in light of our common law past and in light of the history and structure of our *Charter*, in particular the fundamental notions of fairness that underlie it.

While I agree with McLachlin J.'s observations in *Hebert*, *supra*, at p. 163, that a fundamental principle of justice may be broader in scope and more general than the particular common law rules which exemplify it, there is no doubt that the common law plays an important role in discerning the principles fundamental to justice envisioned by s. 7 of our *Charter*. To quote La Forest J. in *Beare*, *supra*, at p. 406:

While the common law is, of course, not determinative in assessing whether a particular practice violates a principle of fundamental justice, it is certainly one of

a) *Le principe de justice fondamentale interdisant l'auto-incrimination*

L'exposé fondamental sur le contenu de l'art. 7 demeure celui du juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503:

[L]es art. 8 à 14 fournissent une indication exceptionnelle quant au sens de l'expression «principes de justice fondamentale». Plusieurs ont émergé, avec le temps, à titre de présomptions de *common law*, d'autres sont exprimés dans les conventions internationales sur les droits de la personne. Tous ont été reconnus comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en «la dignité et la valeur de la personne humaine» (préambule de la *Déclaration canadienne des droits* [. . .]) et en «la primauté du droit» (préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*).

C'est là le lien qui, à mon avis, doit nous guider dans la délimitation de la portée et du contenu de l'expression «principes de justice fondamentale».

J'estime que le «lien» en matière d'auto-incrimination à l'art. 7, a tout son effet dans l'application du principe interdisant l'auto-incrimination de nature communicatrice. Cette conclusion s'appuie sur l'examen de l'art. 7 à la lumière de notre passé de common law, de l'historique et de l'économie de notre *Charte* et, en particulier, des notions fondamentales d'équité qui le sous-tendent.

Bien que je souscrive aux observations du juge McLachlin dans *Hebert*, précité, à la p. 163, qu'un principe de justice fondamentale peut être de portée plus large et plus générale que les règles particulières de common law qui en sont des exemples d'application, il n'y a pas de doute que la common law joue un rôle important dans la détermination des principes fondamentaux de justice visés par l'art. 7 de notre *Charte*. À cet égard, je me rapporte aux propos du juge La Forest dans *Beare*, précité, à la p. 406:

Bien que la *common law* ne soit pas concluante pour déterminer si une pratique donnée viole un principe de justice fondamentale, elle est certainement l'une des

the major repositories of the basic tenets of our legal system referred to in *Re B.C. Motor Vehicle Act* . . .

Although in dissent, but not on this point, Gonthier J. in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, adds valuable insight to this general proposition, at pp. 928-29:

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.

In light of my earlier examination of the common law principle against self-incrimination, I am sceptical, like my colleague Sopinka J., that this principle has been radically redefined by the advent of the *Charter*. The *Charter* embodies those principles which Canadians consider fundamental to our system of justice. Though it recognizes rights which are applications of these principles, and though its passage may have affected the manner in which those fundamental principles are perceived, the *Charter* did not actually create any brand new principles of fundamental justice. Principles of "fundamental" proportions simply do not spring into being from one day to the next — not even in a document as important as our *Charter*.

sources principales des préceptes fondamentaux de notre système juridique dont parle le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* . . .

Quoique dissident sur un autre point, le juge Gonthier dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, donne un aperçu de cette proposition générale, 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.

Compte tenu de mes remarques quant au principe de common law interdisant l'auto-incrimination, je doute, comme mon collègue le juge Sopinka, que l'adoption de la *Charte* ait radicalement redéfini ce principe. La *Charte* enchâsse tous les principes que les Canadiens considèrent comme fondamentaux dans notre système de justice. Bien que la *Charte* reconnaisse des droits qui constituent des applications de ces principes et que son adoption ait pu modifier la façon dont sont perçus ces principes fondamentaux, la *Charte* n'a pas réellement créé de tout nouveaux principes de justice fondamentale. Des principes de nature «fondamentale» n'apparaissent pas du jour au lendemain — même pas dans un document aussi important que la *Charte*.

248

Defining "self-incrimination" over-inclusively as arising whenever the state obtains evidence which it could not have obtained "but for" the individual's participation would take the notion of self-incrimination far beyond the communicative character that grounds it at common law. I reject in principle the "but for" assessment of self-incrimination. I draw on *Charter* jurisprudence to illustrate the difficulties and the practical implications of such an approach, and find added support for my conclusion in the limiting principles of relevance and undue prejudice.

Donner à l'«auto-incrimination» une définition de portée excessive englobant tous les cas où l'État obtient des éléments de preuve qu'il n'aurait pu obtenir «n'eût été» la participation de l'intéressé, élargirait la notion d'auto-incrimination bien au-delà de la nature communicative qui en est le fondement en common law. Je rejette le principe du «n'eût été» dans l'appréciation de l'auto-incrimination. Je me fonde sur la jurisprudence de la *Charte* pour illustrer les difficultés et les conséquences pratiques d'une telle approche et cette conclusion trouve un appui supplémentaire dans les principes restrictifs de la pertinence et du préjudice indu.

(i) Rejection of the Principle of "But For" Derivative Immunity

The majority of this Court has voiced its displeasure with both the uncertainty and the rigidity of "but for" assessments of causality:

Isolating the events that caused the evidence to be discovered from those that did not is an exercise in sophistry. Events are complex and dynamic. It will never be possible to state with certainty what would have taken place had a *Charter* violation not occurred. Speculation of this sort is not, in my view, an appropriate inquiry for the courts.

A causation requirement also leads to a narrow view of the relationship between a *Charter* violation and the discovery of evidence. Requiring a causal link will tend to distort the analysis of the conduct that led to the discovery of evidence. The inquiry will tend to focus narrowly on the actions most directly responsible for the discovery of evidence rather than on the entire course of events leading to its discovery. This will almost inevitably lead to an intellectual endeavour essentially amounting to "splitting hairs" between conduct that violated the *Charter* and that which did not.

(*R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, *per* Dickson C.J., at p. 1002.)

Dickson C.J. concluded that the pitfalls of "but for" causation could be avoided by examining the entire chain of events and by excluding from s. 24(2) consideration, evidence which was too remote to be obtained in a manner that infringed the *Charter*. Remoteness, he urged, was not subject to hard and fast rules, but rather should be dealt with on a case by case basis (at p. 1006). In *Strachan*, Dickson C.J. was, of course, addressing the question of whether a causal link between a *Charter* violation and the gathering of certain evidence was a precondition to a s. 24(2) analysis. It is very troubling, however, to rely on this same "but for" test, impugned as it was by Dickson C.J., for the even more important purpose of determining whether the admission of certain evidence

(i) Le rejet du principe du «n'eût été» en matière d'immunité contre la preuve dérivée

La majorité de notre Cour a déjà exprimé qu'elle n'était satisfaite ni de l'incertitude ni de la rigidité du critère du «n'eût été» dans l'examen de la causalité.

Distinguer les événements qui ont permis d'obtenir les éléments de preuve de ceux qui ne l'ont pas fait relève du sophisme. Les événements sont complexes et changeants. Il ne sera jamais possible de préciser ce qui serait arrivé s'il n'y avait pas eu de violation de la *Charte*. À mon avis, ce genre de conjectures ne constitue pas une méthode d'examen appropriée pour les tribunaux.

Une exigence de causalité entraîne également une interprétation restrictive du lien qui existe entre une violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve. Le fait d'exiger un lien de causalité aura tendance à fausser l'analyse de la conduite qui a mené à la découverte des éléments de preuve. L'examen aura tendance à porter strictement sur les actes qui ont contribué le plus directement à la découverte des éléments de preuve plutôt que sur l'ensemble des événements qui ont mené à cette découverte. Une telle situation entraînera presque inévitablement un exercice intellectuel équivalent essentiellement à «se couper les cheveux en quatre» pour distinguer la conduite qui était contraire à la *Charte* de celle qui ne l'était pas.

(*R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, le juge en chef Dickson, à la p. 1002.)

Le juge en chef Dickson a conclu que les pièges que pose la causalité fondée sur le principe du «n'eût été» peuvent être évités si on considère toute la suite des événements et si on exclut de l'examen fondé sur le par. 24(2) les éléments de preuve qui sont trop éloignés pour avoir été obtenus dans des conditions qui portent atteinte à la *Charte*. Selon lui, il ne peut y avoir de règle stricte pour déterminer le moment où les éléments de preuve deviennent trop éloignés et ces situations devraient être considérées individuellement (à la p. 1006). Dans *Strachan*, le juge en chef Dickson examinait bien sûr s'il fallait, à titre de condition préalable à une analyse fondée sur le par. 24(2), établir l'existence d'un lien de causalité entre une violation de la *Charte* et la constitution de certains

inferentially violates a principle of fundamental justice.

(ii) Practical Implications of Derivative “But For” Immunity

250 The practical implications of Iacobucci J.’s approach cannot be underestimated. Derivative use immunity based on any test requires that the evidence which is adduced against the party who was compelled be screened. In virtually every case, a *voir dire* examining the entire evidence-gathering process would be required, since the onus will fall on the Crown to justify the admission of the evidence whenever a “plausible connection” has been made out between the proposed evidence and the prior testimony. Much of investigation, however, relies upon hunches, instinct, the following up on anonymous or unsubstantiated tips and, more generally, the style and thoroughness of the investigator. Sometimes, the investigation advances by pure chance. These are very difficult elements for the Crown to prove.

251 The experience of a “trial before a trial”, moreover, has been borne out in the United States and should not be repeated here. I question my colleague Iacobucci J.’s untested belief that the difficulties encountered in applying derivative use immunity in the United States will be appreciably reduced by adopting the “but for” test. I share my colleague Sopinka J.’s concern that the more likely result is that difficulties experienced with derivative use immunity in the United States will be repeated here, leading to interminable admissibility proceedings and resulting in virtual transactional immunity. See R. S. Ghio, “The Iran-Contra Prosecutions and the Failure of Use Immunity” (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 229, and J. A. Murphy, “The Aftermath of the Iran-Contra Trials: The

éléments de preuve. Il est troublant, cependant, de penser que l’on pourrait adopter ce même critère du «n’eût été», attaqué comme il l’a été par le juge en chef Dickson, dans le but encore plus important de déterminer si l’admission de certains éléments de preuve viole, par inférence, un principe de justice fondamentale.

(ii) Conséquences pratiques de l’immunité contre la preuve dérivée fondée sur le critère du «n’eût été»

Les conséquences pratiques de la démarche adoptée par le juge Iacobucci ne peuvent pas être sous-estimées. L’immunité contre la preuve dérivée, fondée sur quelque test que ce soit, exige un filtrage de la preuve introduite contre une partie qui a été contrainte à témoigner. Dans pratiquement tous les cas, il faudra procéder à un *voir-dire* pour examiner l’ensemble du processus de constitution de la preuve, puisque la charge incombe au ministère public de justifier l’utilisation de la preuve dès lors qu’un «lien plausible» est établi entre la preuve proposée et le témoignage antérieur. Cependant, une large part de l’enquête repose sur les intuitions, l’instinct, le suivi de renseignements anonymes ou de faux renseignements et, plus généralement, le style et la méticulosité de l’enquêteur. Parfois les enquêtes avancent grâce au pur hasard. Ce sont là des éléments difficiles à prouver pour le ministère public.

De plus, l’expérience du «procès avant le procès» a été faite aux États-Unis et ne devrait pas être répétée chez nous. Je conteste l’opinion gratuite de mon collègue Iacobucci selon laquelle les difficultés rencontrées dans l’application de l’immunité contre la preuve dérivée aux États-Unis seront grandement réduites par l’adoption du critère du «n’eût été». Je partage l’inquiétude du juge Sopinka qui estime que le résultat probable serait la répétition des difficultés soulevées par l’immunité contre la preuve dérivée aux États-Unis, ce qui entraînerait des procédures interminables sur la question de l’admissibilité et une quasi-immunité à l’égard d’une affaire donnée. Voir R. S. Ghio, «The Iran-Contra Prosecutions and the Failure of Use Immunity» (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 229, et J. A.

Uncertain Status of Derivative Use Immunity” (1992), 51 *Md. L. Rev.* 1011.

The case of *Ruben v. The Queen* (1983), 24 Man. R. (2d) 100 (Q.B.), presents a very real, and very commonplace, example of the intractable difficulties that may follow from Iacobucci J.’s approach. The witness sought an order quashing a subpoena compelling him to testify at a murder trial. He, himself, had been charged as an accessory to the murder and he argued that his testimony could materially lead to the conviction of the accused murderer. Since proving a murder was an essential element of the Crown’s case against him, he argued that by testifying at the murder trial, he would therefore be incriminating himself. In other words, if the murder conviction depended upon the witness’s testimony, evidence of the murderer’s conviction, ordinarily admissible against the witness in subsequent proceedings, would suddenly take on a derivative character. There would be a “plausible connection” between the witness’s testimony and the evidence which the Crown seeks to introduce against him. Iacobucci J.’s “but for” test would require the Crown to prove anew at the witness’s own trial that the murderer would have been convicted without the witness’s testimony, before being able to rely upon the fact of the conviction as evidence of an essential element of the case. The trial judge in *Ruben* recognized the illogic of such an outcome and made the following observations (at p. 106):

At *Ruben*’s own trial, the Crown must still prove the commission of the principal crime to which he is alleged to have been an accessory, together with all of the other ingredients contained in the indictment. In attempting to do that, the Crown cannot compel *Ruben* to testify at his trial, nor can it use any incriminating evidence that *Ruben* may have given in these proceedings in order to satisfy its burden of proof, except of course as specifically provided for in s. 13 of the *Charter*.

It seems that the purpose of the *Charter* in enacting these sections was not only to provide guaranteed rights to persons charged with an offence, but also to provide a means whereby evidence could be made available that otherwise might not be if it were not for this blanket protection. [Emphasis added.]

Murphy, «The Aftermath of the Iran-Contra Trials: The Uncertain Status of Derivative Use Immunity» (1992), 51 *Md. L. Rev.* 1011.

L’affaire *Ruben c. The Queen* (1983), 24 Man. R. (2d) 100 (B.R.), est un exemple réel, et courant, des difficultés insurmontables que pourrait causer l’analyse du juge Iacobucci. Le témoin voulait obtenir une ordonnance annulant un subpoena le contraignant à témoigner dans un procès pour meurtre. Il avait personnellement été accusé comme complice du meurtre et soutenait que son témoignage pourrait mener à la déclaration de culpabilité de l’accusé. Puisque la preuve du meurtre constituait un élément essentiel de l’accusation du ministère public contre lui, il soutenait qu’il allait s’incriminer s’il devait témoigner au procès pour meurtre. Autrement dit, si la déclaration de culpabilité du meurtrier dépendait de la déposition du témoin, la preuve de cette déclaration de culpabilité, qui serait normalement admissible contre le témoin dans une procédure ultérieure, deviendrait soudainement une preuve dérivée. Il y aurait un «lien plausible» entre la déposition du témoin et la preuve que l’État cherche à déposer contre lui. Le critère du «n’eût été» selon le juge Iacobucci exigerait du ministère public de prouver de nouveau au procès du témoin que l’assassin aurait été déclaré coupable sans la déposition du témoin avant de pouvoir utiliser la déclaration de culpabilité comme preuve d’un élément essentiel de l’accusation. Le juge du procès dans *Ruben* a reconnu l’illogisme d’un tel résultat et a fait les observations suivantes (à la p. 106):

[TRADUCTION] Au procès de *Ruben*, le ministère public doit quand même établir la perpétration du crime principal dont *Ruben* serait un complice, ainsi que tous les autres éléments de l’acte d’accusation. Pour faire cette preuve, le ministère public ne peut contraindre *Ruben* à témoigner à son propre procès, ni utiliser des éléments de preuve incriminants que *Ruben* pourrait avoir fournis dans cette procédure, sauf bien entendu dans la mesure prévue par l’art. 13 de la *Charte*.

Il semble que l’objet de la *Charte*, dans ces dispositions, était non seulement de garantir certains droits aux personnes accusées d’une infraction, mais aussi d’offrir un moyen de fournir certains éléments de preuve qui ne pourraient l’être par ailleurs en l’absence de cette protection générale. [Je souligne.]

I applaud this healthy dose of common sense.

J'applaudis cette saine dose de bon sens.

253

Finally, I note that my colleague's derivative immunity approach would also logically appear to apply to civil cases where an accused person has been compelled to testify, since failure by a witness to testify in such a process is equally subject to state sanction by way of possible imprisonment. Although I do not have the benefit of an in-depth examination of this question, I note that there is doubt as to whether the rationale for the common law privilege against self-incrimination would extend to civil proceedings: *A.T. & T. Istel Ltd. v. Tully*, [1992] 3 All E.R. 523 (H.L.). Equally significant, if civil discovery proceedings are capable of materially affecting the Crown's conduct of its case against an accused in the way my colleague suggests, then the Crown may have good reason to seek delay of those civil proceedings until the completion of the accused's trial. It is clearly not desirable to impose upon the Crown the burden of having to apprise itself of, and possibly intervene in, any and all civil proceedings relating to individuals that are under suspicion or active investigation or that have already been charged. I fail to see, however, how this result would not follow as a necessary practical consequence from my colleague's approach.

Enfin, je note que la démarche de mon collègue en matière d'immunité contre la preuve dérivée devrait logiquement s'appliquer aussi aux affaires civiles dans lesquelles un accusé a été contraint de témoigner, puisque le défaut de témoigner dans une telle procédure est également sujet à sanction de l'État par emprisonnement éventuel. Bien que n'ayant pas bénéficié d'une analyse approfondie de cette question, je note qu'il existe des doutes quant à savoir si la justification du privilège de common law contre l'auto-incrimination s'étendrait aux procédures civiles: *A.T. & T. Istel Ltd. c. Tully*, [1992] 3 All E.R. 523 (H.L.). Tout aussi important, si des procédures civiles de communication de la preuve peuvent influencer sur la constitution par le ministère public de sa preuve contre l'accusé — comme le suggère mon collègue — le ministère public pourrait avoir de bonnes raisons de chercher à retarder ces procédures civiles jusqu'à la fin du procès de l'accusé. De toute évidence, il n'est pas souhaitable d'imposer au ministère public la charge de prendre connaissance de toute procédure civile relative à des personnes qui sont l'objet de soupçons, d'une enquête en cours ou d'une inculpation, voire même d'intervenir. Toutefois je ne vois pas comment un tel résultat ne serait pas inévitablement la conséquence pratique de l'approche privilégiée par mon collègue.

(iii) Theoretical Inconsistencies of "But For" Immunity

(iii) Les incohérences théoriques de l'immunité selon le critère du «n'eût été»

254

The majority of this Court has classified breathalyzer evidence as "self-incriminating" for the purposes of s. 24(2), since it could not be obtained "but for" the cooperation of the accused: *Prosper, supra*. If a principle against self-incrimination under s. 7 of the *Charter* were also to be based on the "but for" test, then it must follow that admission of breathalyzer tests would be inconsistent with s. 7. Put differently, an individual who is asked to provide a breathalyzer sample is being coerced by the state to provide potentially incriminating evidence against himself in a context in which his refusal to submit to such a test would render that person liable to possible imprisonment. The state could not obtain that evidence "but for"

Notre Cour à la majorité a qualifié la preuve obtenue par alcootest de preuve «auto-incriminante» aux fins du par. 24(2) parce qu'elle n'aurait pu être obtenue «n'eût été» la coopération de l'accusé: *Prosper*, précité. Si le principe interdisant l'auto-incrimination en vertu de l'art. 7 de la *Charte* était aussi fondé sur le critère du «n'eût été», il s'ensuivrait nécessairement que l'utilisation des alcootests en preuve serait incompatible avec l'art. 7. En d'autres termes, la personne qui fait l'objet d'une demande d'alcootest se trouve contrainte par l'État de fournir des éléments de preuve possiblement incriminants dans un contexte où le refus d'obtempérer serait passible d'emprisonnement. L'État ne pourrait obtenir ces éléments de

the individual's participation. Yet never, to my knowledge, has the constitutionality of demanding a breathalyzer sample on reasonable and probable grounds been successfully challenged on the basis that it violates a principle of fundamental justice against self-incrimination under s. 7 of the *Charter*. Surely the same argument can be made of instances in which an individual is required to furnish to authorities his or her own fingerprints. Yet, where sufficient grounds are made out, the state may, both under the common law and the *Charter*, generally compel an accused to furnish such evidence: *Beare, supra*.

A similar argument can be made with respect to compelled production of documents. In *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, this Court was asked to decide whether the Director of Investigation and Research could compel the production of documents by *subpoena duces tecum*. A majority of the Court concluded that the documents had to be produced. There can be little doubt that documents of the nature disclosed in *Thomson Newspapers* are potentially incriminating against the party being forced to produce them. Authorities may locate other evidence as a result of information contained in these documents or may gain a new appreciation of existing evidence. The fact that the individual has to participate in their production implies that the individual is being compelled by the state to assist in his own investigation. According to the "but for" principle, documents which are so well hidden that they would not have been found "but for" the individual's co-operation are "self-incriminating". Indeed, many state intrusions into an individual's private sphere, be it their body, their breath, or their house, implicitly require the accused's cooperation, subject to penalty for obstruction of justice, "but for" which certain evidence would not come to light.

In summary, when objections are made to the constitutionality of evidence obtained through

preuve «n'eut été» de la participation de la personne. Cependant, à ce que je sache, on n'a jamais réussi à contester la constitutionnalité d'une demande d'échantillon d'haleine fondée sur des motifs raisonnables et probables, en invoquant la violation d'un principe de justice fondamentale interdisant l'auto-incrimination en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. On peut sans doute avancer le même argument dans les cas où une personne est tenue de fournir aux autorités ses empreintes digitales. Cependant, si l'on présente des motifs suffisants, l'État, tant en vertu de la common law que de la *Charte*, peut généralement contraindre un accusé à fournir ces éléments de preuve: *Beare*, précité.

On peut avancer un argument similaire relativement à la production forcée de documents. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, notre Cour devait décider si le Directeur des enquêtes et recherches pouvait forcer la production de documents par *subpoena duces tecum*. La majorité a conclu que les documents devraient être produits. On ne peut douter que les documents de la nature de ceux qui ont été divulgués dans *Thomson Newspapers* pourraient être incriminants contre la partie forcée de les produire. Les autorités pourraient, grâce aux renseignements contenus dans ces documents, trouver d'autres éléments de preuve ou être en mesure de faire une nouvelle appréciation des éléments de preuve existants. Puisque la personne doit participer à la production de ces documents, elle se trouve contrainte par l'État à participer à l'enquête dont elle fait l'objet. Conformément au principe du «n'eût été», sont auto-incriminants des documents si bien cachés qu'ils n'auraient pu être découverts «n'eût été» la coopération de la personne en cause. En fait, de nombreuses ingérences de l'État dans la vie privée d'une personne (son corps, son haleine, sa maison) exigent implicitement, sous peine de sanction en cas d'entrave à la justice, la coopération de l'accusé sans laquelle certains éléments de preuve ne pourraient être découverts.

En résumé, lorsqu'est contestée la constitutionnalité d'éléments de preuve obtenus par des analy-

breathalyzers, fingerprinting, searches, or compelled production of documents, those objections are only recognized under the *Charter* in so far as they address the manner in which that evidence was obtained. Objections to the fact that such evidence may be gathered, and to the fact that the individual was compelled to assist in its production, are not recognized under the *Charter*. With all due respect, I believe that the fact that such evidence exists and is constitutionally permissible is mute yet powerful testimony that the operating principle against self-incrimination is not as broad as my colleague suggests.

(iv) Further Rationales for Regarding the Principle Against Self-Incrimination as Communicative in Character

257 Unlike my colleague, I do not see the operative principle against self-incrimination to be in "dynamic tension" with other fundamental principles of our legal system. I prefer to look for harmony rather than conflict. Additional justification for rejecting "but for" derivative immunity and for recognizing the communicative character of the principle against self-incrimination can be found in the complementary character of the principle of fundamental justice against undue prejudice.

258 The common law has consistently rejected drawing adverse inferences from an individual's refusal to co-operate with the authorities. As I noted earlier, to the extent that an accused's conduct may be perceived by a trier of fact as an implicit admission of a guilty conscience, such inferences are undoubtedly self-incriminatory. Significant prejudice might follow if such evidence were admitted at the accused's trial. This jeopardy can be largely addressed by the principle that courts should exclude evidence if its probative value is outweighed by its prejudicial effect. As Professor Mewett points out, prejudice is a well-established notion in our common law:

Prejudice, in the evidentiary context, means the drawing of an inference adverse to the party against whom it is

ses d'haleine, la prise d'empreintes digitales, des fouilles ou perquisitions, ou encore la production forcée de documents, les objections soulevées ne sont reconnues en vertu de la *Charte* que dans la mesure où elles visent la manière par laquelle la preuve a été obtenue. Des objections au fait que la preuve a été obtenue et au fait que la personne a été contrainte de participer à son obtention ne sont pas reconnues en vertu de la *Charte*. Avec égards, je pense que le fait qu'une telle preuve existe et qu'elle soit permise par la Constitution est une démonstration muette mais puissante que le principe applicable contre l'auto-incrimination n'est pas aussi large que mon collègue le suggère.

(iv) Autres raisons de considérer le principe interdisant l'auto-incrimination comme étant de nature communicatrice

Contrairement au juge Iacobucci, je ne suis pas d'avis que le principe interdisant l'auto-incrimination est «en tension dynamique» avec d'autres principes fondamentaux de notre système de droit. Je préfère rechercher l'harmonie plutôt que le conflit. Une justification additionnelle du rejet de l'immunité contre la preuve dérivée selon le critère du «n'eût été» et de la reconnaissance du caractère communicateur du principe interdisant l'auto-incrimination provient du principe complémentaire de justice fondamentale relatif au préjudice indu.

Notre common law n'a jamais accepté de tirer des conclusions défavorables du refus d'une personne de coopérer avec les autorités. J'ai souligné plus haut que, dans la mesure où le juge des faits peut considérer la conduite de l'accusé comme un aveu implicite d'une conscience coupable, ces conclusions sont indubitablement auto-incriminantes. Un préjudice important peut découler de l'utilisation de ces éléments de preuve au procès de l'accusé. On peut éviter ce danger en appliquant le principe que les tribunaux devraient écarter les éléments de preuve si leur effet préjudiciable l'emporte sur leur valeur probante. Comme le fait remarquer le professeur Mewett, le préjudice est une notion bien établie de notre common law:

[TRADUCTION] Dans le contexte de la preuve, le préjudice signifie que l'on tire une conclusion défavorable à

offered along an impermissible chain of reasoning — not one of logic, common sense and experience, but one of hunch, gut-reaction and lack of logic. It is the reaching of a conclusion for the wrong reason and whether that conclusion is “right” or “wrong” is quite immaterial. It is the *process* that is objectionable. [Emphasis in original.]

(A. W. Mewett, “Prejudicing an Accused” (1992), 34 *Crim. L.Q.* 385, at p. 385.)

Given that this Court has already recognized the fundamental nature of this determination to the fairness of the trial process (*Seaboyer, supra*), I see no need to reach beyond that principle to address the repugnance that our society holds for self-incrimination of this kind. There is certainly no need to reach for a broad principle against non-testimonial self-incrimination of the nature Iacobucci J. adopts.

Moreover, I would note that the mere fact that evidence may be discovered as a result of compelled testimony does not necessarily mean that the Crown can use that evidence at the witness's own trial. The use of subsequently derived evidence is always constrained by relevance. I emphasize that, by virtue of s. 13 of the *Charter*, the Crown cannot rely on statements made by an accused in other proceedings to connect him to incriminating evidence in the accused's own trial. The derivative evidence will therefore only be admitted into evidence if the Crown can establish its relevance without reference to the accused's actual communication. The principle against self-incrimination would further require that the Crown not be entitled to rely on the fact of that communication. As such, the communicative character of that evidence — the inferences that may flow from the fact that the accused pointed police to it — is stripped from that evidence. Thus, any derivative evidence that is, indeed, admitted will be incriminating, but not self-incriminating.

To recapitulate, the “but for” test advocated by Iacobucci J. is potentially over-inclusive as a test for the self-incriminatory nature of evidence. Both

la partie contre laquelle cette preuve est présentée, suivant un raisonnement inacceptable — fondé non pas sur la logique, le bon sens et l'expérience, mais sur l'intuition et l'absence de logique. C'est arriver à une conclusion pour la mauvaise raison; le fait que cette conclusion soit «exacte» ou «fausse» n'est aucunement pertinent. C'est le *processus* qui est choquant. [En italique dans l'original.]

(A. W. Mewett, «Prejudicing an Accused» (1992), 34 *Crim. L.Q.* 385, à la p. 385.)

Puisque notre Cour a déjà reconnu le caractère fondamental de cette détermination pour l'équité du procès (*Seaboyer, précité*), je n'ai pas à aller au-delà de ce principe pour examiner la répugnance que notre société a envers une auto-incrimination de cette nature. Il n'est certainement pas nécessaire de formuler un principe général interdisant l'auto-incrimination non testimoniale de la nature de celui que propose mon collègue le juge Iacobucci.

Je souligne, de plus, que le simple fait que des éléments de preuve puissent être découverts grâce à un témoignage donné sous contrainte ne signifie pas nécessairement que le ministère public puisse utiliser cette preuve au procès du témoin. L'utilisation de la preuve dérivée est toujours assujettie au principe de la pertinence. Je signale qu'en vertu de l'art. 13 de la *Charte*, le ministère public ne peut se fonder sur des déclarations faites par un accusé dans d'autres procédures dans le but d'établir un lien entre la preuve incriminante et l'accusé, à son propre procès. La preuve dérivée ne sera donc admise en preuve que lorsque le ministère public pourra établir sa pertinence sans référence à ce qui a été communiqué par l'accusé. Le principe interdisant l'auto-incrimination exigerait en outre que le ministère public ne soit pas autorisé à s'appuyer sur le fait de cette communication. Le caractère communicateur des éléments de preuve — les inférences qui peuvent être tirées du fait que l'accusé les a lui-même signalés à la police — est, comme tel, éliminé de cette preuve. Ainsi, toute preuve dérivée qui est effectivement utilisée sera incriminante mais ne sera pas auto-incriminante.

Pour récapituler, le critère du «n'eût été» préconisé par le juge Iacobucci risque d'avoir une portée excessive en tant que critère du caractère auto-

the common law and the *Charter* draw a fundamental distinction between incriminating evidence and self-incriminating evidence: the former is evidence which tends to establish the accused's guilt, while the latter is evidence which tends to establish the accused's guilt by his own admission, or based upon his own communication. The s. 7 principle against self-incrimination that is fundamental to justice requires protection against the use of compelled evidence which tends to establish the accused's guilt on the basis of the latter grounds, but not the former.

261 Since evidence may not be admitted at trial on the basis of any compelled act which is communicative in character, the substantive fairness of the trial is not prejudiced by the fact of prior compelled testimony. Any remaining concerns about fairness must therefore relate to the manner by which the derivative evidence was obtained, and are therefore procedural. As is apparent from the dramatic legislative response to the common law rule under *Wray*, such concerns centre on the integrity of our justice system and on fairness to, and the dignity of, the individual. These concerns are addressed by resort to the notions of fundamental fairness which underlie almost all of the values and principles said to flow from our *Charter*, a matter to which I will return when setting out my specific approach below.

(b) *The Right to Silence*

262 In *Hebert, supra*, this Court considered the ambit of a detained accused's right to silence. It concluded that s. 7 of the *Charter* was breached where the police elicited inculpatory statements from the accused by way of an undercover police officer in a neighbouring cell. In *Hebert, McLachlin J.* thoroughly canvassed the legal context of the right to silence and underlined that the basic tenets of our justice system were to be found in the interrelationship of common law rules and by reference to the *Charter* (at p. 180):

incriminant de la preuve. Tant la common law que la *Charte* font une distinction fondamentale entre une preuve incriminante et une preuve auto-incriminante: la première est la preuve qui tend à établir la culpabilité de l'accusé, alors que la deuxième est la preuve qui tend à établir la culpabilité de l'accusé par suite de son propre aveu ou de sa propre déclaration. Le principe interdisant l'auto-incrimination visé à l'art. 7, qui est fondamental pour la justice, nécessite une protection contre l'utilisation de témoignages donnés sous la contrainte qui tendent à établir la culpabilité de l'accusé à partir de la deuxième catégorie et non de la première.

Puisque des éléments de preuve résultant d'un acte fait sous contrainte, de nature communicative, ne peuvent être admis au procès, le fait d'un témoignage antérieur donné sous contrainte n'est pas préjudiciable à l'équité substantielle du procès. Toute préoccupation subsistant quant à l'équité doit donc être reliée à la manière dont la preuve dérivée a été obtenue et est donc d'ordre procédural. Comme l'indique la réaction énergique du législateur à la règle de common law issue de l'arrêt *Wray*, ces préoccupations sont axées sur l'intégrité de notre système de justice ainsi que sur l'équité envers la personne et la dignité de la personne. On répond à ces préoccupations en recourant aux notions d'équité fondamentale qui sous-tendent presque toutes les valeurs et principes censés découler de notre *Charte*, question à laquelle je reviendrai lorsque j'exposerai ma démarche particulière.

b) *Le droit de garder le silence*

Dans l'arrêt *Hebert, précité*, notre Cour a analysé la portée du droit d'un accusé détenu de garder le silence et a conclu que la police avait contrevenu à l'art. 7 de la *Charte* en utilisant un agent de police banalisé placé dans une cellule voisine pour obtenir d'un accusé des déclarations incriminantes. Dans cet arrêt, le juge McLachlin a examiné en profondeur le contexte juridique du droit de garder le silence et a fait ressortir que les préceptes fondamentaux de notre système de justice représentent sur la corrélation entre les règles de common law et sur l'examen de la *Charte* (à la p. 180):

The Charter through s. 7 seeks to impose limits on the power of the state over the detained person. It thus seeks to effect a balance between the interests of the detained individual and those of the state. On the one hand s. 7 seeks to provide to a person involved in the judicial process protection against the unfair use by the state of its superior resources. On the other, it maintains to the state the power to deprive a person of life, liberty or security of person provided that it respects fundamental principles of justice. The balance is critical. Too much emphasis on either of these purposes may bring the administration of justice into disrepute — in the first case because the state has improperly used its superior power against the individual, in the second because the state's legitimate interest in law enforcement has been frustrated without proper justification. [Emphasis added.]

In *Hebert*, this Court recognized that the right to silence, though not absolute, extends in certain circumstances to the pre-trial context. A detained accused has the s. 7 right not to be incited by the state to make inculpatory statements that could later be used against him at trial. This self-incriminatory protection went beyond that existing under s. 11(c) because it extended to the pre-trial context, and differed from the protections under s. 13 in that it did not involve any prior “proceedings”.

The right to silence sought by the appellant in the present case differs in important respects, however, from that recognized by this Court in *Hebert*. In *Hebert*, the state sought evidence from the mouth of the detained accused for the purpose of incriminating that individual by his own statements at his trial. Having found the state's manner of acquiring the testimonial evidence to violate s. 7 of the *Charter*, this Court excluded that evidence under s. 24(2). The circumstances raised by the present appeal, however, are somewhat different in that the state seeks to obtain an individual's testimony for the purposes of advancing the quest for truth in a criminal proceeding against another person. By virtue of s. 5 of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter*, the witness's statements cannot be used to incriminate him or her at trial.

Par l'intermédiaire de l'art. 7, la Charte tente de restreindre le pouvoir de l'État sur la personne détenue. Elle tente donc d'établir un équilibre entre les intérêts de la personne détenue et ceux de l'État. D'une part, l'art. 7 cherche à protéger la personne visée par le processus judiciaire contre l'emploi inéquitable des ressources supérieures de l'État. D'autre part, il conserve à l'État son pouvoir de porter atteinte aux droits d'un individu à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne pourvu qu'il respecte les principes de justice fondamentale. Cet équilibre est crucial. Accorder une trop grande importance à l'un ou l'autre de ces objets est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice — dans le premier cas, parce que l'État a fait un usage irrégulier de son pouvoir supérieur contre l'individu et, dans le second parce que l'intérêt légitime de l'État dans l'application des lois a été contrecarré sans raison valable. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Hebert*, notre Cour a reconnu que le droit de garder le silence, quoique non absolu, s'applique dans certaines circonstances au contexte antérieur au procès. En vertu de l'art. 7, un accusé détenu a le droit de ne pas être forcé de faire des déclarations incriminantes qui pourraient ultérieurement être utilisées contre lui au procès. Cette protection contre l'auto-incrimination est allée au-delà de celle qui existait en vertu de l'al. 11c) parce qu'elle a été étendue au contexte antérieur au procès et différait des mécanismes de protection de l'art. 13 en ce qu'il n'y était pas question de «procédures» antérieures.

Toutefois, le droit de garder le silence que l'appellant fait valoir en l'espèce diffère, sur des aspects importants, de celui que notre Cour a reconnu dans *Hebert*. Dans cet arrêt, l'État cherchait à obtenir de la bouche de l'accusé détenu des éléments de preuve pour que ces déclarations puissent servir à l'incriminer à son procès. Après avoir conclu que l'État avait contrevenu à l'art. 7 de la *Charte* dans la méthode d'obtention de la preuve testimoniale, notre Cour l'a écartée en vertu du par. 24(2). Les circonstances sont bien différentes ici en ce que l'État cherche à obtenir le témoignage d'une personne pour l'aider dans sa recherche de la vérité dans le cadre d'une poursuite criminelle contre une autre personne. En vertu de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et de l'art. 13 de la *Charte*, les déclarations d'un témoin ne peuvent

From the standpoint of the witness's own trial, these provisions therefore already mandate a right to testimonial "silence" which is analogous to that conferred upon the detained accused in *Hebert*.

servir à l'incriminer à son propre procès. En ce qui concerne le procès même du témoin, ces dispositions prévoient déjà un droit de ne pas témoigner qui est analogue au droit qui a été reconnu à l'accusé détenu dans l'arrêt *Hebert*.

264 In *Hebert*, moreover, no question was raised regarding the admissibility of evidence derived from the illegally elicited confession. In the present case, however, the jeopardy to the witness relates not to the confession itself but to the concern, not yet realized, that the Crown may gain strategic advantage or derive evidence from the testimony that it might not otherwise have come by or appreciated. Protection is sought under s. 7 at the time of the testimonial compulsion, even though the manner in which the person may incidentally be compelled against himself (e.g., through otherwise undiscoverable derivative evidence) is not generally apparent at the time of that compulsion.

Par ailleurs, on n'a soulevé, dans l'arrêt *Hebert*, aucune question relativement à l'admissibilité de la preuve dérivée d'aveux soutirés illégalement. Ici, par contre, le danger pour le témoin réside non pas dans l'aveu lui-même mais dans la possibilité, non encore réalisée, que le ministère public acquière un avantage stratégique ou tire des éléments de preuve du témoignage dont il n'aurait pu autrement faire la découverte ou apprécier la valeur. La protection est demandée en vertu de l'art. 7 au moment où la personne est contrainte à témoigner, même si la façon dont cette personne peut incidemment être conscrite contre elle-même (par des éléments de preuve dérivés qui n'auraient pu être découverts autrement) n'est généralement pas apparente au moment même de la contrainte.

265 These distinctions between *Hebert* and the present case require that I elaborate upon the conditions under which the right to silence in s. 7 is triggered.

Ces différences entre l'arrêt *Hebert* et le présent pourvoi exigent que j'élabore sur les conditions qui donnent lieu au droit de garder le silence en vertu de l'art. 7.

(i) The Threshold at Which the Right to Silence is Triggered

(i) Le seuil du droit de garder le silence

266 The right to silence is triggered when an adversarial relationship arises between the individual and the state:

Le droit de garder le silence prend naissance au moment où un rapport contradictoire naît entre l'État et l'individu:

The right to remain silent, viewed purposively, must arise when the coercive power of the state is brought to bear against the individual — either formally (by arrest or charge) or informally (by detention or accusation) — on the basis that it is at this point that an adversary relationship comes to exist between the state and the individual. The right, from its earliest recognition, was designed to shield an accused from the unequal power of the prosecution, and it is only once the accused is pitted against the prosecution that the right can serve its purpose. [Emphasis added.]

Le droit de garder le silence, considéré en fonction de l'objet qu'il vise, doit prendre naissance lorsque le pouvoir coercitif de l'État vient à être exercé contre l'individu — soit formellement (par l'arrestation ou l'inculpation) soit de façon informelle (par la détention ou l'accusation) — parce que c'est à ce moment qu'un rapport contradictoire naît entre l'État et l'individu. Le droit, depuis le moment où il a été reconnu pour la première fois, avait pour but de protéger un accusé du pouvoir inégal de la poursuite et ce n'est que lorsque l'accusé est confronté à la poursuite que ce droit peut répondre à son objectif. [Je souligne.]

(*Hebert, supra*, at p. 201, *per* Sopinka J.)

(*Hebert, précité*, à la p. 201, le juge Sopinka.)

See also *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 249 (*per* Lamer C.J. dissenting). Within his own proceedings, an accused always stands in an adversarial relationship *vis-à-vis* the state. By contrast, given the protections that already enure to a witness under s. 13 of the Charter and s. 5 of the Canada Evidence Act, an individual who is compelled as a witness at other proceedings only truly stands in an adversarial position *vis-à-vis* the state when the state is seeking predominantly to build its case against that witness. A witness may not be compelled in a proceeding which is, in essence, an investigation of that witness, rather than a prosecution of an accused. Such conduct by the state would be both clearly adversarial and abusive, and the individual's right to silence *vis-à-vis* the state will have crystallized.

As long as the state is pursuing a valid purpose, however, the right to silence is not engaged, nor has an adversarial relationship between the compelled witness and the state crystallized. In such circumstances, unfavourable effects to the individual flowing from the possibility of discovery of derivative evidence or the vesting of some strategic advantage to the Crown through the disclosure of a possible defence do not violate the principles of fundamental justice. On the other hand, where it becomes apparent that the predominant purpose of the state's actions is to obtain the evidence of the witness for use in an adversarial proceeding against that witness, a violation of the *Charter* will be established. In such cases, the state will be engaging in conduct that triggers an adversarial relationship between the state and the individual, notwithstanding the protections accorded that individual in s. 13 of the *Charter*. I agree with Iacobucci J. that this adversarial position can exist even in circumstances where the witness has not yet been charged, although, as I shall explain below, such a finding will be far less likely where a witness has not actually been charged.

- (ii) The Rationale for Permitting Compellability Pursuant to a "Valid State Purpose"

Like other provisions of the *Charter*, s. 7 must be approached purposively. A commitment to pur-

Voir aussi *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, à la p. 249 (le juge en chef Lamer, dissident). À son procès, l'accusé est toujours dans un rapport contradictoire avec l'État. Par contre, étant donné les protections déjà accordées au témoin par l'art. 13 de la Charte et l'art. 5 de la Loi sur la preuve au Canada, la personne contrainte à témoigner dans d'autres procédures n'est vraiment dans un rapport contradictoire avec l'État que dans le cas où l'État cherche principalement à constituer une preuve contre ce témoin. On ne peut contraindre un témoin dans des procédures qui sont essentiellement une enquête visant ce témoin plutôt que la poursuite d'un accusé. Une telle conduite de la part de l'État serait clairement à la fois contradictoire et abusive, et le droit de la personne de garder le silence face à l'État se matérialise.

Tant que l'État poursuit un objectif valide, toutefois, le droit de garder le silence n'entre pas en jeu et le rapport contradictoire entre le témoin contraint à témoigner et l'État ne se matérialise pas. Dans ces circonstances, les effets défavorables sur la personne concernée, qui résultent de la possibilité d'une découverte de preuves dérivées ou du gain d'avantages stratégiques pour le ministère public grâce à la divulgation d'une défense possible, ne violent pas les principes de justice fondamentale. Par contre, lorsqu'il devient clair que l'objectif principal des actes du ministère public est d'obtenir du témoin des éléments de preuve à utiliser dans des poursuites contre ce témoin, la violation de la *Charte* est établie. Dans de telles situations, l'État adopte une conduite qui donne naissance à un rapport contradictoire entre l'État et l'individu, indépendamment de la protection fournie par l'art. 13 de la *Charte* à cet individu. Je suis d'accord avec le juge Iacobucci pour dire que le rapport contradictoire peut exister même dans des cas où le témoin n'a pas encore été inculpé, quoique, comme je l'explique plus loin, une telle conclusion est beaucoup moins probable lorsque le témoin n'est pas effectivement inculpé.

- (ii) La justification de la contraignabilité en raison d'un «objectif valide de l'État»

Tout comme d'autres dispositions de la *Charte*, l'art. 7 doit être interprété en fonction de son objet,

267

268

positive interpretation entails a commitment to ensuring that a legal principle is interpreted sufficiently broadly to further the interests it is meant to protect, yet not so broadly as to overshoot them. *Beare, supra*, at p. 401. Ultimately, the principles of fundamental justice require a balancing of societal interests with those of the accused. Here, these societal interests are in obtaining evidence that is relevant to another proceeding, and the accused's interest is the right to remain silent. To quote McLachlin J. in *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at pp. 151-52:

The principles of fundamental justice are concerned not only with the interest of the person who claims his liberty has been limited, but with the protection of society. Fundamental justice requires that a fair balance be struck between these interests, both substantively and procedurally. . . .

To strike a balance that would effectively prohibit the state from engaging in otherwise lawful activity, in furtherance of a pressing and substantial state objective, which nonetheless has the effect of conscripting an individual to assist in his own investigation, would stultify law enforcement in our country. This recognition was implicit in La Forest J.'s discussion in *Beare, supra*, of the social and investigatory importance of fingerprinting in the context of his s. 7 examination of the laws governing that procedure.

269

It is undeniable that breathalyzer demands, fingerprinting, and searches performed pursuant to reasonable statutory authority are all consistent with s. 8 of the *Charter* as well as with the principles of fundamental justice, notwithstanding that they all enlist the individual's co-operation in his own investigation. It follows that where the state, on justifiable grounds, compels the individual to assist in procedures which may incriminate that person, then the state compulsion involved in obtaining this evidence need not necessarily offend the principles of fundamental justice. As such, the "common thread" that is truly fundamental to our system of justice cannot be so broad as to extend to all potentially self-incriminatory effects of state action.

ce qui exige de veiller à ce qu'un principe juridique soit interprété de façon suffisamment large pour favoriser les intérêts qu'il est censé protéger, mais non de façon si large qu'il aille au-delà de ces intérêts (*Beare, précité*, à la p. 401). En fin de compte, les principes de justice fondamentale exigent un équilibre entre les droits de la société et ceux de l'accusé. Ici, l'intérêt de la société réside dans l'obtention d'une preuve pertinente dans d'autres procédures et celui de l'accusé dans le droit de garder le silence. Je m'en rapporte aux propos du juge McLachlin dans *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, aux pp. 151 et 152:

Ces principes [de justice fondamentale] touchent non seulement au droit de la personne qui soutient que sa liberté a été limitée, mais également à la protection de la société. La justice fondamentale exige un juste équilibre entre ces droits, tant du point de vue du fond que de celui de la forme . . .

Établir un équilibre qui aurait pour effet d'interdire à l'État de s'engager dans des activités par ailleurs légitimes, dans la poursuite d'un objectif urgent et réel, mais qui, néanmoins, a pour effet de forcer une personne à participer à une enquête la concernant, paralyserait le processus d'application de la loi dans ce pays. Le juge La Forest l'a implicitement reconnu dans l'arrêt *Beare, précité*, lorsqu'il a examiné l'importance de la prise d'empreintes digitales, tant pour la société que pour l'enquête, dans le contexte de son analyse en vertu de l'art. 7 des règles de droit régissant cette procédure.

De toute évidence, les alcootests, les prises d'empreintes digitales et les fouilles et perquisitions qui sont effectués en vertu d'une activité légale raisonnable sont entièrement compatibles avec l'art. 8 de la *Charte* ainsi qu'avec les principes de justice fondamentale, même si toutes ces mesures engagent la coopération de la personne à l'enquête la concernant. En conséquence, dans les cas où l'État est justifié de contraindre une personne à collaborer à des procédures susceptibles de l'incriminer, cette contrainte ne va pas nécessairement à l'encontre des principes de justice fondamentale. À cela, le «lien» fondamental à la base de notre système de justice n'est pas assez large pour englober tous les effets potentiellement auto-incriminants des mesures prises par l'État.

The “common thread”, in fact, lies closer at hand. The dignity of the individual is a fundamental value underlying both the common law and the *Charter*. Although the search of an individual’s home is an invasion of privacy, and although the taking of fingerprints, breath samples or bodily fluids are even more private, there is no doubt that the mind is the individual’s most private sanctum. Although the state may legitimately invade many of these spheres for valid and justifiable investigatory purposes *vis-à-vis* the accused, it is fundamental to justice that the state not be able to invade the sanctum of the mind for the purpose of incriminating that individual. This fundamental tenet is preserved, in its entirety, by the principle against self-incrimination as I have characterized it above. This principle, in turn, is largely embodied by s. 13 of the *Charter*. To the extent that state compulsion may elicit incriminating communications or communicative behaviour from an individual even though not in the context of formal proceedings, this fundamental protection is rounded out by the recognition of a residual right to silence in s. 7: *Hebert, supra*.

(c) *The Interaction Between Sections 7 and 24(2)*

In the same way that restrictive equality jurisprudence under the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, App. III, is said to have influenced the formulation of broad equality protections under s. 15 of our *Charter*, the common law rule in *Wray* inspired the nature and character of s. 24(2). When the *Charter* was ultimately adopted, a section which had originally been drafted in such a way as to preserve the principles set down in *Wray* was deleted following spirited opposition and subsequently replaced by what is now s. 24(2). (See B. P. Elman, “Returning to *Wray*: Some Recent Cases on Section 24 of the Charter” (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 604, at pp. 606-7.) Section 24(2) was a uniquely Canadian solution.

En fait, le «lien» en question est plus proche. La dignité de la personne est une valeur fondamentale de la common law et de notre *Charte*. Bien que la perquisition dans la maison d’un particulier soit une atteinte à sa vie privée, et que la prise d’empreintes digitales, d’échantillons d’haleine ou de liquides organiques le soit encore davantage, il n’y a pas de doute que l’esprit est le sanctuaire le plus privé de la personne. Bien que l’État puisse légitimement s’ingérer dans un grand nombre de ces sphères pour des motifs valides et justifiables à des fins d’enquête, il est fondamental dans notre système de justice que l’État ne puisse violer le sanctuaire que constitue l’esprit d’une personne dans le but de l’incriminer. Ce précepte fondamental est préservé en totalité par le principe interdisant l’auto-incrimination tel que je l’ai défini plus haut. Ce principe est, à son tour, en grande partie constitutionnalisé par l’art. 13 de notre *Charte*. Dans la mesure où la contrainte de l’État peut soutirer à une personne des déclarations incriminantes ou un comportement communicateur, même hors du contexte de procédures formelles, cette protection fondamentale se trouve parachevée par la reconnaissance d’un droit résiduel de garder le silence en vertu de l’art. 7: *Hebert, précité*.

c) *L’interaction de l’art. 7 et du par. 24(2)*

De même que la jurisprudence restrictive en matière d’égalité en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III, aurait influé sur la formulation des vastes droits à l’égalité en vertu de l’art. 15 de notre *Charte*, de même la règle de common law établie dans l’arrêt *Wray*, a inspiré la nature et le caractère du par. 24(2). Au moment de l’adoption de la *Charte*, à la suite d’une opposition véhémente, on avait dû en retirer une disposition initialement libellée de façon à maintenir les principes formulés dans l’arrêt *Wray*, pour la remplacer par l’actuel par. 24(2). (Voir B. P. Elman, «Returning to *Wray*: Some Recent Cases on Section 24 of the Charter» (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 604, aux pp. 606 et 607.) Le paragraphe 24(2) de la *Charte* constituait une solution tout à fait canadienne.

- 272 Section 24(2) is a remedy for a breach of a *Charter* right. It is neither a substantive right itself nor a principle of fundamental justice. Its inclusion in the *Charter* is strongly indicative of the fundamental desire that judges have a means by which to exclude evidence whose admission notwithstanding a *Charter* violation would call into question the integrity of the judicial system. For the following reasons, I am uncomfortable with my colleague Iacobucci J.'s conclusion that a broad principle against any and all self-incrimination — “read down” so as to be consonant with s. 24(2) of our *Charter* — now exists where there is little proof that such a principle pre-dated the *Charter*.
- Le paragraphe 24(2) prévoit une réparation à une violation d'un droit garanti par la *Charte*. Il ne crée ni un droit substantiel ni un principe de justice fondamentale. Son insertion dans la *Charte* est une forte indication de la volonté de donner aux juges un moyen d'écartier des éléments de preuve dont l'admission, malgré une violation de la *Charte*, serait susceptible de compromettre l'intégrité du système judiciaire. Pour les raisons suivantes, je suis mal à l'aise avec la conclusion de mon collègue le juge Iacobucci selon laquelle un principe général interdisant toute auto-incrimination — assorti d'une interprétation atténuée pour être compatible avec le par. 24(2) — existe aujourd'hui alors que rien ne prouve qu'un tel principe existait avant la *Charte*.
- 273 First, I hesitate to draw on s. 24(2) jurisprudence in order to define a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*, since that jurisprudence elaborates mainly upon what is meant by the phrase “bring[ing] the administration of justice into disrepute”. Section 24(2) is not coextensive with s. 7. Bringing the administration of justice into disrepute is a broader notion than what necessarily defines the principles of fundamental justice. Similarly, the notions of fairness underlying s. 24(2) are very different from those underlying s. 7. Fairness under s. 24(2) is examined in the context of whether evidence should be excluded. By contrast, fairness under s. 7 must be fundamental to justice. Fairness that is fundamental to justice represents our constitutional bottom line. It is violated when the state clearly engages in conduct which would violate “those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency”, or which would abuse “a court's process through oppressive or vexatious proceedings” (*Conway, supra*, at p. 1667).
- Tout d'abord, j'hésite à utiliser la jurisprudence du par. 24(2) pour définir un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*, puisque cette jurisprudence traite principalement de l'expression «déconsidérer l'administration de la justice». Le paragraphe 24(2) n'a pas le même champ d'application que l'art. 7. La déconsidération de l'administration de la justice est un concept plus large que ce qui définit nécessairement les principes de justice fondamentale. De la même façon, les notions d'équité sous-jacentes au par. 24(2) sont très différentes de celles qui sous-tendent l'art. 7. L'équité en vertu du par. 24(2) est examinée dans le contexte d'une décision d'écartier ou non des éléments de preuve. Par contre, l'équité en vertu de l'art. 7 doit être fondamentale à la justice. L'équité fondamentale à la justice représente le minimum constitutionnellement acceptable. La violation se produit quand l'État adopte une conduite qui, de toute évidence, violeraient «les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société» ou constituerait un «abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire» (*Conway, précité*, à la p. 1667).
- 274 Secondly, my colleague's “but for” test appears to adopt only that portion of the s. 24(2) analysis which distinguishes between evidence which is “real” versus that which is “self-incriminatory”. This approach collapses the polycentric examina-
- Deuxièmement, le critère du «n'eût été» proposé par mon collègue paraît n'adopter que la partie de l'analyse fondée sur le par. 24(2) qui fait une distinction entre une preuve «matérielle» et une preuve «incriminante». Cette démarche réduit ce

tion under s. 24(2) into a static and inflexible test of exclusion under s. 7. Although Iacobucci J. asserts at p. 563 that his approach would not amount to an automatic rule of exclusion in respect of derivative evidence, this consequence appears inevitable. What latitude for discretion can the trial judge possibly have, to not exclude such evidence, if she has concluded that its admission, by definition, would violate a principle of fundamental justice?

Finally, with all due respect, it appears incongruous to define new and separate *Charter* rights under s. 7 by almost exclusive reliance upon this Court's most recent jurisprudence governing s. 24(2). Such an approach to defining rights can stultify the growth of the *Charter* by freezing it in time or, alternatively, raise serious problems if this Court were to modify its approach to s. 24(2). If the principles of fundamental justice are indeed the bedrock of our legal system then I think it prudent that they, too, must be seen to rest on more solid foundations.

C. *The Principles of Fundamental Justice: Fundamental Unfairness*

Underlying every principle of fundamental justice is a notion of fundamental fairness. This notion has found expression in the very occasional common law exception to compellability, the doctrine of abuse of process, the principle against self-incrimination, and the right to silence. Focusing on any one of these categories as a basis for analysis may engender more confusion than it resolves. This Court has acknowledged that it is preferable to recognize underlying principles rather than to rely on mechanical classifications (see *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, for a similar approach to common law hearsay exceptions). Thus, I prefer to rely on the underlying notion of fundamental fairness, which for cases analogous to this appeal, finds application in what, for lack of a better term, I refer to as fundamentally unfair conduct by the Crown.

qui était initialement un examen polycentrique fondé sur le par. 24(2) en un critère d'exclusion statique et rigide, fondé sur l'art. 7. Bien que le juge Iacobucci soutienne, à la p. 563, que cette démarche ne constituerait pas une règle automatique d'exclusion des éléments de preuve dérivés, cette conséquence paraît inévitable. De quelle latitude le juge du procès dispose-t-il dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire pour ne pas écarter la preuve s'il conclut que son utilisation, par définition, violerait un principe de justice fondamentale?

Finalement, avec égards, je trouve curieux de définir de nouveaux droits distincts en vertu de l'art. 7 en se fondant presque exclusivement sur la jurisprudence la plus récente de notre Cour relative au par. 24(2). Cette façon de définir des droits pourrait faire obstacle à la croissance de la *Charte* en la figeant dans le temps ou encore en suscitant de graves difficultés dans l'éventualité où notre Cour devrait modifier son interprétation du par. 24(2). Si les principes de justice fondamentale sont réellement les assises de notre système judiciaire, il est, à mon avis, prudent qu'ils paraissent reposer sur des fondations plus solides.

C. *Les principes de justice fondamentale: l'inéquité fondamentale*

Une notion d'équité fondamentale sous-tend chaque principe de justice fondamentale. Cette notion a trouvé son expression dans l'occasionnelle exception de common law à la contraignabilité, la doctrine de l'abus des procédures, le principe interdisant l'auto-incrimination et le droit de garder le silence. S'arrêter à une seule de ces catégories pour en faire le fondement de l'analyse peut engendrer plus de confusion qu'en dissiper. Notre Cour a affirmé qu'il est préférable d'identifier les principes que de s'en remettre à des classifications mécaniques (voir *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, pour une démarche analogue en matière d'exceptions à la règle du oui-dire). Ainsi je préfère recourir à la notion sous-jacente d'équité fondamentale, qui, pour des cas analogues au présent pourvoi, trouve son application dans ce que, à défaut d'un terme plus juste, j'appelle la conduite fondamentalement inéquitable du ministère public.

275

276

277 A witness may be entitled to claim an exception under s. 7 from the principle that the state is entitled to every person's evidence if it is established that the Crown is engaging in fundamentally unfair conduct. Attempts to by-pass the procedural safeguards that are intrinsic to the notions of dignity and individual liberty contained in the *Charter* and to our conception of fundamental trial fairness are fundamentally unfair conduct that violates the principles of fundamental justice. Although in dissent, Lamer C.J. noted an important underlying aspect of the principle against self-incrimination in *Jones, supra*, at p. 251:

Concern about the abuse of state power is at the heart of the principle against self-incrimination.

An inquiry into fundamentally unfair conduct is more tangible, focused, and related to this underlying principle than the broad inquiry suggested by a derivative evidence approach or by an overly narrow and speculative approach that only addresses the problem from the point of view of compellability.

278 Fundamentally unfair conduct will most frequently occur when the Crown is seeking, as its predominant purpose (rather than incidentally), to build or advance its case against that witness instead of acting in furtherance of those pressing and substantial purposes validly within the jurisdiction of the body compelling the testimony. The Crown will be predominantly advancing its case against the accused when, by calling the witness, it is engaging in a colourable attempt to obtain discovery from the accused and, at the same time, is not materially advancing its own valid purposes. Such action would bypass the safeguards to the dignity of the individual under the *Charter* and fundamentally undermine the integrity of the judicial system. The principles of fundamental justice under s. 7 do not allow the state to have a general power of interrogation, that is, to permit the state to pass a law requiring all suspected persons to

Un témoin peut être en droit de revendiquer, en vertu de l'art. 7, une exception au principe selon lequel l'État a droit au témoignage de quiconque s'il est établi que le ministère public adopte une conduite fondamentalement inéquitable. Les tentatives de contournement des garanties procédurales, qui sont intrinsèques aux notions de dignité et liberté de la personne dans la *Charte* et à notre conception de l'équité fondamentale du procès, constituent une conduite fondamentalement inéquitable qui viole les principes de justice fondamentale. Quoique dissident, le juge en chef Lamer a souligné un aspect important qui sous-tend le principe interdisant l'auto-incrimination dans l'arrêt *Jones*, précité, à la p. 251:

C'est la préoccupation relative à l'abus de pouvoir de l'État qui est au cœur du principe interdisant l'auto-incrimination.

L'examen d'une conduite fondamentalement inéquitable est plus tangible, mieux ciblé et mieux relié à ce principe sous-jacent qu'une vaste enquête que suggère une analyse de la preuve dérivée ou une méthode étroite et conjecturale qui traite le problème uniquement du point de vue de la contraignabilité.

La conduite fondamentalement inéquitable survient le plus souvent lorsque le ministère public cherche principalement (plutôt qu'accessoirement) à bâtir ou à faire avancer la constitution de sa preuve contre le témoin au lieu de poursuivre les objectifs pressants et réels qui relèvent valablement de la compétence de l'organisme qui contraint à témoigner. Le ministère public poursuit principalement la constitution de sa preuve contre le témoin lorsque, en assignant ce témoin, il tente de façon détournée à obtenir de lui des renseignements et, en même temps, ne poursuit pas substantiellement ses propres objectifs valides. Cette conduite fait fi des garanties de la *Charte* relatives à la dignité de la personne et porte fondamentalement atteinte à l'intégrité du système judiciaire. Les principes de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 n'autorisent pas l'État à avoir un pouvoir général d'interrogation, c'est-à-dire, n'autorisent pas l'État à adopter une loi obligeant tous les suspects à répondre à des questions antérieurement au procès, même si

answer pre-trial questions, even if such a law prevented later use of those statements at trial.

The state may legitimately compel an individual to testify in order to pursue meaningfully one or more pressing and substantial interests validly within its jurisdiction, such as advancing the search for truth in a separate criminal proceeding, investigating cause of death by a coroner, exercising administrative regulatory powers, or holding a full and effective public inquiry into a broad matter of substantial public importance. The effect may be to compel a witness to disclose information that may incriminate or otherwise prejudice that person, but the compellability of that witness in furtherance of that valid activity would not *per se* contravene the principles of fundamental justice embodied in s. 7, given other existing protections under the *Charter*. The subsequent acquisition of evidence which may be derivative also would not, *per se*, violate the *Charter*, where that evidence is acquired in a manner that is incidental to the valid purposes for which the witness was compelled.

As with all allegations of *Charter* violations, the onus is on the witness to establish fundamentally unfair conduct contrary to s. 7 of the *Charter*. In determining whether such conduct exists, the status of that witness as a person who has already been charged is not conclusive, but is an important factor in determining whether fundamentally unfair conduct has been established. While I do not limit findings of fundamentally unfair conduct to persons charged, as a practical matter, I note that it will be quite difficult to establish such conduct without such status. The more remote the witness's liberty interest *qua* accused, the less proximate the potential jeopardy to that individual and the less pressing the need for an exception to compellability. If, however, the witness is, himself, ultimately brought to trial, then he may nonetheless seek to show that the state engaged in fundamentally unfair conduct at the related proceedings at which he was originally compelled.

cette loi interdisait l'utilisation ultérieure de ces déclarations au procès.

L'État peut légitimement contraindre une personne à témoigner pour arriver à bien servir un ou plusieurs intérêts réels et urgents relevant de sa compétence — la recherche de la vérité dans une procédure criminelle distincte, l'enquête du coroner sur la cause du décès, l'exercice de pouvoirs administratifs de réglementation ou la tenue d'une enquête publique exhaustive et efficace sur une question générale d'importance publique considérable. L'effet peut être de contraindre un témoin à divulguer des renseignements susceptibles de l'incriminer ou de lui préjudicier, mais la contraignabilité de ce témoin aux fins de la réalisation de cette activité valide ne va pas en soi à l'encontre des principes de justice fondamentale constitutionnalisés à l'art. 7, étant donné les autres protections existant en vertu de la *Charte*. L'obtention subséquente d'éléments dérivés de la preuve ne va pas non plus en soi à l'encontre de la *Charte* lorsqu'ils sont obtenus d'une façon qui est accessoire aux fins valides pour lesquelles le témoin a été contraint.

Comme dans tous les cas où la violation de la *Charte* est alléguée, il incombe au témoin d'établir une conduite fondamentalement inéquitable contrevenant à l'art. 7. Pour déterminer s'il y a telle conduite, le statut du témoin comme personne ayant déjà fait l'objet d'une accusation n'est pas concluant, mais constitue un facteur important lorsqu'il faut décider si la conduite fondamentalement inéquitable a été prouvée. Quoique je ne limite pas aux accusés la preuve d'une conduite fondamentalement inéquitable, je note qu'en pratique il sera assez difficile d'établir une telle conduite en l'absence d'un tel statut. Plus est éloigné le droit à la liberté d'un témoin, en tant qu'accusé, moins proche est sa mise en péril et moins pressante est la nécessité d'une exception à la contraignabilité. Si, toutefois, le témoin est finalement l'objet d'un procès, il peut alors chercher à démontrer que l'État a adopté une conduite fondamentalement inéquitable dans les procédures connexes à l'égard desquelles il a été initialement contraint à témoigner.

279

280

281 The issue of fundamentally unfair conduct amounting to a breach of the principles of fundamental justice in s. 7 may be raised at two points:

- (a) when the witness is subpoenaed (the "subpoena stage"); and
- (b) when the witness is tried (the "trial stage").

282 The fundamentally unfair conduct test remains the same at both stages, although there are two differences, one in relation to the nature of the remedy and the other in relation to procedure.

283 The remedy at the subpoena stage will be a quashing of the subpoena. A stay of proceedings, if the witness has been charged, would serve no purpose since the expected harm in relation to that witness has been averted and since there is no reason why the proceedings in which the witness is being compelled should not continue. If the subpoena is quashed when the witness is called at the subpoena stage, then there is obviously no need to raise the issue at that witness's own trial. If, however, the subpoena is not quashed at the subpoena stage, the issue may again be raised at the trial stage.

284 The second difference between the two stages is procedural. At the subpoena stage, when the state seeks to compel an individual in circumstances which the witness argues give rise to self-incriminatory concerns, the state shall disclose to the trial judge or tribunal the general purpose for which it seeks to compel that individual's testimony and the relative importance of that evidence to the prosecution in respect of which the witness is compelled. Then, the witness may attempt to demonstrate fundamentally unfair conduct from the fact of the compulsion: see, e.g., *Batary, supra*.

285 As a practical matter, fundamentally unfair conduct may be quite difficult to establish at the subpoena stage, since the Crown's real purpose may not be apparent at that point. Information that may establish this violation, such as particular colourable lines of questioning by the Crown at the accused's trial, will only become available and

La question de la conduite fondamentalement inéquitable constituant une violation des principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 peut être soulevée à deux moments:

- a) quand le témoin est assigné («étape du subpoena»);
- b) au procès du témoin («étape du procès»).

Le critère de la conduite fondamentalement inéquitable reste le même aux deux étapes, bien qu'il y ait deux différences, l'une tenant à la nature de la réparation et l'autre relevant de la procédure.

La réparation à l'étape du subpoena est l'annulation du subpoena. Un arrêt des procédures, si le témoin a été inculpé, ne servirait à rien puisque le préjudice qu'aurait pu subir le témoin a été évité et parce qu'il n'y a aucune raison de ne pas poursuivre les procédures au cours desquelles le témoin est contraint. Si le subpoena est annulé au moment où le témoin est assigné, à l'étape du subpoena, il est alors évidemment inutile de soulever la question au procès du témoin lui-même. Cependant, si le subpoena n'est pas annulé à l'étape du subpoena, la question peut être soulevée de nouveau à l'étape du procès du témoin.

La seconde différence entre les deux étapes est d'ordre procédural. À l'étape du subpoena, quand l'État cherche à contraindre une personne dans des circonstances que le témoin prétend donner lieu à des craintes d'auto-incrimination, l'État devra divulguer au juge du procès ou au tribunal l'objectif général de la contrainte et l'importance relative de cette preuve pour la poursuite à l'égard de laquelle le témoin est contraint à témoigner. Le témoin peut alors tenter de démontrer la conduite fondamentalement inéquitable en se fondant sur le fait de la contrainte: voir, par exemple, *Batary, précité*.

Du point de vue pratique, il peut être assez difficile d'établir la conduite fondamentalement inéquitable à l'étape du subpoena, puisque le but réellement poursuivi par le ministère public peut ne pas être évident à ce moment. Certains renseignements qui permettraient de démontrer cette violation, tel un mode particulier d'interrogation détournée lors

properly appreciable at the trial stage. More precisely, at the subpoena stage, the witness is effectively asking for injunctive relief under ss. 7 and 24(1) of the *Charter* against the subpoena under which he is otherwise compellable. As Dickson J. writing for the majority in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 458, has noted, courts are unwilling to act in the absence of probable future harm where it cannot be shown that the impugned action will cause a violation of rights:

The general principle with respect to such injunctions appears to be that "there must be a high degree of probability that the harm will in fact occur": Sharpe, *supra*, at p. 31. In *Redland Bricks Ltd. v. Morris*, [1970] A.C. 652, at p. 665, *per* Lord Upjohn, the House of Lords laid down four general propositions concerning the circumstances in which mandatory injunctive relief could be granted on the basis of prospective harm. The first of these stated:

1. A mandatory injunction can only be granted where the plaintiff shows a very strong probability upon the facts that grave damage will accrue to him in the future. . . . It is a jurisdiction to be exercised sparingly and with caution but in the proper case unhesitatingly.

It is clearly illustrated by the rules governing declaratory and injunctive relief that the courts will not take remedial action where the occurrence of future harm is not probable. This unwillingness to act in the absence of probable future harm demonstrates the courts' reluctance to grant relief where it cannot be shown that the impugned action will cause a violation of rights.

The compelled witness will, as a matter of common sense, be in a better position to demonstrate the risk of "prejudice" if and when that risk concretizes at the time of his trial. At the trial stage, moreover, the factors enumerated by my colleague Sopinka J. will be much more readily ascertainable than they would have been at the subpoena stage, and may assist the judge in deciding whether the Crown's conduct in the prior proceedings was fundamentally unfair.

du procès de l'accusé, ne seront pas disponibles et ne pourront être correctement appréciés qu'à l'étape du procès du témoin. Plus précisément, à l'étape du subpoena, le témoin se trouve en fait à demander un redressement de la nature d'une injonction en vertu de l'art. 7 et du par. 24(1) de la *Charte* contre le subpoena en vertu duquel il est par ailleurs contraignable. Comme le soulignait le juge Dickson au nom de la majorité dans *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 458, les tribunaux ne veulent pas agir en l'absence de la probabilité d'un préjudice futur quand il ne peut être démontré que l'acte allégué causera une violation des droits:

Le principe général régissant ces injonctions paraît être qu'[TRADUCTION] «il doit y avoir un haut degré de probabilité que le dommage sera effectivement causé»: Sharpe, précité, à la p. 31. Dans l'arrêt *Redland Bricks Ltd. v. Morris*, [1970] A.C. 652, à la p. 665, lord Upjohn, la Chambre des lords a dégagé quatre propositions générales sur les circonstances dans lesquelles une injonction obligeant à faire peut être accordée sur la base d'un dommage éventuel. Voici la première:

[TRADUCTION] 1. Une injonction obligeant à faire ne peut être accordée que si le demandeur démontre qu'il existe une forte probabilité, vu les faits, qu'il subisse un dommage grave dans l'avenir. . . . Ce pouvoir doit être exercé avec la plus grande réserve et avec prudence mais, le cas échéant, sans hésitation.

Comme le montrent clairement les règles régissant les jugements déclaratoires et les injonctions, les tribunaux n'agiront pas lorsque l'éventualité d'un dommage futur n'est guère probable. Cette répugnance à agir en l'absence de probabilité du dommage à venir démontre l'hésitation des tribunaux à accorder un redressement lorsqu'il ne peut être démontré que l'acte contesté causera une violation des droits.

Le témoin contraint à témoigner, sera de toute évidence, mieux en mesure de démontrer le risque de «préjudice» lorsque (et si) ce risque se matérialise au moment du procès du témoin. À l'étape du procès du témoin, de plus, les facteurs énumérés par mon collègue le juge Sopinka, seront plus facilement vérifiables qu'ils ne l'auraient été à l'étape du subpoena et peuvent aider le juge à décider si la conduite du ministère public dans des procédures antérieures était fondamentalement inéquitable.

287

Traditionally of equal significance in the granting of an injunction is the question of whether the damage sought to be avoided will be irreparable in nature: R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2nd ed. 1993), at ¶2.390. When it is found that the state is in fact engaging in a colourable attempt to obtain discovery from the witness rather than seeking to advance its own valid purposes, then the immediate and irreparable damage will not be to the witness but to the integrity of the legal system, and the injunctive relief will be justified. By contrast, given the high threshold that injunctive relief generally commands and given the somewhat speculative nature of many of the concerns listed by Sopinka J., I cannot see how his fairly low "balance of probabilities" threshold to non-compellability can possibly be consistent with these well-established and highly opposite principles.

288

At the trial stage, the court will essentially be asking itself whether, if what is now known had been known at the time the state sought to compel the witness, an exception would have been made to the general rule of compellability and the subpoena would have been quashed. It can, in effect, profit from the fact that hindsight is always 20/20. The difficulty is that the damage to the witness's right to silence and to the integrity of the judicial system has now occurred. Through fundamentally unfair conduct, the state may have gained important and diverse strategic advantages. As Iacobucci J. admits, derivative use immunity is only capable of containing part of this damage. Hence, once fundamentally unfair conduct contrary to s. 7 of the *Charter* is demonstrated, the court must impose a remedy which it considers appropriate and just in the circumstances, pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. Generally, such a remedy is a stay of proceedings. One factor in determining whether to grant a stay of proceedings will be whether fundamentally unfair conduct ought reasonably to have been raised by the witness at the subpoena stage. Another factor may be the perceived severity of the s. 7 breach. A third will be the presence of good or bad faith on the part of the Crown. I leave

Traditionnellement, d'importance égale dans la décision d'accorder l'injonction est la question de savoir si le préjudice que l'on cherche à éviter sera irréparable: R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2^e éd. 1993), au ¶2.390. Lorsqu'on constate que l'État fait en réalité une tentative détournée d'obtenir des communications du témoin plutôt que de chercher à poursuivre ses propres objectifs valides, le dommage immédiat et irréparable est alors causé non pas au témoin mais à l'intégrité du système judiciaire, et le remède de l'injonction se justifie. Par contre, compte tenu des exigences élevées attachées généralement à la délivrance d'une ordonnance d'injonction, et de la nature pour le moins conjecturale d'un grand nombre des préoccupations énumérées par le juge Sopinka, je ne vois pas comment le seuil relativement peu élevé de «prépondérance des probabilités» qu'il propose pour conclure à la non-contraignabilité, peut être compatible avec ces principes bien établis et tout à fait appropriés.

À l'étape du procès du témoin, le tribunal se posera essentiellement la question suivante: si ce que l'on sait maintenant avait été connu au moment où l'État cherchait à contraindre le témoin, une exception aurait-elle été faite à la règle générale de contraignabilité et le subpoena aurait-il été annulé? On profite en fait de ce que les examens à posteriori sont plus faciles. La difficulté vient du fait que le préjudice au droit du témoin de garder le silence et à l'intégrité du système judiciaire aura été causé. Grâce à sa conduite fondamentalement inéquitable, l'État peut avoir acquis des avantages stratégiques nombreux et importants. Comme le reconnaît le juge Iacobucci, l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée ne peut contrer qu'une partie de ce préjudice. Par conséquent, une fois démontrée que la conduite est fondamentalement inéquitable contraire à l'art. 7 de la *Charte*, la cour doit accorder la réparation qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances, en application du par. 24(1) de la *Charte*. En général, la réparation accordée est l'arrêt des procédures. Un facteur à considérer pour décider s'il y a lieu d'accorder l'arrêt des procédures, est la question de savoir si la conduite fondamentalement inéquitable aurait dû raisonnable-

for another day, however, more elaborate discussions as to the basis on which discretion to grant a stay of proceedings should be exercised, as well as the appropriateness of any other potential remedies.

D. Problems with Addressing this Issue Solely on the Basis of Non-Compellability

My colleague Sopinka J. rejects Iacobucci J.'s approach on the basis that focusing on derivative evidence addresses the problem at the wrong end. In his words, "[o]nce the accused has testified, attempting to contain the damage may be like closing the barn door after the horses have escaped" (p. 625). While I agree with Sopinka J.'s concerns about the practical implications of Iacobucci J.'s test, I have some concerns of my own about the alternative that he suggests.

Firstly, although some aspects of a witness's testimony may permit the state to find derivative evidence that incriminates the witness or may involve the possible disclosure of a defence, there may be other aspects of this testimony that would raise none of the above concerns *vis-à-vis* the witness. Sopinka J. would have the trial judge attempt to balance the interests of the state against those of the compelled witness at the time the witness is sought to be compelled. Although my colleague alludes to the possibility of a remedy at the trial of the witness, he does not elaborate upon the appropriate criteria to be considered at such a time. In my opinion, such an approach leaves both the Crown and the witness in a state of legal uncertainty regarding what conduct may or may not be violative of the witness's rights, and will therefore inhibit their ability to monitor or avoid such conduct during the examination of the compelled witness. If, on the other hand, the witness is held not to be compellable, then the state is not only deprived of those aspects of the witness's evidence which would have raised concerns akin to those enumerated by my colleague, but it is also

ment être soulevée par le témoin à l'étape du subpoena. Un autre facteur pourrait être la gravité de la violation de l'art. 7. Un troisième facteur sera la part de bonne foi ou de mauvaise foi du ministère public. Je laisse à une autre fois, cependant, une discussion plus approfondie du fondement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder un arrêt des procédures et de l'opportunité d'accorder d'autres réparations éventuelles.

D. Difficultés de traiter le problème en fonction uniquement de la non-contraignabilité

Mon collègue le juge Sopinka rejette l'approche du juge Iacobucci parce que le fait de mettre l'accent sur la preuve dérivée n'aborde pas la question sous le bon angle et, selon ses propres termes, c'est «un peu comme fermer les portes de l'écurie quand les chevaux se sont échappés» (p. 625). Si je souscris aux préoccupations du juge Sopinka concernant les conséquences pratiques du test énoncé par le juge Iacobucci, j'ai également certaines inquiétudes quant à la solution qu'il propose lui-même.

Tout d'abord, quoique certains aspects d'une déposition d'un témoin peuvent permettre à l'État de trouver une preuve dérivée qui incrimine le témoin ou peuvent entraîner la divulgation d'une défense, il peut y avoir d'autres aspects de ce témoignage qui ne soulèvent aucune des inquiétudes susmentionnées à l'égard du témoin. Le juge Sopinka propose que le juge du procès tente de pondérer les intérêts de l'État par rapport aux droits du témoin contraint à témoigner, au moment où on cherche à contraindre le témoin. Bien que mon collègue fasse allusion à une réparation possible lors du procès du témoin, il ne donne aucune précision sur les critères à utiliser à ce moment. À mon avis, cette méthode laisse le ministère et le témoin dans une situation d'incertitude juridique quant à savoir ce qui constitue une conduite portant atteinte ou non aux droits du témoin et fera obstacle à leur capacité de contrôler ou éviter ce genre de conduite pendant l'interrogatoire du témoin contraint à témoigner. Si, par contre, on juge que le témoin n'est pas contraignable, l'État est alors privé non seulement des aspects de la déposition du témoin qui auraient soulevé des

289

290

deprived of relevant portions of the witness's evidence which would not have raised such concerns. In such a case, the state unnecessarily loses the benefit of evidence which, under a more careful balancing, it should reasonably have had access to.

291

A third consideration that bears mentioning is the very real possibility that witnesses may actually choose to testify at their own preliminary inquiry. Where witnesses choose to testify at this inquiry, then they effectively forfeit many if not most of the advantages that they may have gained by remaining silent at the trial of another. Their defence is disclosed, derivative evidence may be uncovered, and their own statements may even be used against them in their subsequent trials. Sopinka J. would have the presiding judge attempt to balance, on one hand, various unrealized and often speculative prejudices to the witness against, on the other hand, the state's interest in the witness's evidence — even where the witness has not yet had to decide whether he will testify at his own preliminary inquiry. If the judge opts in favour of finding the witness to be non-compellable and that witness subsequently decides to testify at his own preliminary inquiry, then the state will have been deprived of that individual's evidence for nought. The question of whether or not a witness will testify at his own preliminary inquiry, moreover, is highly speculative since the witness *qua* accused need not disclose his intention to testify in advance. A determination of possible prejudice to the witness is even more conjectural if the witness has not yet even been charged. I believe that placing too much emphasis on assessing actual compellability fails to consider the difficulties that trial judges would face on a significant number of occasions because of a dearth of the information necessary to arrive at a full and fair balancing of the interests of the state versus those of the individual.

préoccupations analogues à celles que mon collègue énumère, mais aussi des parties de la déposition pertinentes pour la poursuite, qui n'auraient pourtant pas suscité de telles préoccupations. Dans ce cas, l'État perd inutilement le bénéfice d'une preuve à laquelle, si la recherche d'un équilibre avait été poursuivie de façon plus adéquate, il aurait dû raisonnablement avoir accès.

Une troisième considération qui mérite d'être signalée est la possibilité très réelle qu'un témoin choisisse de témoigner à son enquête préliminaire. Dans ce cas, il se trouve en fait à renoncer à la plupart, sinon à la totalité, des avantages lui résultant de son silence au procès d'un autre accusé. Ses moyens de défense sont divulgués, des éléments de preuve dérivés de son témoignage peuvent être découverts, et son témoignage peut même être utilisé contre lui au cours d'une poursuite subséquente. Selon le juge Sopinka, c'est au juge du procès qu'il reviendrait de soupeser, d'une part, les divers préjudices non encore réalisés et de nature essentiellement conjecturale que pourrait subir le témoin et, d'autre part, l'intérêt de l'État à l'obtention de ce témoignage, même si ce témoin n'a pas encore, à cette étape, décidé s'il témoignera à son enquête préliminaire. Si le juge décide que le témoin n'est pas contraignable et que celui-ci décide ensuite de témoigner à sa propre enquête préliminaire, l'État aura été privé de ce témoignage sans aucune raison. La question de savoir si un témoin témoignera à son enquête préliminaire est hautement conjecturale puisque le témoin, en tant qu'accusé, n'est pas tenu de divulguer à l'avance ses intentions de témoigner ou non. La détermination du préjudice possible est encore plus conjecturale dans le cas où le témoin n'a même pas encore été inculpé. Je crois que de mettre trop d'emphase à l'étape de la contraignabilité du témoin minimise les difficultés auxquelles les juges du procès devront faire face dans un nombre considérable de cas, en raison de l'absence d'informations nécessaires pour parvenir à un équilibre équitable entre les intérêts de l'État et ceux de l'individu.

292

Fourth, it is trite law to say that there is no constitutional protection against being conscripted to testify against others. Only when a witness is

Quatrièmement, il est bien établi en droit qu'il n'existe pas de protection constitutionnelle relativement à l'obligation de témoigner contre d'autres

predominantly being conscripted to testify against himself do we bring to bear the arsenal of protections collectively massed within s. 7 of the *Charter*. I fear, however, that my colleague's approach could encourage, or at least facilitate, "conspiracies of silence" amongst individuals who seek to ensure their collective safety by relying on their non-compellability at one another's trials. Although society has always had an interest in prosecuting crime, I suspect that its interest in prosecuting crimes that are committed by organized groups may be even greater. The facts of *R. v. Jobin*,* heard concurrently with the present appeal, are a prime example.

Finally, I note that my colleague's approach also fails to address the possibility that the defence, rather than the Crown, may seek to compel a witness in order to effectuate a full and fair defence. Although, from a witness's perspective, the identical liberty interest would be engaged, it is far from clear to me that the balancing approach he suggests would be appropriate or even apposite. It is not without significance that the perceived need for a principled and consistent approach to compellability at the instance of either the Crown or the accused were considerations that were found to be determinative of the present question by the Court of Appeal.

E. Conclusion

In summary, it is my strongly held belief that Sopinka J.'s approach places too much emphasis on a one-time assessment of compellability and not enough on the remedies that the witness may have available to him at his own trial, if that trial ever even comes to pass. For this reason, and given the speculative nature of many of the factors pertinent to his determination, I see some danger and considerable inconsistency with the common law in setting the threshold of non-compellability of a witness as low as he suggests.

* Judgment rendered on April 13, 1995.

personnes. Ce n'est que dans le cas où un témoin est principalement contraint à témoigner contre lui-même que l'on peut faire valoir l'arsenal des protections visées par l'art. 7 de la *Charte*. Cependant, je crains que l'approche de mon collègue n'encourage, ou tout au moins ne facilite les «complots du silence» chez les personnes qui cherchent à garantir leur sécurité collective en s'appuyant sur le fait qu'elles ne sont pas contraignables au cours des procès les uns des autres. Malgré que la société ait toujours eu un intérêt à poursuivre les crimes, je soupçonne que son intérêt à poursuivre les crimes commis par des groupes organisés pourrait bien être encore plus poussé. Les faits de l'affaire *R. c. Jobin** entendue par notre Cour en même temps que le présent pourvoi en sont un exemple de premier ordre.

Enfin, je constate que, dans son analyse, mon collègue ignore la possibilité que ce soit la défense, et non le ministère public, qui cherche à contraindre un témoin afin de présenter une défense pleine et entière. Bien que, du point de vue du témoin, le même droit à la liberté soit en jeu, il ne me semble pas évident que la pondération proposée par mon collègue le juge Sopinka serait appropriée, ou même pertinente. Il est significatif qu'en matière de contraignabilité des témoins, soit à l'instigation de la poursuite ou de la défense, la Cour d'appel ait considéré qu'il était nécessaire d'adopter une approche logique et de principe, approche qu'elle a jugée déterminante dans la solution de cette question.

E. Conclusion

En résumé, je crois fermement que l'analyse du juge Sopinka accorde trop d'importance à un examen unique de la contraignabilité et pas suffisamment aux réparations dont le témoin peut disposer au cours de son propre procès, si procès il y a. Pour ce motif et compte tenu de la nature conjecturale de nombreux facteurs qui fondent sa décision, j'estime qu'il est risqué et clairement incompatible avec la common law de réduire à si peu les exigences minimales que propose mon collègue aux fins de la non-contraignabilité d'un témoin.

* Jugement rendu le 13 avril 1995.

295 What is needed in order to give true balance to the interests of the compelled witness and those of the state is an approach that addresses the problem at both ends. Individual witnesses must not be compelled to participate in shams, nor should they be permitted to protect themselves behind false walls. A material disincentive against fundamentally unfair conduct by the Crown must operate to protect the compelled witness from being subjected to abuses of power by the state. Since both of my colleagues only address the problem substantially from one side, under neither of their approaches does such a disincentive come fully into play. I note that the Chief Justice would favour adopting both derivative evidence immunity and my colleague Sopinka J.'s approach to non-compellability. With respect, I believe that such a combination would shift the balance unduly in favour of the witness/accused, and would add considerably to the length of proceedings without adding significantly to their content.

296 I believe that we must not bog down our court systems by requiring them to engage in lengthy inquiries into the investigatory history of all evidence that is "plausibly related" to a witness's previous testimony. Under the approach that I have set out above, a court's inquiry at the subpoena stage will be specific and will focus on what is known rather than what might be anticipated. The inquiry at the trial stage, moreover, will generally be limited to fairly discrete portions of the record from the previous proceedings, which the accused may rely on in an effort to demonstrate fundamental unfairness in those proceedings, and where many of the factors enumerated by my colleague Sopinka J. will be both defined and measurable.

297 Recalling that the purpose of the principles of fundamental justice is, amongst other things, to lay out a discernable "constitutional bottom line", I believe my reading of those principles to be more consistent with the common law, the spirit of the *Charter*, the effective conduct of trials, and the equitable balancing of the interests of both the

Ce qui est nécessaire afin de trouver un équilibre véritable entre les intérêts du témoin contraint de témoigner et ceux de l'État, est une approche qui réponde aux deux pôles de cette équation. Les témoins ne doivent pas être contraints à participer à un simulacre mais ne doivent pas non plus être autorisés à se protéger derrière de faux murs. Un mode important de dissuasion contre une conduite fondamentalement inéquitable de la part du ministère public, doit permettre de protéger le témoin contraint de témoigner contre les abus de pouvoir de l'État. Puisque, pour l'essentiel, mes deux collègues envisagent le problème sous un seul angle, ce genre de dissuasion n'entre pleinement en jeu ni dans l'une ni dans l'autre des approches qu'ils proposent. Je note que le Juge en chef favorise et l'approche fondée sur l'immunité contre la preuve dérivée et celle de mon collègue le juge Sopinka en matière de non-contrainabilité. Avec égards, j'estime que cette combinaison ferait pencher indûment la balance en faveur du témoin (accusé) et allongerait considérablement les procédures sans ajouter beaucoup à leur contenu.

J'estime que nous ne devons pas paralyser notre système judiciaire en exigeant des tribunaux qu'ils se lancent dans de longues enquêtes sur l'évolution de l'investigation de tous les éléments de preuve qui ont un «lien plausible» avec le témoignage antérieur du témoin. Selon la méthode que je propose, à l'étape du subpoena, l'enquête du tribunal sera spécifique et sera axée sur ce qui est connu plutôt que sur ce qu'on pourrait prévoir. En outre, à l'étape du procès du témoin, l'enquête se limitera généralement à des extraits relativement bien délimités du dossier des procédures antérieures sur lequel l'accusé peut se fonder pour démontrer l'inéquité fondamentale de ces procédures et lors de laquelle plusieurs des facteurs énumérés par le juge Sopinka seront à la fois définis et mesurables.

Rappelant enfin que le but des principes de justice fondamentale est, entre autres, l'établissement d'un «minimum constitutionnellement acceptable», j'estime que mon interprétation de ces principes est plus compatible avec la common law, l'esprit de la *Charte*, le déroulement efficace des procès et la pondération efficace des intérêts tant

individual and the state than the approaches advanced by either of my two colleagues. I note that s. 24 of our *Charter* is said to exist partly in order to purge the judicial system of the "fruit of the poisoned tree". In light of the conclusions that I have reached above, I cannot conclude that we have planted any poisonous seeds.

V. Disposition

In light of my finding as to Crown conduct that would violate s. 7, I am satisfied that the protections accorded a witness under ss. 7 and 13 of the *Charter* are such that although s. 5 of the *Canada Evidence Act* abrogates the common law privilege against self-incrimination, this fact does not render s. 5 unconstitutional. Section 5 of the *Canada Evidence Act* does not violate s. 7 of the *Charter*.

In this case, the trial judge erred in quashing the subpoena against J.P.M., since he arrived at this conclusion on the basis that, under the circumstances, J.P.M. should enjoy an absolute right to remain silent. As a result, a new trial must be ordered. If the charge against J.P.M. were outstanding, he would be compellable at the trial of R.J.S. unless he were able to demonstrate fundamental unfairness in the fact of his compellability. Although the reason for which the offenders are tried separately would appear, at first blush, to be valid and in good faith, the witness J.P.M. would also have been entitled to seek at his own trial, had there been one, to demonstrate colourability amounting to fundamentally unfair conduct by the Crown. The charge against J.P.M. has, however, been stayed and any question as to the compellability of J.P.M. is therefore now moot.

Accordingly, I would dismiss the appeal.

The reasons of Sopinka and McLachlin JJ. were delivered by

SOPINKA J. — I have read the reasons of Justice L'Heureux-Dubé and Justice Iacobucci and agree with the result they reach. With respect, I would

de la personne que de l'État, que ne le sont les méthodes proposées par mes deux collègues. Je note qu'on a dit que l'art. 24 de notre *Charte* a été en partie créé pour éliminer du système judiciaire «le fruit de l'arbre empoisonné». Vu mes conclusions, je ne peux conclure que nous avons semé des graines empoisonnées.

V. Dispositif

Compte tenu de ma conclusion quant à ce qui serait, de la part du ministère public, une conduite de nature à violer l'art. 7, je suis convaincue que les protections offertes au témoin en vertu des art. 7 et 13 de la *Charte* sont telles que, même si l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* abroge le privilège de common law contre l'auto-incrimination, ceci ne rend pas l'art. 5 inconstitutionnel. L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*.

En l'espèce, c'est à tort que le juge du procès a annulé le subpoena visant J.P.M., puisqu'il est parvenu à cette décision en partant du principe que, dans les circonstances, J.P.M. devrait bénéficier d'un droit absolu de garder le silence. En conséquence, il y a lieu d'ordonner un nouveau procès. Si l'accusation contre J.P.M. n'avait pas été suspendue, il serait contraignable au procès de R.J.S. à moins d'être en mesure de démontrer l'inéquité fondamentale de sa contraignabilité. Quoique la raison pour laquelle les contrevenants sont jugés séparément semble, à première vue, valide et de bonne foi, le témoin J.P.M. aurait aussi eu le droit à son propre procès, s'il y en avait eu un, de démontrer que les procédés détournés du ministère public auraient pu constituer une conduite fondamentalement inéquitable. L'accusation de J.P.M. a été suspendue et toute question relative à sa contraignabilité est donc devenue purement théorique.

Pour ces motifs, je rejeterais l'appel.

Version française des motifs des juges Sopinka et McLachlin rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs du juge L'Heureux-Dubé et ceux du juge Iacobucci. Je suis d'accord avec le résultat auquel ils arrivent. Avec

298

299

300

301

not adopt the derivative use approach proposed by Iacobucci J. In my view, the compellability approach which I propose (i) is more consistent with the common law; (ii) does not affect the operation of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5; and (iii) is more conducive to the efficient conduct of trials. With respect to the reasons of L'Heureux-Dubé J., while our approaches are not fundamentally different and the test of compellability is practically the same, I arrive at the test on the basis of different principles with a different emphasis in its application.

302

It is important at the outset to properly characterize the issue in this case. The issue is not whether s. 5 of the *Canada Evidence Act* complies with the dictates of fundamental justice because it requires the co-accused to answer incriminating questions and whether additional use protection is required for the evidence. The issue is whether, under the principles of fundamental justice, the co-accused can be compelled as a witness. Section 5 deals with the right of a witness to refuse to answer questions once in the witness box. The issue in this case is whether the Crown can get him there. As stated by Cartwright J. in *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465, at p. 476:

Section 5 does not purport to say who shall or shall not be compelled to take the witness stand. It deals with the rights and obligations of a witness who is already on the stand.

This was affirmed by a unanimous judgment of this Court in *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, at pp. 30-31:

In examining the rights of a defendant at common law in actions to enforce a forfeiture or penalty, it is necessary to bear in mind three separate and distinct concepts with respect to the defendant as a witness: competence, compellability and the privilege of a witness to refuse to answer questions tending to incriminate. These concepts and their historical background are reviewed in *Cross on Evidence* [6th ed. 1985], at pp. 187-90. The critical distinction between compellability

égard, je n'adopterais pas la méthode fondée sur l'utilisation de la preuve dérivée proposée par le juge Iacobucci. À mon avis, la méthode que je propose, fondée sur la contraignabilité, (i) est plus compatible avec la common law, (ii) ne modifie pas l'application de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, et (iii) favorise davantage le bon déroulement des procès. Pour ce qui concerne les motifs du juge L'Heureux-Dubé, bien que nos méthodes ne soient pas fondamentalement différentes et que le critère de contraignabilité soit pratiquement le même, j'arrive au critère proposé en me fondant sur des principes différents et en articulant son application de façon différente.

Au départ, il importe de bien cerner la question en litige dans la présente affaire. Il ne s'agit pas de savoir si l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* est compatible avec les préceptes de justice fondamentale parce qu'il exige que le coaccusé réponde à des questions incriminantes, et s'il faut établir une protection additionnelle contre l'utilisation de la preuve obtenue. Il s'agit de déterminer si, en vertu des principes de justice fondamentale, le coaccusé peut être contraint à témoigner. L'article 5 porte sur le droit d'un témoin de refuser de répondre à des questions une fois qu'il est à la barre. La question en l'espèce est de savoir si le ministère public peut amener ce témoin à la barre. Comme l'affirme le juge Cartwright dans l'arrêt *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465, à la p. 476:

[TRADUCTION] L'article 5 n'a pas pour objet de dire qui peut ou non être contraint de se présenter à la barre. Il porte sur les droits et obligations d'un témoin déjà à la barre.

Cela a été confirmé dans l'arrêt unanime de notre Cour *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, aux pp. 30 et 31:

En examinant les droits que la *common law* reconnaît à un défendeur dans les actions en recouvrement d'une amende ou en exécution d'une confiscation, il est nécessaire d'avoir à l'esprit trois notions séparées et distinctes en ce qui concerne le défendeur en qualité de témoin: l'habilité, la contraignabilité et le privilège d'un témoin de refuser de répondre aux questions qui tendent à l'incriminer. Ces notions et leurs origines historiques sont examinées dans *Cross on Evidence* [6^e éd. 1985], aux

and the privilege of a witness is well understood in the setting of a criminal trial. An accused charged with an offence under the *Criminal Code* is not compellable to enter the witness box but once that person does, he or she is not excused from answering questions which may tend to incriminate. The accused has only the rights of any other witness: namely, to object to answer such questions and to obtain the protection afforded by s. 5 of the *Canada Evidence Act* (see *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, *supra*, at p. 473). With the advent of the *Charter* the accused can avail himself or herself of the wider protection afforded by s. 13 of the *Charter* (see McIntyre J. in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 377.)

The basis for compellability of any witness is the common law. At common law the accused was initially neither competent nor compellable at his or her own trial. The common law has been altered to make the accused competent for the defence. His or her non-compellability continues to be protected by the common law, reinforced, now, by s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The accused's compellability in other proceedings is also governed by the common law. The compellability of witnesses generally is based on the common law principle that "the state is entitled to every person's evidence". See *Re Spencer and The Queen* (1983), 145 D.L.R. (3d) 344 (Ont. C.A.), at p. 351, *aff'd* [1985] 2 S.C.R. 278. This is a principle to which the common law made exceptions.

The common law often treated the accused as an ordinary witness but, on the other hand, recognized his or her special situation. This required a balancing of the principle that the accused was entitled to remain silent until a case had been made against the accused and the principle that the state is entitled to every person's evidence. This, generally, is the approach which in my opinion accords with the common law and therefore, if carried into s. 7 of the *Charter*, is the relevant principle of fundamental justice. If not included in s. 7, it remains a principle of the common law. I, therefore, focus on the common law principle with respect to com-

pp. 187 à 190. On saisit bien, dans le contexte d'un procès criminel, la distinction cruciale entre la contraignabilité et le privilège d'un témoin. Le prévenu accusé d'une infraction au *Code criminel* ne peut être contraint de se présenter à la barre, mais s'il s'y présente, il ne peut refuser de répondre aux questions qui peuvent tendre à l'incriminer. Le prévenu ne possède que les droits reconnus à tout autre témoin: il peut notamment refuser de répondre à ces questions et bénéficier de la protection accordée par l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* (voir l'arrêt *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, précité, à la p. 473). Depuis l'avènement de la *Charte*, l'accusé peut invoquer la protection plus large qu'offre l'art. 13 de la *Charte* (voir le juge McIntyre dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 377.)

C'est sur la common law que repose la règle de la contraignabilité d'un témoin. À l'origine, l'accusé n'était, en common law, ni habile ni contraignable à témoigner à son propre procès. La common law a été modifiée de façon à rendre l'accusé habile à témoigner pour la défense. La non-contraignabilité de l'accusé continue d'être protégée par la common law, que vient maintenant renforcer l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La common law régit également la contraignabilité de l'accusé dans d'autres procédures. La contraignabilité des témoins se fonde généralement sur le principe de common law voulant que «l'État ait droit au témoignage de toute personne». Voir l'arrêt *Re Spencer and The Queen* (1983), 145 D.L.R. (3d) 344 (C.A. Ont.), à la p. 351, *conf. par* [1985] 2 R.C.S. 278. C'est un principe auquel la common law a formulé des exceptions.

La common law a souvent considéré l'accusé comme un témoin ordinaire, tout en reconnaissant, par ailleurs, qu'il se trouvait dans une situation particulière. Cela exigeait de soupeser le principe selon lequel l'accusé avait le droit de garder le silence jusqu'à l'établissement d'une preuve contre lui, en fonction du principe selon lequel l'État a droit au témoignage de toute personne. À mon avis, c'est généralement le point de vue qui est compatible avec la common law et qui est donc le principe pertinent de justice fondamentale, si on le transpose à l'art. 7 de la *Charte*. Hors du cadre de l'art. 7, il demeure un principe de common law. En

303

304

pellability — an issue that must, generally, be faced before the co-accused enters the witness box.

305 On the other hand, my colleague, Iacobucci J., focuses on the protection that can be afforded to the co-accused once he or she is already in the witness box. Parliament has already spoken to this issue and has decided that the protection should be limited to use immunity. It is common ground that s. 5 of the *Canada Evidence Act* abrogated the common law and substituted use immunity. Without any common law basis, he would enlarge the protection in the statutes by substituting a form of derivative use immunity available to all witnesses who are subsequently charged. He finds that this principle is a principle of fundamental justice enshrined in s. 7 of the *Charter* based on the right against self-incrimination. This requires a determination that *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, did not exhaust the common law principle of the right to silence, a conclusion which I support. I will endeavour to show in the reasons that follow that a flexible approach which balances the two competing interests to which I have referred is more consistent with the common law, with s. 5 of the *Canada Evidence Act* and, from the point of view of the conduct of trials, is more practical and efficient.

The Common Law

306 As I have stated, the common law principle that the state is entitled to every person's evidence was subject to a number of exceptions. Apart from the accused and his or her spouse at the trial of the accused, the common law recognized other exceptions. See *Spencer, supra*, at pp. 351-52 D.L.R.; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), and *Re Mulronev and Coates* (1986), 54 O.R. (2d) 353 (H.C.).

conséquence, je vais me concentrer sur le principe de common law applicable relativement à la contraignabilité — question à laquelle il faut généralement répondre avant que le coaccusé se présente à la barre.

Par contre, mon collègue, le juge Iacobucci, se concentre sur la question de la protection susceptible d'être accordée à un coaccusé une fois qu'il est déjà à la barre. Le Parlement a déjà répondu à cette question et décidé que la protection devrait se limiter à l'immunité contre l'utilisation de la preuve. Il est admis que l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* a abrogé la protection de common law et l'a remplacée par l'immunité contre l'utilisation de la preuve. Sans fondement de common law, mon collègue élargirait la protection reconnue dans les lois en la remplaçant par une forme d'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée dont pourrait se prévaloir tout témoin subséquentement accusé. Il conclut que ce principe en est un de justice fondamentale, consacré à l'art. 7 de la *Charte*, qui se fonde sur le droit de ne pas s'incriminer. Pour ce faire, il faut conclure, ce à quoi je souscris, que l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, n'a pas porté sur tous les aspects du principe de common law du droit de garder le silence. Je m'efforcerai, dans les motifs qui suivent, de démontrer que l'adoption d'une démarche souple permettant d'établir un équilibre entre les deux droits opposés, dont j'ai fait mention, est, d'une part, davantage compatible avec la common law et avec l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et, d'autre part, plus pratique et efficace du point de vue du déroulement des procès.

La common law

Comme je l'ai mentionné, le principe de common law, selon lequel l'État a droit au témoignage de toute personne, est assorti d'un certain nombre d'exceptions. Il existe en common law d'autres exceptions que celles reconnues à l'accusé et à son conjoint au procès de l'accusé. Voir les arrêts *Spencer*, précité, aux pp. 351 et 352 D.L.R.; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), et *Re Mulronev and Coates* (1986), 54 O.R. (2d) 353 (H.C.).

From time to time, an exception was made with respect to the accused in other proceedings. Accordingly, in *Batary*, in which a person charged with murder was subpoenaed to testify at a coroner's inquest, this Court issued an order of prohibition precluding enforcement of the subpoena. I appreciate that this decision has been criticized by commentators who point out that perhaps historically, accused persons were occasionally called before coroners and if they were not, it may have been because they could not be compelled to answer incriminating questions. The latter point I might point out is pure speculation and, in any event, does not explain what would have prevented them from being called as witnesses and asked questions that were not incriminating. Be that as it may, I take *Batary* to stand for this proposition: the Supreme Court, speaking through Cartwright J. (no stranger to the principles of fundamental justice), considered that the circumstances in which the accused was called were unfair and therefore an exception could be made to the general principle of compellability. This is made abundantly clear in the following passage, at p. 476:

It would be a strange inconsistency if the law which carefully protects an accused from being compelled to make any statement at a preliminary inquiry should permit that inquiry to be adjourned in order that the prosecution be permitted to take the accused before a coroner and submit him against his will to examination and cross-examination as to his supposed guilt.

I am aware, of course, that in *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9, a person who was not charged but likely to be charged was treated differently. This distinction recognized that a person actually charged had a better claim to an exemption from the principle that the state is entitled to every person's evidence.

On a parfois reconnu une exception relativement à la personne accusée dans d'autres poursuites. Ainsi, dans l'arrêt *Batary*, où une personne accusée de meurtre avait été assignée à témoigner à une enquête du coroner, notre Cour a rendu une ordonnance interdisant l'exécution du subpoena en question. Je suis conscient du fait que cet arrêt a été critiqué par des commentateurs qui ont souligné qu'il se pouvait, historiquement parlant, que des personnes accusées aient, à l'occasion, été assignées à témoigner devant des coroners et que, si elles ne l'avaient pas été, c'est peut-être parce qu'elles ne pouvaient être contraintes de répondre à des questions incriminantes. Je pourrais peut-être souligner que ce dernier point est purement conjectural et qu'en tout état de cause il n'explique pas ce qui aurait empêché que ces personnes soient assignées et appelées à répondre à des questions non incriminantes. Quoi qu'il en soit, l'arrêt *Batary* étaye, à mon avis, la proposition suivante: la Cour suprême, par l'intermédiaire du juge Cartwright (qui connaissait bien les principes de justice fondamentale), a considéré que les circonstances dans lesquelles l'accusé avait été assigné à témoigner étaient inéquitables et qu'on pouvait donc faire exception au principe général de la contraignabilité. Cela ressort clairement du passage suivant, à la p. 476:

[TRADUCTION] Ce serait une étrange contradiction que la loi écarte avec tant de soin le témoignage obligatoire à l'enquête préliminaire, et qu'elle permette par ailleurs que cette enquête soit ajournée pour que la poursuite puisse amener l'accusé devant un coroner et le soumettre contre sa volonté à un interrogatoire et à un contre-interrogatoire sur sa prétendue culpabilité.

Je sais bien entendu que, dans l'arrêt *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9, on a traité différemment une personne qui n'avait pas été accusée, mais qui était susceptible de l'être. Par cette distinction, on reconnaissait qu'une personne vraiment accusée était mieux en mesure d'invoquer une exemption de l'application du principe selon lequel l'État a droit au témoignage de toute personne.

309 In *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591, at p. 607, Dickson C.J., speaking for the majority, expressly affirmed *Batary*, stating:

It is true that the authority to establish such an inquiry is not without limits. A province must respect federal jurisdiction over criminal law and criminal procedure. For example, a province may not compel a person charged with a criminal offence to testify as a witness before a provincial inquiry into the circumstances giving rise to that charge: *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [supra].

310 Similarly, the High Court of Australia made an exception to the general principle in *Hammond v. Commonwealth of Australia* (1982), 152 C.L.R. 188, in which an accused person was summoned before a public inquiry to testify to the matters in respect of which he had been charged. Brennan J. stated, at pp. 202-3:

It is sufficient for present purposes to appreciate that it is a principle deep-rooted in our law and history that the Crown may not subject an accused person to compulsory process to obtain his answers upon the issue of his guilt of an offence with which he has been charged.

311 In England there is a salutary practice against calling the accomplice, who stands charged with the offence, as a witness against his co-accused unless the Crown undertakes to discontinue proceedings against the accused. See *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at p. 210. In some cases, the practice is complied with by dealing with the proceedings against the accomplice first.

312 In *R. v. Pipe* (1966), 51 Cr. App. R. 17, at p. 21, when the practice was not followed at trial, the Court of Appeal stated:

In the judgment of this Court, this well-recognised rule of practice is one which must be observed, and, accordingly, in the circumstances of this case there is no alternative but to quash the conviction.

Dans l'arrêt *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591, à la p. 607, le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, a explicitement confirmé l'arrêt *Batary*:

Il est vrai que le pouvoir d'établir une telle commission d'enquête n'est pas sans limites. Une province doit respecter la compétence fédérale relative au droit criminel et à la procédure en matière criminelle. Par exemple, une province ne peut obliger une personne accusée d'une infraction criminelle à témoigner devant une commission d'enquête provinciale relativement aux circonstances à l'origine de cette accusation: *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [précité].

De même, la Haute Cour de l'Australie a formulé une exception au principe général dans l'arrêt *Hammond c. Commonwealth of Australia* (1982), 152 C.L.R. 188, où une personne accusée avait été assignée à témoigner devant une commission d'enquête publique au sujet de questions concernant lesquelles elle avait été accusée. Le juge Brennan affirme, aux pp. 202 et 203:

[TRADUCTION] Il suffit, pour les présentes fins, d'être conscient qu'il existe, dans notre droit et notre histoire, un principe bien ancré selon lequel le ministère public ne peut contraindre une personne accusée à donner des réponses concernant la question de sa culpabilité d'une infraction dont elle a été accusée.

En Angleterre, il existe une pratique salutaire qui interdit d'assigner le complice, accusé de l'infraction, à témoigner contre son coaccusé sauf si le ministère public décide d'abandonner les procédures contre l'accusé. Voir *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), à la p. 210. Dans certains cas, on se conforme à cette pratique en s'occupant d'abord des poursuites contre le complice.

Dans l'arrêt *R. c. Pipe* (1966), 51 Cr. App. R. 17, à la p. 21, où la pratique n'avait pas été suivie au procès, la Cour d'appel a affirmé:

[TRADUCTION] De l'avis de notre cour, cette règle de pratique bien reconnue doit être observée et, en conséquence, dans les circonstances de la présente affaire, nous ne pouvons qu'annuler la déclaration de culpabilité.

While this practice seems designed to protect the interests of the accused against whom the evidence is led, it also operates in favour of the co-accused.

Although, pre-*Charter* cases following *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135 (N.S.C.A.), did not make an exception with respect to the compellability of a co-accused who was separately charged, there is no fundamental distinction between the situation in *Batary* and that in cases such as *Regan*. In both cases the prejudice to the co-accused's interests is the same. Professor Ratushny makes this point abundantly clear in "Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?" (1973), 19 *McGill L.J.* 1, at p. 59:

The comment by Cartwright, J. about the inconsistency that would result from requiring an accused to testify at an inquest suggests the importance of the *policy* of non-compellability with respect to an accused. The suggestion is that since he is protected against being compelled at his preliminary inquiry, the same policy should be extended to the coroner's inquest.

If the significance of the decision is to be related to a general policy against compellability (or self-incrimination, if you prefer) rather than historical anomaly, a number of consequences should follow. The *Regan* rule should be abolished, since the inconsistency with respect to a co-accused's trial is as great as (if not greater than) the inconsistency would be at a coroner's inquest. In addition, the policy should be applied where the person has not yet been charged, but is a suspect. Otherwise, the Crown could circumvent the policy by the mere expedient of delaying the laying of charges. [Emphasis in original.]

No doubt the state's interest in the evidence of the co-accused is greater and the focus is less on obtaining discovery from the co-accused when the evidence is sought in order to prosecute another accused than it is in a proceeding such as was involved in *Batary*. In these circumstances, there is a heavier burden on the co-accused to show unfairness and prejudice to his or her interests. As well, I agree with Professor Ratushny that in some circumstances a person who is for all intents and pur-

Bien que cette pratique semble avoir pour but de protéger les intérêts de l'accusé contre qui la preuve est présentée, elle joue aussi en faveur du coaccusé.

Même si la jurisprudence antérieure à la *Charte* qui a suivi *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135 (C.A.N.-É.), n'a pas établi d'exception quant à la contraignabilité d'un coaccusé accusé séparément, il n'existe pas de distinction fondamentale entre la situation dans l'affaire *Batary* et dans des affaires comme *Regan*. Dans les deux cas, le préjudice causé aux intérêts du coaccusé est le même. C'est ce que le professeur Ratushny fait remarquer très clairement dans son article intitulé «Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?» (1973), 19 *McGill L.J.* 1, à la p. 59:

[TRADUCTION] Dans son commentaire sur l'incompatibilité qui s'ensuivrait si l'on exigeait d'un accusé qu'il témoigne au cours d'une enquête, le juge Cartwright fait entrevoir l'importance du *principe* de la non-contraignabilité d'un accusé. Il laisse entendre que, puisque l'accusé ne peut être contraint à témoigner au cours de l'enquête préliminaire, le même principe devrait s'appliquer à l'étape de l'enquête du coroner.

S'il faut rattacher l'importance de l'arrêt à un principe général interdisant la contraignabilité (ou l'auto-incrimination si vous préférez) plutôt qu'à une anomalie historique, il devrait en découler un certain nombre de conséquences. La règle formulée dans *Regan* devrait être abolie puisque l'incompatibilité relativement au procès d'un coaccusé est aussi importante (sinon plus) qu'elle le serait à une enquête du coroner. En outre, ce principe devrait s'appliquer lorsque la personne n'a pas encore été accusée, mais est un suspect, sinon, le ministère public pourrait le contourner en retardant tout simplement le dépôt des accusations. [En italique dans l'original.]

Il n'y a pas de doute que l'État possède un intérêt plus grand dans le témoignage du coaccusé et que l'accent est moins mis sur l'obtention d'une communication de preuve de la part du coaccusé, dans le cas où on veut obtenir le témoignage dans le but de poursuivre un autre accusé, qu'il ne l'est dans le cas de procédures du genre de celles dont il était question dans l'arrêt *Batary*. Dans ces circonstances, le coaccusé a une obligation plus lourde de démontrer l'existence d'une inéquité et

poses an accused but has not been formally charged should be able to avail himself or herself of the benefit of an exception.

d'une atteinte à ses droits. De même, je suis d'accord avec le professeur Ratushny pour dire que, dans ces circonstances, une personne qui est à toutes fins pratiques un accusé, mais qui n'a pas encore été officiellement accusée, devrait pouvoir profiter d'une exception.

315 Post-*Charter* cases have tended to favour an exception as a principle of fundamental justice. See *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226 (Ont. H.C.), at p. 230; *R. v. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407 (Que. C.A.); *R. v. Primeau* (1993), 108 Sask. R. 193 (Q.B.); and *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606 (Gen. Div.), 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. v. Devasagayam*). Although some of the opinions expressed in these cases tended to view the protection afforded by the principle of fundamental justice in absolute terms, in *Re Praisoody*, *supra*, Weiler J. (as she then was) applied what I consider the correct approach. After observing that a co-accused is not always entitled to refuse to be called, Her Ladyship resolved the question by balancing the interest of the accused in remaining silent against the Crown's interest in obtaining the evidence. In balancing these interests she suggested a number of factors that were considered relevant.

Depuis l'adoption de la *Charte*, les tribunaux ont eu tendance à favoriser une exception à titre de principe de justice fondamentale. Voir *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226 (H.C. Ont.), à la p. 230; *R. c. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407 (C.A. Qué.); *R. c. Primeau* (1993), 108 Sask. R. 193 (B.R.), et *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606 (Div. gén.), 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. c. Devasagayam*). Bien que certains juges aient eu, dans ces décisions, tendance à considérer comme absolue la protection offerte par le principe de justice fondamentale, dans l'affaire *Re Praisoody*, précitée, le juge Weiler (maintenant juge de la Cour d'appel de l'Ontario) a appliqué ce que je considère comme la bonne méthode. Après avoir fait observer qu'un coaccusé n'a pas toujours le droit de refuser de témoigner, le juge Weiler a résolu la question en soupesant le droit d'un accusé de garder le silence en fonction de celui du ministère public d'obtenir les éléments de preuve. En soupesant ces droits, elle a proposé un certain nombre de facteurs qui ont été jugés pertinents.

316 In my opinion it would be consistent with the development of the common law and the principles of fundamental justice to allow the court to make an exception to the general right of the state to every person's evidence when the right of the accused to remain silent is seen to outweigh the necessity of having that evidence. This exception would recognize the anomaly of the systematic compulsion of persons accused of a crime to testify in other proceedings while, at the same time, they are entitled to remain silent if interrogated by the police before their trial and are granted absolute immunity from testifying during their trial. The absence of such an exception would undermine these rights if not render them illusory. This con-

À mon avis, il serait compatible avec l'évolution de la common law et des principes de justice fondamentale de permettre au tribunal d'établir une exception au droit général de l'État au témoignage de toute personne, dans les cas où l'on considère que le droit de l'accusé de garder le silence l'emporte sur la nécessité d'obtenir ce témoignage. Cette exception reconnaîtrait qu'il serait anormal de contraindre systématiquement les personnes accusées d'un crime à témoigner dans d'autres procédures, alors que celles-ci auraient, en même temps, le droit de garder le silence si elles étaient interrogées par la police avant leur procès et bénéficieraient d'un droit absolu de ne pas témoigner au cours de leur procès. L'absence d'une telle exception minerait ces droits et pourrait même les rendre illusoirs. Cette préoccupation était au cœur

cern was at the heart of the judgment in *Hebert*, *supra*, in which McLachlin J. stated, at p. 174:

The protection conferred by a legal system which grants the accused immunity from incriminating himself at trial but offers no protection with respect to pre-trial statements would be illusory.

The claim of a person actually charged to an exception is stronger but this would not rule out the claim of a person who is in the position of an accused as, for instance, where the charges have simply been delayed in order to obtain the evidence. I will return later to discuss some of the factors to be considered in balancing the two important interests in arriving at a decision with respect to compellability.

With respect to the contrary views, I believe that a flexible approach is preferable to: (1) the derivative evidence approach advocated by Iacobucci J., or (2) the return to the common law approach favoured by some academic writers.

With respect to the first approach, I have always understood that the principles of fundamental justice are generally derived from the common law. They were not invented with the advent of the *Charter*, although exceptionally a principle has been recognized notwithstanding that it did not find its precise formulation in the common law. The approach which I have outlined above accepts the basic tenets of the applicable common law principles but with a flexible, principled approach to the exceptions to a common law rule. This is an approach which we have already applied to exceptions to the hearsay rule and it is apt here (see *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915). I can find no support for the principle of derivative use immunity in the common law. Before s. 5 of the *Canada Evidence Act* was enacted, a witness could simply refuse to answer. Under s. 5(2), only the "answers" were protected from subsequent use. Indeed, derivative use immunity appears to have been an invention of the United States in order to deal with the unique

de l'arrêt *Hebert*, précité, dans lequel le juge McLachlin affirme, à la p. 174:

La protection accordée par un système juridique qui confère à l'accusé le droit de ne pas s'incriminer au procès mais qui ne lui offre aucune protection à l'égard des déclarations faites antérieurement au procès serait illusoire.

Bien que la revendication d'une exception par une personne vraiment accusée ait plus de poids, cela n'écarterait pas celle d'une personne qui est dans la situation d'un accusé, comme, par exemple, lorsque le dépôt des accusations a simplement été retardé dans le but d'obtenir la preuve. Je reviendrai plus loin sur certains des facteurs dont il faut tenir compte en soupesant les deux droits importants pour en arriver à une décision sur la contraignabilité.

Avec égards pour les points de vue contraires, je crois qu'une méthode souple est préférable: (1) à la méthode de la preuve dérivée préconisée par le juge Iacobucci, ou (2) au retour à la common law proposé par certains auteurs.

En ce qui concerne la première méthode, j'ai toujours compris que les principes de justice fondamentale ont généralement leur origine dans la common law. Ils n'ont pas été inventés au moment de l'adoption de la *Charte*, bien qu'exceptionnellement on ait reconnu un principe même s'il n'était pas formulé précisément dans la common law. La méthode que je viens d'exposer accepte les préceptes fondamentaux des principes de common law applicables, mais assortis d'une approche souple, et fondée sur des principes, des exceptions à une règle de common law. C'est une méthode que nous avons déjà appliquée aux exceptions à la règle du oui-dire et elle est appropriée en l'espèce (voir l'arrêt *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915). À mon avis, la common law n'appuie aucunement le principe de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. Avant l'adoption de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, un témoin pouvait tout simplement refuser de répondre. En vertu du par. 5(2), seules les «réponses» étaient protégées contre une utilisation ultérieure. En fait, l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée paraît avoir été inventée aux États-Unis dans le but de

317

318

problem posed by the Fifth Amendment, a constitutional guarantee that is quite different from ours.

319

Moreover, the derivative use immunity approach addresses the problem at the wrong end. As I have pointed out above, this is a question of compellability and not the use of the evidence. Once the accused has testified, attempting to contain the damage may be like closing the barn door after the horses have escaped. My colleague recognizes this problem and quotes the following passage from Ratushny, "The Role of the Accused in the Criminal Process" in G.-A. Beaudoin and E. Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), 451, at pp. 483-84, which bears repeating:

The basic problem is that many of the protections provided by the criminal process may be subverted by calling the suspect or accused as a witness at some other proceeding prior to his criminal trial.

It is true that such a witness may prevent his testimony from being introduced at any subsequent criminal trial. However, the damage may be done in other ways. The earlier hearing might be used as a 'fishing expedition' to subject the witness to extensive questioning with a view to uncovering possible criminal conduct. The questioning might also be used to investigate a particular offence. For example, the accused might be required to reveal possible defences, the names of potential defence witnesses and other evidence. Moreover, the publicity generated by the hearing may seriously prejudice the likelihood of a fair trial.

The problem is that the initial hearing is likely to have none of the protections guaranteed by the criminal process. There will be no specific accusation, no presumption of innocence, no protections against prejudicial publicity, no rules of evidence and so on. It is submitted that there is a serious crisis of integrity in a criminal process whose detailed protections may so easily be ignored. Nor are these merely theoretical problems. [Emphasis added.]

320

It is for this reason that matters of compellability are routinely dealt with when a witness is

résoudre le problème unique posé par le Cinquième amendement, une garantie constitutionnelle fort différente des nôtres.

Par ailleurs, la méthode de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée n'aborde pas le problème sous le bon angle. Comme je l'ai déjà fait remarquer, il s'agit d'une question de contraignabilité et non d'utilisation de la preuve. Une fois que l'accusé a témoigné, tenter de circonscrire le dommage est un peu comme fermer les portes de l'écurie quand les chevaux se sont échappés. Mon collègue reconnaît ce problème et cite l'extrait suivant tiré de l'article de Ratushny, intitulé «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), 505, à la p. 541:

Le problème est le suivant: il est possible pour l'accusation de priver l'accusé ou le suspect de bon nombre des protections du processus pénal en l'assignant comme témoin à des procédures autres que son procès.

Il est vrai qu'un témoin peut empêcher que son témoignage soit présenté comme preuve contre lui dans un procès criminel subséquent. Il peut, cependant, subir d'autres préjudices. Il est possible qu'on utilise la procédure comme une «expédition de pêche» où l'on interrogera le témoin de façon serrée pour tenter de découvrir s'il a déjà participé à des infractions. Ou encore, on tentera de voir s'il a participé à une infraction en particulier. L'accusé pourrait, par exemple, être obligé de révéler ses défenses possibles, le nom de personnes qui pourraient être appelées comme témoin de la défense ainsi que d'autres preuves. De plus, la publicité que susciterait l'audition risque de compromettre ses chances d'avoir un procès équitable.

Le problème vient de ce que cette première procédure ne comportera sans doute pas les garanties du procès criminel. Il n'y aura pas d'accusation précise, pas de présomption d'innocence, pas de protection contre la publicité préjudiciable, les règles de la preuve ne joueront pas en sa faveur et ainsi de suite. S'il est aussi facile de contourner les protections du processus pénal, on peut dire que l'intégrité de ce processus est sérieusement en danger. De plus, ces problèmes sont loin d'être théoriques. [Je souligne.]

C'est pour ce motif que les questions de contraignabilité sont systématiquement examinées au

called upon to testify. See *R. v. Duvivier* (1991), 64 C.C.C. (3d) 20 (Ont. C.A.), at p. 25, in which Doherty J.A., speaking for the court, stated:

The determination of the compellability of a witness is routinely made by the presiding judge when the witness is called to give evidence: see *R. v. Czippis* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166, 101 D.L.R. (3d) 323, 12 C.R. (3d) 193 (Ont. C.A.); *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21, 32 C.R. (3d) 337 (Ont. C.A.); *Re McNamara and The Queen* (1978), 12 C.R. (3d) 246 (Ont. H.C.J.); *Re Regina and Mann* (1971), 4 C.C.C. (2d) 319, [1971] 5 W.W.R. 84 (B.C.S.C.); *R. v. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19 at p. 26, 7 O.R. (2d) 145, 29 C.R.N.S. 1 (C.A.). As this court recognized in *R. v. Logan* (1988), 43 C.C.C. (3d) 567, 65 O.R. (2d) 717, 44 C.R.R. 149, the trial court (or, I add, the justice conducting the preliminary inquiry) is usually in the best position to determine issues relevant to the compellability of a witness. Nor does the existence of a constitutional flavour to the argument against compellability necessarily alter the trial court's preferred position: see *Re Chase and The Queen* (1982), 1 C.C.C. (3d) 188, 142 D.L.R. (3d) 507, [1983] W.C.D. 067 (B.C.S.C.).

The second approach, a return to the common law, would require s. 5(2) to be rewritten but, in addition, it would be absolute and would not permit the balancing of the two important principles which are at stake.

While recognizing that at common law an issue of compellability was resolved at the "subpoena" stage, we cannot ignore the fact that as a principle of fundamental justice it enjoys protection under s. 7. It follows that a person who is wrongfully compelled to testify when that person was not compellable has suffered a breach of his or her *Charter* rights. In some cases, the unfairness of compelling a witness to testify will not appear until after the witness has given evidence. In such circumstances, the person so compelled should not be precluded from seeking a remedy at the trial stage in proceedings against that person. One of the available remedies for breach of *Charter* rights is a stay of proceedings. The circumstances under which a stay is an appropriate remedy will fall to be determined in future cases in which that issue arises. I

moment où un témoin est appelé à la barre. Voir l'arrêt *R. c. Duvivier* (1991), 64 C.C.C. (3d) 20 (C.A. Ont.), à la p. 25, où le juge Doherty, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, précise:

[TRADUCTION] Le juge qui préside détermine systématiquement la contraignabilité d'un témoin lorsque ce dernier est appelé à la barre: voir *R. c. Czippis* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166, 101 D.L.R. (3d) 323, 12 C.R. (3d) 193 (C.A. Ont.); *R. c. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21, 32 C.R. (3d) 337 (C.A. Ont.); *Re McNamara and The Queen* (1978), 12 C.R. (3d) 246 (H.C.J. Ont.); *Re Regina and Mann* (1971), 4 C.C.C. (2d) 319, [1971] 5 W.W.R. 84 (C.S.C.-B.); *R. c. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19, à la p. 26, 7 O.R. (2d) 145, 29 C.R.N.S. 1 (C.A.). Comme notre cour l'a reconnu dans l'arrêt *R. c. Logan* (1988), 43 C.C.C. (3d) 567, 65 O.R. (2d) 717, 44 C.R.R. 149, c'est habituellement le tribunal de première instance (ou, j'ajoute, le juge qui procède à l'enquête préliminaire) qui est le mieux placé pour trancher les questions se rapportant à la contraignabilité d'un témoin. De plus, le fait que l'argument contre la contraignabilité ait un caractère constitutionnel ne modifie pas nécessairement la situation privilégiée du tribunal de première instance: voir *Re Chase and The Queen* (1982), 1 C.C.C. (3d) 188, 142 D.L.R. (3d) 507, [1983] W.C.D. 067 (C.S.C.-B.).

La deuxième méthode, le retour à la common law, nécessiterait une reformulation du par. 5(2), mais, en outre, elle serait absolue et ne permettrait pas de soupeser les deux importants principes en jeu.

S'il faut reconnaître qu'en common law une question relative à la contraignabilité était résolue à la phase du «subpoena», nous ne pouvons ignorer le fait qu'en tant que principe de justice fondamentale, elle bénéficie d'une protection en vertu de l'art. 7. Il s'ensuit qu'une personne contrainte à tort à témoigner alors qu'elle n'était pas contraignable a subi une violation de ses droits en vertu de la *Charte*. Dans certains cas, le caractère inéquitable de la contrainte du témoin n'apparaîtra qu'après la déposition de ce témoin. Dans de telles circonstances, la personne ainsi contrainte ne devrait pas être empêchée de demander réparation à l'étape du procès dans les poursuites engagées contre elle. Une des réparations possibles en cas de violation des droits garantis par la *Charte* est un arrêt des procédures. Les circonstances dans les-

321

322

emphasize, however, that, as a general rule, the appropriate time to raise the issue of compellability is at the stage when the witness is asked to take the stand. The opportunity to raise the issue subsequently should not be used simply to give the person compelled "two bites at the apple" by using that opportunity as an appeal of the determination made at the subpoena stage, nor to enable that person to "lie in the weeds" when the matter could have been raised effectively at the appropriate time.

The Effect on Section 5 of the *Canada Evidence Act*

323

The approach suggested in these reasons would leave s. 5 of the *Canada Evidence Act* intact which would continue to operate in tandem with s. 13 of the *Charter* as before. On the other hand, the derivative evidence approach would render s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* and s. 13 virtually superfluous. These provisions only come into play when criminal proceedings are subsequently taken against a witness who has been compelled to testify. Under the residual derivative evidence approach, reliance would be placed on the principle of fundamental justice that excludes any evidence which "but for" the compelled evidence would not have been obtained. Obviously, use of the evidence directly obtained in the form of testimony would be covered by the proposed exclusionary rule. Section 5(2) and s. 13 would therefore be largely redundant.

Effect on the Conduct of Trials

324

The concept of use immunity is well understood and applied by our courts. The testimony cannot be used except in cross-examination as to credibility. Derivative use immunity based on any test requires that the evidence which is adduced against the party who was compelled be screened. I cannot see how in virtually every case a *voir dire* of the whole of the evidence can be avoided. Iacobucci J. refers to the criticisms levied against derivative use

quelles l'arrêt des procédures est une réparation appropriée devront être précisées dans des affaires futures où la question se posera. Je souligne toutefois qu'en règle générale, le moment approprié pour soulever la question de la contraignabilité est le moment où on demande au témoin de venir à la barre. La possibilité de soulever la question plus tard ne devrait pas servir à donner à la personne contrainte «deux chances», en utilisant cette possibilité comme un appel de la décision rendue à l'étape du subpoena, ni servir à permettre à cette personne de «guetter l'occasion» alors que la question aurait pu être réglée au moment approprié.

L'effet sur l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*

La méthode que je propose dans les présents motifs laisserait intact l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui continuerait de s'appliquer conjointement avec l'art. 13 de la *Charte*. Par contre, la méthode de la preuve dérivée rendrait pratiquement superflus le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* et l'art. 13. Ces dispositions ne s'appliquent que dans le cas où des poursuites criminelles ont par la suite intentées contre un témoin qui a été contraint de témoigner. Selon la méthode de la preuve dérivée résiduelle, l'accent serait mis sur le principe de justice fondamentale qui permet d'écarter tout élément de preuve qui n'aurait pas été obtenu «n'eut été» le témoignage forcé. De toute évidence, l'utilisation de la preuve directement obtenue sous forme de témoignage serait visée par la règle d'exclusion proposée. Le paragraphe 5(2) et l'art. 13 seraient donc fortement redondants.

L'effet sur le déroulement des procès

Nos tribunaux comprennent et appliquent bien le concept de l'immunité contre l'utilisation de la preuve. Le témoignage ne peut être utilisé, sauf en contre-interrogatoire sur une question de crédibilité. L'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, quel que soit le critère appliqué, nécessite un tamisage de la preuve présentée contre la partie qui a été contrainte à témoigner. Je ne vois pas comment il est possible d'éviter, dans pratique-

immunity by La Forest J. in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425. This criticism is of complete derivative use immunity which excludes all evidence causally connected to the compelled testimony. I question the theory that the difficulties encountered in applying derivative use immunity in the United States will be appreciably reduced by adopting the "but for" test. First, the issue as to whether the evidence is causally connected to the compelled testimony will continue to be a first step. The Crown will seek to establish that there was no connection, therefore rendering it unnecessary for it to establish the hypothetical situation that the evidence would have been discovered in any event. The accused will surely seek to establish a connection in order to raise the issue. As my colleague Iacobucci J. states, "the accused can raise the issue . . . by demonstrating a plausible connection between the proposed evidence and prior testimony" (p. 565). My colleague equates the new proposed procedure with a s. 24(2) analysis and cites *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, in support. It is, therefore, apt to point out that in *Black* Wilson J. first determined that "the knife . . . is derivative evidence obtained as a direct result of 'a statement or other indication' made by the [accused]" (p. 162). Wilson J. then turned to consider the second issue, whether it would have been discovered in any event. Once, therefore, the first issue is resolved and a connection is established, the second issue must be addressed. This issue requires the proof of a hypothetical. Would the evidence have been discovered but for the compelled testimony? While the first issue can be based on what actually happened, the second must be based on what did not but would have happened. Clearly, as my colleague acknowledges, the burden of

ment tous les cas, la tenue d'un voir-dire relatif à l'ensemble de la preuve. Le juge Iacobucci renvoie aux critiques que le juge La Forest a formulées au sujet de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425. Il critique l'existence d'une immunité complète contre l'utilisation de la preuve dérivée qui a pour effet d'écartier tous les éléments de preuve qui ont un lien de causalité avec le témoignage forcé. Je mets en doute la théorie selon laquelle l'adoption du critère du «n'eût été» permettra d'atténuer sensiblement les difficultés d'application de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée que l'on a connues aux États-Unis. Premièrement, il faudra encore à la première étape se demander si les éléments de preuve ont un lien de causalité avec le témoignage forcé. Le ministère public cherchera à établir l'inexistence de ce lien, rendant ainsi inutile pour lui de prouver la situation hypothétique que la preuve aurait été découverte de toute façon. La personne accusée cherchera certainement à établir un lien dans le but de soulever la question. Comme mon collègue le juge Iacobucci l'affirme, «l'accusé peut soulever la question [. . .] en démontrant l'existence plausible d'un lien entre la preuve proposée et un témoignage antérieur» (p. 565). Mon collègue assimile la nouvelle procédure proposée à une analyse fondée sur le par. 24(2) et il cite à l'appui l'arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138. Il convient donc de souligner que, dans l'arrêt *Black*, le juge Wilson a tout d'abord statué que «le couteau [. . .] constitue un élément de preuve dérivée obtenu directement par suite «d'une déclaration ou d'une autre indication» de l'[accusée]» (p. 162). Le juge Wilson a ensuite examiné la deuxième question, celle de savoir si la preuve aurait été découverte de toute façon. Par conséquent, une fois la première question tranchée et un lien établi, il faut aborder la deuxième question. Cette question nécessite la preuve d'une hypothèse. La preuve aurait-elle été découverte n'eût été le témoignage forcé? Bien que la réponse à la première question puisse se fonder sur ce qui s'est réellement passé, la réponse à la deuxième doit se fonder sur ce qui ne s'est pas passé, mais qui se

proof will rest with the Crown. It will not be an easy one to meet.

serait produit. De toute évidence, comme le reconnaît mon collègue, le fardeau de la preuve incombe au ministère public et la tâche ne sera pas facile.

325

I expect that difficulties experienced with derivative use immunity in the United States will be repeated here leading to interminable admissibility proceedings and resulting in virtual transactional immunity. See R. S. Ghio, "The Iran-Contra Prosecutions and the Failure of Use Immunity" (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 229, and J. A. Murphy, "The Aftermath of the Iran-Contra Trials: The Uncertain Status of Derivative Use Immunity" (1992), 51 *Md. L. Rev.* 1011. In my view it is preferable to resolve the issue of compellability before the evidence is given. There is then and there finality to the matter. If the co-accused is compelled, both the Crown and co-accused will be fully aware as to what evidence is admissible in the prosecution of the co-accused. The trial of the co-accused can proceed in the normal way subject to the application of s. 5 of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter*. If the co-accused is not compelled, the trial against the co-accused will proceed without restrictions.

Je m'attends que les difficultés que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée a soulevées aux États-Unis se reproduiront ici et entraîneront des procédures interminables sur la question de l'admissibilité des éléments de preuve et une quasi-immunité à l'égard d'une affaire donnée. Voir R. S. Ghio, «The Iran-Contra Prosecutions and the Failure of Use Immunity» (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 229, et J. A. Murphy, «The Aftermath of the Iran-Contra Trials: The Uncertain Status of Derivative Use Immunity» (1992), 51 *Md. L. Rev.* 1011. À mon avis, il est préférable de résoudre la question de la contraignabilité avant que le témoignage ne soit effectué. Cela confère sur-le-champ un caractère définitif à la question. Si le coaccusé est contraint de témoigner, le ministère public et lui sauront parfaitement quels éléments de preuve sont admissibles dans les poursuites intentées contre le coaccusé. Le procès du coaccusé peut se dérouler normalement sous réserve de l'application de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et de l'art. 13 de la *Charte*. Si le coaccusé n'est pas contraint de témoigner, le déroulement du procès contre lui ne sera assujéti à aucune restriction.

Conclusion

Conclusion

326

I conclude that a person charged may be entitled to an exception from the principle that the state is entitled to every person's evidence as a principle of fundamental justice under s. 7. The person claiming the exception should, as a general rule, assert the right before his or her testimony is taken and has the burden of satisfying the judge that in all the circumstances the prejudice to his or her interests overbears the necessity of obtaining the evidence. A person who is not actually charged may in some circumstances also claim the exception but since we are not called upon in this case to determine in precisely what circumstances this may be done, I prefer to leave this to another day. In balancing these interests, the following factors,

Je conclus qu'une personne accusée peut avoir droit à une exception au principe selon lequel l'État a droit au témoignage de toute personne, comme principe de justice fondamentale en vertu de l'art. 7. La personne qui invoque l'exception devrait, en règle générale, faire valoir ce droit avant de témoigner et a le fardeau de convaincre le juge que, dans toutes les circonstances, l'atteinte à ses droits l'emporte sur la nécessité d'obtenir le témoignage en question. Une personne qui n'est pas vraiment accusée peut également, dans certaines circonstances, invoquer cette exception, mais puisque nous n'avons pas en l'espèce à déterminer précisément dans quelles circonstances cela peut être fait, je préfère remettre à une autre occasion le soin de répondre à cette question. Lorsque l'on soupèse ces droits, on devrait tenir compte des

which are not intended to be exhaustive, should be considered:

1. the relative importance of the evidence to the prosecution in respect of which the accused is compelled;
2. whether the evidence can be obtained in some other manner;
3. whether the trial or other disposition of the charge against the accused whose evidence is sought to be compelled could reasonably be held before he or she is called to testify;
4. the relationship between the proposed questions to the accused witness and the issues in his or her trial;
5. whether the evidence of the accused witness is likely to disclose defences or other matters which will assist the Crown notwithstanding the application of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*;
6. any other prejudice to the accused witness, including the effect of publication of his or her evidence.

Finally, as explained above, failure to raise the matter at the appropriate time, or an adverse ruling in that regard, will in some circumstances not preclude the matter being renewed in subsequent proceedings.

Application to this Case

In this case, the trial judge quashed the subpoena against J.P.M. on the basis of the application of an absolute right to remain silent which made J.P.M. non-compellable. On the basis of the foregoing, it follows that he erred and a new trial must be ordered. If the charge against J.P.M. were outstanding, his compellability would have to be determined by the trial judge in accordance with the principles outlined above. The charge against J.P.M. has, however, been stayed and, while there

facteurs suivants, dont l'énumération ne se veut pas exhaustive:

1. l'importance relative du témoignage dans les poursuites au cours desquelles l'accusé est contraint de témoigner;
2. la question de savoir si les éléments de preuve peuvent être obtenus d'une autre façon;
3. la question de savoir si le procès ou toute décision relative à l'accusation portée contre la personne accusée, que l'on veut contraindre à témoigner, pourrait raisonnablement avoir lieu avant que cette personne ne soit assignée à témoigner;
4. le rapport entre les questions que l'on compte poser au témoin accusé et les questions en litige dans le procès intenté contre lui;
5. la question de savoir si le témoin accusé risque de divulguer ses moyens de défense ou d'autres renseignements qui aideront le ministère public, nonobstant l'application du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*;
6. tout autre préjudice pour le témoin accusé, y compris l'effet de la publication de son témoignage.

Enfin, comme je l'explique plus haut, le défaut de soulever la question au moment approprié, ou une décision défavorable à ce sujet, n'empêchera pas que, dans certaines circonstances, la question soit renouvelée dans des procédures ultérieures.

Application à la présente affaire

En l'espèce, le juge du procès a annulé le subpoena délivré contre J.P.M. pour le motif que celui-ci avait un droit absolu de garder le silence, qui le rendait non contraignable. Compte tenu de ce qui précède, il s'ensuit qu'il a commis une erreur et que la tenue d'un nouveau procès doit être ordonnée. Si l'accusation contre J.P.M. était pendante, le juge du procès devrait déterminer sa contraignabilité conformément aux principes que je viens d'exposer. Cette accusation a cependant

327

328

must be a new trial, the issue of compellability of J.P.M. will not arise. I would answer the constitutional questions as proposed by Iacobucci J.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Department of the Attorney General, Edmonton.

été suspendue et, bien qu'il doive y avoir un nouveau procès, la question de la contraignabilité de J.P.M. ne se posera pas. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon proposée par le juge Iacobucci.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant: Gold & Fuerst, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le ministère du Procureur général, 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, 1995 Vol. 1

5^e cahier, 1995 Vol. 1

Cited as [1995] 1 S.C.R. 633-790

Renvoi [1995] 1 R.C.S. 633-790

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

Chen v. Canada (Minister of Employment and Immigration) 725

Immigration — Permanent residence applications — Visa officer's discretion — Interpretation of s. 11(3) of Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172.

R. v. B. (W.R.) 750

Criminal law — Evidence — Recharge — Reference in recharge to inadmissible evidence tendered on voir dire — Reference so affecting verdict that new trial required.

R. v. Barrett 752

Criminal law — Trial — No reasons given by trial judge for ruling on voir dire that accused's incriminating statements admissible — Accused convicted on several counts of robbery — Absence of reasons not ground for appeal when finding

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
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

Chen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)..... 725

Immigration — Demande de résidence permanente — Pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas — Interprétation de l'art. 11(3) du Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172.

R. c. B. (W.R.) 750

Droit criminel — Preuve — Nouvel exposé au jury — Mention d'une preuve inadmissible concernant le voir-dire dans le nouvel exposé au jury — Mention influant sur le verdict au point de nécessiter un nouveau procès.

R. c. Barrett 752

Droit criminel — Procès — Aucun motif formulé par le juge du procès relativement à sa décision sur le voir-dire que les déclarations incriminantes de l'accusé étaient admissibles — Accusé reconnu coupable de plusieurs chefs de vol qualifié —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

supportable on evidence or where basis of finding apparent from circumstances.

R. v. Biddle 761

Evidence — Admissibility — Rebuttal evidence — Issue as to identity — Accused giving alibi — Crown in reply introducing evidence of witness calling part of alibi into question — Whether reply evidence properly admissible — Whether verdict supported by the evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i), (b)(iii).

Criminal law — Jury — Unreasonable bias — All-female jury fashioned through use of stand-bys — Provision allowing for Crown's numerical superiority in stand-bys later found unconstitutional and repealed — Whether abuse of jury selection process — Whether reasonable apprehension of bias created — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 634.

R. v. Chaplin 727

Criminal law — Evidence — Disclosure — Crown's obligation to make disclosure to defence — Defence informed that accuseds not primary or secondary wiretap targets in this investigation — Defence requesting to be informed of whether or not accuseds primary or secondary targets in wiretaps used in other investigations — Whether accused has right to know if a target in wiretap authorizations unrelated to investigation of current criminal charge — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 187, 189(2), 193, 196.

R. v. D. (W.R.) 758

Criminal law — Prosecution of offences — Conflict of interest — Accused charged with sexual offences — Victim suing provincial government alleging social worker employed by government negligently ignored her complaints — Government counsel in civil action and criminal case both employed by Department of Justice — Whether Department of Justice acting in a conflict of interest.

R. v. Lepage 654

Criminal law — Possession of restricted drug for purposes of trafficking — Evidence — Accused's fingerprints found on bag containing LSD — Crown witness testifying that accused was a drug dealer and that the drugs seized were the accused's — Whether trial judge entitled to infer possession from presence of fingerprints — Whether Crown witness's evidence inadmissible as character evidence — Whether trial judge's verdict unreasonable or unsupported by the evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. Lord 747

Criminal law — Evidence — Hearsay — Co-conspirator's exception to hearsay rule — Trial judge erring in charge with respect to the co-conspirator's exception to the hearsay rule —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Impossibilité d'invoquer l'absence de motifs comme moyen d'appel lorsque la décision est appuyée par la preuve ou lorsque le fondement de la décision est évident compte tenu des circonstances.

R. c. Biddle 761

Preuve — Admissibilité — Contre-preuve — Litige quant à l'identité — L'accusé fournit un alibi — Le ministère public introduit en contre-preuve le témoignage d'un témoin remettant en question une partie de l'alibi — La contre-preuve est-elle admissible? — Le verdict est-il fondé en preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(i), b)(iii).

Droit criminel — Jury — Partialité déraisonnable — Jury exclusivement féminin sélectionné au moyen des mises à l'écart — Abrogation ultérieure de la disposition accordant au ministère public un avantage numérique quant aux mises à l'écart pour cause d'inconstitutionnalité — Y a-t-il eu abus du processus de sélection du jury? — Y a-t-il crainte raisonnable de partialité? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 634.

R. c. Chaplin 727

Droit criminel — Preuve — Divulgence — Obligation de divulgation incombant au ministère public — Défense informée que les accusés n'étaient pas les cibles principales ou secondaires d'écoute électronique dans le cadre de l'enquête — Défense demandant à savoir si les accusés étaient les cibles principales ou secondaires d'écoute électronique dans d'autres enquêtes — L'accusé a-t-il le droit de savoir s'il est visé par des autorisations d'écoute électronique n'ayant aucun rapport avec l'enquête sur l'accusation portée contre lui? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 187, 189(2), 193, 196.

R. c. D. (W.R.) 758

Droit criminel — Poursuites relatives à des infractions — Conflit d'intérêts — Accusé inculpé d'infractions d'ordre sexuel — Action contre le gouvernement provincial intentée par la victime qui allègue qu'une travailleuse sociale au service du gouvernement a par négligence ignoré ses plaintes — Gouvernement représenté dans les procédures civiles et criminelles par deux avocats au service du ministère de la Justice — Le ministère de la Justice est-il en conflit d'intérêts?

R. c. Lepage 654

Droit criminel — Possession d'une drogue d'usage restreint en vue d'en faire le trafic — Preuve — Empreintes digitales de l'accusé relevées sur un sac contenant du LSD — Témoin du ministère public affirmant que l'accusé était un trafiquant de drogue et que la drogue saisie lui appartenait — Le juge du procès pouvait-il déduire la possession de la présence des empreintes digitales relevées? — La déposition du témoin du ministère public constituait-elle une preuve de moralité inadmissible? — Est-ce que le verdict du juge du procès était dérai-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Verdict would have been same even absent error — No substantial wrong or miscarriage of justice.

R. v. McIntosh 686

Criminal law — Defences — Self-defence — Accused charged with second degree murder after stabbing deceased in what he claimed was an act of self-defence — Trial judge instructing jury that words “without having provoked the assault” should be read into s. 34(2) of Criminal Code — Whether self-defence as defined in s. 34(2) is available to initial aggressors — Whether s. 37 outlining basic principles of self-defence should have been put to jury — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 34(1), (2), 35, 37.

R. v. Moore 756

Criminal law — Interception of private communications — Validity of authorization — Application for fresh authorization — First authorization lawfully obtained — Police authorized to avail themselves of “resort to” clause in first authorization.

R. v. Stinchcombe..... 754

Criminal law — Evidence — Duty to disclose — Crown producing copy of statement and transcript of tape and explaining absence of originals — No misconduct on part of Crown revealed — Crown’s obligation to produce fulfilled — Trial judge erring in ordering stay of proceedings.

R. v. Tempelaar..... 760

Criminal law — Sentencing — Jury’s verdict supportable on any one of three factual bases — Factual basis of verdict not particularized — Whether judge entitled to sentence on the most aggravating basis.

White Resource Management Ltd. v. Durish 633

Real property — Registration — Torrens System — Competing interests through three chains of interests — Priority — Caveated interests — Interest in land in lapsed caveat — Effect of s. 195 of Land Titles Act — Whether protection of s. 195 against unregistered interests restricted to dealings with “owner of any land” — Effect of intervening caveat — Effect of lapse of caveat on priority — Land Titles Act, R.S.A. 1980, c. L-5, s. 195.

SOMMAIRE (Suite)

sonnable ou ne pouvait pas s’appuyer sur la preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

R. c. Lord 747

Droit criminel — Preuve — Oûi-dire — Exception des coauteurs de complot à la règle du oûi-dire — Erreur du juge du procès dans ses directives concernant l’exception des coauteurs de complot à la règle du oûi-dire — Le verdict aurait été le même en l’absence d’une erreur — Aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave.

R. c. McIntosh 686

Droit criminel — Moyens de défense — Légitime défense — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré après qu’il eût poignardé la victime au cours d’un incident relativement auquel il invoque la légitime défense — Directives du juge du procès au jury selon lesquelles l’expression «sans provocation de sa part» devait être considérée comme incluse dans l’art. 34(2) du Code criminel — La légitime défense visée à l’art. 34(2) peut-elle être invoquée par l’agresseur initial? — Le jury aurait-il dû recevoir des directives sur les principes fondamentaux de la légitime défense énoncés à l’art. 37? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 34(1), (2), 35, 37.

R. c. Moore 756

Droit criminel — Interception de communications privées — Validité de l’autorisation — Demande de nouvelle autorisation — Première autorisation obtenue légalement — Police autorisée à se prévaloir de la disposition relative aux «endroits fréquentés» de la première autorisation.

R. c. Stinchcombe..... 754

Droit criminel — Preuve — Obligation de divulguer — Présentation par le ministère public d’une copie de la déclaration et d’une transcription de la cassette et explication de l’absence des originaux — Aucune conduite répréhensible de la part du ministère public — Obligation de produire du ministère public respectée — Erreur du juge du procès commise en ordonnant l’arrêt des procédures.

R. c. Tempelaar..... 760

Droit criminel — Détermination de la peine — Verdict du jury justifiable par l’un ou l’autre de trois fondements factuels — Fondement factuel du verdict non particularisé — Le juge avait-il le droit d’infliger la peine selon le fondement le plus grave.

White Resource Management Ltd. c. Durish 633

Immeubles — Enregistrement — Régime Torrens — Droits opposés obtenus au moyen de trois chaînes de droits — Priorité — Droits constatés par caveat — Droit dans un bien-fonds constaté par un caveat caduque — Effet de l’art. 195 de la Land Titles Act — La protection de l’art. 195 contre les droits

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

non enregistrés se limite-t-elle aux opérations mettant en cause le «propriétaire d'un bien-fonds»? — Effet d'un caveat interposé — Effet de la caducité d'un caveat sur l'ordre de priorité — Land Titles Act, R.S.A. 1980, ch. L-5, art. 195.

Victor R. Durish *Appellant*

v.

White Resource Management Ltd., Royal Bank of Canada and WRM Resources Ltd. *Respondents*

INDEXED AS: WHITE RESOURCE MANAGEMENT LTD. v. DURISH

File No.: 23483.

1994: October 6; 1995: February 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Real property — Registration — Torrens System — Competing interests through three chains of interests — Priority — Caveated interests — Interest in land in lapsed caveat — Effect of s. 195 of Land Titles Act — Whether protection of s. 195 against unregistered interests restricted to dealings with "owner of any land" — Effect of intervening caveat — Effect of lapse of caveat on priority — Land Titles Act, R.S.A. 1980, c. L-5, s. 195.

A series of transactions resulted in three chains of interests affecting a parcel of land (with mineral rights) originally owned by Carlson. These transactions were effected under the Torrens System and are summarized as follows (see chart at p. 634).

The relevant transactions were caveated with the Land Registry shortly after their execution. A caveat is only a notice of an interest which lapses if not successfully defended when challenged by a subsequent interest. White (who claimed under the third chain of interest flowing from the option to lease to Normac (October 4, 1976)) challenged the interests of Vold (who claimed under the first chain flowing from an agreement of sale by Carlson's heirs to Vold registered in October, 1969) and Pawnee and Haida (who claimed under the second chain flowing from a lease caveated on November 25, 1971) to take proceedings on their caveats. Only Haida defended its caveat; the 1969 and 1971 Pawnee caveats

Victor R. Durish *Appelant*

c.

White Resource Management Ltd., Banque Royale du Canada et WRM Resources Ltd. *Intimées*

RÉPERTORIÉ: WHITE RESOURCE MANAGEMENT LTD. c. DURISH

N° du greffe: 23483.

1994: 6 octobre; 1995: 23 février.

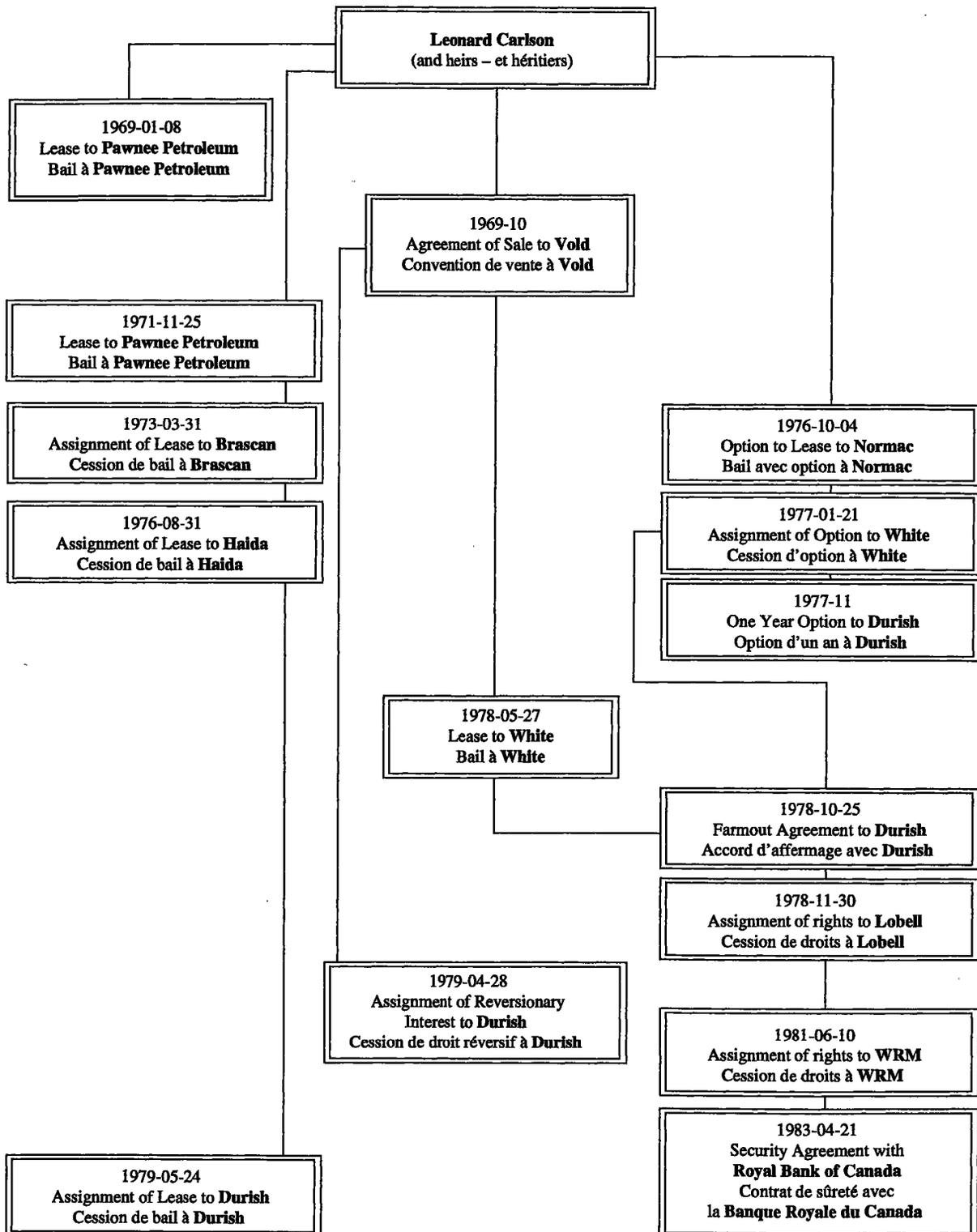
Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

Immeubles — Enregistrement — Régime Torrens — Droits opposés obtenus au moyen de trois chaînes de droits — Priorité — Droits constatés par caveat — Droit dans un bien-fonds constaté par un caveat caduque — Effet de l'art. 195 de la Land Titles Act — La protection de l'art. 195 contre les droits non enregistrés se limite-t-elle aux opérations mettant en cause le «propriétaire d'un bien-fonds»? — Effet d'un caveat interposé — Effet de la caducité d'un caveat sur l'ordre de priorité — Land Titles Act, R.S.A. 1980, ch. L-5, art. 195.

Une série d'opérations a donné naissance à trois chaînes de droits touchant un bien-fonds (avec droits miniers) appartenant initialement à Carlson. Ces opérations ont été effectuées sous le régime Torrens et se résument ainsi (voir le tableau à la p. 634).

Des caveats ont été enregistrés à l'égard des opérations en cause au bureau d'enregistrement foncier peu après qu'elles eurent été conclues. Un caveat n'est qu'une simple notification de l'existence d'un droit qui devient caduque s'il n'est pas défendu avec succès lorsqu'il est contesté par le titulaire d'un droit postérieur. White (qui s'autorisait de la troisième chaîne de droits découlant du bail avec option accordé à Normac (le 4 octobre 1976)) a contesté les droits de Vold (qui s'autorisait de la première chaîne de droits découlant d'une convention de vente à Vold conclue avec les héritiers de Carlson et enregistrée en octobre 1969) et de Pawnee et Haida (qui s'autorisait de la seconde chaîne de droits découlant d'un bail accordé le 25 novembre 1971 et pour lequel un caveat a été enregistré) en les avisant d'exercer leurs



and the Vold caveat lapsed in February and March, 1978. The Brascan caveat had been discharged.

White and Durish both moved to confirm the strength of their relative interests in the lands, resulting in this action. White had consolidated its Normac and Vold interests but its right was clouded by two interests held by Durish — the Haida lease, which was caveated before White's caveat, and the reversionary interest that Vold had had. If the "cloud" on White's claim proved valid, Durish would be entitled to the whole of minerals produced. If not, White would have a claim to one-half of them (half would flow to WRM through the assigned farm-out agreement). White sued seeking a declaration that the lease from Vold in 1978 under which it claimed had priority over Durish's subsequently acquired interests. Durish counterclaimed that the lease interest acquired in 1979 from Haida to consolidate his position had priority. The action proceeded on the counterclaim. A non-suit motion brought by the White interests was allowed. The Alberta Court of Appeal dismissed an appeal from this motion.

A number of different claims were raised by both parties as to the validity and priority of the various interest involved. Durish argued that the Register was determinative of priority and that, accordingly, its claim based on the Haida lease (caveated August 31, 1976 and forming part of the second chain of interest) should prevail over a claim by White based on a lease (caveated on May 27, 1978 in the first chain of interests). The assignment of the Haida lease to Durish was caveated May 24, 1979, and White argued that Durish took subject to White's caveat which had been registered in the meantime. The caveat protecting the Vold interest, which gave rise to the chain of interests through which White asserted its claim, lapsed giving rise to the question of whether the priority of the Vold interest (which had been prior to the Haida interest) also lapsed so that Haida would gain priority over Vold, which could in turn be asserted by Durish over White. Also at issue was the interpretation of s. 195 of the *Land Titles Act* which provides protection against unregistered interests in

caveat. Seule Haida a défendu son *caveat*; les *caveat* enregistrés par Pawnee en 1969 et en 1971 et celui de Vold sont devenus caduques en février et en mars 1978. Le *caveat* de Brascan avait été levé.

White et Durish ont pris des mesures pour faire confirmer la valeur de leurs droits relatifs sur le bien-fonds, lesquelles ont abouti à la présente action. White avait consolidé son droit relativement à Normac et à Vold, mais ce droit était contestable en raison de deux droits détenus par Durish — le bail de Haida, pour lequel un *caveat* avait été enregistré avant celui de White, et le droit réversif que Vold avait possédé. Si cette possibilité de contestation de la réclamation de White s'avérait valide, Durish aurait droit à la totalité des minéraux; sinon, White pourrait en réclamer la moitié (dont la moitié proviendrait de WRM conformément à la cession de l'accord d'affermage). White a intenté une action afin d'obtenir un jugement déclarant que le bail obtenu de Vold en 1978, dont elle s'autorisait, prenait rang avant les droits acquis ultérieurement par Durish. Ce dernier a déposé une demande reconventionnelle visant à faire reconnaître que le droit sur le bail qu'il avait acquis de Haida, en 1979, pour raffermir sa position avait priorité. La demande reconventionnelle a été instruite. Une requête en non-lieu déposée par White a été accueillie. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté un appel contre cette requête.

Les deux parties ont avancé un certain nombre d'arguments différents quant à la validité et à l'ordre de priorité des divers droits en cause. Durish a soutenu que c'était le registre qui déterminait l'ordre de priorité et que, par conséquent, sa réclamation fondée sur le bail de Haida (pour lequel un *caveat* avait été enregistré le 31 août 1976 et qui faisait partie de la seconde chaîne de droits) devrait avoir préséance sur une revendication de White fondée sur un bail (pour lequel un *caveat* avait été enregistré le 27 mai 1978 dans la première chaîne de droits). La cession du bail de Haida à Durish a fait l'objet d'un *caveat* le 24 mai 1979 et White a soutenu que Durish avait obtenu son droit sous réserve du *caveat* de White qui avait été enregistré dans l'intervalle. Le *caveat* qui protégeait le droit de Vold, qui a donné naissance à la chaîne de droits dont White s'autorisait, est devenu caduque, ce qui a soulevé la question de savoir si la priorité du droit de Vold (qui avait précédé le droit de Haida) était également devenue caduque de manière à conférer à Haida priorité sur Vold et à habiliter Durish à revendiquer, à son tour, cette priorité face à White. Se posait également la question de l'interprétation de l'art. 195 de la *Land Titles Act*, qui protège contre les droits

dealings with "the owner of any land in whose name a certificate of title has been granted".

Held: The appeal should be allowed.

Section 195 of the *Land Titles Act*, which grants protection against unregistered interests, should be construed as applying to all transactions and not just to those with the owner in fee simple. This broad interpretation is in keeping with the principles of the Torrens system and is further supported by the fact that amendments with retroactive effect to the inception of the system were enacted to clarify the wider scope of the section. Durish, therefore, could rely on the protection of s. 195.

The Haida caveat, which was registered before the White caveat, conferred priority on Durish even though Durish took subject to White's caveat which had been registered in the interim. An assignee of a caveated interest can claim priority through the original caveat. Durish, therefore, on his taking an assignment of Haida's interest in the Pawnee lease in 1979, took all the interest Haida had in that lease, including Haida's position of priority, undiminished by White's intervening interest. To hold that Durish could not assert priority over White would be in effect to allow White to assert priority over the interest held by Haida, even though White came onto the Register after Haida. If a caveated interest in land were to lose its priority, and hence much of its value, because of subsequent claims, the holder of the caveated interest could only transfer a portion of what he or she holds. This would undercut the free and convenient alienability of land which is one of the principles of the Torrens system. Durish can also claim priority through the Haida caveat because he has since taken an assignment of Haida's caveat itself pursuant to s. 135.1 of the *Land Titles Act*.

The priority that the Vold interest had had over the Haida lease lapsed when the caveat protecting it lapsed and Haida accordingly gained priority over Vold, which can now be asserted by Durish over White. The interest underlying a caveat remains enforceable against the owner of land who has taken the land subject to that interest notwithstanding the lapse of the caveat. As between encumbrancers, however, each encumbrancer holds an independent claim against the owner and each has privity with the owner, but not with each other. The obligations between each encumbrancer and the owner

non enregistrés dans des opérations mettant en cause «le propriétaire d'un bien-fonds au nom duquel a été accordé un certificat de propriété».

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'article 195 de la *Land Titles Act*, qui protège contre les droits qui ne sont pas enregistrés, devrait être interprété comme s'appliquant à toutes les opérations et non seulement à celles mettant en cause le propriétaire inscrit en fief simple. Cette interprétation large respecte les principes du régime Torrens et est étayée par le fait que les modifications rétroactives à la date de l'adoption du régime visaient à clarifier la portée générale de l'article. Durish pouvait donc se prévaloir de la protection prévue à l'art. 195.

Le *caveat* de Haida, qui a été enregistré avant celui de White, a conféré la priorité de rang à Durish bien que celui-ci ait obtenu son droit sous réserve du *caveat* de White qui avait été enregistré dans l'intervalle. Le cessionnaire d'un droit constaté *caveat* peut revendiquer la priorité de rang grâce au *caveat* primitif. Par conséquent, lorsque Durish a obtenu la cession du droit de Haida sur le bail de Pawnee en 1979, il a obtenu tous les droits que Haida avait dans ce bail, y compris son rang, sans que ceux-ci ne soient modifiés par le droit interposé de White. Si on statuait que Durish ne pouvait pas faire valoir qu'il avait priorité sur White, on se trouverait, en réalité, à permettre à White de faire valoir qu'elle a priorité sur le droit de Haida même si elle a été inscrite au registre après Haida. Si un droit foncier constaté par *caveat* devait perdre sa priorité de rang et, par conséquent, une grande partie de sa valeur en raison de réclamations ultérieures, le titulaire d'un tel droit ne pourrait céder qu'une partie de ce qu'il détient. Cela restreindrait la liberté des personnes d'aliéner à leur gré leurs biens-fonds, qui est l'un des principes du régime Torrens. Durish peut également revendiquer la priorité de rang en invoquant le *caveat* de Haida parce qu'il a, depuis, obtenu la cession du *caveat* même de Haida conformément à l'art. 135.1 de la *Land Titles Act*.

La priorité que le droit de Vold avait eue sur le bail de Haida est devenue caduque en même temps que le *caveat* qui protégeait ce droit, de sorte que Haida a obtenu priorité sur Vold et que Durish peut maintenant revendiquer cette priorité face à White. Le droit sous-jacent à un *caveat* demeure exécutoire contre le propriétaire du bien-fonds qui a obtenu ce bien-fonds sous réserve de ce droit, même si le *caveat* devient caduque. Entre grevants, toutefois, chaque grevant a une réclamation indépendante contre le propriétaire, de même qu'un lien avec le propriétaire mais pas avec les autres récla-

continue independently of the caveat, but as between fellow encumbrancers, priority is determined by the dates of the protecting caveats. Priority is a concept applicable only between the holders of competing derivative interests. A dispute between a caveator and a registered owner in fee simple is not one of "priority". Section 135 gives priority to caveators "so long as the caveat remains in force" against another registered interest. This does not derogate from the rule, however, that an interest underlying a caveat is still enforceable against an owner.

The distinction between contests between different encumbrancers and contests between an encumbrancer and a registered owner should be maintained. The inherent value of a caveated interest typically depends on its priority with respect to other competing interests. In order to determine the value of a caveated interest, the caveator must be able to rely on the register as indicative of priorities. The owner of the land, on the other hand, who takes subject to all underlying interests, is able conclusively to determine the value of his or her interest, regardless of priority competitions on title.

The lapse of the Vold caveat affected the priority of the interest it represented *vis-à-vis* other encumbrancers. The lease protected by the Haida caveat gained priority over the Vold interest, as against Carlson, when the Vold caveat lapsed in March, 1978. White could not then revive Vold's priority simply by taking a lease from Vold and caveating it; indeed Vold himself could not have regained priority by re-caveating his interest. Durish's priority through the Haida chain of interests stands unimpeached.

The interest assigned by Carlson to Vold included the mineral rights. The existence of a caveated lease on title in no way prevents the owner from assigning the entire ownership interest, subject to the caveated lease. In addition, it is difficult to impute, in the face of the contract, an intention between Carlson and Vold to transfer only the surface rights, based on either the first Pawnee lease or the subsequent granting of the option to lease to Normac by the Carlson heirs.

Cases Cited

Considered: *Union Bank of Canada v. Boulter Waugh Ltd.* (1919), 58 S.C.R. 385; *Bensette and Camp-*

mants. Les obligations qui existent entre chaque grevant et le propriétaire subsistent indépendamment du *caveat*, mais, entre grevants, l'ordre de priorité est déterminé par la date des *caveat*. La priorité est un concept qui s'applique uniquement entre les titulaires de droits dérivés opposés. Un litige entre un titulaire de *caveat* et un propriétaire inscrit en fief simple ne concerne pas la «priorité». L'article 135 accorde aux titulaires de *caveat*, «tant que le *caveat* demeure en vigueur», la priorité à l'égard d'un autre droit enregistré. Il n'y a toutefois pas dérogation à la règle suivant laquelle le droit sous-jacent à un *caveat* est encore exécutoire contre un propriétaire.

Il y a lieu de continuer à faire une distinction entre les litiges qui opposent divers grevants et ceux qui opposent un grevant et un propriétaire inscrit. La valeur inhérente d'un droit protégé par un *caveat* dépend habituellement de son rang par rapport aux autres droits opposés. Pour déterminer la valeur d'un tel droit, le titulaire d'un *caveat* doit pouvoir se fier au registre pour connaître l'ordre de priorité. Par contre, le propriétaire d'un bien-fonds, qui l'obtient sous réserve de tous les droits sous-jacents, peut déterminer de manière concluante la valeur de son droit indépendamment des disputes concernant l'ordre de priorité.

La caducité du *caveat* de Vold a modifié le rang du droit qu'il protégeait par rapport à celui d'autres grevants. Le bail protégé par le *caveat* de Haida a obtenu priorité sur le droit de Vold, par rapport à Carlson, lorsque le *caveat* de Vold est devenu caduque en mars 1978. White ne pouvait pas rétablir la priorité de Vold simplement en obtenant un bail de Vold et en déposant un *caveat*; en fait, Vold lui-même n'aurait pu retrouver son rang en déposant un nouveau *caveat* pour protéger son droit. La priorité que Durish a obtenue au moyen de la chaîne de titres de Haida demeure inattaquable.

Le droit cédé par Carlson à Vold comprenait les droits miniers. La mention dans le titre d'un bail constaté par *caveat* n'empêche nullement le propriétaire de céder intégralement son droit de propriété sous réserve du bail constaté par le *caveat*. De plus, à la lecture du contrat, il est difficile de prêter à Carlson et à Vold l'intention de ne céder que les droits de surface compte tenu soit du premier bail de Pawnee, soit de l'attribution subséquente du bail avec option à Normac par les héritiers de Carlson.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Union Bank of Canada c. Boulter Waugh Ltd.* (1919), 58 R.C.S. 385; *Bensette and*

bell v. Reece, [1973] 2 W.W.R. 497; *Re Passburg Petroleum Ltd. and Landstrom Developments Ltd.* (1984), 8 D.L.R. (4th) 363; referred to: *Calford Properties Ltd. v. Zeller's (Western) Ltd.*, [1972] 5 W.W.R. 714; *Gas Exploration Co. of Alberta Ltd. and Lee v. Cugnet* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 177.

Statutes and Regulations Cited

Bank Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 40, s. 177.
Land Titles Act, R.S.A. 1980, c. L-5, ss. 1(n), (s), 16(5), 59, 135.1 [ad. S.A. 1982, c. 23, s. 23], 137, 195.
Land Titles Act, S.A. 1906, c. 24.

Authors Cited

Alberta Law Reform Institute. Report No. 63. *Section 195 of the Land Titles Act*. Edmonton: Alberta Law Reform Institute, 1993.
 Hurlburt, W. H. "Priorities and the Discharge of Caveats: *White Resource Management Ltd. v. Durish*" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 905.
 Hurlburt, W. H. "Priorities and the Discharge of Caveats (No. 2): *White Resource Management Ltd. v. Durish*" (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 411.
 Mapp, Thomas W. *Torrens' Elusive Title*. Edmonton: University of Alberta, Faculty of Law, 1978.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1992), 131 A.R. 273, 25 W.A.C. 273, 5 Alta. L.R. (3d) 372, 27 R.P.R. (2d) 209, [1993] 1 W.W.R. 752, dismissing an appeal from a judgment of Mason J. (1990), 113 A.R. 1, 77 Alta. L.R. (2d) 131, allowing a motion of non-suit dismissing appellant's counterclaim with respect to priority of leasehold interest made in response to respondent White Resource Management Ltd.'s action for declaration of interests in mineral rights. Appeal allowed.

Clive O. Llewellyn, for the appellant.

J. D. Bruce McDonald and *Peter R. S. Leveque*, for the respondent Royal Bank of Canada.

Written submission only by *Domenic Ventura* for the respondents White Resource Management Ltd. and WRM Resources Ltd.

Campbell c. Reece, [1973] 2 W.W.R. 497; *Re Passburg Petroleum Ltd. and Landstrom Developments Ltd.* (1984), 8 D.L.R. (4th) 363; arrêts mentionnés: *Calford Properties Ltd. c. Zeller's (Western) Ltd.*, [1972] 5 W.W.R. 714; *Gas Exploration Co. of Alberta Ltd. and Lee c. Cugnet* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 177.

Lois et règlements cités

Land Titles Act, R.S.A. 1980, ch. L-5, art. 1n), s), 16(5), 59, 135.1 [aj. S.A. 1982, ch. 23, art. 23], 137, 195.
Land Titles Act, S.A. 1906, ch. 24.
Loi sur les banques, L.C. 1980-81-82-83, ch. 40, art. 177.

Doctrine citée

Alberta Law Reform Institute. Report No. 63. *Section 195 of the Land Titles Act*. Edmonton: Alberta Law Reform Institute, 1993.
 Hurlburt, W. H. «Priorities and the Discharge of Caveats: *White Resource Management Ltd. v. Durish*» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 905.
 Hurlburt, W. H. «Priorities and the Discharge of Caveats (No. 2): *White Resource Management Ltd. v. Durish*» (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 411.
 Mapp, Thomas W. *Torrens' Elusive Title*. Edmonton: University of Alberta, Faculty of Law, 1978.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1992), 131 A.R. 273, 25 W.A.C. 273, 5 Alta. L.R. (3d) 372, 27 R.P.R. (2d) 209, [1993] 1 W.W.R. 752, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Mason (1990), 113 A.R. 1, 77 Alta. L.R. (2d) 131, qui avait accueilli une requête en non-lieu rejetant la demande reconventionnelle relative à la priorité d'un droit sur un bail que l'appelant avait déposée en réponse à l'action intentée par l'intimée White Resource Management Ltd. afin d'obtenir un jugement déclaratoire d'intérêts sur des droits miniers. Pourvoi accueilli.

Clive O. Llewellyn, pour l'appelant.

J. D. Bruce McDonald et *Peter R. S. Leveque*, pour l'intimée la Banque Royale du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Domenic Ventura* pour les intimées White Resource Management Ltd. et WRM Resources Ltd.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

MCLACHLIN J. — The issue in this case is which of two competing parties, Durish or WRM Resources Ltd. (WRM), held the mineral rights in a parcel of oil-producing land in Alberta. White Resource Management Ltd. (White) is involved as a previous holder of interests in the mineral rights. The bank is named as creditor to White and WRM and as holder of the profits from the well.

LE JUGE MCLACHLIN — Il s'agit en l'espèce de déterminer laquelle de deux parties opposées, Durish ou WRM Resources Ltd. (WRM), détenait les droits miniers sur un terrain pétrolifère situé en Alberta. White Resource Management Ltd. (White) est en cause à titre d'ancienne titulaire d'un intérêt sur les droits miniers. La banque est désignée comme créancière de White et de WRM, et dépositaire des profits tirés du puits.

I. Facts

I. Les faits

Leonard Carlson, a farmer, owned a parcel of land, including its minerals. In 1969, he made two transactions. In January, he granted a lease in the mineral rights to Pawnee Petroleum Ltd. Later, in October, he entered an agreement for sale of the lands, including the mineral rights, to Ralph Vold. Under the Torrens land registry system in place in Alberta, agreements for sale of land are registrable by caveat. Vold registered a caveat evidencing his agreement with Carlson on November 5, 1969.

Léonard Carlson était fermier et propriétaire d'un bien-fonds ainsi que des minéraux qui s'y trouvaient. En 1969, il a effectué deux opérations. En janvier, il a donné à bail ses droits miniers à Pawnee Petroleum Ltd. Plus tard, en octobre, il a conclu avec Ralph Vold une convention de vente du bien-fonds, y compris les droits miniers. Suivant le régime Torrens d'enregistrement foncier en vigueur en Alberta, les conventions de vente sont enregistrables par voie de *caveat*. Le 5 novembre 1969, Vold a enregistré un *caveat* constatant la convention intervenue avec Carlson.

Carlson died in March, 1970. Despite the agreement with Vold, Carlson's heirs granted a second lease of the mineral rights to Pawnee on November 25, 1971, which was caveated on December 10, 1971. This created a second competing claim on the mineral rights. In 1972, the Land Titles Office severed the land into the surface rights and the mineral rights, issuing separate certificates for each. Vold sold the surface rights, which are not in issue, to Hughes, keeping the mineral rights.

Carlson est décédé en mars 1970. Malgré la convention conclue avec Vold, les héritiers de Carlson ont accordé à Pawnee, le 25 novembre 1971, un deuxième bail sur les droits miniers pour lequel un *caveat* a été enregistré le 10 décembre 1971. C'est ce qui a donné naissance à une deuxième réclamation relativement aux droits miniers. En 1972, le bureau d'enregistrement foncier a divisé le bien-fonds suivant les droits de surface et les droits miniers, et a délivré un certificat distinct dans chaque cas. Tout en conservant les droits miniers, Vold a vendu à Hughes les droits de surface qui ne sont pas en cause.

The second Pawnee lease was assigned to Brascan Resources Ltd. on March 13, 1973, which assignment was caveated by Brascan on May 17, 1973. The lease was in turn assigned to Haida Resources Ltd. on August 31, 1976, who caveated their interest on October 1, 1976.

Le deuxième bail de Pawnee a été cédé, le 13 mars 1973, à Brascan Resources Ltd. qui, le 17 mai 1973, a enregistré un *caveat* constatant cette cession. Le 31 août 1976, le bail a été cédé à Haida Resources Ltd. qui a enregistré un *caveat* le 1^{er} octobre 1976.

- 5 A search of the Register on October 2, 1976, would have revealed a caveat in the name of Pawnee, a caveat in the name of Vold, and caveats in the names of Pawnee again, Brascan and Haida. In effect, the Register would have disclosed two chains of interest in the mineral rights: one derived from the Vold interest and the other from the Pawnee claim.
- 6 To further complicate matters, a third chain of interests was created on October 4, 1976, when the heirs of Carlson, who still held the underlying title, granted lease options of the mineral rights to Normac Oils Ltd. Normac assigned these options and leases to White on January 21, 1977. White registered caveats with respect to the Normac leases in March 1977. In November 1977, Durish entered the picture. White granted a one-year drilling option with respect to the lands to Durish, which option was not exercised.
- 7 Under the land registry system in Alberta, a caveat is only a notice of an interest. The holder of a subsequent interest in the land may call on a caveator to prove its claim by taking proceedings on the caveat, under s. 144 of the *Land Titles Act* (now s. 137). If this is not done, or if the proceedings are unsuccessful, the caveat lapses, or is struck from the title. Following this procedure, White, who claimed under the third chain of interest, gave notice on December 7, 1977, to those claiming under the first and second chains of interest, being Pawnee, Vold and Haida, to take proceedings on their caveats (the Brascan caveat having been discharged in November). Haida defended its caveat by filing a statement of claim and *lis pendens*. The other caveated claimants did not, with the result that the 1969 and 1971 Pawnee caveats and the Vold caveat lapsed in February and March, 1978. At this point, a search of the Register would have shown the Haida caveat, the White caveats of the Normac leases, followed by the Haida *lis pendens*.
- 8 On May 27, 1978, Vold granted a lease to White, who in turn caveated it on June 13, 1978.
- Un examen du registre, le 2 octobre 1976, aurait permis de constater qu'il contenait un *caveat* inscrit au nom de Pawnee, un autre au nom de Vold ainsi que des *caveat* aux noms de Pawnee encore une fois, de Brascan et de Haida. En fait, le registre aurait indiqué deux chaînes de droits sur les droits miniers, l'une découlant des droits de Vold et l'autre de la réclamation de Pawnee.
- Pour compliquer davantage les choses, une troisième chaîne de droits a été créée le 4 octobre 1976 lorsque les héritiers de Carlson, qui détenaient encore le titre sous-jacent, ont accordé à Normac Oils Ltd. des baux avec option sur les droits miniers. Normac a cédé ces baux et options à White le 21 janvier 1977. White a enregistré des *caveat* constatant les baux de Normac en mars 1977. Durish est entré en scène en novembre 1977. White a accordé à Durish une option d'un an pour le forage du terrain, option qui n'a pas été levée.
- Suivant le régime d'enregistrement foncier en vigueur en Alberta, un *caveat* n'est qu'une simple notification de l'existence d'un droit. Le titulaire d'un droit postérieur sur le bien-fonds peut exiger du titulaire d'un *caveat* qu'il prouve sa réclamation en engageant des procédures pour faire valoir son *caveat*, conformément à l'art. 144 de la *Land Titles Act* (maintenant l'art. 137). Si le titulaire d'un *caveat* n'agit pas ou s'il n'a pas gain de cause, le *caveat* devient caduque ou est radié du titre. À la suite de cette procédure, White, qui s'autorisait de la troisième chaîne de droits, a donné avis le 7 décembre 1977 à ceux qui s'autorisaient de la première et la deuxième chaîne de droits, c'est-à-dire Pawnee, Vold et Haida, d'exercer leurs *caveat* (le *caveat* de Brascan ayant été levé en novembre). Haida a défendu son *caveat* en déposant une déclaration et un certificat d'affaire en instance. Les autres titulaires de *caveat* ne l'ont pas fait, si bien que les *caveat* enregistrés par Pawnee en 1969 et en 1971 et celui de Vold sont devenus caduques en février et en mars 1978. Un examen du registre, à ce stade, aurait révélé le *caveat* de Haida, les *caveat* de White relatifs aux baux de Normac ainsi que le certificat d'affaire en instance de Haida.
- Le 27 mai 1978, Vold a accordé à White un bail pour lequel cette dernière a enregistré un *caveat* le

White now claimed through two roots — the Carlson/Normac root, and the Vold root.

On October 25, 1978, Durish entered into a Farmout Agreement with White, acquiring an option on 50 percent of White's interest in the minerals, whatever its source. This essentially merged White's two chains of title. Durish caveated the Farmout Agreement on February 18, 1981. On November 30, 1978, Durish assigned his interest in this option to Lobell Oil and Gas Ltd., which Durish controlled. When this option was later exercised, Lobell had a claim to 50 percent of the minerals, with White retaining the remaining 50 percent.

While White had consolidated the Normac and Vold claims of interest in the mineral rights, his right to them was clouded by the outstanding Haida claim to the same mineral rights, as well as by any reversionary rights which Vold might hold. Durish, who held from White, became aware of these problems just as his company Lobell was about to drill an exploratory well on the lands. To protect his investment, Durish acquired any reversionary interest that Vold had on April 28, 1979, and took assignment of Haida's interest in the 1971 Pawnee lease on May 24, 1979. Durish caveated these interests on June 6, 1979 and July 3, 1979, respectively. On August 24, 1979, pursuant to an arrangement with Durish, Haida discharged its lis pendens. Its caveat, however, remained on title.

At this point Durish had purportedly acquired in total the two interests which had clouded the option he took from White. They continued, however, to cloud the interest which White had retained. If the "cloud" on White's claim proved valid, it would follow that Durish would be entitled to the whole of minerals. If not, White would have a claim to one-half of them.

A successful exploratory well was drilled in May 1979. WRM Resources Ltd. was formed in

13 juin 1978. White s'autorisait alors de deux titres originaux, le titre de Carlson-Normac et le titre de Vold.

Le 25 octobre 1978, Durish a conclu avec White un accord d'affermage en vertu duquel il acquerrait une option sur la moitié des droits de White sur les minéraux, peu importe leur origine. Cela a essentiellement eu pour effet de fusionner les deux chaînes de droits de White. Durish a enregistré un *caveat* constatant l'accord d'affermage le 18 février 1981. Le 30 novembre 1978, Durish a cédé son droit sur cette option à Lobell Oil and Gas Ltd. qu'il contrôlait. Lorsque cette option a été levée par la suite, Lobell a pu réclamer la moitié des minéraux, White conservant l'autre moitié.

Bien que White ait consolidé les réclamations de Normac et de Vold relatives aux droits miniers, son droit à ceux-ci était contestable en raison de la réclamation pendante de Haida relative aux mêmes droits miniers, ainsi que des droits réversifs que Vold pouvait détenir. Durish, qui détenait ses droits de White, a pris connaissance de ces problèmes à l'époque où sa compagnie Lobell s'apprêtait à forer un puits d'exploration sur le bien-fonds. Pour protéger son investissement, Durish a acquis tous les droits réversifs que Vold possédait le 28 avril 1979 et, le 24 mai 1979, il a obtenu la cession du droit de Haida sur le bail conclu par Pawnee en 1971. Durish a enregistré des *caveats* constatant ces droits le 6 juin 1979 et le 3 juillet 1979, respectivement. Le 24 août 1979, après entente avec Durish, Haida a retiré son certificat d'affaire en instance. Son *caveat* est toutefois demeuré inscrit sur le titre.

À ce stade, Durish aurait acquis en tout les deux droits qui avaient laissé planer une possibilité de contestation de l'option qu'il avait obtenue de White. Il restait néanmoins possible, en raison de ces droits, de contester le droit que White avait conservé. Si cette possibilité de contestation de la réclamation de White s'avérait valide, Durish aurait droit à la totalité des minéraux; sinon, White pourrait en réclamer la moitié.

Un puits exploratoire a été foré avec succès en mai 1979. WRM Resources Ltd. a été constituée

9

10

11

12

1981 to purchase the 50 percent interest acquired from White by Durish's company Lobell pursuant to the 1978 Farmout Agreement. The funds for this acquisition were borrowed from the respondent Royal Bank of Canada. Offers were also made by WRM to acquire Durish's interests in the land, pursuant to both the Haida lease, and the reversionary interest from Vold. These acquisitions, however, did not come to fruition. As relations between White and Durish soured, both parties moved to confirm the strength of their relative interests in the lands, resulting in this action. The well produced oil commencing in early 1982. WRM, the producer, paid all the royalties to Durish, as owner of Vold's reversionary interest. WRM paid no royalties to White. The net revenues were deposited with the Royal Bank, which also took White and WRM's interests in the land as security under s. 177 of the *Bank Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 40.

en 1981 afin d'acquérir la moitié des droits que la compagnie Lobell de Durish avait acquise de White conformément à l'accord d'affermage de 1978. Les fonds nécessaires pour cette acquisition ont été empruntés à l'intimée, la Banque Royale du Canada. WRM a également offert d'acquérir les droits que possédait Durish sur le bien-fonds en vertu à la fois du bail de Haida et du droit réversif obtenu de Vold. Ces acquisitions ne se sont toutefois pas réalisées. Comme les relations se sont détériorées entre White et Durish, les deux parties ont pris des mesures pour faire confirmer la valeur de leurs droits relatifs sur le bien-fonds, lesquelles ont abouti à la présente action. Le puits a commencé à produire du pétrole au début de 1982. WRM, le producteur, a versé toutes les redevances à Durish en sa qualité de titulaire du droit réversif de Vold. WRM n'a versé aucune redevance à White. Les revenus nets ont été déposés à la Banque Royale qui a aussi accepté les droits de White et de WRM sur le bien-fonds à titre de garantie en vertu de l'art. 177 de la *Loi sur les banques*, L.C. 1980-81-82-83, ch. 40.

13 White sued seeking a declaration that the lease from Vold in 1978 under which he claimed had priority over Durish's subsequently acquired interests. Durish counterclaimed that the lease interest acquired in 1979 from Haida to consolidate his position had priority. The action proceeded on the counterclaim. A non-suit motion brought by the White interests was allowed (*per* Mason J. (1990), 77 Alta. L.R. (2d) 131). The Alberta Court of Appeal dismissed an appeal from this motion (*per* Kerans J.A. (1992), 5 Alta. L.R. (3d) 372). Durish now appeals to this Court.

White a intenté une action afin d'obtenir un jugement déclarant que le bail obtenu de Vold en 1978, dont elle s'autorisait, prenait rang avant les droits acquis ultérieurement par Durish. Ce dernier a déposé une demande reconventionnelle visant à faire reconnaître que le droit sur le bail qu'il avait acquis de Haida, en 1979, pour raffermir sa position avait priorité. La demande reconventionnelle a été instruite. Une requête en non-lieu déposée par White a été accueillie (le juge Mason (1990), 77 Alta. L.R. (2d) 131). La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté un appel contre cette requête (le juge Kerans (1992), 5 Alta. L.R. (3d) 372). Durish se pourvoit maintenant devant notre Cour.

14 The following chart summarizes the transactions that led to this litigation (see chart at p. 643).

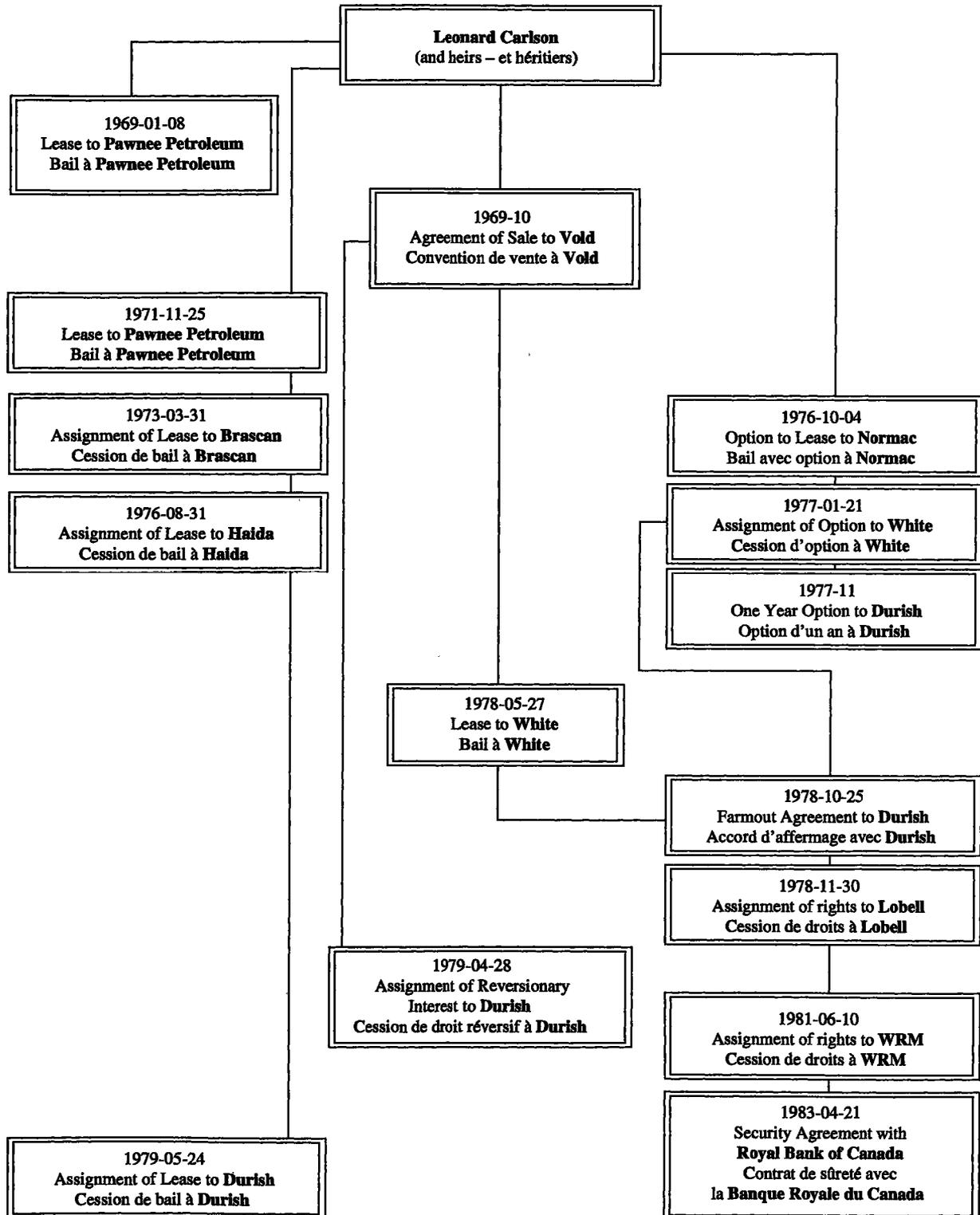
Le tableau suivant résume les opérations à l'origine du présent litige (voir le tableau à la p. 643).

II. Analysis

II. Analyse

15 A number of different claims have been raised by both parties as to the validity and priority of the various interests involved. The issues affecting these claims can be divided into *Land Titles Act*

Les deux parties ont avancé un certain nombre d'arguments différents quant à la validité et à l'ordre de priorité des divers droits en cause. Les questions touchant ces arguments peuvent être parta-



issues, upon which decisions of the courts below were based; and other issues.

A. *The Land Titles Act Issues*

16 Durish's claim rests on the Haida lease. Durish claims priority on the ground that on the Register, the Haida caveat was prior to the caveat through which the White camp claims. Durish argues that under the *Land Titles Act*, the Register is determinative of priority and hence that his claim should prevail. White raises three arguments against Durish's claim under the *Land Titles Act*. I will consider each of these in turn.

1. The Effect of s. 195 of the *Land Titles Act*

17 Durish relies in part on s. 195 of the *Land Titles Act*, R.S.A. 1980, c. L-5, which would grant him protection against any interests which were not registered at the time he acquired the Haida lease. Section 195, as it stood in 1979, read as follows:

195 Except in the case of fraud, no person contracting or dealing with or taking or proposing to take a transfer, mortgage, encumbrance or lease from the owner of any land in whose name a certificate of title has been granted shall be bound or concerned to inquire into or ascertain the circumstances in or the consideration for which the owner or any previous owner of the land is or was registered or to see to the application of the purchase money or of any part thereof, nor is he affected by notice direct, implied or constructive, of any trust or unregistered interest in the land, any rule of law or equity to the contrary notwithstanding, and the knowledge that any trust or unregistered interest is in existence shall not of itself be imputed as fraud. [Emphasis added.]

"Owner" is defined in s. 1 of the Act as a person entitled to any interest in land. Similarly, "land" is defined as including any estate or interest in land.

18 The White camp argues that s. 195 does not assist Durish, because Durish was not dealing with

gées en deux catégories: les questions relatives à la *Land Titles Act*, sur lesquelles reposaient les décisions des tribunaux d'instance inférieure, et les autres questions.

A. *Les questions relatives à la Land Titles Act*

La réclamation de Durish repose sur le bail de Haida. Durish revendique la priorité de rang pour le motif que, dans le registre, le *caveat* de Haida a précédé celui dont s'autorise le groupe de White. Durish soutient qu'en vertu de la *Land Titles Act* c'est le registre qui détermine l'ordre de priorité et que, par conséquent, sa réclamation devrait avoir préséance. White oppose à la réclamation de Durish, fondée sur la *Land Titles Act*, trois arguments que je vais examiner à tour de rôle.

1. L'effet de l'art. 195 de la *Land Titles Act*

Durish invoque notamment l'art. 195 de la *Land Titles Act*, R.S.A. 1980, ch. L-5, qui le protégerait contre les droits qui n'étaient pas enregistrés à l'époque où il a acquis le bail de Haida. En 1979, l'art. 195 se lisait ainsi:

[TRADUCTION] 195 Sauf en cas de fraude, aucune personne qui contracte ou traite avec le propriétaire d'un bien-fonds au nom duquel a été accordé un certificat de propriété ou qui en fait ou se propose de s'en faire sentir une cession, une hypothèque, une charge ou un bail, ne sera tenue de quelque façon de s'informer ou de s'assurer des circonstances ou de la cause pour lesquelles le propriétaire ou tout propriétaire antérieur du bien-fonds est ou a été enregistré ni de s'enquérir de l'emploi de tout ou partie du prix d'achat; pas davantage n'est-elle affectée par la connaissance directe, implicite ou présumée qu'elle peut avoir de toute fiducie ou droit non enregistré sur le bien-fonds, nonobstant toute règle de droit ou d'*equity* contraire, et le fait qu'elle connaisse l'existence d'une fiducie ou d'un droit non enregistré ne sera pas en soi imputé comme fraude. [Je souligne.]

Suivant l'art. 1 de la Loi, le terme «owner» (propriétaire) s'entend d'une personne ayant un droit sur un bien-fonds, et le terme «land» (bien-fonds) comprend toute propriété foncière ou tout droit qui s'y rattache.

Le groupe de White soutient que l'art. 195 n'est d'aucun secours à Durish parce que celui-ci ne

“the owner of any land in whose name a certificate of title has been granted”. Mason J. accepted this argument.

The Alberta Court of Appeal, dismissing the appeal on other grounds, cast doubt on this conclusion. Kerans J.A. commented that a broader application of s. 195 was more in keeping with both the principles of the Torrens system and with settled practice in Alberta.

I agree with the Court of Appeal that the strict application of the section to only those dealing with the registered owner in fee simple is not in keeping with the principles of the Torrens system. One of the most important features of the Torrens system is the reliability of the Register. By obviating the necessity to look behind the title, the Register allows those who deal with land to do so more efficiently. The Register may reflect many interests and transactions. To confine the s. 195 protection to a small portion of these potential transactions — those involving the registered owner in fee simple — would be to diminish the efficacy of the Land Titles system.

The broader interpretation favoured by the Court of Appeal is supported by the fact that in consequence of this litigation and recommendations by the Alberta Law Reform Institute, Report No. 63, the Alberta Legislature has amended s. 195 so as to include those dealing expressly with “owners” of other interests under the scope of the protection provided by the provision. The amendment was enacted so as to be retroactive to the date of the first Alberta *The Land Titles Act*, S.A. 1906, c. 24. As I read this amendment, it is intended to be a clarification of the scope of the section, rather than an expansion of the section to cover new classes of parties. It follows that the original s. 195 should be interpreted in conformity with the amended section, and that Durish can rely on the protections of s. 195.

traitait pas avec [TRADUCTION] «le propriétaire d'un bien-fonds au nom duquel a été accordé un certificat de propriété». Le juge Mason a retenu cet argument.

La Cour d'appel de l'Alberta, qui a rejeté l'appel pour d'autres motifs, a exprimé des doutes au sujet de cette conclusion. Le juge Kerans a fait observer qu'une application plus générale de l'art. 195 respectait davantage les principes du régime Torrens et la pratique établie en Alberta.

Tout comme la Cour d'appel, j'estime que l'application stricte de cet article aux seules personnes qui traitent avec le propriétaire inscrit en fief simple ne respecte pas les principes du régime Torrens. L'une des plus importantes caractéristiques de ce régime est la fiabilité du registre. En rendant inutile la vérification du titre, le registre permet aux personnes qui effectuent des opérations immobilières de le faire d'une manière plus efficace. Le registre peut faire état de nombreux droits et opérations. On diminuerait l'efficacité du régime d'enregistrement foncier si on limitait l'application de la protection prévue à l'art. 195 à une petite fraction de ces opérations potentielles, savoir celles mettant en cause le propriétaire inscrit en fief simple.

L'interprétation plus générale que la Cour d'appel a préférée est étayée par le fait qu'à la suite du présent litige et des recommandations faites par l'Alberta Law Reform Institute dans son rapport n° 63, l'Assemblée législative de l'Alberta a modifié l'art. 195 de manière à prévoir que la protection de cet article s'applique aux personnes qui traitent expressément avec les propriétaires ou titulaires d'autres droits. Cette modification devait être rétroactive à la date de l'adoption de la première *Land Titles Act* de l'Alberta, S.A. 1906, ch. 24. Si je comprends bien, cette modification vise à clarifier la portée de l'article plutôt qu'à en étendre l'application à de nouvelles catégories de parties. Il s'ensuit que l'art. 195 original devrait être interprété conformément à l'article modifié et que Durish peut se prévaloir de la protection prévue à l'art. 195.

19

20

21

2. The Effect of the Intervening White Caveat

22 The second argument brought against Durish's claim is that since Durish took from Haida when White's caveat of the 1978 lease from Vold was on title, Durish cannot now assert priority over the White interest. In other words, even though the Haida caveat is prior to White's caveat, the Haida caveat did not confer priority on Durish because Durish took subject to White's caveat, which had been registered in the interim. This was the basis upon which the Court of Appeal upheld the result of Mason J.

23 This argument must fail for two reasons. The first is the principle that an assignee of a caveated interest can claim priority through the original caveat: *Calford Properties Ltd. v. Zeller's (Western) Ltd.*, [1972] 5 W.W.R. 714 (Alta. C.A.), at pp. 722-23, adopting the reasoning of Graham J. in *Gas Exploration Co. of Alberta Ltd. and Lee v. Cugnet* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 177 (Sask. Q.B.), at p. 180. It follows from this principle that when Durish took an assignment of Haida's interest in the Pawnee lease in 1979, Durish took all the interest Haida had in that lease, including Haida's position of priority, undiminished by White's intervening interest.

24 I see no reason to disturb this principle. To hold that Durish could not assert priority over White would be in effect to allow White to assert priority over the interest held by Haida, even though White came onto the Register after Haida. Haida's caveat gave priority to the interest described by the caveat, and Haida was free to assign that interest free of subsequent claims. If a caveated interest in land were to lose its priority, and hence much of its value, because of subsequent claims, the holder of the caveated interest could only transfer a portion of what he or she holds. This would undercut the free and convenient alienability of land, one of the principles of the Torrens system. (See W. H. Hurlburt, "Priorities and the Discharge of Caveats

2. L'effet du caveat interposé de White

Le deuxième argument opposé à la réclamation de Durish veut que puisqu'il a obtenu son droit de Haida lorsque le *caveat* de White constatant le bail obtenu de Vold en 1978 figurait au titre, Durish ne peut pas soutenir maintenant que son droit a priorité sur celui de White. En d'autres termes, même si le *caveat* de Haida est antérieur à celui de White, il n'a pas conféré la priorité de rang à Durish parce que celui-ci a obtenu son droit sous réserve du *caveat* de White qui avait été enregistré dans l'intervalle. C'est en se fondant sur ce raisonnement que la Cour d'appel a confirmé le résultat auquel était arrivé le juge Mason.

Cet argument doit être écarté pour deux motifs. Le premier est le principe suivant lequel le cessionnaire d'un droit constaté par *caveat* peut revendiquer la priorité de rang grâce au *caveat* primitif: l'arrêt *Calford Properties Ltd. c. Zeller's (Western) Ltd.*, [1972] 5 W.W.R. 714 (C.A. Alb.), aux pp. 722 et 723, où la cour a adopté le raisonnement du juge Graham dans l'affaire *Gas Exploration Co. of Alberta Ltd. and Lee c. Cugnet* (1954), 12 W.W.R. (N.S.) 177 (B.R. Sask.), à la p. 180. Il résulte de ce principe que, lorsque Durish a obtenu la cession du droit de Haida sur le bail de Pawnee en 1979, il a obtenu tous les droits que Haida avait dans ce bail, y compris son rang, sans que ceux-ci ne soient modifiés par le droit interposé de White.

Je ne vois aucune raison de modifier ce principe. Si on statuait que Durish ne pouvait pas faire valoir qu'il avait priorité sur White, on se trouverait, en réalité, à permettre à White de faire valoir qu'elle a priorité sur le droit de Haida même si elle a été inscrite au registre après Haida. Le *caveat* de Haida a conféré priorité au droit qui y était décrit et Haida était libre de céder ce droit libre et quitte de toute réclamation ultérieure. Si un droit foncier constaté par *caveat* devait perdre sa priorité de rang et, par conséquent, une grande partie de sa valeur en raison de réclamations ultérieures, le titulaire d'un tel droit ne pourrait céder qu'une partie de ce qu'il détient. Cela restreindrait la liberté des personnes d'aliéner à leur gré leurs biens-fonds, l'un des principes du régime Torrens. (Voir W. H. Hurlburt, «Priorities and the Discharge of Caveats

(No. 2): *White Resource Management Ltd. v. Durish*” (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 411, at pp. 422-23.)

In 1982, the *Land Titles Act* was amended to more clearly reflect this principle. Before 1982, Durish, in order to preserve the priority of the Pawnee lease of which he had taken an assignment, would have had to claim through the Haida caveat. Since 1982, however, s. 135.1 of the Act specifically allows for assignment of the caveat itself, obviating the former more circuitous method of asserting priority. On April 15, 1985, Durish took assignment of the Haida caveat itself pursuant to s. 135.1, giving him the same priority that Haida had prior to the assignment. Durish can therefore claim priority through the Haida caveat not only because the underlying lease which it protected was assigned to him, but also because he has taken an assignment of Haida’s caveat itself. This is the second reason why the argument that Durish took subject to White’s interest must fail.

Durish presents a third objection to White’s second argument. He argues that even if this Court held that he took Haida’s interest subject to White’s subsequent caveat, the White caveat could not be considered sufficient notice of the Vold interest because it does not warrant the extent and validity of the Vold interest, which remains undefined on the Register. To give it this effect, it is argued, would be to require the person relying on the Register to look behind the caveats to determine the source of the title on which they are based. My conclusion that Durish took Haida’s full interest unencumbered by the White caveat makes it unnecessary to decide this issue in this case.

3. The Effect of Lapse of a Caveat upon Priority

The third argument raised against Durish is that the Vold interest, upon which the White camp relies, has priority over the Haida lease, notwithstanding the lapse of the Vold caveat in 1978. The issue is whether the priority of the Vold interest

(No. 2): *White Resource Management Ltd. v. Durish*» (1993), 31 *Alta. L. Rev.* 411, aux pp. 422 et 423.)

En 1982, la *Land Titles Act* a été modifiée pour mieux tenir compte de ce principe. Avant 1982, pour préserver la priorité du bail de Pawnee dont il avait obtenu cession, Durish aurait dû présenter une réclamation en invoquant le *caveat* de Haida. Toutefois, depuis 1982, l’art. 135.1 de la Loi permet expressément de céder le *caveat* lui-même et il est ainsi possible de ne plus avoir recours à l’ancienne façon plus indirecte de revendiquer la priorité de rang. Le 15 avril 1985, Durish a obtenu la cession du *caveat* même de Haida, conformément à l’art. 135.1, ce qui lui a permis d’obtenir le rang occupé par Haida avant la cession. Durish peut donc revendiquer la priorité de rang en invoquant le *caveat* de Haida non seulement parce que le bail sous-jacent qu’il protégeait lui a été cédé, mais aussi parce qu’il a obtenu la cession du *caveat* même de Haida. Il s’agit là de la deuxième raison d’écarter l’argument voulant que Durish ait obtenu son droit sous réserve de celui de White.

Durish oppose une troisième objection au deuxième argument de White. Il soutient que, même si notre Cour statuait que le droit qu’il a obtenu de Haida était assujéti au *caveat* subséquent de White, on ne pourrait pas considérer que le *caveat* de White constitue un avis suffisant du droit de Vold parce qu’il ne justifie pas l’étendue et la validité de ce droit qui n’est pas défini dans le registre. Il a fait valoir que si on lui accordait un tel effet, on se trouverait à exiger que la personne qui consulte le registre vérifie les *caveat* pour déterminer l’origine du titre sur lequel ils reposent. Comme j’ai conclu que Durish avait obtenu le droit intégral de Haida libre du *caveat* de White, il est inutile de statuer sur cette question en l’espèce.

3. L’effet de la caducité d’un caveat sur l’ordre de priorité

Le troisième argument avancé contre Durish est que le droit de Vold, sur lequel se fonde le groupe de White, a priorité sur le bail de Haida, même si le *caveat* de Vold est devenu caduque en 1978. Il s’agit de déterminer si la priorité du droit de Vold

25

26

27

lapsed when the caveat protecting it lapsed. If so, Haida gained priority over Vold, which can now be asserted by Durish over White.

28 It is important to note that this argument is not concerned with the lapse of the underlying interest, which clearly survives, but with the loss of the priority secured to that interest by the caveat.

29 In my view, the argument that the priority of the Vold interest did not lapse with the caveat protecting it must fail. In *Union Bank of Canada v. Boulter Waugh Ltd.* (1919), 58 S.C.R. 385, this Court held on facts similar to those in the case at bar that the lapse of a caveat resulted in a corresponding loss of priority in the underlying interest. In *Boulter Waugh*, one Frank Phillips granted an assignment of his interest under an agreement of purchase and sale through several assignees to Boulter Waugh, as security for a debt. Phillips later assigned a mortgage interest to the Union Bank, who caveated the interest on title, after Boulter Waugh's caveat. The Union Bank gave notice to Boulter Waugh to enforce its caveat, and the caveat lapsed after Boulter Waugh failed to take action in the appropriate time. A priority dispute then arose between the Union Bank and Boulter Waugh. This Court unanimously decided, on the basis of the Saskatchewan Act's equivalent of s. 195, that the Bank's interest took priority over Boulter Waugh's interest, due to the lapsed caveat. There was no finding that the interest underlying the caveat was itself defeated, merely that the interest lost priority over the other competing interest.

30 Kerans J.A. for the Court of Appeal in this case (at p. 380) characterized the decision in *Boulter Waugh* as one involving "abuse of process", in that the Court "refused relief to Boulter-Waugh because it had no good reason for its earlier failure". I find myself unable to agree with this interpretation. Rather, as I read the case, the Court refused relief to Boulter Waugh because its caveat had lapsed, with the result that it lost priority under

est devenue caduque en même temps que le *caveat* qui protégeait ce droit. Dans l'affirmative, Haida a obtenu priorité sur Vold, et Durish peut maintenant revendiquer cette priorité face à White.

Il est important de souligner que cet argument concerne non pas la caducité du droit sous-jacent, qui continue clairement à exister, mais la perte de priorité que le *caveat* garantit à ce droit.

À mon avis, il faut rejeter l'argument suivant lequel la priorité du droit de Vold n'est pas devenue caduque en même temps que le *caveat* le protégeant. Dans l'arrêt *Union Bank of Canada c. Boulter Waugh Ltd.* (1919), 58 R.C.S. 385, notre Cour a statué, relativement à des faits analogues à ceux de la présente affaire, que la caducité d'un *caveat* entraînait une perte correspondante de priorité quant au droit sous-jacent. Dans l'affaire *Boulter Waugh*, un nommé Frank Phillips avait, pour garantir une dette, cédé à Boulter Waugh le droit qu'il possédait en vertu d'une convention d'achat-vente, à la suite de plusieurs cessions. Phillips a plus tard cédé un droit hypothécaire à l'Union Bank qui a enregistré un *caveat* sur ce droit figurant au titre après le *caveat* de Boulter Waugh. L'Union Bank a avisé Boulter Waugh de mettre à exécution son *caveat* et celui-ci est devenu caduque après que Boulter Waugh eut omis d'agir dans le délai approprié. L'ordre de priorité a alors été à l'origine d'un litige entre l'Union Bank et Boulter Waugh. S'appuyant sur la disposition de la Loi de la Saskatchewan qui correspondait à l'art. 195, notre Cour a statué à l'unanimité que le droit de la banque avait priorité sur celui de Boulter Waugh parce que le *caveat* était devenu caduque. Elle a conclu non pas que le droit même qui sous-tendait le *caveat* n'existait plus, mais simplement qu'il n'avait plus priorité sur l'autre droit opposé.

En l'espèce (à la p. 380), le juge Kerans a affirmé, au nom de la Cour d'appel, que l'arrêt *Boulter Waugh* concernait un [TRADUCTION] «abus de procédure» du fait que la cour «a refusé réparation à Boulter-Waugh parce qu'aucune raison valable ne justifiait son omission antérieure». Je suis incapable de souscrire à cette interprétation. Si je comprends bien, la Cour a plutôt refusé d'accorder une réparation à Boulter Waugh parce que son

the *Land Titles Act*. While Davies C.J. and Mignault J. referred to the carelessness of Boulter Waugh, the case cannot be reduced to a simple matter of propriety of conduct.

Although this Court's decision in *Boulter Waugh* appears to be determinative, the White camp raises two appellate level cases in support of its argument that the lapse of a caveat does not alter the priority of the underlying interest: *Bensette and Campbell v. Reece*, [1973] 2 W.W.R. 497 (Sask. C.A.), and *Re Passburg Petroleums Ltd. and Landstrom Developments Ltd.* (1984), 8 D.L.R. (4th) 363 (Alta. C.A.).

In *Bensette*, a purchaser of lands took subject to a caveat respecting a right to royalties in the minerals. The purchaser then gave notice to the holder of the caveat, who allowed it to lapse. The Saskatchewan Court of Appeal held that the lapse of the caveat did not erase the underlying claim to the royalties. Hall J.A. stated at p. 512: "As the rights of a caveator are not created by filing the caveat, they cannot be extinguished by the lapse of the caveat. . . ." The issue was not the priority of the underlying claim, but whether that claim had been erased entirely when the caveat lapsed.

In *Passburg*, as in *Bensette*, the issue was the effect of lapse of a caveat, not on priority, but on the underlying interest itself. The owner of land assigned his interest in the land to a purchaser, subject to a caveated lease. The lessee under this lease assigned its interest to a new lessee. The original lessee then discharged its caveat. The new lessee, on discovering the discharge, filed a caveat of its own. The purchaser of the land relied on the discharge of the first lessee's caveat to argue that the new lessee could not enforce the lease against him. In effect, he argued that when the caveat giving notice of the lease was removed, the lease interest itself disappeared. The Alberta Court of

caveat était devenu caduque et qu'il avait ainsi perdu sa priorité de rang en vertu de la *Land Titles Act*. Même si le juge en chef Davies et le juge Mignault ont parlé de l'insouciance de Boulter Waugh, on ne peut considérer que cet arrêt se réduit simplement à une question de caractère adéquat de la conduite.

Même si l'arrêt *Boulter Waugh* de notre Cour paraît déterminant, le groupe de White invoque deux décisions rendues en appel pour étayer son argument voulant que la caducité d'un *caveat* ne modifie pas la priorité de rang du droit sous-jacent: *Bensette and Campbell c. Reece*, [1973] 2 W.W.R. 497 (C.A. Sask.), et *Re Passburg Petroleums Ltd. and Landstrom Developments Ltd.* (1984), 8 D.L.R. (4th) 363 (C.A. Alb.).

Dans l'arrêt *Bensette*, l'acquéreur avait acquis un bien-fonds sous réserve d'un *caveat* constatant un droit à des redevances sur les minéraux. L'acquéreur a ensuite donné avis au titulaire du *caveat* qui l'a laissé devenir caduque. La Cour d'appel de la Saskatchewan a statué que la caducité du *caveat* n'effaçait pas la réclamation sous-jacente visant les redevances. Le juge Hall affirme, à la p. 512: [TRADUCTION] «Comme ce n'est pas le dépôt d'un *caveat* qui crée les droits d'un titulaire de *caveat*, ceux-ci ne peuvent s'éteindre lorsque le *caveat* devient caduque. . . » La question en litige ne concernait pas la priorité de la réclamation sous-jacente, mais était plutôt de savoir si la réclamation avait été effacée entièrement lorsque le *caveat* était devenu caduque.

Dans l'arrêt *Passburg*, comme dans l'arrêt *Bensette*, il était question de l'effet de la caducité d'un *caveat* non pas sur la priorité de rang, mais sur le droit sous-jacent lui-même. Le propriétaire d'un bien-fonds avait cédé son droit sur celui-ci à un acquéreur, sous réserve d'un bail constaté par *caveat*. Le preneur aux termes de ce bail a cédé son droit à un nouveau preneur. Le preneur original a ensuite accordé la mainlevée de son *caveat*. Après avoir pris connaissance de ce fait, le nouveau preneur a enregistré son propre *caveat*. L'acquéreur du bien-fonds a invoqué la mainlevée accordée par le premier preneur pour soutenir que le nouveau preneur ne pouvait l'obliger à respecter

31

32

33

Appeal rejected this argument, holding that since the purchaser took when the caveat was in place, the purchaser was bound by the lease, regardless of subsequent assignments or discharges of caveat.

34 It has been suggested that the cases on this issue are in conflict. (See Thomas W. Mapp, *Torrens' Elusive Title* (1978), at p. 156; and two case comments by W. H. Hurlburt, "Priorities and the Discharge of Caveats: *White Resource Management Ltd. v. Durish*", 29 *Alta. L. Rev.* 905 ("No. 1"), and "Priorities and the Discharge of Caveats (No. 2): *White Resource Management Ltd. v. Durish*", *supra*. With respect, I do not agree.

35 *Boulter Waugh* holds that the lapse of a caveat results in loss of priority of the underlying interest. *Passburg* and *Bensette* are concerned with the different issue of whether the lapse of a caveat destroys the underlying interest. Although it is true that it is possible to read *Passburg* and *Bensette* as dealing with priorities, this is to miss their true import. In both *Passburg* and *Bensette*, the contest was between the owner of the land and a caveator claiming a lesser interest. It is well established that the interest underlying a caveat remains enforceable against the owner of land who has taken the land subject to that interest. For this reason, it is not appropriate to speak of priorities between the owner of the land and the holders of prior interest. The owner of the land takes only what the vendor can convey according to the record at the time of conveyance. That interest is not increased by the subsequent lapse of the caveat protecting the exception. Despite the lapse of the caveat, the underlying interest remains enforceable against the owner who took subject to it.

36 The situation between rival encumbrancers is different, as *Boulter Waugh* attests. Each encumbrancer holds an independent claim against the owner. The claimants have privity with the owner

le bail. En fait, il a soutenu que, lorsque le *caveat* donnant avis du bail a été radié, le droit même découlant du bail est disparu. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté cet argument et a statué qu'étant donné que l'acquéreur avait obtenu son droit lorsque le *caveat* était en vigueur, il était lié par le bail indépendamment des cessions ou des mainlevées de *caveat* qui sont survenues par la suite.

On a laissé entendre que la jurisprudence relative à cette question est contradictoire. (Voir Thomas W. Mapp, *Torrens' Elusive Title* (1978), à la p. 156, et deux commentaires d'arrêts de W. H. Hurlburt, «Priorities and the Discharge of Caveats: *White Resource Management Ltd. v. Durish*», 29 *Alta. L. Rev.* 905 («n° 1»), et «Priorities and the Discharge of Caveats (No. 2): *White Resource Management Ltd. v. Durish*», *loc. cit.* En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

Dans l'arrêt *Boulter Waugh*, on décide que la caducité d'un *caveat* entraîne la perte de priorité du droit sous-jacent. Les arrêts *Passburg* et *Bensette* traitent de la question différente de savoir si la caducité d'un *caveat* anéantit le droit sous-jacent. Même s'il est vrai que l'on peut considérer que les arrêts *Passburg* et *Bensette* concernent l'ordre de priorité, tel n'est pas leur véritable sens. Dans ces deux arrêts, le litige opposait le propriétaire d'un bien-fonds et un titulaire de *caveat* qui revendiquait un droit moindre. Il est bien établi que le droit sous-jacent à un *caveat* demeure exécutoire contre le propriétaire du bien-fonds qui a obtenu ce bien-fonds sous réserve de ce droit. Pour ce motif, il ne convient pas de parler de l'ordre de priorité entre le propriétaire du bien-fonds et les titulaires d'un droit antérieur. Le propriétaire du bien-fonds n'obtient que ce que le vendeur peut céder selon le registre au moment de la cession. Ce droit ne s'accroît pas lorsque le *caveat* protégeant l'exception devient caduque par la suite. Même si le *caveat* devient caduque, le droit sous-jacent demeure exécutoire contre le propriétaire qui a obtenu le bien-fonds sous réserve de ce droit.

La situation entre des grevants rivaux est différente, comme le confirme l'arrêt *Boulter Waugh*. Chaque grevant a une réclamation indépendante contre le propriétaire. Chaque réclamant a un lien

but not with each other. The obligations between each encumbrancer and the owner continue independently of the caveat. As between fellow encumbrancers, however, priority is determined by the dates of the protecting caveats. It is clear from the combination of ss. 59 and 16(5) of the Act that "priority" is a concept applicable only between the holders of competing derivative interests:

59 Instruments registered in respect of or affecting the same land have priority the one over the other according to section 16 and not according to the date of execution.

16 . . .

(5) For purposes of priority between mortgagees, transferees and others, the serial number assigned to the instrument or caveat shall determine the priority of the instrument or caveat filed or registered.

Thus a dispute between a caveator and a registered owner in fee simple is not one of "priority". Section 135 gives priority to caveators "[so] long as a caveat remains in force", against another registered interest; this is the rule in *Boulter Waugh*. This does not derogate from the rule, however, that an interest underlying a caveat is still enforceable against an owner; this is the rule in *Bensette* and *Passburg*.

There is good reason to maintain the distinction between contests between different encumbrancers and between an encumbrancer and a registered owner. The inherent value of a caveated interest typically depends on its priority with respect to other competing interests. In order to determine the value of a caveated interest, the caveator must be able to rely on the register as indicative of priorities. The owner of the land, on the other hand, who takes subject to all underlying interests, is able conclusively to determine the value of his interest, regardless of priority competitions on title.

It follows that White's argument that the lapse of the Vold caveat did not affect the priority of the interest it represented vis-à-vis other encumbrancers must fail. The lease protected by the Haida caveat gained priority over the Vold interest, as

avec le propriétaire mais pas avec les autres réclama-
nants. Les obligations qui existent entre chaque
grevant et le propriétaire subsistent indépendam-
ment du *caveat*. Toutefois, entre grevants, l'ordre
de priorité est déterminé par la date des *caveat*. Il
ressort de l'art. 59 et du par. 16(5) de la Loi que la
«priorité» est un concept qui s'applique unique-
ment entre les titulaires de droits dérivés opposés:

[TRADUCTION] **59** Les actes enregistrés relatifs au même
bien-fonds prennent rang entre eux conformément à
l'article 16 et non suivant la date de leur passation.

16 . . .

(5) Le numéro de série attribué à l'acte ou au *caveat* qui
a été déposé ou enregistré en détermine le rang aux fins
de l'ordre de priorité entre les créanciers hypothécaires,
les cessionnaires et les autres parties.

Ainsi, un litige entre un titulaire de *caveat* et un
propriétaire inscrit en fief simple ne concerne pas
la «priorité». L'article 135 accorde aux titulaires
de *caveat*, [TRADUCTION] «[t]ant qu'un *caveat*
demeure en vigueur», la priorité à l'égard d'un
autre droit enregistré: telle est la règle dans l'arrêt
Boulter Waugh. Il n'y a toutefois pas dérogation à
la règle suivant laquelle le droit sous-jacent à un
caveat est encore exécutoire contre un propriétaire;
telle est la règle dans les arrêts *Bensette* et *Pass-
burg*.

Il existe une bonne raison de continuer à faire
une distinction entre les litiges qui opposent divers
grevants et ceux qui opposent un grevant et un pro-
priétaire inscrit. La valeur inhérente d'un droit pro-
tégé par un *caveat* dépend habituellement de son
rang par rapport aux autres droits opposés. Pour
déterminer la valeur d'un tel droit, le titulaire d'un
caveat doit pouvoir se fier au registre pour con-
naître l'ordre de priorité. Par contre, le propriétaire
d'un bien-fonds, qui l'obtient sous réserve de tous
les droits sous-jacents, peut déterminer de manière
concluante la valeur de son droit indépendamment
des disputes concernant l'ordre de priorité.

Il s'ensuit qu'il faut rejeter l'argument de White
suivant lequel la caducité du *caveat* de Vold n'a
pas modifié le rang du droit qu'il protégeait par
rapport à celui d'autres grevants. Le bail protégé
par le *caveat* de Haida a obtenu priorité sur le droit

against Carlson, when the Vold caveat lapsed in March, 1978. White could not then revive Vold's priority simply by taking a lease from Vold and caveating it; indeed Vold himself could not have regained priority by re-caveating his interest. Durish's priority through the Haida chain of title stands unimpeached.

39 Durish also objects that the interest assigned by Carlson to Vold could not have included the mineral rights, as there was a caveat on title with respect to the first Pawnee lease to those rights at the time of the assignment. I cannot agree. The existence of a caveated lease on title in no way prevents the owner from assigning the entire ownership interest, subject, of course, to the caveated lease. In addition, it is difficult to impute, in the face of the contract, an intention between Carlson and Vold to transfer only the surface rights, based on either the first Pawnee lease or the subsequent granting of the Normac lease by Carlson.

B. *Other Issues*

40 Counsel for both parties made submissions with respect to other issues which might govern the rights to the profits from the well. In particular, the continued validity of the lease itself underlying the Haida/Durish caveats was questioned, as was the ability to claim against the bank either for conversion or as a constructive trustee. As this case comes to us on a motion for non-suit, the respondents have not been given the opportunity to adduce evidence on these matters. Given the insufficient evidentiary record on these points, and the fact that they have not been considered by the Courts below, it would not be appropriate for this Court to rule on them at this time.

III. Conclusion

41 The grounds upon which it has been argued that Durish's counterclaim discloses no good claim in law are not established. I would allow the appeal,

de Vold, par rapport à Carlson, lorsque le *caveat* de Vold est devenu caduque en mars 1978. White ne pouvait pas rétablir la priorité de Vold simplement en obtenant un bail de Vold et en déposant un *caveat*; en fait, Vold lui-même n'aurait pu retrouver son rang en déposant un nouveau *caveat* pour protéger son droit. La priorité que Durish a obtenue au moyen de la chaîne de titres de Haida demeure inattaquable.

Durish fait aussi valoir que le droit cédé par Carlson à Vold ne pouvait comprendre les droits miniers, étant donné qu'un *caveat* concernant ces droits figurait au titre relativement au premier bail de Pawnee à l'époque de la cession. Je ne puis pas accepter cet argument. La mention dans le titre d'un bail constaté par *caveat* n'empêche nullement le propriétaire de céder intégralement son droit de propriété sous réserve, évidemment, du bail constaté par le *caveat*. De plus, à la lecture du contrat, il est difficile de prêter à Carlson et à Vold l'intention de ne céder que les droits de surface compte tenu soit du premier bail de Pawnee, soit de l'attribution subséquente du bail de Normac par Carlson.

B. *Autres questions*

Les avocats des deux parties ont avancé des arguments au sujet d'autres questions qui pourraient régir les droits aux profits tirés du puits. On a plus particulièrement mis en doute le maintien de la validité du bail même qui sous-tendait les *caveat* de Haida et de Durish, ainsi que la capacité de présenter une réclamation contre la banque en tant que fiduciaire par interprétation ou pour appropriation illicite. Comme la présente affaire nous a été soumise par voie de requête en non-lieu, les intimées n'ont pas eu l'occasion de produire des éléments de preuve sur ces questions. Compte tenu de l'insuffisance de la preuve sur ces points et du fait qu'ils n'ont pas été examinés par les tribunaux d'instance inférieure, il ne conviendrait pas que notre Cour se prononce sur ceux-ci à ce stade.

III. Conclusion

Les moyens invoqués pour soutenir que la demande reconventionnelle de Durish ne révèle aucune cause d'action valable n'ont pas été établis.

quash the order of non-suit and remit the matter to trial for determination of the outstanding issues. The appellant is entitled to his costs in this Court and the courts below, taxed on a party and party basis.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Fleming, Kambeitz, Calgary.

Solicitors for the respondent Royal Bank of Canada: Bennett, Jones, Verchere, Calgary.

Solicitors for the respondents White Resource Management Ltd. and WRM Resources Ltd.: Milner, Fenerty, Calgary.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de non-lieu et de renvoyer l'affaire en première instance pour qu'une décision soit rendue sur les questions non réglées. L'appellant a droit à ses dépens, taxés comme entre parties, devant notre Cour et les tribunaux d'instance inférieure.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appellant: Fleming, Kambeitz, Calgary.

Procureurs de l'intimée la Banque Royale du Canada: Bennett, Jones, Verchere, Calgary.

Procureurs des intimées White Resource Management Ltd. et WRM Resources Ltd.: Milner, Fenerty, Calgary.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John Paul Lepage *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LEPAGE

File No.: 23974.

1994: November 10; 1995: February 23.

Present: Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Possession of restricted drug for purposes of trafficking — Evidence — Accused's fingerprints found on bag containing LSD — Crown witness testifying that accused was a drug dealer and that the drugs seized were the accused's — Whether trial judge entitled to infer possession from presence of fingerprints — Whether Crown witness's evidence inadmissible as character evidence — Whether trial judge's verdict unreasonable or unsupported by the evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

The accused was charged with possession of LSD for the purpose of trafficking and with failing to comply with the terms of a recognizance. In a search of the house the accused was renting, in which he sublet two of the rooms, the police had found a clear plastic zip-lock bag containing blotting paper impregnated with 682 "hits" of LSD under a sofa in the living room where the accused and his girlfriend had been sitting. The only identifiable fingerprints on the bag were those of the accused. At the time of the search and seizure T, one of the subtenants, was upstairs in his room, where the police found LSD blotter paper in stereo speakers which was very similar in design to the paper containing the LSD found under the sofa. A five-gram vial of hash oil was also discovered in T's bedroom, along with ten "hits" of LSD in a wallet that T was using. The LSD was on paper of the same design as that found in the living room. T told the police that he was the owner of the bag containing the drugs found under the sofa. He also advised one of the officers that he sold LSD in bulk lots of 25 "hits". After being cautioned, T signed an inculpatory statement reiterating that he was the owner

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

John Paul Lepage *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. LEPAGE

N° du greffe: 23974.

1994: 10 novembre; 1995: 23 février.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Possession d'une drogue d'usage restreint en vue d'en faire le trafic — Preuve — Empreintes digitales de l'accusé relevées sur un sac contenant du LSD — Témoin du ministère public affirmant que l'accusé était un trafiquant de drogue et que la drogue saisie lui appartenait — Le juge du procès pouvait-il déduire la possession de la présence des empreintes digitales relevées? — La déposition du témoin du ministère public constituait-elle une preuve de moralité inadmissible? — Est-ce que le verdict du juge du procès était déraisonnable ou ne pouvait pas s'appuyer sur la preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i).

L'accusé a été inculpé de possession de LSD en vue d'en faire le trafic et de non-respect des conditions d'un engagement. Lors d'une perquisition dans la résidence dont l'accusé était locataire et où ce dernier sous-louait deux chambres, les policiers avaient découvert, sous un canapé de la salle de séjour où l'accusé et son amie avaient pris place, un sac de plastique transparent à fermeture par pression et glissière qui renfermait des buvards imprégnés de 682 doses de LSD. Les seules empreintes digitales identifiables relevées sur le sac étaient celles de l'accusé. Au moment de la perquisition et de la saisie, T, l'un des sous-locataires, se trouvait à l'étage supérieur, dans sa chambre, où les policiers ont découvert, dans des haut-parleurs stéréophoniques, des buvards imprégnés de LSD de type très semblable à ceux découverts sous le canapé. Une fiole contenant cinq grammes de haschich liquide a également été trouvée dans la chambre de T, ainsi que dix doses de LSD dans un portefeuille dont se servait ce dernier. Le LSD était imprégné dans des feuilles de papier du même genre que celles découvertes dans la salle de séjour. T a déclaré aux policiers que le sac contenant la drogue

of the contents of the zip-lock bag. T was jointly charged with the accused. T swore an affidavit admitting liability for the drugs in order to support the accused's application for bail. Eight months after his arrest, however, T went to the police station and recanted all his previous statements. The charges against the accused and T were severed. T was tried first and was acquitted of the charge of possession for the purpose of trafficking. At the accused's trial, T testified on behalf of the Crown. He stated that the LSD found under the sofa belonged to the accused and indicated that the basis of this knowledge was that he had seen the accused dealing in drugs in the past. The explanation T offered for lying on his previous confessions was that he was a friend of the accused. The accused was convicted. The Court of Appeal, in a majority judgment, set aside the conviction and directed a new trial at the Crown's discretion. This appeal is to determine (1) whether the trial judge was entitled to infer that the accused had possession of the LSD from the presence of his fingerprints on the plastic bag, as well as any other evidence at trial; (2) whether T's evidence was inadmissible character evidence; and (3) whether the trial judge's verdict was unreasonable or unsupported by the evidence.

Held (Cory and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the conviction restored.

Per Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ.: Whether or not the inference of possession can be drawn from the presence of fingerprints is a question of fact which depends on all the circumstances of the case and all the evidence adduced. Having concluded correctly that the inference could as a matter of law be drawn in this case, the trial judge went on to draw the inference on the basis of all the evidence. She would have been entitled to draw an adverse inference from the accused's failure to offer an explanation for the presence of his fingerprints once the Crown had proved a *prima facie* case, although she did not draw such an inference in this case. Since the totality of the evidence enabled the trial judge to infer guilt beyond a reasonable doubt, the absence of any explanation from the accused merely failed to provide any basis to conclude otherwise. The fact the fingerprints were found on the bag and not on the blotter

découvert sous le canapé lui appartenait. En outre, il a informé l'un des agents qu'il vendait du LSD par lots de 25 doses. Après avoir reçu une mise en garde, T a signé une déclaration inculpatoire dans laquelle il répétait être le propriétaire du contenu du sac à fermeture par pression et glissière. T et l'accusé ont été inculpés conjointement. À l'appui de la demande de mise en liberté sous caution de l'accusé, T a avoué, dans un affidavit, être responsable de la présence de la drogue. Or, huit mois après son arrestation, T s'est rendu au poste de police et s'est rétracté relativement à toutes ses déclarations antérieures. Les accusations portées contre l'accusé et T ont été séparées. T a subi son procès le premier et a été acquitté relativement à l'accusation de possession en vue de faire le trafic. Pendant le procès de l'accusé, T a témoigné pour le compte du ministère public. Il a déclaré que le LSD découvert sous le canapé appartenait à l'accusé. Il a précisé qu'il le savait parce que, dans le passé, il avait vu l'accusé se livrer au trafic de drogue. T a expliqué qu'il avait menti dans ses aveux antérieurs parce qu'il était un ami de l'accusé. L'accusé a été reconnu coupable. La Cour d'appel à la majorité a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès au gré du ministère public. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si le juge du procès pouvait conclure que l'accusé était en possession du LSD, compte tenu de la présence de ses empreintes sur le sac de plastique et de tout autre élément de preuve produit au procès, (2) si le témoignage de T constituait une preuve de moralité inadmissible, et (3) si le verdict du juge du procès était déraisonnable ou ne pouvait pas s'appuyer sur la preuve.

Arrêt (les juges Cory et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Les juges Sopinka, Gonthier et Iacobucci: La question de savoir si la présence d'empreintes digitales permet de conclure à la possession est une question de fait qui dépend de toutes les circonstances de l'affaire et de l'ensemble de la preuve. Après avoir statué à juste titre que la conclusion pouvait être tirée en droit dans la présente affaire, le juge du procès a tiré sa conclusion en fonction de l'ensemble de la preuve. Même si elle ne l'a pas fait en l'espèce, elle aurait pu tirer une conclusion défavorable de l'omission de l'accusé d'expliquer la présence de ses empreintes digitales, du moment que le ministère public avait fait une preuve *prima facie*. Comme la totalité de la preuve permettait au juge du procès de conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable, l'absence d'explication de la part de l'accusé a simplement privé le tribunal de motifs de tirer une autre conclusion. Le fait que les empreintes digitales aient été

paper itself is merely another factor to be taken into account in deciding whether or not to draw the inference of possession based on the totality of the evidence adduced. The fact the accused's fingerprints were on the bag is clearly highly probative of possession of the drugs.

The trial judge was entitled to consider T's testimony, along with the fingerprint evidence, in deciding whether an inference of guilt should be drawn against the accused on the facts of the case. While T's testimony can be construed as character evidence relevant to show the disposition of the accused or his propensity to traffic in narcotics, evidence which demonstrates bad character may nonetheless be admissible if it is also relevant to an issue at trial apart from propensity or disposition. T's testimony is not merely relevant to the character of the accused, but is also relevant to possession, which is a key issue in the case. The fact that no objection was taken to the admissibility of T's evidence at trial or at the Court of Appeal is another indication which supports the conclusion that the evidence was not simply character evidence, but was admissible owing to its probative value regarding possession. Provided its use was so limited, its probative value overbore its prejudicial effect.

The verdict in this case was not unreasonable or unsupported by the evidence. Taken as a whole, there was evidence upon which the trial judge could reasonably have convicted the accused. The fingerprint evidence was supplemented to some extent by the evidence as to where the bag was found as well as T's testimony. The trial judge was entitled to accept at least part of T's testimony notwithstanding his inconsistent statements.

Per Cory and Major JJ. (dissenting): Since the accused was deprived at his trial of the presumption of innocence and the right to remain silent, his conviction cannot stand. The trial judge drew an adverse inference from the fingerprint evidence in this case, and required the accused to provide an innocent explanation for it. This affected the presumption of innocence because the Crown was thereby relieved of its burden of establishing possession by the accused of the LSD contained in the plastic bag. The right to remain silent was infringed by

relevées sur le sac et non sur le papier buvard lui-même est simplement un autre facteur à prendre en considération pour décider s'il y a lieu de conclure à la possession vu l'ensemble de la preuve produite. De toute évidence, le fait que les empreintes digitales de l'accusé aient été relevées sur le sac est fort probant quant à la possession des stupéfiants.

Le juge du procès pouvait prendre en considération le témoignage de T, de pair avec la preuve des empreintes digitales, pour décider si, d'après les faits de l'espèce, il y avait lieu de conclure à la culpabilité de l'accusé. Bien que le témoignage de T puisse être interprété comme une preuve de moralité pertinente pour établir la propension de l'accusé à faire le trafic des stupéfiants, la preuve de mauvaise moralité peut néanmoins être admissible si elle est également pertinente à l'égard d'une question en litige au procès, outre celle de la propension. Le témoignage de T est pertinent non seulement à l'égard de la moralité de l'accusé, mais aussi quant à la possession qui est ici une question clé. Le fait qu'aucune objection n'a été soulevée quant à l'admissibilité du témoignage de T au procès ou devant la Cour d'appel est un autre élément qui appuie la conclusion que le témoignage ne constituait pas simplement une preuve de moralité, mais était recevable en raison de sa valeur probante quant à la possession. Dans la mesure où son utilisation était ainsi restreinte, sa valeur probante l'emportait sur son effet préjudiciable.

Il ne s'agit pas en l'espèce d'un verdict déraisonnable ou qui ne pouvait pas s'appuyer sur la preuve. Dans l'ensemble, le juge du procès disposait d'éléments de preuve qui lui permettaient raisonnablement de conclure à la culpabilité de l'accusé. La preuve des empreintes digitales était complétée, jusqu'à un certain point, par la preuve relative à l'endroit où le sac a été découvert, de même que par le témoignage de T. Le juge du procès pouvait accepter au moins une partie du témoignage de T malgré les déclarations contradictoires de ce dernier.

Les juges Cory et Major (dissidents): Puisque l'accusé a été privé, à son procès, du droit à la présomption d'innocence et du droit de garder le silence, sa déclaration de culpabilité ne saurait être maintenue. En l'espèce, le juge du procès a tiré une conclusion défavorable de la preuve des empreintes digitales et a exigé de l'accusé qu'il explique leur présence de manière à se disculper. Cela a porté atteinte à la présomption d'innocence du fait que le ministère public était ainsi dégagé de son obligation de prouver que l'accusé était en possession du LSD contenu dans le sac de plastique. Le droit de garder le silence a été violé par l'exigence tacite que

the implied requirement that the accused had to explain the presence of his fingerprints on the plastic bag.

T's testimony consisted of inadmissible character evidence and so could not lead to a conclusion of guilt against the accused. The fact that no objection was taken to it at trial does not change the nature of the evidence, which essentially related solely to the character and disposition of the accused, rather than to the specific facts of the offence with which he was charged. The Crown must demonstrate more than a "likelihood" or "opportunity" arising from the past history of the accused. It must demonstrate, beyond a reasonable doubt, that this accused person was in possession of the drugs which form the subject matter of the charge. T's testimony could not assist the Crown in this respect. The prejudicial effect of such testimony would clearly outweigh its minimal probative value with respect to the charge of possession for the purposes of trafficking.

Once T's testimony is excluded, the fingerprints are the only evidence against the accused. This evidence is not sufficient, and the trial judge erred in concluding that the accused should have provided an explanation for the presence of the fingerprints on the plastic bag and impliedly drawing an adverse inference from his failure to do so. An adverse inference may be drawn from the failure to testify in certain circumstances, namely where the Crown has already adduced sufficient evidence to establish a prima facie case supporting a finding of guilt beyond a reasonable doubt. If the accused does not adduce evidence in such a case, he or she is at risk of conviction. There was a foundation in law for reasonable doubt in this case, however, given that all three tenants of the house had access to the kitchen drawers where plastic bags similar to that containing the LSD were kept. It was thus possible that the accused had innocently handled the bag in the kitchen prior to its use as a container for the LSD. The fingerprints on the container were not sufficient, in and of themselves, to draw an inference of guilt requiring the accused to provide an explanation.

Cases Cited

By Sopinka J.

Approved: *R. v. Mehrabnia* (1993), 26 C.R. (4th) 98; **referred to:** *R. v. O'Keefe* (1958), 121 C.C.C. 273; *R. v. Swezey* (1974), 20 C.C.C. (2d) 400; *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340; *R. v. François*, [1994] 2

l'accusé explique la présence de ses empreintes digitales sur le sac de plastique.

Le témoignage de T était une preuve de moralité irrecevable et n'était donc pas susceptible d'entraîner une conclusion de culpabilité de l'accusé. Le fait qu'aucune objection n'ait été soulevée à son encontre au procès ne modifie pas la nature de ce témoignage qui, fondamentalement, ne portait que sur la moralité et la propension de l'accusé, plutôt que sur les faits précis de l'infraction dont ce dernier était inculpé. Le ministère public doit démontrer l'existence de quelque chose de plus qu'une «probabilité» ou une «occasion» découlant des antécédents de l'accusé. Il doit établir hors de tout doute raisonnable que la personne accusée était en possession de la drogue visée par l'accusation. À cet égard, le témoignage de T ne pouvait être d'aucun secours au ministère public. L'effet préjudiciable d'un tel témoignage l'emporterait manifestement sur sa faible valeur probante quant à l'accusation de possession à des fins de trafic.

Une fois exclu le témoignage de T, les empreintes digitales constituent le seul élément de preuve qui pèse contre l'accusé. Cet élément de preuve est insuffisant et le juge du procès a eu tort de conclure que l'accusé aurait dû expliquer la présence de ses empreintes digitales sur le sac de plastique, et de tirer implicitement une conclusion défavorable de son omission de le faire. Une conclusion défavorable peut être tirée de l'omission de témoigner dans certaines circonstances, notamment lorsque le ministère public a déjà produit suffisamment d'éléments de preuve pour justifier à première vue une déclaration de culpabilité hors de tout doute raisonnable. L'accusé qui, en pareil cas, ne produit aucun élément de preuve risque d'être déclaré coupable. Cependant, il y avait en l'espèce un motif juridique de doute raisonnable, étant donné que les trois locataires de la maison avaient tous accès aux tiroirs de la cuisine où étaient rangés des sacs de plastique semblables à celui contenant le LSD. Il était donc possible que l'accusé ait manipulé innocemment le sac dans la cuisine avant que celui-ci ne serve de contenant pour le LSD. La présence d'empreintes digitales sur le contenant n'était pas suffisante en soi pour conclure à la culpabilité de l'accusé et l'obliger ainsi à fournir une explication.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt approuvé: *R. c. Mehrabnia* (1993), 26 C.R. (4th) 98; **arrêts mentionnés:** *R. c. O'Keefe* (1958), 121 C.C.C. 273; *R. c. Swezey* (1974), 20 C.C.C. (2d) 400; *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340; *R. c. François*,

S.C.R. 827; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286.

By Major J. (dissenting)

Woolmington v. Director of Public Prosecutions, [1935] A.C. 462; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. O'Keefe* (1958), 121 C.C.C. 273; *R. v. Bowes* (1974), 21 C.C.C. (2d) 367; *Goguen v. The Queen* (1956), 116 C.C.C. 306; *Dufresne v. The Queen* (1966), 50 C.R. 208; *R. v. Keller* (1970), 1 C.C.C. (2d) 360; *R. v. Kuhn (No. 1)* (1973), 15 C.C.C. (2d) 17; *R. v. Breau* (1987), 33 C.C.C. (3d) 354; *R. v. Mehrabnia* (1993), 26 C.R. (4th) 98; *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 4, 145(3), 686(1)(a)(i).
Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27, ss. 46, 48(2).

Authors Cited

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV. By William Draper Lewis. Philadelphia: Rees Welsh & Co., 1897.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 87 C.C.C. (3d) 43, 68 O.A.C. 58, allowing the accused's appeal from his conviction on charges of possession of a restricted drug for the purpose of trafficking and failing to comply with the terms of a recognizance. Appeal allowed and conviction restored, Cory and Major JJ. dissenting.

James W. Leising and Lucia P. Favret, for the appellant.

Donald Oraziotti, Q.C., for the respondent.

The judgment of Sopinka, Gonthier and Iacobucci JJ. was delivered by

SOPINKA J. —

I. Facts

¹ The respondent was charged with possession of LSD for the purpose of trafficking contrary to s. 48(2) of the *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c.

[1994] 2 R.C.S. 827; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286.

Citée par le juge Major (dissident)

Woolmington c. Director of Public Prosecutions, [1935] A.C. 462; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. O'Keefe* (1958), 121 C.C.C. 273; *R. c. Bowes* (1974), 21 C.C.C. (2d) 367; *Goguen c. The Queen* (1956), 116 C.C.C. 306; *Dufresne c. The Queen* (1966), 50 C.R. 208; *R. c. Keller* (1970), 1 C.C.C. (2d) 360; *R. c. Kuhn (No. 1)* (1973), 15 C.C.C. (2d) 17; *R. c. Breau* (1987), 33 C.C.C. (3d) 354; *R. c. Mehrabnia* (1993), 26 C.R. (4th) 98; *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 4, 145(3), 686(1)(a)(i).
Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27, art. 46, 48(2).

Doctrine citée

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV. By William Draper Lewis. Philadelphia: Rees Welsh & Co., 1897.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 87 C.C.C. (3d) 43, 68 O.A.C. 58, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à des accusations de possession d'une drogue d'usage restreint en vue d'en faire le trafic et de non-respect des conditions d'un engagement. Pourvoi accueilli et déclaration de culpabilité rétablie, les juges Cory et Major sont dissidents.

James W. Leising et Lucia P. Favret, pour l'appelante.

Donald Oraziotti, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement des juges Sopinka, Gonthier et Iacobucci rendu par

LE JUGE SOPINKA —

I. Les faits

L'intimé a été accusé de possession de LSD en vue d'en faire le trafic contrairement au par. 48(2) de la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C.

F-27. He was also charged with failing to comply with the terms of a recognizance contrary to s. 145(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

On October 3, 1991, a search warrant was executed at the respondent's residence which he was renting. The respondent in turn sublet two rooms of the house to Kenneth Thelland and John Paciocco. All three men had the use of the living room and kitchen areas of the house. As a result of the search, the police discovered a clear plastic zip-lock bag containing sheets of blotting paper impregnated with 682 "hits" of LSD.

At the time of the search and seizure Thelland was upstairs in his room and the respondent was in the living room with his girlfriend. The bag containing the drugs was found under a couch in the living room where the respondent and his girlfriend had been sitting. The only identifiable fingerprints on the bag were those of the respondent. The police also found LSD blotter paper located in stereo speakers in Thelland's bedroom which was very similar in design to the blotter paper containing the LSD found under the couch. A five-gram vial of hash oil was also discovered in Thelland's bedroom, along with ten "hits" of LSD in a wallet that Thelland was using. The LSD was on paper of the same design as that found in the living room. In the same wallet, the police discovered a list of names with various amounts of money opposite each name.

Thelland told the police that he was the owner of the bag containing the drugs which were found under the couch. Furthermore, while Thelland was being transported to the police station, he advised one of the officers that he sold LSD in bulk lots of 25 "hits". After being cautioned, Thelland signed an inculpatory statement reiterating that he was the owner of the contents of the zip-lock bag. Thelland was jointly charged with the respondent.

(1985), ch. F-27. Il a également été accusé de non-respect des conditions d'un engagement, en vertu du par. 145(3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Le 3 octobre 1991, un mandat de perquisition a été exécuté à la résidence dont l'intimé était locataire et où ce dernier sous-louait deux chambres à Kenneth Thelland et à John Paciocco. Les trois hommes avaient accès à la salle de séjour et à la cuisine. Cette perquisition a permis aux policiers de découvrir un sac de plastique transparent à fermeture par pression et glissière, qui renfermait des buvards imprégnés de 682 doses de LSD.

Au moment de la perquisition et de la saisie, Thelland se trouvait à l'étage supérieur, dans sa chambre, et l'intimé, dans la salle de séjour en compagnie de son amie. Le sac renfermant la drogue a été découvert sous un canapé de la salle de séjour où l'intimé et son amie avaient pris place. Les seules empreintes digitales identifiées relevées sur le sac étaient celles de l'intimé. Les policiers ont également découvert, dans des haut-parleurs stéréophoniques installés dans la chambre de Thelland, des buvards imprégnés de LSD de type très semblable à ceux découverts sous le canapé. Une fiole contenant cinq grammes de haschich liquide a également été trouvée dans la chambre de Thelland, ainsi que dix doses de LSD dans un portefeuille dont se servait ce dernier. Le LSD était imprégné dans des feuilles de papier du même genre que celles découvertes dans la salle de séjour. Les policiers ont trouvé, dans le même portefeuille, une liste de noms en regard desquels étaient inscrites différentes sommes d'argent.

Thelland a déclaré aux policiers que le sac contenant la drogue découvert sous le canapé lui appartenait. En outre, pendant qu'on le conduisait au poste de police, il a informé l'un des agents qu'il vendait du LSD par lots de 25 doses. Après avoir reçu une mise en garde, il a signé une déclaration inculpatoire dans laquelle il répétait être le propriétaire du contenu du sac à fermeture par pression et glissière. Thelland et l'intimé ont été inculpés conjointement.

2

3

4

- 5 Thelland swore an affidavit admitting liability for the drugs in order to support the respondent's application for bail. However, eight months after his arrest, Thelland went to the police station and recanted all his previous statements. The charges against the respondent and Thelland were severed. Thelland was tried first before Pardu J. of the Ontario Court (General Division), and was acquitted of the charge of possession for the purpose of trafficking.
- 6 At the respondent's trial, which was also held before Pardu J., Thelland testified on behalf of the Crown. The explanation offered by Thelland for lying on his previous confessions was that he was a friend of the respondent. Thelland stated that during the police search, while in the kitchen, he told the respondent that he would take the blame for the offences. However, upon later realizing how serious the charge was, Thelland concluded that "it wasn't worth it". Thus, he went to the police and recanted his confessions. Thelland also stated that the drugs belonged to the respondent. He indicated that the basis of this knowledge was that he had seen the respondent dealing in drugs in the past.
- 7 At trial, Thelland stated that he had no knowledge of the LSD border paper found in his room and that the LSD paper must have already been in the speakers when he purchased them from a friend, whom he declined to name. Thelland also testified that the wallet he was using belonged to Paciocco and he had no knowledge of the list of names found in it. He further denied that he was the owner of the LSD found under the sofa. He testified that he was on welfare and could not afford to buy a large quantity of drugs. However, Thelland admitted that the hash oil and the ten "hits" of LSD found in his room were for his personal use.
- 8 Thelland agreed that it was possible that the zip-lock bag found under the couch could have come from a drawer in the kitchen to which everyone
- À l'appui de la demande de mise en liberté sous caution de l'intimé, Thelland a avoué, dans un affidavit, être responsable de la présence de la drogue. Or, huit mois après son arrestation, Thelland s'est rendu au poste de police et s'est rétracté relativement à toutes ses déclarations antérieures. Les accusations portées contre l'intimé et Thelland ont été séparées. Thelland a subi son procès le premier, devant le juge Pardu de la Cour de l'Ontario (Division générale), et a été acquitté relativement à l'accusation de possession en vue de faire le trafic.
- Pendant le procès de l'intimé, qui s'est également déroulé devant le juge Pardu, Thelland a témoigné pour le compte du ministère public. Il a expliqué qu'il avait menti dans ses aveux antérieurs parce qu'il était un ami de l'intimé. Il a ajouté que, lors de la perquisition effectuée par les policiers, tandis qu'il se trouvait dans la cuisine, il avait dit à l'intimé qu'il assumerait la responsabilité des infractions. Toutefois, après s'être rendu compte plus tard de la gravité de l'accusation, Thelland a conclu que [TRADUCTION] «le jeu n'en valait pas la chandelle». Par conséquent, il s'est rendu au poste de police et est revenu sur ses aveux. Thelland a également déclaré que la drogue appartenait à l'intimé. Il a précisé qu'il le savait parce que, dans le passé, il avait vu l'intimé se livrer au trafic de drogue.
- Au procès, Thelland a dit ne pas avoir été au courant de la présence, dans sa chambre, de la bordure de buvard au LSD et que la drogue avait déjà dû se trouver dans les haut-parleurs lorsqu'il les avait acquis d'un ami qu'il a refusé d'identifier. Thelland a également témoigné que le portefeuille dont il se servait appartenait à Paciocco et qu'il ignorait l'existence de la liste de noms qui s'y trouvait. Il a par ailleurs nié avoir été le propriétaire du LSD découvert sous le canapé. Il a ajouté qu'il était bénéficiaire d'aide sociale et qu'il ne pouvait se permettre d'acheter de la drogue en grande quantité. Il a cependant admis que le hashich liquide et les dix doses de LSD trouvés dans sa chambre étaient destinés à son usage personnel.
- Thelland a convenu que le sac à fermeture par pression et glissière découvert sous le canapé avait pu provenir d'un tiroir de la cuisine auquel tout le

had access, although there was no evidence whether the respondent did, in fact, handle plastic bags in the kitchen. Paciocco was not called by the Crown and the respondent did not testify.

The respondent was convicted on both counts and was sentenced to imprisonment for eight months on the first count and to a consecutive term of two months on the second count. The respondent appealed his conviction and applied for leave to appeal his sentence. The majority of the Court of Appeal, Finlayson J.A. dissenting, allowed the appeal, set aside the conviction and directed a new trial at the discretion of the Crown: (1993), 87 C.C.C. (3d) 43, 68 O.A.C. 58.

II. Relevant Statutory Provisions

Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27

46. In this Part,

“possession” means possession within the meaning of subsection 4(3) of the *Criminal Code*;

48. (1) No person shall traffic in a restricted drug or any substance represented or held out by the person to be a restricted drug.

(2) No person shall have in possession any restricted drug for the purpose of trafficking.

(3) Every person who contravenes subsection (1) or (2) is guilty of an offence and liable

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding eighteen months; or

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding ten years.

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

4. . . .

(3) For the purposes of this Act,

monde avait accès, mais il n’y avait aucune preuve que l’intimé avait effectivement manipulé des sacs de plastique dans la cuisine. Le ministère public n’a pas appelé Paciocco à la barre, et l’intimé n’a pas témoigné.

L’intimé a été reconnu coupable à l’égard des deux chefs d’accusation et il a été condamné à huit mois d’emprisonnement pour le premier chef et à une peine consécutive de deux mois d’emprisonnement pour le deuxième chef. L’intimé en a appelé de sa déclaration de culpabilité et a demandé l’autorisation d’en appeler de sa peine. La Cour d’appel à la majorité, le juge Finlayson étant dissident, a accueilli l’appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d’un nouveau procès au gré du ministère public: (1993), 87 C.C.C. (3d) 43, 68 O.A.C. 58.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27

46. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente partie.

«possession» La possession au sens du paragraphe 4(3) du *Code criminel*.

48. (1) Il est interdit de faire le trafic d’une drogue d’usage restreint ou d’une substance présentée ou offerte comme telle.

(2) La possession d’une drogue d’usage restreint en vue d’en faire le trafic est interdite.

(3) Quiconque contrevient au paragraphe (1) ou (2) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité:

a) par procédure sommaire, un emprisonnement maximal de dix-huit mois;

b) par mise en accusation, un emprisonnement maximal de dix ans.

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

4. . . .

(3) Pour l’application de la présente loi:

(a) a person has anything in possession when he has it in his personal possession or knowingly

(i) has it in the actual possession or custody of another person, or

(ii) has it in any place, whether or not that place belongs to or is occupied by him, for the use or benefit of himself or of another person; . . .

III. Judgments Below

A. *Ontario Court (General Division)*

10 After reviewing the evidence, Pardu J. noted that the credibility of Thelland was “substantially tarnished by his multiple falsehoods”. She also concluded that the blotter paper borders and the paper containing the ten “hits” of LSD found in Thelland’s bedroom did “not tie Thelland to the LSD found in the living room although some of the paper was of a similar design as there is no indication as to the extent of distribution of this type of paper”. Furthermore, Pardu J. found that the alleged debt list in the wallet used by Thelland seemed to refer to contraband cigarettes and not drugs.

11 In the trial judge’s view, the issue to determine was whether a court ought to infer possession by the accused of the drugs from the presence of his fingerprints on the plastic bag. She referred to the case of *R. v. O’Keefe* (1958), 121 C.C.C. 273 (Ont. C.A.), where Laidlaw J.A. held that “[t]he mere fact that a person has handled stolen goods and left his fingerprints on them is not conclusive proof that he had possession in law of them” (p. 279). On the other hand, in *O’Keefe*, Morden J.A. indicated that if the appellant “had called no evidence explaining the presence of his fingerprints, then he would have run the risk of the Judge drawing the inference that he had had possession in law and finding him guilty” (p. 283). Pardu J. then concluded as follows:

a) une personne est en possession d’une chose lorsqu’elle l’a en sa possession personnelle ou que, sciemment:

(i) ou bien elle l’a en la possession ou garde réelle d’une autre personne,

(ii) ou bien elle l’a en un lieu qui lui appartient ou non ou qu’elle occupe ou non, pour son propre usage ou avantage ou celui d’une autre personne;

III. Les juridictions inférieures

A. *La Cour de l’Ontario (Division générale)*

Après avoir examiné la preuve, Madame le juge Pardu a fait remarquer que [TRADUCTION] «les nombreux mensonges de Thelland port[aient] considérablement atteinte» à sa crédibilité. Elle a également conclu que les bordures de buvards et le papier renfermant les dix doses de LSD découverts dans la chambre de Thelland [TRADUCTION] «ne reli[aient] pas Thelland au LSD découvert dans la salle de séjour même si certaines des feuilles de papier étaient du même type, étant donné qu’on ignore dans quelle mesure l’usage de ce genre de papier est répandu». De plus, le juge Pardu a conclu que la prétendue liste de débiteurs qui se trouvait dans le portefeuille utilisé par Thelland semblait se rapporter à des cigarettes de contrebande, et non à de la drogue.

Selon le juge du procès, il fallait déterminer si le tribunal devait déduire, de la présence des empreintes digitales de l’accusé sur le sac de plastique, que celui-ci était en possession de la drogue. Elle a cité l’arrêt *R. c. O’Keefe* (1958), 121 C.C.C. 273 (C.A. Ont.), dans lequel le juge Laidlaw a conclu que [TRADUCTION] «[l]e simple fait qu’une personne ait manipulé des objets volés et y ait laissé ses empreintes digitales n’est pas une preuve concluante qu’elle en avait la possession sur le plan juridique» (p. 279). Par contre, dans l’arrêt *O’Keefe*, le juge Morden a indiqué que si l’appellant [TRADUCTION] «n’avait présenté aucun élément de preuve pour expliquer la présence de ses empreintes digitales, il aurait alors couru le risque que le juge en conclue qu’il avait eu la drogue en sa possession sur le plan juridique et le déclare coupable» (p. 283). Le juge Pardu conclut ensuite ceci:

There is no evidence Lepage did handle plastic bags in the drawer in the kitchen, only that he could have had access to the drawer. I note also that these drugs were obvious contraband unlike a stolen article which could be handled innocently in a multitude of ways. Having regard to all of the evidence I am persuaded, notwithstanding the differences in Thelland's evidence, that the Crown has proven beyond a reasonable doubt that Lepage had possession of the drugs, and having regard to the quantity that such possession was for the purpose of trafficking. A conviction on Count 2 will follow as a result.

B. *Ontario Court of Appeal* (1993), 87 C.C.C. (3d) 43

(1) Weiler J.A. (for the majority)

Weiler J.A. agreed with the argument of the respondent that the decision in *O'Keefe, supra*, where the accused's fingerprints were found on the stolen article itself, should be distinguished from this case. Here, the respondent's fingerprints were found on the bag, but there was no evidence that his fingerprints were on the actual LSD blotter paper found inside the bag. Weiler J.A. noted that the bag itself could have been handled in a variety of innocent ways prior to the LSD paper being placed in it. The trial judge failed to appreciate this distinction.

In this regard, Weiler J.A. referred to the case of *R. v. Swezey* (1974), 20 C.C.C. (2d) 400 (Ont. C.A.), which held that the reasoning in *O'Keefe* did not apply where the fingerprints were not on the stolen articles themselves, but merely on a slip which was placed in the same package as the stolen articles. Weiler J.A. then held (at p. 49):

In this case, the evidence of Lepage's fingerprints on the bag was not sufficient to warrant the inference that he was in possession of the paper containing the L.S.D. In the circumstances, therefore, the trial judge erred when she drew an inference from the fact that the accused chose not to testify: see *R. v. Johnson* (1993),

[TRADUCTION] Il n'y a aucune preuve que Lepage a manipulé des sacs de plastique dans le tiroir de la cuisine. Il ressort uniquement de la preuve qu'il a pu avoir accès au tiroir. Je remarque également que, contrairement à un article volé qui aurait pu être manipulé innocemment de nombreuses manières, la drogue était manifestement un objet de contrebande. Vu l'ensemble de la preuve, je suis convaincue, malgré les contradictions relevées dans le témoignage de Thelland, que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que Lepage avait la drogue en sa possession, et ce, en vue d'en faire le trafic compte tenu de la quantité découverte. L'accusé est donc reconnu coupable quant au deuxième chef.

B. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1993), 87 C.C.C. (3d) 43

(1) Madame le juge Weiler (au nom de la cour à la majorité)

Le juge Weiler a convenu avec l'intimé qu'il y avait lieu de distinguer la présente affaire de l'arrêt *O'Keefe*, précité, où les empreintes digitales de l'accusé avaient été relevées sur l'article volé lui-même. En l'espèce, les empreintes digitales de l'intimé ont été relevées sur le sac, mais il n'y avait aucune preuve que ses empreintes se trouvaient également sur les buvards de LSD contenus dans le sac. Le juge Weiler a souligné que le sac aurait pu être manipulé innocemment, de diverses manières, avant que n'y soient déposés les buvards de LSD. Le juge du procès ne s'est pas rendu compte de cette distinction.

À cet égard, le juge Weiler a mentionné l'arrêt *R. c. Swezey* (1974), 20 C.C.C. (2d) 400 (C.A. Ont.), où on a conclu que le raisonnement de l'arrêt *O'Keefe* ne s'applique pas lorsque les empreintes digitales sont relevées non pas sur les articles volés eux-mêmes, mais seulement sur un bout de papier inséré dans le même emballage que les articles volés. Le juge Weiler conclut ensuite ce qui suit (à la p. 49):

[TRADUCTION] En l'espèce, la preuve de la présence des empreintes digitales de Lepage sur le sac ne permettait pas de conclure qu'il était en possession du papier imprégné de L.S.D. Dans ces circonstances, le juge du procès a donc commis une erreur en tirant une conclusion du choix de l'accusé de ne pas témoigner: voir *R. c.*

12

13

[12 O.R. (3d) 340 (C.A.), at p. 348]. It cannot be said that, absent this error, the trial judge would have reached the same conclusion.

Johnson (1993), [12 O.R. (3d) 340 (C.A.), à la p. 348]. On ne peut dire que, n'eût été cette erreur, le juge du procès aurait tiré la même conclusion.

14 Weiler J.A. allowed the appeal, set aside the conviction and ordered a new trial at the discretion of the Crown. In the event of a new trial, Weiler J.A. noted that a major portion of Thelland's evidence-in-chief appeared to be evidence of the respondent's bad character. After observing that there was no evidence that Thelland actually saw the respondent place the paper containing LSD in the bag, place the bag under the sofa or deal LSD from the bag, Weiler J.A. concluded as follows (at p. 50):

It is a fundamental principle of common law that the prosecution is not allowed to prove that an accused has committed the offence with which he is charged by evidence that he is a person of bad character and one who is in the habit of committing crimes Although no objection was taken to this evidence at trial, and the appellant's counsel has not specifically raised this as a ground of appeal, a trier of fact is entitled to accept only evidence which has been properly admitted. There is no indication that this evidence was proffered for any purpose other than to indicate that Lepage was a person of bad character and therefore likely to have committed the offence.

(2) Finlayson J.A. (dissenting)

15 Finlayson J.A. was of the view that the respondent had been convicted on the basis of two sources of evidence: the testimony of Thelland and the respondent's fingerprints on the exterior of the bag. He found that the trial judge dealt properly with both of these sources and that the Court of Appeal should not interfere with her verdict. With respect to the first source, Finlayson J.A. held (at p. 45):

It is true that the learned trial judge did not identify what specific portions of Thelland's evidence that she did accept. It would appear, however, that despite recognizing that "the credibility of Thelland is substantially tarnished by his multiple falsehoods", she did believe his testimony at least to the extent that he did not own the

Le juge Weiler a accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès au gré du ministère public. Elle a fait remarquer, en prévision d'un nouveau procès, qu'une grande partie du témoignage en interrogatoire principal de Thelland paraissait se rapporter à la mauvaise moralité de l'intimé. Après avoir fait observer qu'il n'y avait aucune preuve que Thelland avait effectivement vu l'intimé déposer le papier imprégné de LSD dans le sac, placer celui-ci sous le canapé ou faire le trafic du LSD contenu dans le sac, le juge Weiler conclut ce qui suit (à la p. 50):

[TRADUCTION] En common law, il existe un principe fondamental voulant que la poursuite ne soit pas autorisée à établir que l'accusé a commis l'infraction reprochée au moyen d'une preuve que l'accusé est de mauvaise moralité et a l'habitude de commettre des crimes [. . .] Même si cette preuve n'a suscité aucune objection lors du procès et que l'avocat de l'appelant ne l'a pas invoquée expressément comme moyen d'appel, un juge des faits ne peut accepter que les éléments de preuve qui ont été régulièrement admis. Rien n'indique que cette preuve a été produite à d'autres fins que d'établir que Lepage était une personne de mauvaise moralité et qu'il était donc susceptible d'avoir commis l'infraction.

(2) Le juge Finlayson (dissident)

Le juge Finlayson était d'avis que l'intimé avait été déclaré coupable sur la base d'éléments de preuve provenant de deux sources: le témoignage de Thelland et la présence des empreintes digitales de l'intimé sur la partie extérieure du sac. Il a conclu que le juge du procès avait bien examiné la preuve émanant de ces deux sources et que la Cour d'appel ne devrait pas modifier son verdict. Relativement à la première source, le juge Finlayson conclut ceci (à la p. 45):

[TRADUCTION] Il est vrai que le juge du procès n'a pas précisé quelles parties du témoignage de Thelland elle acceptait. Il semblerait cependant que, même si elle reconnaissait que «les nombreux mensonges de Thelland port[aient] considérablement atteinte à sa crédibilité», elle a ajouté foi au témoignage de l'appelant, du

L.S.D., otherwise she would have been obliged to acquit the appellant.

Finlayson J.A. disagreed with the majority that much of Thelland's testimony was evidence of the respondent's bad character. He acknowledged that this evidence did cast a shadow on the character of the respondent but he found that it was highly probative with regard to the matters at issue in the case. Where evidence is relevant to the principal facts in dispute, it should be admitted with regard to possible prejudice. Finlayson J.A. stated (at p. 46):

Thelland was a friend of the appellant and lived with him in the same house. He stated that the appellant was a drug dealer and that he owned the drugs in question. This evidence is highly probative to a charge that the appellant had these drugs in his possession for the purposes of trafficking. Any objection would go to possible hearsay with respect to some of it and to weight with regard to all of it. Indeed, a vigorous cross-examination exposed these very frailties in this portion of Thelland's testimony. It is probably for this reason that no objection was made at trial or on appeal to the admissibility of this evidence.

Finlayson J.A. held that the trial judge did not accept Thelland's evidence without considering its weaknesses.

Finlayson J.A. then considered the trial judge's findings concerning the respondent's fingerprints on the bag. He noted that the trial judge implicitly drew an adverse inference from the respondent's failure to testify and offer an explanation for the presence of his fingerprints. He dismissed the argument that these fingerprints could not be used to support the inference that the respondent was in possession of the bag's contents. Finlayson J.A. then held (at pp. 46-47):

With great deference to those who think otherwise, it is my opinion that the presence of the appellant's prints on the outside of a clear package which contains nothing but drugs is *prima facie* proof of his possession of the

moins en ce qui a trait au fait que le L.S.D. ne lui appartenait pas, sinon elle aurait dû l'acquitter.

Contrairement à la majorité, le juge Finlayson n'a pas considéré qu'une bonne partie du témoignage de Thelland se rapportait à la mauvaise moralité de l'intimé. Il a reconnu que ce témoignage jetait une ombre sur la moralité de l'intimé, mais il a conclu qu'il était fort probant en ce qui concernait les questions en litige dans l'affaire. Lorsqu'un témoignage est pertinent à l'égard des principaux faits en litige, il y a lieu de l'admettre en tenant compte de tout préjudice qu'il peut éventuellement causer. Le juge Finlayson affirme ce qui suit (à la p. 46):

[TRADUCTION] Thelland était un ami de l'appelant et habitait avec lui dans la même maison. Il a déclaré que l'appelant était un trafiquant de drogue et que la drogue en question lui appartenait. Ce témoignage est fort probant relativement à une accusation voulant que l'appelant ait eu cette drogue en sa possession en vue d'en faire le trafic. Il pourrait, en partie, susciter une objection fondée sur le oui-dire et, dans son ensemble, en susciter une autre fondée sur sa force probante. En fait, un contre-interrogatoire serré a fait ressortir ces faiblesses que comportait cette partie du témoignage de Thelland. C'est probablement pour ce motif qu'aucune objection n'a été soulevée au procès ou en appel concernant l'admissibilité de cette preuve.

Le juge Finlayson a conclu que le juge du procès n'avait pas accepté le témoignage de Thelland sans égard à ses faiblesses.

Le juge Finlayson s'est ensuite penché sur les conclusions du juge du procès concernant la présence des empreintes digitales de l'intimé sur le sac. Il a fait remarquer que le juge du procès a implicitement tiré une conclusion défavorable de l'omission de l'intimé de témoigner et de fournir une explication concernant la présence de ses empreintes digitales. Il a rejeté l'argument selon lequel ces empreintes ne pouvaient servir à appuyer la conclusion que l'intimé était en possession du contenu du sac. Il conclut ensuite (aux pp. 46 et 47):

[TRADUCTION] En toute déférence pour les tenants de l'opinion contraire, je suis d'avis que la présence des empreintes de l'appelant sur la partie extérieure d'un emballage transparent qui ne renfermait rien d'autre que

16

17

package and its contents. The court does not have to speculate as to how the appellant's prints could have travelled innocently to the package alone. I support the reasoning of the trial judge that "these drugs were obvious contraband unlike a stolen article which could be handled innocently in a multitude of ways".

The verdict under appeal is not unreasonable. Additionally, the appellant did not testify and the trial judge was entitled to draw the adverse inference that he could not have given a sustainable explanation for the presence of these drugs in his home and with his fingerprints on the package. The trial judge properly instructed herself as to the law on this issue and this court should not interfere with the exercise of that judgment.

¹⁸ Finlayson J.A. stated that it was open for the trial judge to find, on all the evidence, that the appellant was in possession of the bag of LSD and that it was for the purpose of trafficking.

IV. Issues

1. Did the majority of the Court of Appeal err in concluding that the trial judge erred in finding that the Crown had proven the respondent's possession of the LSD from all of the evidence presented at the trial, including the evidence of the presence of the respondent's fingerprints on the clear bag which contained the LSD?
2. Was the evidence of Thelland inadmissible character evidence?
3. Was the verdict of the trial judge unreasonable or unsupported by the evidence pursuant to s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*?

V. Analysis

¹⁹ The key issue to determine in this case is whether the trial judge was entitled to infer that the respondent had possession of the LSD based on the presence of his fingerprints on the plastic zip-lock bag, as well as any other evidence at trial. The appellant submitted that the totality of the evidence supported the inference of guilt beyond a reasonable doubt and that the Court of Appeal erred in

de la drogue est une preuve *prima facie* de la possession par l'appelant de l'emballage et de son contenu. La cour n'a pas à conjecturer sur la façon dont l'appelant aurait pu laisser innocemment ses empreintes sur l'emballage seulement. J'appuie le raisonnement du juge du procès selon lequel «contrairement à un article volé qui aurait pu être manipulé innocemment de nombreuses manières, la drogue était manifestement un objet de contrebande».

Le verdict porté en appel n'est pas déraisonnable. De plus, l'appelant n'a pas témoigné et le juge du procès avait le droit de tirer la conclusion défavorable que l'appelant n'aurait pu fournir une explication plausible de la présence de cette drogue chez lui et de ses empreintes digitales sur l'emballage. Le juge du procès s'est bien instruite du droit applicable à cet égard et notre cour ne devrait pas toucher à l'exercice de ce jugement.

Le juge Finlayson a affirmé que le juge du procès pouvait conclure, compte tenu de l'ensemble de la preuve, que l'appelant était en possession du sac de LSD, et ce, en vue d'en faire le trafic.

IV. Les questions en litige

1. La Cour d'appel à la majorité a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès avait eu tort de statuer que le ministère public avait prouvé que l'intimé était en possession du LSD, à partir de tous les éléments de preuve présentés au procès, dont la présence de ses empreintes digitales sur le sac transparent qui renfermait le LSD?
2. Le témoignage de Thelland constituait-il une preuve de moralité inadmissible?
3. Est-ce que le verdict du juge du procès était déraisonnable ou ne pouvait pas s'appuyer sur la preuve au sens du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*?

V. Analyse

La principale question à trancher en l'espèce est de savoir si le juge du procès pouvait conclure que l'intimé était en possession du LSD, compte tenu de la présence de ses empreintes sur le sac de plastique à fermeture par pression et glissière et de tout autre élément de preuve produit au procès. L'appelante a fait valoir que la preuve en entier appuyait la conclusion de culpabilité hors de tout doute rai-

substituting its view of the evidence for that of the trial judge. The respondent's basic position was that the fingerprint evidence alone could not justify an inference of guilt and the trial judge erred in drawing an adverse inference from the respondent's failure to testify.

A. *Was the trial judge entitled to infer possession from the presence of the fingerprints?*

In order to determine whether the trial judge erred in convicting the respondent, it is necessary to analyze whether she was entitled to infer possession of the narcotics from the existence of the fingerprints found on the bag or any other evidence.

In her reasons, Pardu J. placed much emphasis on the decision of *O'Keefe, supra*. In that case, the accused was charged with breaking and entering and committing theft and the Crown relied on the doctrine of recent possession to support its case. The only evidence of possession of the stolen goods was the presence of the accused's fingerprints on the items stolen. The accused offered the explanation that he had innocently handled the goods at one time. Although the Court of Appeal was unanimously of the view that the trial judge erred in failing to give effect to this explanation which might reasonably have been true, there was a difference of opinion with respect to the effect of the fingerprint evidence.

Laidlaw J.A. had this to say regarding the fingerprint evidence, at p. 279:

The mere fact that a person has handled stolen goods and left his fingerprints on them is not conclusive proof that he had possession in law of them. That fact alone does not raise any presumption that they came into his possession in a dishonest or unlawful manner. The inference cannot be drawn from that fact alone that he had any control whatsoever in respect of the stolen goods. Indeed, the mere fact of handling stolen goods and leaving fingerprints on them is equally consistent with innocence as with any wrongful act in respect of them.

sonnable et que la Cour d'appel avait eu tort de substituer sa perception de la preuve à celle du juge du procès. L'intimé a soutenu essentiellement que la preuve des empreintes digitales ne pouvait à elle seule justifier une conclusion de culpabilité et que le juge du procès avait commis une erreur en tirant une conclusion défavorable de l'omission de témoigner de l'intimé.

A. *Le juge du procès pouvait-il déduire la possession de la présence des empreintes digitales?*

Pour déterminer si le juge du procès a commis une erreur en déclarant l'intimé coupable, il faut se demander si elle pouvait déduire la possession des stupéfiants de la présence des empreintes relevées sur le sac, ou de tout autre élément de preuve.

Dans ses motifs, le juge Pardu insiste beaucoup sur l'arrêt *O'Keefe*, précité. Dans cette affaire, l'accusé était accusé d'introduction par effraction et de vol et le ministère public invoquait la théorie de la possession récente à l'appui de sa thèse. La seule preuve de la possession d'objets volés reposait sur la présence des empreintes digitales de l'accusé sur ces objets. L'accusé a expliqué qu'à un moment donné il avait manipulé innocemment les objets en question. Quoique la Cour d'appel ait estimé, à l'unanimité, que le juge du procès avait eu tort de ne pas tenir compte de cette explication qui aurait pu raisonnablement être véridique, il y avait divergence d'opinions quant à l'effet de la preuve des empreintes digitales.

Voici ce que dit le juge Laidlaw au sujet de cette preuve (à la p. 279):

[TRADUCTION] Le simple fait qu'une personne ait manipulé des objets volés et y ait laissé ses empreintes digitales n'est pas une preuve concluante qu'elle en avait la possession sur le plan juridique. Ce fait, à lui seul, ne donne pas naissance à une présomption qu'elle en a acquis la possession d'une manière malhonnête ou illégale. On ne peut déduire de ce seul fait qu'elle exerçait un contrôle quelconque sur les objets volés. En réalité, le simple fait de manipuler des objets volés et d'y laisser ses empreintes digitales est tout aussi compatible avec l'innocence qu'avec l'accomplissement d'un acte fautif à leur égard.

20

21

22

In my opinion, the Crown failed to establish a *prima facie* case against the accused because there was no sufficient proof that any of the stolen articles were in the possession of the accused at any time.

23 Although concurring in the result, Morden J.A. concluded as follows, at pp. 282-83:

In the case at bar at the close of the Crown's case it had been established that the appellant's fingerprints were on the stolen articles. This was evidence that he had handled them, and from this it could be inferred that he had had, perhaps for a very short space of time, physical possession of the goods. It is at this point that I differ, with great respect, from the persuasive reasoning of my brother Laidlaw. In my opinion, the Crown had made out a *prima facie* case of possession in law against the appellant.

From the proof of the appellant's fingerprints upon the stolen articles, an inference could have been drawn that he had had possession in law. Whether or not such an inference should be drawn in any particular case is a question for the jury, and in this case for the trial Judge only, after all the evidence had been adduced.

The secondary onus, that of adducing evidence, passed to the appellant. If he had called no evidence explaining the presence of his fingerprints, then he would have run the risk of the Judge drawing the inference that he had had possession in law and finding him guilty. [Emphasis added.]

24 LeBel J.A. basically agreed with the above passage and held that, in the circumstances, an explanation of the accused was required as it was shown at least *prima facie* that he had possession.

25 In my view, whether or not the inference of possession from the presence of fingerprints can be drawn is not subject to a hard and fast rule. Rather, as Morden J.A. noted, it is a question of fact which

Selon moi, le ministère public n'a pas présenté une preuve *prima facie* contre l'accusé, vu l'absence de preuve suffisante que celui-ci avait été, à quelque moment que ce soit, en possession de l'un ou l'autre des articles volés.

Bien qu'il souscrive au résultat, le juge Morden conclut ce qui suit, aux pp. 282 et 283:

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, il avait été établi, à l'issue de la présentation de la preuve du ministère public, que les empreintes digitales de l'appelant se trouvaient sur les articles volés. C'était la preuve qu'il les avait manipulés, de sorte qu'on pouvait conclure qu'il avait effectivement eu ces biens en sa possession, ne serait-ce que pendant un très court laps de temps. En toute déférence, c'est ici que je ne souscris plus au raisonnement convaincant de mon collègue le juge Laidlaw. Selon moi, le ministère public a présenté contre l'appelant une preuve *prima facie* de possession sur le plan juridique.

On aurait pu déduire de la preuve de la présence des empreintes digitales de l'appelant sur les articles volés, qu'il en avait eu la possession sur le plan juridique. Il appartient au jury, et en l'espèce au juge du procès seulement, de décider, dans chaque cas particulier, s'il y a lieu ou non de faire une telle déduction une fois produits tous les éléments de preuve.

Il incombait ensuite à l'appelant de fournir à son tour des éléments de preuve. S'il n'avait présenté aucun élément de preuve pour expliquer la présence de ses empreintes digitales, il aurait alors couru le risque que le juge en conclue qu'il avait eu la drogue en sa possession sur le plan juridique et le déclare coupable. [Je souligne.]

Le juge LeBel s'est dit d'accord, pour l'essentiel, avec la citation qui précède et a conclu que, dans les circonstances, l'accusé devait fournir une explication, étant donné qu'il avait été démontré, du moins à première vue, qu'il avait eu la possession.

Je suis d'avis qu'il n'y a pas de règle stricte qui s'applique pour déterminer si la présence d'empreintes digitales permet de conclure à la possession. Comme le juge Morden l'a souligné, il s'agit

depends on all of the circumstances of the case and all of the evidence adduced. In this regard, I agree with the following statement of Fairgrieve Prov. J. from *R. v. Mehrabnia* (1993), 26 C.R. (4th) 98 (Ont. Ct. (Prov. Div.)), at p. 106:

Contrary to Mr. Dolhai's submission concerning the effect of *O'Keefe*, I think that the principle that emerges from all these cases is that whether an accused's fingerprint on an article will support an inference that he was in possession of the article will depend on the particular circumstances of the case.

In the present case, after referring to the two opposing views expressed above in *O'Keefe*, Pardu J. noted that there was no evidence in this case that the respondent innocently handled the plastic bags, only that he could have access to the kitchen drawer where the bags were kept. Contrary to the contention of the respondent, I do not interpret this observation as an indication that the trial judge was relying on the failure of the respondent to testify or to offer an explanation as a basis upon which to draw an inference of possession. Rather Pardu J., in this part of her judgment, was addressing the question as to whether the inference could, in law, be drawn. Applying the majority view in *O'Keefe*, an inference was permissible in the absence of an explanation. While the absence of explanation was strictly unnecessary to the determination that an inference could be drawn in this case, Pardu J. came to the right conclusion on this question.

Having concluded correctly that the inference could as a matter of law be drawn, Pardu J. went on to draw the inference, as she was entitled to do, on the basis of all the evidence including, to some extent, the evidence of Thelland. She concluded as follows:

Having regard to all of the evidence I am persuaded, notwithstanding the differences in Thelland's evidence, that the Crown has proven beyond a reasonable doubt that Lepage had possession of the drugs, and having regard to the quantity that such possession was for the purpose of trafficking. A conviction on Count 2 will follow as a result. [Emphasis added.]

plutôt d'une question de fait qui dépend de toutes les circonstances de l'affaire et de l'ensemble de la preuve. À cet égard, je suis d'accord avec les propos suivants que tient le juge Fairgrieve, dans *R. c. Mehrabnia* (1993), 26 C.R. (4th) 98 (C. Ont. (Div. prov.)), à la p. 106:

[TRADUCTION] Contrairement à l'argument de M^e Dolhai concernant l'effet de l'arrêt *O'Keefe*, je crois que le principe qui se dégage de toutes ces décisions est que la question de savoir si la présence des empreintes digitales d'un accusé sur un article permet ou non de conclure qu'il l'avait en sa possession dépend des circonstances particulières de l'affaire.

Dans la présente affaire, après avoir mentionné les deux points de vue divergents susmentionnés dans l'arrêt *O'Keefe*, le juge Pardu a fait observer qu'il avait été établi, en l'espèce, non pas que l'intimé avait manipulé innocemment les sacs de plastique, mais seulement qu'il avait accès au tiroir de cuisine dans lequel se trouvaient les sacs. Contrairement aux prétentions de l'intimé, je ne considère pas que cette remarque indique que le juge du procès se fondait sur l'omission de l'intimé de témoigner ou de fournir une explication pour conclure à la possession. Dans cette partie de son jugement, le juge Pardu se demande plutôt si une telle conclusion peut être tirée en droit. Compte tenu de l'opinion majoritaire dans l'arrêt *O'Keefe*, une conclusion pouvait être tirée en l'absence d'explication. Même si l'absence d'explication était strictement inutile pour déterminer qu'il était possible de tirer une conclusion en l'espèce, le juge Pardu est arrivée à la bonne conclusion à cet égard.

Après avoir statué à juste titre que la conclusion pouvait être tirée en droit, le juge Pardu a tiré sa conclusion, comme elle avait le droit de le faire, en fonction de l'ensemble de la preuve, y compris, dans une certaine mesure, le témoignage de Thelland. Voici ce qu'elle a conclu:

[TRADUCTION] Vu l'ensemble de la preuve, je suis convaincue, malgré les contradictions relevées dans le témoignage de Thelland, que le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que Lepage avait la drogue en sa possession, et ce, en vue d'en faire le trafic compte tenu de la quantité découverte. L'accusé est donc reconnu coupable quant au deuxième chef. [Je souligne.]

28 Thus, the trial judge concluded that all of the evidence adduced entitled her to conclude beyond a reasonable doubt that the respondent was in possession of LSD for the purpose of trafficking.

29 Although I have concluded above that Pardu J. did not draw any adverse inference from the respondent's failure to offer an explanation for the presence of his fingerprints, I note that once the Crown had proved a *prima facie* case, the trial judge would be entitled to draw such an inference in any event. The following passage from *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340 (C.A.), at pp. 347-48, is on point:

No adverse inference can be drawn if there is no case to answer. A weak prosecution's case cannot be strengthened by the failure of the accused to testify. But there seems to come a time, where, in the words of Irving J.A. in *R. v. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221 at p. 230, 14 B.C.R. 61 (C.A.), "circumstantial evidence having enveloped a man in a strong and cogent network of inculpatory facts, that man is bound to make some explanation or stand condemned". That point, it seems to me, can only be the point where the prosecution's evidence, standing alone, is such that it would support a conclusion of guilt beyond a reasonable doubt. Viewed that way, it would be better said that the absence of defence evidence, including the failure of the accused to testify, justifies the conclusion that no foundation for a reasonable doubt could be found on the evidence. It is not so much that the failure to testify justifies an inference of guilt; it is rather that it fails to provide any basis to conclude otherwise. When linked in that fashion to the strength of the Crown's case, the failure to testify is no different than the failure to call other defence evidence. . . . If the Crown's case cries out for an explanation, an accused must be prepared to accept the adverse consequences of his decision to remain silent: *R. v. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523, 68 C.R. (3d) 123 (C.A.), at p. 542 C.C.C., p. 42 [*sic*] C.R. But the failure to testify cannot be used as simply one of the circumstances from which the guilt of the accused can be inferred: *R. v. Armstrong* (1989), 52 C.C.C. (2d) 190 . . . As Doherty J. pointed out in *R. v. Manchev*, an unreported judgment of the Ontario High Court, August 23, 1990, the accused's failure to testify is not an independent piece of evidence, to be placed on the evidentiary scale. It is rather a feature of the trial which may assist in deciding what infer-

Le juge du procès a donc conclu que l'ensemble des éléments de preuve produits lui permettait de conclure hors de tout doute raisonnable que l'intimé était en possession du LSD en vue d'en faire le trafic.

Même si j'ai conclu précédemment que le juge Pardu n'a pas tiré une conclusion défavorable de l'omission de l'intimé d'expliquer la présence de ses empreintes digitales, je précise que, du moment que le ministère public avait fait une preuve *prima facie*, le juge du procès pouvait, de toute façon, tirer pareille conclusion. Voici un passage pertinent de l'arrêt *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340 (C.A.), tiré des pp. 347 et 348:

[TRADUCTION] Aucune conclusion défavorable ne peut être tirée s'il n'y a aucune preuve à réfuter. L'omission de l'accusé de témoigner ne peut permettre de remédier à la faiblesse de la preuve de la poursuite. Or, il arrive un moment, semble-t-il, pour reprendre les termes du juge Irving dans *R. c. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221, à la p. 230, 14 B.C.R. 61 (C.A.), où «une preuve circonstancielle, constituée d'un ensemble solide et convaincant de faits inculpatives, oblige un homme à fournir quelque explication sous peine d'être reconnu coupable». Il en est ainsi, selon moi, seulement lorsque la preuve de la poursuite, à elle seule, est de nature à appuyer une conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Sous cet angle, il serait préférable de dire que l'absence de preuve à décharge, y compris l'omission de l'accusé de témoigner, justifie la conclusion qu'aucun motif de doute raisonnable ne pouvait ressortir de la preuve. Ce n'est pas tant que l'omission de témoigner justifie une conclusion de culpabilité; c'est plutôt qu'elle prive le tribunal de motifs de tirer une autre conclusion. Lorsqu'elle est ainsi rattachée à la solidité de la preuve du ministère public, l'omission de témoigner ne diffère en rien de l'omission de présenter d'autres éléments de preuve à décharge [. . .] Lorsque la preuve du ministère public exige une explication, l'accusé doit être disposé à accepter les conséquences défavorables de sa décision de garder le silence: *R. c. Boss* (1988), 46 C.C.C. (3d) 523 (C.A.), à la p. 542, 68 C.R. (3d) 123, à la p. 42 (*sic*). Cependant, l'omission de témoigner ne peut être invoquée simplement comme l'une des circonstances à partir desquelles on peut conclure à la culpabilité de l'accusé: *R. c. Armstrong* (1989), 52 C.C.C. (2d) 190 [. . .] Comme le juge Doherty l'a fait remarquer dans *R. c. Manchev*, un jugement inédit de la Haute Cour de l'Ontario, en date du 23 août 1990, l'omission de l'accusé de témoigner ne constitue pas un élément de

ences should be drawn from the evidence adduced. [Emphasis added.]

I note that the *Johnson* decision was cited with approval by this Court in *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827.

In this case, since the totality of the evidence enabled the trial judge to infer guilt beyond a reasonable doubt, the absence of any explanation from the respondent merely failed to provide any basis to conclude otherwise.

It was also argued, as Weiler J.A. found, that there is a distinction between fingerprints on a bag and fingerprints found on the blotter paper itself, on which the LSD was contained. However, this distinction is merely another factor to be taken into account in deciding whether or not to draw the inference of possession based on the totality of the evidence adduced. Clearly, the fact that the respondent's fingerprints were on the bag containing the LSD is highly probative of possession of the narcotics. Pardu J. was entitled to consider this, along with other evidence, in reaching her verdict.

In my opinion, the conclusion reached by the trial judge did not constitute an error unless she relied on inadmissible evidence in drawing the inference, or the inference of guilt was unreasonable or unsupported by the evidence within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. I will next consider each of these issues.

B. *The admissibility of Thelland's evidence*

In support of the trial judge's conclusion, it appears that she relied at least in part on the testimony of Thelland. The following portion of Thelland's testimony is relevant for the purpose of inferring whether the respondent was in possession of the LSD:

preuve indépendant dont il faut apprécier la force probante. Il s'agit plutôt d'une caractéristique du procès qui peut aider à déterminer quelles conclusions devraient être tirées de la preuve présentée. [Je souligne.]

Je constate que l'arrêt *Johnson* est cité et approuvé par notre Cour dans *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827.

Dans la présente affaire, comme la totalité de la preuve permettait au juge du procès de conclure à la culpabilité hors de tout doute raisonnable, l'absence d'explication de la part de l'intimé a simplement privé le tribunal de motifs de tirer une autre conclusion.

On fait également valoir, comme l'a conclu le juge Weiler, qu'il y a une différence entre la présence d'empreintes digitales sur un sac et la présence d'empreintes sur le buvard imprégné de LSD comme tel. Toutefois, cette différence est simplement un autre facteur à prendre en considération pour décider s'il y a lieu de conclure à la possession vu l'ensemble de la preuve produite. De toute évidence, le fait que les empreintes digitales de l'intimé aient été relevées sur le sac renfermant le LSD est fort probant quant à la possession des stupéfiants. Le juge Pardu pouvait tenir compte de cet élément de preuve, ainsi que d'autres, pour rendre son verdict.

Je suis d'avis que la conclusion tirée par le juge du procès n'était pas erronée, à moins que celle-ci ne soit fondée sur un élément de preuve inadmissible en la tirant, ou que la conclusion de culpabilité n'ait été déraisonnable ou n'ait pu s'appuyer sur la preuve au sens du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*. Je vais maintenant analyser chacune de ces questions.

B. *L'admissibilité du témoignage de Thelland*

Il appert que le juge du procès a fondé sa conclusion, du moins en partie, sur le témoignage de Thelland. L'extrait suivant du témoignage de Thelland est pertinent aux fins de déterminer si l'intimé était en possession du LSD:

30

31

32

33

- Q. What do you know about that LSD?
- A. I know it belonged to John Paul Lepage.
- Q. How do you know that?
- A. He's the only one that was the major dealer in the house.
- Q. When you say major dealer, what do you mean by that?
- A. Well, quantity.
- Q. Of what?
- A. Of any narcotic that was coming in.
- Q. What can you tell me about this specific bundle of drugs?
- A. It belongs to John Paul Lepage.
- Q. How do you know that?
- A. Because I lived at the house. I knew that he was dealing.
- Q. How did you know that?
- A. Well, I've seen. Most of his friends are my friends, too, and I've seen all kinds of it around. So I knew basically who he was hanging around with and stuff like that, too.
- Q. Were these narcotics yours?
- A. No, they were not. [Emphasis added.]

34 The respondent asserts that the evidence of Thelland ought not to have been admissible as it was evidence of bad character adduced for the purpose of showing that the respondent was the type of person who would possess LSD.

35 It is true that the testimony of Thelland can be construed as character evidence relevant to show the disposition of the respondent or his propensity to traffic in narcotics. Clearly, this would be an inadmissible purpose for adducing the evidence. However, evidence which demonstrates bad character may nonetheless be admissible if it is also relevant to an issue at trial, apart from propensity or disposition. In *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, Iacobucci J. explained the appropriate principles, at pp. 730-31:

[TRANSLATION]

- Q. Que savez-vous de ce LSD?
- R. Je sais qu'il appartenait à John Paul Lepage.
- Q. Comment le savez-vous?
- R. C'était le seul gros trafiquant dans la maison.
- Q. Qu'entendez-vous par gros trafiquant?
- R. Bien, du point de vue de la quantité.
- Q. De quoi?
- R. De tous les stupéfiants qu'il pouvait se procurer.
- Q. Que pouvez-vous me dire de ce lot précis de drogue?
- R. Il appartient à John Paul Lepage.
- Q. Comment le savez-vous?
- R. Parce que j'habitais dans la maison. Je savais qu'il se livrait au trafic.
- Q. Comment le saviez-vous?
- R. Bien, j'ai vu. La plupart de ses amis sont également les miens, et j'en ai vu de tous les genres à la maison. Ainsi, je savais essentiellement qui il fréquentait et d'autres choses du genre aussi.
- Q. Ces stupéfiants vous appartenaient-ils?
- R. Non. [Je souligne.]

L'intimé fait valoir que le témoignage de Thelland n'aurait pas dû être admissible étant donné qu'il constituait une preuve de mauvaise moralité produite dans le but de montrer que l'intimé était le genre de personne à posséder du LSD.

Il est vrai que le témoignage de Thelland peut être interprété comme une preuve de moralité pertinente pour établir la propension de l'intimé à faire le trafic des stupéfiants. Il est clair qu'il s'agirait alors d'une preuve produite à des fins inacceptables. Toutefois, la preuve de mauvaise moralité peut néanmoins être admissible si elle est également pertinente à l'égard d'une question en litige au procès, outre celle de la propension. Voici comment, dans l'arrêt *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, aux pp. 730 et 731, le juge Iacobucci explique les principes qu'il convient d'appliquer:

The basic rule of evidence in Canada is that all relevant evidence is admissible unless it is barred by a specific exclusionary rule. One such exclusionary rule is that character evidence which shows only that the accused is the type of person likely to have committed the offence in question is inadmissible. As Lamer J. (as he then was) wrote for this Court in *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at pp. 201-2:

Thus came about, as a primary rule of exclusion, the following: disposition, *i.e.*, the fact that the accused is the sort of person who would be likely to have committed the offence, although relevant, is not admissible. As a result evidence adduced solely for the purpose of proving disposition is itself inadmissible, or, to put it otherwise, evidence the sole relevancy of which to the crime committed is through proof of disposition, is inadmissible.

However, evidence which tends to show that the accused is a person of bad character but which is also relevant to a given issue in the case does not fall within this exclusionary rule. As Lamer J. went on to write at p. 202:

This is not to say that evidence which is relevant to a given issue in a case will of necessity be excluded merely because it also tends to prove disposition. Such evidence will be admitted subject to the judge weighing its probative value to that issue (*e.g.* identity), also weighing its prejudicial effect, and then determining its admissibility by measuring one to the other.

Accordingly, evidence which tends to show bad character or a criminal disposition on the part of the accused is admissible if (1) relevant to some other issue beyond disposition or character, and (2) the probative value outweighs the prejudicial effect. [Emphasis in original.]

In the present case, the testimony of Thelland is not merely relevant to the character of the respondent, but is also relevant to possession which is a key issue in the case. In the circumstances of this case, there were three people living in the house and it was clear that the drugs belonged to one of the three. Surely, it is relevant to the issue of possession to have one of the three testify that the drugs were not his and furthermore, indicate that

Au Canada, la règle de preuve fondamentale est que toute preuve pertinente est admissible à moins d'être écartée par une règle d'exclusion précise. L'une de ces règles d'exclusion rend inadmissible la preuve de moralité qui démontre seulement que l'accusé est le genre de personne susceptible d'avoir commis l'infraction en cause. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l'a écrit au nom de notre Cour dans l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, aux pp. 201 et 202:

D'où l'avènement de ce qui suit, comme règle d'exclusion fondamentale: la propension, c.-à-d. le fait que l'accusé est le type de personne susceptible de commettre l'infraction en cause, bien que pertinente, n'est pas admissible en preuve. Par conséquent, est inadmissible la preuve produite à seule fin d'établir la propension; en d'autres termes, est inadmissible la preuve dont l'unique lien avec l'infraction perpétrée est qu'elle établit la propension.

Toutefois, cette règle d'exclusion ne vise pas la preuve qui tend à démontrer que l'accusé est une personne de mauvaise moralité, mais qui se rapporte également à une question litigieuse précise en l'espèce. Le juge Lamer ajoute ensuite, à la p. 202:

Cela ne signifie pas qu'une preuve qui se rapporte à une question litigieuse donnée sera nécessairement exclue simplement parce qu'elle tend également à établir la propension. Une telle preuve sera recevable à la condition que le juge en détermine d'abord la recevabilité en comparant sa valeur probante relativement à la question soulevée (par exemple, l'identité) et l'effet préjudiciable qu'elle risque d'avoir.

Par conséquent, la preuve qui tend à démontrer la mauvaise moralité de l'accusé ou l'existence chez lui d'une propension criminelle est admissible (1) si elle a rapport à une autre question litigieuse que la propension ou la moralité, et (2) si sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable. [Souligné dans l'original.]

En l'espèce, le témoignage de Thelland est pertinent non seulement à l'égard de la moralité de l'intimé, mais aussi quant à la possession qui est ici une question clé. En l'occurrence, trois personnes habitaient dans la maison et la drogue appartenait manifestement à l'une d'elles. Il est certes pertinent, relativement à la question de la possession, que l'une des trois personnes témoigne que la drogue ne lui appartient pas et indique, de plus,

the respondent is in the business and therefore it is more likely that he was the owner of the drugs.

37

The evidence is not being adduced solely for the purpose of showing that the respondent is likely to have committed the crime because he is the type of person who would be likely to possess drugs. As I stated above, this would be inadmissible character evidence based on the criminal disposition or propensity of an individual. Rather, the evidence of Thelland merely illustrates that someone who is in the business of dealing narcotics has more opportunity and is more likely to be in possession of narcotics. In this regard, the comments of Finlayson J.A., in dissent, are apposite (at pp. 45-46):

Weiler J.A. is of the view that much of Thelland's testimony was inadmissible, being evidence of bad character. She criticizes this evidence as being directed at the [respondent's] disposition rather than his specific ownership of the drugs. I respectfully differ in this regard: I accept that Thelland's evidence did cast a shadow on the character of the accused, but it was, I think, highly probative with regard to the matters at issue in this case. Where evidence is very relevant to the principal facts in dispute, it should be admitted with due regard to its possible prejudicial effects. . . .

Thelland was a friend of the [respondent] and lived with him in the same house. He stated that the [respondent] was a drug dealer and that he owned the drugs in question. This evidence is highly probative to a charge that the [respondent] had these drugs in his possession for the purposes of trafficking. Any objection would go to possible hearsay with respect to some of it and to weight with regard to all of it. Indeed, a vigorous cross-examination exposed these very frailties in this portion of Thelland's testimony. [Emphasis added.]

38

I agree with the above comments. Furthermore, it should be noted that no objection was taken to the admissibility of Thelland's evidence at trial or at the Court of Appeal. This is another indication which supports the conclusion that the evidence was not simply character evidence, but was admis-

que l'intimé s'adonne au trafic de la drogue et est donc plus susceptible d'être le propriétaire de la substance en question.

La preuve n'est pas produite à seule fin de montrer que l'intimé est susceptible d'avoir commis l'infraction du fait qu'il est le genre de personne susceptible d'avoir de la drogue en sa possession. Comme je l'ai dit précédemment, il s'agirait alors d'une preuve de moralité inadmissible, fondée sur la propension criminelle d'une personne. Le témoignage de Thelland montre plutôt qu'une personne qui se livre au trafic des stupéfiants a plus d'occasions et est plus susceptible d'avoir des stupéfiants en sa possession. À cet égard, les observations du juge Finlayson, dissident, sont à-propos (aux pp. 45 et 46):

[TRADUCTION] Le juge Weiler est d'avis qu'une bonne partie du témoignage de Thelland est irrecevable, parce qu'il s'agit d'une preuve de mauvaise moralité. Elle réprouve cet élément de preuve pour le motif qu'il se rapporte à la propension [de l'intimé], au lieu de viser à démontrer que la drogue lui appartenait précisément. En toute déférence, je m'inscris en faux sur ce point: je reconnais que le témoignage de Thelland jetait une ombre sur la moralité de l'accusé, mais il était, je crois, fort probant à l'égard des questions en litige dans la présente affaire. Lorsqu'un témoignage est très pertinent à l'égard des principaux faits en litige, il y a lieu de l'admettre en tenant dûment compte des effets préjudiciables qu'il peut éventuellement avoir. . . .

Thelland était un ami de [l'intimé] et habitait avec lui dans la même maison. Il a déclaré que [l'intimé] était un trafiquant de drogue et que la drogue en question lui appartenait. Ce témoignage est fort probant relativement à une accusation voulant que [l'intimé] ait eu cette drogue en sa possession en vue d'en faire le trafic. Il pourrait, en partie, susciter une objection fondée sur le oui-dire et, dans son ensemble, en susciter une autre fondée sur sa force probante. En fait, un contre-interrogatoire serré a fait ressortir ces faiblesses que comportait cette partie du témoignage de Thelland. [Je souligne.]

Je suis d'accord avec les observations qui précèdent. En outre, il y a lieu de signaler qu'aucune objection n'a été soulevée quant à l'admissibilité du témoignage de Thelland au procès ou devant la Cour d'appel. Voilà un autre élément qui appuie la conclusion que le témoignage ne constituait pas

sible due to its probative value regarding possession. Given the manner in which the evidence was introduced, I am not prepared to find that it was misused as evidence of disposition merely. Provided its use was so limited, its probative value overbore its prejudicial effect. Therefore, the trial judge was entitled to consider Thelland's testimony, along with the fingerprint evidence, in deciding whether, on the facts of the case, an inference of guilt should be drawn against the respondent.

C. *Was the verdict unreasonable or unsupported by the evidence pursuant to s. 686(1)(a)(i) of the Criminal Code?*

It does not appear that the majority of the Court of Appeal held that the verdict of the trial judge was unreasonable or could not be supported by the evidence since a new trial was ordered. If the Court of Appeal had concluded that the verdict fell within the terms of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, then an acquittal would have been the necessary result. As well, Finlayson J.A. specifically held that the verdict under appeal was not unreasonable.

Although the respondent was entitled to rely on s. 686(1)(a)(i) in order to support the judgment below, in my view, it cannot be said that the verdict was unreasonable. Perhaps if the Crown's case rested solely on the fingerprints found on the bag containing the LSD one could conclude that there would be insufficient evidence to prove guilt beyond a reasonable doubt. However, in the case at bar, the fingerprint evidence was also supplemented, to some extent, by the evidence as to where the bag was found as well as the testimony of Thelland. Taken as a whole, there was evidence upon which the trial judge could reasonably have convicted the respondent.

I should note that there is some question concerning which portions of Thelland's testimony were accepted by the trial judge and what weight

simplement une preuve de moralité, mais était recevable en raison de sa valeur probante quant à la possession. Vu la façon dont la preuve a été présentée, je ne suis pas disposé à conclure que celle-ci a été utilisée abusivement à seule fin d'établir la propension. Dans la mesure où son utilisation était ainsi restreinte, sa valeur probante l'emportait sur son effet préjudiciable. Partant, le juge du procès pouvait prendre en considération le témoignage de Thelland, de pair avec la preuve des empreintes digitales, pour décider si, d'après les faits de l'espèce, il y avait lieu de conclure à la culpabilité de l'intimé.

C. *Est-ce que le verdict était déraisonnable ou ne pouvait pas s'appuyer sur la preuve au sens du sous-al. 686(1)(a)(i) du Code criminel?*

La Cour d'appel à la majorité ne semble pas avoir conclu que le verdict du juge du procès était déraisonnable ou ne pouvait pas s'appuyer sur la preuve, puisqu'un nouveau procès a été ordonné. Si la Cour d'appel avait statué que le verdict était visé par les dispositions du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, un acquittement aurait alors nécessairement été prononcé. De même, le juge Finlayson a statué expressément que le verdict dont il était interjeté appel n'était pas déraisonnable.

Même si l'intimé pouvait invoquer le sous-al. 686(1)(a)(i) à l'appui du jugement rendu en première instance, on ne saurait dire, selon moi, que le verdict était déraisonnable. Si la preuve du ministère public reposait uniquement sur les empreintes digitales relevées sur le sac de LSD, on pourrait peut-être conclure que la preuve était insuffisante pour établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cependant, dans la présente affaire, la preuve des empreintes digitales était aussi complétée, jusqu'à un certain point, par la preuve relative à l'endroit où le sac a été découvert, de même que par le témoignage de Thelland. Dans l'ensemble, le juge du procès disposait d'éléments de preuve qui lui permettaient raisonnablement de conclure à la culpabilité de l'intimé.

Je tiens à souligner qu'un doute subsiste concernant les parties du témoignage de Thelland que le juge du procès a acceptées et le poids qu'elle a

39

40

41

she gave to his evidence in light of her conclusion that Thelland's credibility "is substantially tarnished by multiple falsehoods". However, I agree with the conclusion of Finlayson J.A. (at p. 45) that the trial judge did believe Thelland's testimony "at least to the extent that he did not own the L.S.D., otherwise she would have been obliged to acquit" the respondent. Pardu J. does not explain why she accepted some of Thelland's evidence in view of her comment about his tarnished credibility. Given the importance of Thelland's testimony in supplementing the fingerprint evidence to support the verdict, it would have been preferable for the trial judge to have explained more clearly which part of his evidence she accepted and for what reasons. Nonetheless, her failure to do so does not amount to an error of law. See *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286, at p. 296. Pardu J. was, as a matter of fact, entitled to accept at least part of Thelland's evidence notwithstanding his inconsistent statements. I am satisfied that before accepting the evidence of Thelland she properly considered its frailties and found on all the evidence that the case had been proved beyond a reasonable doubt. I cannot say that in the circumstances this was a verdict that no jury, properly instructed and acting judicially, could reasonably have rendered.

VI. Disposition

42 In the result, I would allow the appeal and restore the conviction.

The reasons of Cory and Major JJ. were delivered by

43 MAJOR J. (dissenting) — It is well known that every person charged with an offence in Canada is entitled to the benefit of the fundamental principles of the Canadian criminal justice system, two of which are the presumption of innocence that endures until the state has proven that person guilty of the crime charged beyond a reasonable doubt, and the right of the accused to remain silent.

accordé à cette preuve compte tenu de sa conclusion que [TRADUCTION] «les nombreux mensonges de Thelland port[aient] considérablement atteinte» à sa crédibilité. Toutefois, à l'instar du juge Finlayson (à la p. 45), je conclus que le juge du procès a ajouté foi au témoignage de Thelland [TRADUCTION] «du moins en ce qui a trait au fait que le L.S.D. ne lui appartenait pas, sinon elle aurait dû l'acquitter». Le juge Pardu n'explique pas pourquoi elle accepte une partie du témoignage de Thelland, malgré les réserves exprimées au sujet de sa crédibilité. Vu l'importance, pour justifier le verdict, du témoignage de Thelland à titre de complément de la preuve des empreintes digitales, il aurait été préférable que le juge du procès explique plus clairement quelle partie du témoignage elle acceptait et pourquoi elle le faisait. Néanmoins, son omission de le faire ne constitue pas une erreur de droit. Voir *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286, à la p. 296. En fait, le juge Pardu pouvait accepter au moins une partie du témoignage de Thelland malgré les déclarations contradictoires de ce dernier. Je suis convaincu qu'avant d'accepter le témoignage de Thelland elle a dûment tenu compte de ses faiblesses et a conclu, à la lumière de l'ensemble de la preuve, que la culpabilité avait été prouvée hors de tout doute raisonnable. Je ne puis affirmer que, dans les circonstances, il s'agissait d'un verdict qu'aucun jury ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement n'aurait pu prononcer raisonnablement.

VI. Dispositif

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Version française des motifs des juges Cory et Major rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — Il est bien établi que toute personne inculpée d'une infraction au Canada a le droit de bénéficier des principes fondamentaux du système canadien de justice criminelle. Au nombre de ces principes, mentionnons le droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que l'État ait prouvé hors de tout doute raisonnable que la personne est coupable du crime dont elle est accusée, et le droit de l'accusé de garder le silence.

While the presumption of innocence has endured in our criminal justice system since the country's inception, it was clearly identified and recognized in *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.).

The rationale for this principle was understood long before then. As early as the 18th century, Blackstone asserted his oft-repeated statement that "it is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer" (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1897), Book IV, c. 27, at p. 358).

If our society accepts this cost for their protection from prosecution, it follows that guilty persons will not be convicted when the evidence fails to meet the established benchmarks.

The state faces substantial hurdles in obtaining a conviction but, so long as we are guided by these principles, only proof and not suspicions will suffice.

These principles remain in force throughout the entire criminal process. Simply stating the principles is insufficient. They must be fully applied in every prosecution. They cannot be lightened or varied, let alone disregarded. It is my respectful conclusion that the accused was deprived of these rights at his trial and the conviction should not be permitted to stand.

The trial judge drew an adverse inference from the fingerprint evidence, and required the accused to provide an innocent explanation for it. This affected the presumption of innocence because the Crown was thereby relieved of its burden of establishing possession by the respondent of the LSD contained in the plastic bag. The right to remain silent was infringed by the implied requirement that the respondent had to explain the presence of his fingerprints on the plastic bag.

Même si la présomption d'innocence s'applique dans notre système de justice criminelle depuis la fondation du pays, elle a été clairement délimitée et reconnue dans l'arrêt *Woolmington c. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.).

On comprenait la raison d'être de ce principe bien avant cet arrêt. Dès le dix-huitième siècle, Blackstone affirmait — un thème souvent repris — qu'[TRADUCTION] «il vaut mieux laisser s'échapper dix personnes coupables que de voir souffrir un seul innocent» (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1897), livre IV, ch. 27, à la p. 358).

Si la société accepte de payer ce prix pour protéger le citoyen contre les poursuites, il s'ensuit que des personnes coupables ne seront pas déclarées coupables si la preuve ne respecte pas les normes établies.

L'État doit surmonter des obstacles considérables pour obtenir une déclaration de culpabilité, mais tant que nous serons guidés par ces principes, seule la preuve suffira pour y parvenir, et non le soupçon.

Ces principes demeurent applicables dans tout le processus criminel. Le seul fait de les mentionner ne suffit pas. Il faut les appliquer intégralement dans toute poursuite. Ils ne peuvent être ni atténués ni modifiés, et encore moins ignorés. Je suis d'avis que l'accusé a été privé de ces droits à son procès et que la déclaration de culpabilité ne saurait être maintenue.

Le juge du procès a tiré une conclusion défavorable de la preuve des empreintes digitales et a exigé de l'accusé qu'il explique leur présence de manière à se disculper. Cela a porté atteinte à la présomption d'innocence du fait que le ministère public était ainsi dégagé de son obligation de prouver que l'intimé était en possession du LSD contenu dans le sac de plastique. Le droit de garder le silence a également été violé par l'exigence tacite que l'intimé explique la présence de ses empreintes digitales sur le sac de plastique.

44

45

46

47

48

49

50 In the case at bar, there were only two sources of evidence which could lead to a conclusion of guilt against the respondent: the fingerprint evidence and the testimony of Thelland. For the reasons set out below, it is my conclusion that the evidence of Thelland consisted of inadmissible character evidence, and the fingerprint evidence standing alone was not sufficient to found a conviction.

I. Thelland's Testimony

51 In her reasons for judgment, the trial judge noted that Thelland's credibility was "substantially tarnished by his multiple falsehoods". She did not indicate in her reasons whether she relied on his evidence in deciding the respondent's guilt. As pointed out by Finlayson J.A. in the court below, however, she must have believed his testimony at least to the extent that he did not own the LSD.

52 In order to establish the guilt of the respondent, the Crown had to demonstrate that he had possession of the LSD which was found in the living room. The plastic bag was found in a common area of the house, used by all three residents. There was no way to determine the age of the fingerprints, or when the bag was placed underneath the couch. Apart from the fingerprints on the plastic bag, there was no other physical evidence connecting Lepage to the LSD. Aside from that fingerprint evidence, the only evidence through which the respondent's possession could have been demonstrated was through Thelland's testimony.

53 In my view, however, the testimony of Thelland did not provide any evidence which actually connected the respondent to the drugs whose possession he was charged with. Thelland's evidence was in the nature of character or disposition evidence. The fact that no objection was taken at the trial does not change the nature of that evidence.

54 Thelland testified in his examination in chief by the Crown as follows:

En l'espèce, seuls deux éléments de preuve étaient susceptibles d'entraîner une conclusion de culpabilité de l'intimé, à savoir les empreintes digitales et le témoignage de Thelland. Pour les motifs énoncés ci-après, j'arrive à la conclusion que le témoignage de Thelland était une preuve de moralité irrecevable et que la preuve des empreintes digitales ne pouvait à elle seule justifier un verdict de culpabilité.

I. Le témoignage de Thelland

Dans ses motifs de jugement, le juge du procès a fait remarquer que [TRADUCTION] «les nombreux mensonges de Thelland port[aient] considérablement atteinte» à sa crédibilité. Elle n'y a pas précisé si elle se fondait sur le témoignage de Thelland pour conclure à la culpabilité de l'intimé. Comme l'a souligné le juge Finlayson de la Cour d'appel, le juge du procès a dû, cependant, ajouter foi à son témoignage, du moins en ce qui concerne le fait que le LSD ne lui appartenait pas.

Pour établir la culpabilité de l'intimé, le ministère public devait démontrer qu'il était en possession du LSD découvert dans la salle de séjour. Le sac de plastique a été trouvé dans une pièce commune de la maison à laquelle les trois résidents avaient accès. Il n'y avait aucun moyen de déterminer depuis quand les empreintes digitales se trouvaient sur le sac ni à quel moment celui-ci avait été placé sous le canapé. Hormis les empreintes digitales relevées sur le sac de plastique, aucun autre élément de preuve matérielle ne reliait Lepage au LSD. Outre cette preuve d'empreintes digitales, le témoignage de Thelland était le seul élément de preuve grâce auquel la possession de la drogue par l'intimé aurait pu être établie.

Toutefois, j'estime que ce témoignage n'a fourni aucun élément de preuve reliant véritablement l'intimé à la drogue dont on lui reprochait la possession. Le témoignage de Thelland tenait d'une preuve de moralité ou de propension. L'absence d'objection au procès ne modifie pas la nature de ce témoignage.

Voici ce que Thelland a déclaré lors de son interrogatoire principal par le ministère public:

- Q. What do you know about that LSD?
- A. I know it belonged to John Paul Lepage.
- Q. How do you know that?
- A. He's the only one that was the major dealer in the house.
- Q. When you say major dealer, what do you mean by that?
- A. Well, quantity.
- Q. Of what?
- A. Of any narcotic that was coming in.
- Q. What can you tell me about this specific bundle of drugs?
- A. It belongs to John Paul Lepage.
- Q. How do you know that?
- A. Because I lived at the house. I knew that he was dealing.
- Q. How did you know that?
- A. Well, I've seen. Most of his friends are my friends, too, and I've seen all kinds of it around. So I knew basically who he was hanging around with and stuff like that, too.
- Q. Were these narcotics yours?
- A. No, they were not. [Emphasis added.]

The underlined portions demonstrate, in my view, the essential nature of Thelland's testimony as relating solely to the character and disposition of the accused, rather than to the specific facts of the offence with which he was charged. Thelland did not testify that he had seen Lepage handle the bag of LSD or have the bag in his possession. He did not testify that he saw Lepage place the bag under the couch. Nor did he testify that Lepage had admitted possessing the LSD. The only purpose of this evidence in my view was to show the disposition of the accused, or his propensity to traffic in narcotics and associate with dealers. This is an impermissible purpose.

As recognized by my colleague, character evidence may be admissible if it is relevant to an issue in the trial, and if its probative value outweighs its prejudicial effect: *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R.

[TRADUCTION]

- Q. Que savez-vous de ce LSD?
- R. Je sais qu'il appartenait à John Paul Lepage.
- Q. Comment le savez-vous?
- R. C'était le seul gros trafiquant dans la maison.
- Q. Qu'entendez-vous par gros trafiquant?
- R. Bien, du point de vue de la quantité.
- Q. De quoi?
- R. De tous les stupéfiants qu'il pouvait se procurer.
- Q. Que pouvez-vous me dire de ce lot précis de drogue?
- R. Il appartient à John Paul Lepage.
- Q. Comment le savez-vous?
- R. Parce que j'habitais dans la maison. Je savais qu'il se livrait au trafic.
- Q. Comment le saviez-vous?
- R. Bien, j'ai vu. La plupart de ses amis sont également les miens, et j'en ai vu de tous les genres à la maison. Ainsi, je savais essentiellement qui il fréquentait et d'autres choses du genre aussi.
- Q. Ces stupéfiants vous appartenaient-ils?
- R. Non. [Je souligne.]

Les passages soulignés démontrent, selon moi, que, fondamentalement, le témoignage de Thelland portait uniquement sur la moralité et la propension de l'accusé, plutôt que sur les faits précis de l'infraction dont ce dernier était inculpé. Thelland n'a pas témoigné avoir vu Lepage manipuler le sac de LSD ou être en possession de celui-ci. Il n'a pas dit qu'il avait vu Lepage mettre le sac sous le canapé, ni que Lepage avait avoué posséder le LSD. À mon avis, ce témoignage n'avait pour but que de montrer la propension de l'accusé à faire le trafic des stupéfiants et à fréquenter des trafiquants. Il s'agit d'une fin inadmissible.

Comme le reconnaît mon collègue, la preuve de moralité peut être admissible lorsqu'elle est pertinente à l'égard d'une question en litige au procès et que sa valeur probante l'emporte sur son effet

697. In Justice Sopinka's view, the evidence of Thelland was relevant not solely to character, but also to possession, in that someone in the business of dealing narcotics had more opportunity and was more likely to be in possession of narcotics. With respect, this is evidence of propensity to deal in drugs, and nothing more. This is what is precluded by the general exclusion of character evidence. The accused is only forced to stand trial for the transactions forming the subject matter of the charge for which he is being tried. The Crown must therefore demonstrate more than a "likelihood" or "opportunity" arising from the past history of the accused. It must demonstrate, beyond a reasonable doubt, that this accused person was in possession of the drugs which form the subject matter of the charge. The testimony of Thelland, in my view, could not assist the Crown in this respect. The prejudicial effect of such testimony would clearly outweigh its minimal probative value with respect to the charge of possession for the purposes of trafficking.

II. The Fingerprint Evidence

56 It is not clear from the reasons for judgment of the trial judge whether, or how, she considered Thelland's evidence. If she did rely on it in coming to her decision, this was an error of law. However, there remained the evidence of the fingerprints on the plastic bag containing the LSD to consider. Once Thelland's testimony is excluded, the fingerprints are the only evidence against the respondent. It is my opinion that this evidence is not sufficient, and that the trial judge erred in concluding that the respondent should have provided an explanation for the presence of the fingerprints on the plastic bag and impliedly drawing an adverse inference from his failure to do so.

57 The trial judge considered the decision in *R. v. O'Keefe* (1958), 121 C.C.C. 273 (Ont. C.A.), as does my colleague in his reasons. In that case, the accused was charged with breaking and entering and committing theft. The only evidence of posses-

préjudiciable: *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697. Selon le juge Sopinka, le témoignage de Thelland était pertinent non seulement quant à la moralité mais aussi relativement à la question de la possession, du fait qu'une personne qui se livre au trafic des stupéfiants a plus d'occasions et est plus susceptible d'avoir des stupéfiants en sa possession. En toute déférence, il s'agit d'une preuve de propension au trafic de la drogue, sans plus. C'est ce qu'empêche de faire l'exclusion générale de la preuve de moralité. L'accusé ne doit subir un procès que pour les opérations visées par l'accusation qui pèse contre lui. Le ministère public doit donc démontrer l'existence de quelque chose de plus qu'une «probabilité» ou une «occasion» découlant des antécédents de l'accusé. Il doit établir hors de tout doute raisonnable que la personne accusée était en possession de la drogue visée par l'accusation. J'estime qu'à cet égard le témoignage de Thelland ne pouvait être d'aucun secours au ministère public. L'effet préjudiciable d'un tel témoignage l'emporterait manifestement sur sa faible valeur probante quant à l'accusation de possession à des fins de trafic.

II. La preuve des empreintes digitales

Les motifs du juge du procès n'établissent pas clairement si et comment elle a tenu compte du témoignage de Thelland. Si elle s'est effectivement appuyée sur ce témoignage pour rendre sa décision, elle a commis une erreur de droit. Cependant, il restait à examiner la preuve des empreintes digitales relevées sur le sac de plastique renfermant le LSD. Une fois exclu le témoignage de Thelland, les empreintes digitales constituent le seul élément de preuve qui pèse contre l'intimé. Je suis d'avis que cet élément de preuve est insuffisant et que le juge du procès a eu tort de conclure que l'intimé aurait dû expliquer la présence de ses empreintes digitales sur le sac de plastique, et de tirer implicitement une conclusion défavorable de son omission de le faire.

Le juge du procès a pris en considération l'arrêt *R. c. O'Keefe* (1958), 121 C.C.C. 273 (C.A. Ont.), comme le fait mon collègue dans ses motifs. Dans cette affaire, l'accusé était inculpé d'introduction par effraction et de vol. La seule preuve que l'ac-

sion of the goods by the accused was his fingerprints on the stolen goods. The Court of Appeal was unanimous in concluding that the trial judge erred in not giving effect to the explanation of the accused that he had innocently handled the goods, not knowing that they were stolen. However, the majority (Morden and Lebel J.J.A.) of the Court found that the fingerprints founded a *prima facie* case of possession in law against the appellant, which could be rebutted by his explanation. Laidlaw J.A., on the other hand, had this to say, at p. 279:

The mere fact that a person has handled stolen goods and left his fingerprints on them is not conclusive proof that he had possession in law of them. That fact alone does not raise any presumption that they came into his possession in a dishonest or unlawful manner. The inference cannot be drawn from that fact alone that he had any control whatsoever in respect of the stolen goods. Indeed, the mere fact of handling stolen goods and leaving fingerprints on them is equally consistent with innocence as with any wrongful act in respect of them.

In my opinion, the Crown failed to establish a *prima facie* case against the accused because there was no sufficient proof that any of the stolen articles were in the possession of the accused at any time.

Since this decision, there have been a number of cases dealing with the effect of fingerprint evidence. In *R. v. Bowes* (1974), 21 C.C.C. (2d) 367 (N.B.C.A.), the accused's fingerprints were found on a stolen object, a fibreglass globe located on a post on the property of the complainant. Ryan J.A. for the court followed the majority's reasoning in *O'Keefe* and held that the trial judge ought to have found that the accused was in possession of the object due to the presence of the fingerprints. In *Bowes*, however, there was no reasonable innocent explanation for the presence of the fingerprints on the globe, and they were found on the stolen object itself rather than on the container.

cusé avait été en possession des objets volés était la présence de ses empreintes digitales sur ceux-ci. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que le juge du procès avait eu tort de ne pas tenir compte de l'explication de l'accusé selon laquelle il avait manipulé innocemment les objets alors qu'il ignorait qu'ils avaient été volés. Toutefois, la cour à la majorité (les juges Morden et Lebel) a statué que les empreintes digitales constituaient une preuve *prima facie* de la possession sur le plan juridique par l'appelant, qui pouvait être réfutée par une explication de sa part. Par contre, le juge Laidlaw affirme ceci, à la p. 279:

[TRADUCTION] Le simple fait qu'une personne ait manipulé des objets volés et y ait laissé ses empreintes digitales n'est pas une preuve concluante qu'elle en avait la possession sur le plan juridique. Ce fait, à lui seul, ne donne pas naissance à une présomption qu'elle en a acquis la possession d'une manière malhonnête ou illégale. On ne peut déduire de ce seul fait qu'elle exerçait un contrôle quelconque sur les objets volés. En réalité, le simple fait de manipuler des objets volés et d'y laisser ses empreintes digitales est tout aussi compatible avec l'innocence qu'avec l'accomplissement d'un acte fautif à leur égard.

Selon moi, le ministère public n'a pas présenté une preuve *prima facie* contre l'accusé, vu l'absence de preuve suffisante que celui-ci avait été, à quelque moment que ce soit, en possession de l'un ou l'autre des articles volés.

Depuis cet arrêt, un certain nombre de décisions ont porté sur l'incidence de la preuve d'empreintes digitales. Dans l'affaire *R. c. Bowes* (1974), 21 C.C.C. (2d) 367 (C.A.N.-B.), les empreintes digitales de l'accusé avaient été relevées sur un objet volé, soit un globe en fibre de verre fixé à un poteau sur la propriété du plaignant. Le juge Ryan, s'exprimant au nom de la cour, a suivi le raisonnement de la majorité dans l'arrêt *O'Keefe* et décidé que le juge du procès aurait dû conclure que l'accusé était en possession de l'objet en raison de la présence de ses empreintes digitales. Or, dans *Bowes*, on n'a donné aucune explication raisonnable de la présence, sur le globe, des empreintes digitales qui avaient été découvertes sur l'objet volé lui-même, plutôt que sur le contenant.

59 In *Goguen v. The Queen* (1956), 116 C.C.C. 306 (N.B.C.A.), the fingerprints of the accused, charged with break and enter, were found on the inside of a broken window. No explanation was offered by the accused. The Court of Appeal held that the magistrate was entitled, as a question of fact, to draw an inference of guilt from the fingerprint evidence. In *Dufresne v. The Queen* (1966), 50 C.R. 208 (Que. C.A.), the accused was convicted of armed robbery largely on the basis of the presence of a fingerprint on the rear view mirror of the stolen car used to commit the offence. In the absence of any explanation, the jury was entitled to infer that the accused had participated in the crime, and the weight of the fingerprint evidence was a question for the jury. Choquette J.A. for the court explicitly recognized that this was not a case where it was necessary to prove possession of stolen goods. In *R. v. Keller* (1970), 1 C.C.C. (2d) 360 (Sask. C.A.), the fingerprints of the accused were found on a matchbook cover recovered near a safe which had been opened by a cutting torch. This was held to be sufficient circumstantial evidence to found a conviction.

60 In *Goguen, Dufresne, and Keller*, the fingerprint evidence was used merely as circumstantial evidence to place the accused at the scene of the crime. These cases did not deal with the use of fingerprint evidence to prove possession of the stolen property itself.

61 In *R. v. Kuhn (No. 1)* (1973), 15 C.C.C. (2d) 17 (Sask. C.A.), the accused's fingerprints were found on one of two bottles containing heroin. The bottles were found in an abandoned barn and the fingerprint was the only evidence linking the accused with the bottles. The court found that this was not sufficient to convict the accused. Culliton C.J.S. for the court stated, at p. 19:

The fingerprint on the bottle establishes that the appellant had handled the bottle but handling alone does not

Dans l'affaire *Goguen c. The Queen* (1956), 116 C.C.C. 306 (C.A. N.-B.), les empreintes digitales de l'accusé, qui était inculpé d'introduction par effraction, avaient été trouvées sur la partie intérieure d'une fenêtre brisée. Aucune explication n'avait été fournie par l'accusé. La Cour d'appel a décidé que le magistrat pouvait, à titre de question de fait, tirer une conclusion de culpabilité de l'accusé à partir de la preuve des empreintes digitales. Dans *Dufresne c. The Queen* (1966), 50 C.R. 208 (C.A. Qué.), l'accusé a été reconnu coupable de vol à main armée en raison surtout de la présence d'une empreinte digitale sur le rétroviseur de la voiture volée qui avait servi à commettre l'infraction. En l'absence de toute explication, le jury pouvait en déduire que l'accusé avait participé au crime et il lui appartenait d'apprécier le poids de preuve de l'empreinte digitale. Le juge Choquette a reconnu expressément, au nom de la cour, qu'il ne s'agissait pas d'un cas où il était nécessaire d'établir la possession de biens volés. Dans l'affaire *R. c. Keller* (1970), 1 C.C.C. (2d) 360 (C.A. Sask.), les empreintes digitales de l'accusé avaient été découvertes sur une boîte d'allumettes trouvée près d'un coffre-fort qui avait été ouvert à l'aide d'un chalumeau. On a jugé qu'il s'agissait là d'une preuve circonstancielle suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité.

Dans les affaires *Goguen, Dufresne et Keller*, la preuve d'empreintes digitales a simplement servi de preuve circonstancielle pour établir la présence de l'accusé sur les lieux du crime. Elle n'y a pas été utilisée pour prouver la possession du bien volé lui-même.

Dans l'affaire *R. c. Kuhn (No. 1)* (1973), 15 C.C.C. (2d) 17 (C.A. Sask.), les empreintes digitales de l'accusé ont été relevées sur l'une de deux bouteilles contenant de l'héroïne. Celles-ci avaient été trouvées dans une grange abandonnée et les empreintes digitales constituaient le seul élément de preuve qui liait l'accusé aux bouteilles. La cour a conclu que cela n'était pas suffisant pour déclarer l'accusé coupable. Voici ce que le juge en chef Culliton affirme, au nom de la cour, à la p. 19:

[TRADUCTION] La présence des empreintes digitales sur la bouteille établit que l'appelant l'a manipulée, mais la

establish possession. To enter a conviction for possession solely on the fingerprint, in the absence of any other evidence in support thereof, in my view, is tantamount under such circumstances, to placing a burden on the appellant to prove his innocence. This should not be done. [Emphasis added.]

In *R. v. Breau* (1987), 33 C.C.C. (3d) 354 (N.B.C.A.), Ayles J.A. for the court held that evidence of the accused's fingerprints on the outside of a car trunk and on one of eight clear plastic bags found inside a green garbage bag containing six pounds of marijuana was not sufficient for conviction. Ayles J.A. agreed with the position of Laidlaw J.A. in *O'Keefe* that the mere fact that a person has handled goods and left fingerprints on them is not proof of possession in law. No inference of control could be inferred from the presence of fingerprints alone.

A more recent decision, *R. v. Mehrabnia* (1993), 26 C.R. (4th) 98, (Ont. Ct. (Prov. Div.)), considered this issue in the context of a preliminary inquiry into charges of possession of heroin for the purposes of trafficking. The only evidence against one of the accused was a palm print on a piece of tissue paper which had been used to wrap the bags of heroin. There was no evidence connecting the accused with the premises where the heroin was found, nor of any relationship with the other accused who resided at those premises.

Fairgrieve Prov. J. concluded that this evidence was not sufficient to commit the accused for trial. After reviewing the case law, including the decisions mentioned above, Fairgrieve Prov. J. stated, at pp. 106-7:

... I think that the principle that emerges from all these cases is that whether an accused's fingerprint on an article will support an inference that he was in possession of the article will depend on the particular circumstances of the case. The nature of the article will clearly be of

seule manipulation ne prouve pas la possession. Prononcer une déclaration de culpabilité de possession sur la seule base des empreintes digitales, en l'absence de tout autre élément de preuve à l'appui, équivaut selon moi, dans les circonstances, à imposer à l'appellant le fardeau de prouver son innocence, ce qu'on devrait éviter de faire. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *R. c. Breau* (1987), 33 C.C.C. (3d) 354 (C.A.N.-B.), le juge Ayles a statué, au nom de la cour, que la preuve des empreintes digitales de l'accusé relevées sur le coffre d'une voiture et sur l'un des huit sacs de plastique transparent trouvés à l'intérieur d'un sac à ordures vert renfermant six livres de marijuana n'était pas suffisante pour conclure à la culpabilité de l'accusé. Le juge Ayles était d'accord avec le point de vue exprimé par le juge Laidlaw dans l'arrêt *O'Keefe*, selon lequel le seul fait qu'une personne ait manipulé des objets et y ait laissé ses empreintes digitales n'établit pas la possession sur le plan juridique. Aucun contrôle ne pouvait être déduit de la seule présence des empreintes digitales.

Dans une décision plus récente, *R. c. Mehrabnia* (1993), 26 C.R. (4th) 98 (C. Ont. (Div. prov.)), on a examiné cette question dans le contexte d'une enquête préliminaire relative à des accusations de possession d'héroïne en vue d'en faire le trafic. Le seul élément de preuve qui pesait contre l'un des accusés était une empreinte palmaire relevée sur un morceau de papier de soie qui avait servi à envelopper les sacs d'héroïne. Il n'y avait aucun élément de preuve reliant l'accusé au lieu où l'héroïne avait été découverte, ou encore établissant l'existence de rapports avec l'autre accusé qui habitait à cet endroit.

Le juge Fairgrieve de la Cour provinciale a conclu que cet élément de preuve n'était pas suffisant pour renvoyer l'accusé à son procès. Après avoir examiné la jurisprudence, y compris les décisions précitées, le juge Fairgrieve affirme ceci, aux pp. 106 et 107:

[TRADUCTION] ... je crois que le principe qui se dégage de toutes ces décisions est que la question de savoir si la présence des empreintes digitales d'un accusé sur un article permet ou non de conclure qu'il l'avait en sa possession dépend des circonstances particulières de l'af-

62

63

64

significance, such that a fingerprint on a frying pan, as in *O'Keefe*, for example, would much more readily establish possession of that item than a fingerprint on a container, such as the bottle in *Kuhn (No. 1)*, which might prove prior handling of the bottle, but not necessarily knowledge and control of its contents at the relevant time. Whether the further inference of possession would be available would presumably depend on the presence or absence of such evidence as when the fingerprint was placed on the bottle, whether the contents could be seen when handling the bottle, or whether the nature of the substance in the container was readily recognizable.

faire. La nature de l'article est évidemment importante, de sorte qu'une empreinte digitale sur une poêle à frire, comme dans l'arrêt *O'Keefe*, par exemple, serait davantage susceptible de prouver la possession de cet article qu'une empreinte sur un contenant comme la bouteille dans l'affaire *Kuhn (No. 1)*, qui pourrait établir la manipulation antérieure de la bouteille, mais pas nécessairement la connaissance et le contrôle de son contenu à l'époque pertinente. La possibilité de conclure également à la possession dépendrait vraisemblablement de la présence ou de l'absence d'un élément de preuve comme le moment où l'empreinte digitale a été laissée sur la bouteille, la question de savoir si le contenu pouvait être vu en manipulant la bouteille ou si la nature de la substance que renfermait le contenant était facilement reconnaissable.

65 An adverse inference may be drawn from the failure to testify in certain circumstances, namely where the Crown has already adduced sufficient evidence to establish a prima facie case supporting a finding of guilt beyond a reasonable doubt. If the accused does not adduce evidence in such a case, he or she is at risk of conviction. As Arbour J.A. explained in *R. v. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340 (C.A.), at pp. 347-48:

Une conclusion défavorable peut être tirée de l'omission de témoigner dans certaines circonstances, notamment lorsque le ministère public a déjà produit suffisamment d'éléments de preuve pour justifier à première vue une déclaration de culpabilité hors de tout doute raisonnable. L'accusé qui, en pareil cas, ne produit aucun élément de preuve risque d'être déclaré coupable. Comme l'explique le juge Arbour, dans l'arrêt *R. c. Johnson* (1993), 12 O.R. (3d) 340 (C.A.), aux pp. 347 et 348:

No adverse inference can be drawn if there is no case to answer. A weak prosecution's case cannot be strengthened by the failure of the accused to testify. But there seems to come a time, where, in the words of Irving J.A. in *R. v. Jenkins* (1908) 14 C.C.C. 221 at p. 230, 14 B.C.R. 61 (C.A.), "circumstantial evidence having enveloped a man in a strong and cogent network of inculpatory facts, that man is bound to make some explanation or stand condemned". That point, it seems to me, can only be the point where the prosecution's evidence, standing alone, is such that it would support a conclusion of guilt beyond a reasonable doubt. Viewed that way, it would be better said that the absence of defence evidence, including the failure of the accused to testify, justifies the conclusion that no foundation for a reasonable doubt could be found on the evidence. It is not so much that the failure to testify justifies an inference of guilt; it is rather that it fails to provide any basis to conclude otherwise. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Aucune conclusion défavorable ne peut être tirée s'il n'y a aucune preuve à réfuter. L'omission de l'accusé de témoigner ne peut permettre de remédier à la faiblesse de la preuve de la poursuite. Or, il arrive un moment, semble-t-il, pour reprendre les termes du juge Irving dans *R. c. Jenkins* (1908), 14 C.C.C. 221, à la p. 230, 14 B.C.R. 61 (C.A.), où «une preuve circonstancielle, constituée d'une ensemble solide et convaincant de faits inculpatatoires, oblige un homme à fournir quelque explication sous peine d'être reconnu coupable». Il en est ainsi, selon moi, seulement lorsque la preuve de la poursuite, à elle seule, est de nature à appuyer une conclusion de culpabilité hors de tout doute raisonnable. Sous cet angle, il serait préférable de dire que l'absence de preuve à décharge, y compris l'omission de l'accusé de témoigner, justifie la conclusion qu'aucun motif de doute raisonnable ne pouvait ressortir de la preuve. Ce n'est pas tant que l'omission de témoigner justifie une conclusion de culpabilité; c'est plutôt qu'elle prive le tribunal de motifs de tirer une autre conclusion. [Je souligne.]

In my view, there was a foundation in law for reasonable doubt in this case given that all three tenants of the house had access to the kitchen drawers where plastic bags similar to that containing the LSD were kept. It was thus possible that the respondent had innocently handled the bag in the kitchen prior to its use as a container for the LSD. The fingerprints on the container were not sufficient, in and of themselves, to draw an inference of guilt requiring the accused to provide an explanation.

I agree with my colleague that the question of whether an inference should be drawn from the presence of fingerprints is not subject to a hard and fast rule. In the circumstances of the case at bar, however, I would conclude that the inference should not be drawn. The fingerprints were on the container, rather than on the prohibited substance. That container could have been handled by the respondent in an innocent manner. There was no other evidence, aside from the inadmissible character evidence of Thelland, which would link the respondent to the possession of the LSD found under the couch, in a common area of a house shared by two other individuals. This was not a case where the presence of fingerprints on the container was sufficient to meet the burden resting on the Crown.

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, CORY and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: James W. Leising, Toronto.

Solicitors for the respondent: Oraziotti & Kwolek, Sault Ste Marie.

À mon avis, il y avait en l'espèce un motif juridique de doute raisonnable, étant donné que les trois locataires de la maison avaient tous accès aux tiroirs de la cuisine où étaient rangés des sacs de plastique semblables à celui contenant le LSD. Il était donc possible que l'intimé ait manipulé innocemment le sac dans la cuisine avant que celui-ci ne serve de contenant pour le LSD. La présence d'empreintes digitales sur le contenant n'était pas suffisante en soi pour conclure à la culpabilité de l'accusé et l'obliger ainsi à fournir une explication.

Je suis d'accord avec mon collègue pour dire qu'aucune règle stricte ne s'applique pour déterminer si l'on devrait tirer une conclusion de la présence d'empreintes digitales. Dans les circonstances de la présente affaire, je suis cependant d'avis de statuer que la conclusion ne devrait pas être tirée. Les empreintes digitales se trouvaient sur le contenant et non sur la substance prohibée. Ce contenant aurait pu être manipulé innocemment par l'intimé. Outre la preuve de moralité irrecevable de Thelland, il n'y avait aucune autre preuve qui relierait l'intimé à la possession du LSD découvert sous le canapé, dans une pièce commune de la maison à laquelle deux autres personnes avaient accès. Il ne s'agit pas d'un cas où la présence d'empreintes digitales sur le contenant était suffisante pour permettre au ministère public de s'acquitter du fardeau qui lui incombait.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, les juges CORY et MAJOR sont dissidents.

Procureur de l'appelante: James W. Leising, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Oraziotti & Kwolek, Sault Ste Marie.

66

67

68

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Bevin Bermary McIntosh *Respondent*

INDEXED AS: R. v. McINTOSH

File No.: 23843.

1994: November 28; 1995: February 23.

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 — Defences — Self-defence — Accused charged with second degree murder after stabbing deceased in what he claimed was an act of self-defence — Trial judge instructing jury that words “without having provoked the assault” should be read into s. 34(2) of Criminal Code — Whether self-defence as defined in s. 34(2) is available to initial aggressors — Whether s. 37 outlining basic principles of self-defence should have been put to jury — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 34(1), (2), 35, 37.

The accused, a disc jockey, had given the deceased, who lived in the same neighbourhood, some sound equipment to repair. Over the next eight months the accused made several attempts to retrieve his equipment, but the deceased actively avoided him. On the day of the killing, the accused's girlfriend saw the deceased working outside and informed the accused. The accused obtained a kitchen knife and approached the deceased. Words were exchanged. According to the accused, the deceased pushed him, and a struggle ensued. Then the deceased picked up a dolly, raised it to head level, and came at the accused. The accused reacted by stabbing the deceased with the kitchen knife. At his trial on a charge of second degree murder the accused took the position that the stabbing of the deceased was an act of self-defence. The trial judge instructed the jury, however, that the words “without having provoked the assault”, which appear in the self-defence provision in s. 34(1) of the *Criminal Code*, should be read into s. 34(2), which provides for a self-defence justification for an aggressor who causes death or grievous bodily harm.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Bevin Bermary McIntosh *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. McINTOSH

N° du greffe: 23843.

1994: 28 novembre; 1995: 23 février.

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 criminel — Moyens de défense — Légitime défense — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré après qu'il eût poignardé la victime au cours d'un incident relativement auquel il invoque la légitime défense — Directives du juge du procès au jury selon lesquelles l'expression «sans provocation de sa part» devait être considérée comme incluse dans l'art. 34(2) du Code criminel — La légitime défense visée à l'art. 34(2) peut-elle être invoquée par l'agresseur initial? — Le jury aurait-il dû recevoir des directives sur les principes fondamentaux de la légitime défense énoncés à l'art. 37? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 34(1), (2), 35, 37.

L'accusé, un disc-jockey, avait demandé à la victime, qui vivait dans le quartier, de réparer de l'équipement audio. Au cours des huit mois qui ont suivi, l'accusé a maintes fois tenté de récupérer son équipement, mais la victime faisait tout pour l'éviter. Le jour du meurtre, l'amie de l'accusé a vu la victime travailler à l'extérieur et en a informé l'accusé. Celui-ci s'est procuré un couteau de cuisine et s'est rendu chez la victime. Une altercation a suivi. Selon l'accusé, la victime l'a alors poussé et ils se sont battus. La victime aurait pris un chariot et l'aurait soulevé à la hauteur de la tête en direction de l'accusé. Ce dernier a réagi en poignardant la victime avec le couteau de cuisine. À son procès relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré, l'accusé a invoqué la légitime défense. Dans les directives qu'il a données au jury, le juge du procès a cependant dit que l'expression «sans provocation de sa part», qui figure au par. 34(1) du *Code criminel*, devrait être incluse dans le par. 34(2), qui prévoit une justification de légitime défense pour un agresseur qui cause la mort ou des lésions corporelles graves. L'accusé a été déclaré coupable.

The accused was convicted of manslaughter. The Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial. This appeal is to determine (1) whether the trial judge erred in holding that the self-defence justification in s. 34(2) is not available where an accused is an initial aggressor, and (2) whether he should have left s. 37, which contains a general statement of the principle of self-defence, with the jury.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Section 34(2) is clear on its face and is available to an initial aggressor. While s. 34(1) includes the statement "without having provoked the assault", s. 34(2) does not. A contextual approach to statutory interpretation lends no support to the position that these words should be read into s. 34(2). If Parliament's intention is to be implied from its legislative actions, then there is a compelling argument that Parliament intended s. 34(2) to be available to initial aggressors, since it could have included a non-provocation requirement in the provision. As well, the contextual approach does not generally mandate the courts to read words into a statutory provision. To do so would be tantamount to amending the provision, which is a legislative and not a judicial function. Finally, it is a principle of statutory interpretation that where two interpretations of a provision which affects the liberty of a subject are available, one of which is more favourable to an accused, then the court should adopt this favourable interpretation. Section 34(2), on its face, is available to the accused. It was an error for the trial judge to narrow the provision in order to preclude the accused from relying on it.

Where a provision is enacted by the legislature by the use of clear and unequivocal language capable of only one meaning, it must be enforced however harsh or absurd or contrary to common sense the result may be. The fact that a provision gives rise to absurd results is not sufficient to declare it ambiguous and then embark upon a broad-ranging interpretive analysis. Only where a statutory provision is ambiguous, and therefore reasonably open to two interpretations, will the absurd results flowing from one of the available interpretations justify rejecting it in favour of the other. Further, even assuming that absurdity by itself is sufficient to create

ble d'homicide involontaire coupable. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si le juge du procès a commis une erreur en concluant que la justification de la légitime défense prévue au par. 34(2) ne peut être invoquée si l'accusé est l'agresseur initial, et (2) s'il aurait dû permettre au jury de se fonder sur l'art. 37, qui renferme un énoncé général du principe de la légitime défense.

Arrêt (Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: À première vue, le par. 34(2) est clair et un agresseur initial peut s'en prévaloir. Le paragraphe 34(1) inclut l'expression «sans provocation de sa part», mais non le par. 34(2). Une analyse contextuelle des dispositions d'une loi ne renforce pas la position que cette expression devrait être incluse dans le par. 34(2). S'il faut déduire l'intention du législateur des mesures législatives qu'il a prises, il existe alors un solide argument pour affirmer qu'il avait l'intention de permettre à un agresseur initial de se prévaloir du par. 34(2), puisqu'il aurait pu inclure une exigence de non-provocation dans cette disposition. En outre, l'analyse contextuelle n'exige généralement pas des tribunaux qu'ils introduisent des termes dans une disposition législative. Cela équivaudrait à modifier la disposition, ce qui constitue une fonction législative et non judiciaire. Enfin, en matière d'interprétation des lois, dans le cas où il est possible de donner deux interprétations à une disposition qui porte atteinte à la liberté d'une personne, dont l'une serait plus favorable à un accusé, il existe un principe voulant que la cour devrait adopter l'interprétation qui favorise l'accusé. À première vue, l'accusé peut invoquer l'application du par. 34(2). Le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a restreint la portée de la disposition de façon à empêcher l'accusé de s'en prévaloir.

Lorsqu'une législature adopte un texte législatif qui emploie des termes clairs, non équivoques et susceptibles d'avoir un seul sens, ce texte doit être appliqué même s'il donne lieu à des résultats rigides ou absurdes ou même contraires à la logique. Le fait qu'une disposition aboutit à des résultats absurdes n'est pas suffisant pour affirmer qu'elle est ambiguë et pour procéder ensuite à une analyse d'interprétation générale. Ce n'est que lorsqu'un texte législatif est ambigu, et peut donc raisonnablement donner lieu à deux interprétations, que les résultats absurdes susceptibles de découler de l'une de ces interprétations justifieront de la rejeter et de pré-

ambiguity, a literal interpretation of s. 34(2) is still to be preferred. The *Criminal Code* has a direct and potentially profound impact on the personal liberty of citizens, and thus requires an interpretive approach which is sensitive to liberty interests. An ambiguous penal provision must therefore be interpreted in the manner most favourable to accused persons, and in the manner most likely to provide clarity and certainty in the criminal law. Here s. 34(2) applies on its face to initial aggressors, and is therefore open to such an interpretation. This interpretation is more favourable to accused persons than the alternative advanced by the Crown, and is consistent with the clear wording of s. 34(2), thus providing certainty for citizens.

While Parliament's intention in enacting s. 37 is unclear, at the very least the provision must serve a gap-filling role, providing the basis for self-defence where ss. 34 and 35 are not applicable. Since the accused has been unable to advance a scenario under which s. 34 as interpreted here and s. 35 would not afford him a defence, there appears to be no room left for s. 37 in this case.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): The trial judge did not err in limiting s. 34(2) to unprovoked assaults in his instructions to the jury. The point of departure for statutory interpretation is not the "plain meaning" of the words, but the intention of the legislature. Since the words of s. 34(2), taken alone, do not provide a clear and conclusive indication of Parliament's intention, it is necessary to look further to the history of the section and the practical problems and absurdities which may result from interpreting the section one way or the other. Self-defence at common law rested on a fundamental distinction: where the killer had not provoked the aggression the homicide was called "justifiable homicide", and where he had provoked the aggression it was called "excusable homicide". In the case of justifiable homicide the killer could stand his ground and was not obliged to retreat in order to rely on the defence of self-defence. In the case of excusable homicide, on the other hand, the killer must have retreated as far as possible in attempting to escape the threat which necessitated homicide, before he could claim self-defence. These two situations were codified in the first *Criminal Code* in 1892. Under s. 45, the predecessor of s. 34, an accused who had not provoked the assault was a person "unlawfully assaulted"; he was entitled to stand his ground and need

férer l'autre. Toutefois, même en supposant que l'absurdité en soi suffit à créer l'ambiguïté, il faut quand même préférer une interprétation littérale du par. 34(2). Le *Code criminel* a des répercussions directes et vraisemblablement profondes sur la liberté personnelle des citoyens, et il doit être interprété de façon à tenir compte des intérêts en matière de liberté. Par conséquent, il faut interpréter une disposition pénale ambiguë de la façon qui favorisera le plus l'accusé et de la façon qui est le plus susceptible de jeter de la clarté et de la certitude sur le droit criminel. En l'espèce, le par. 34(2) s'applique à première vue aux agresseurs initiaux et peut donc donner lieu à une telle interprétation. Cette interprétation favorise davantage les accusés que celle préconisée par le ministère public et est compatible avec le libellé clair du par. 34(2), offrant ainsi une certitude aux citoyens.

On ne peut déterminer clairement quelle était l'intention du législateur lors de l'adoption de l'art. 37; cependant, cette disposition peut tout au moins servir à combler une lacune de façon à établir le fondement de la légitime défense dans les cas où les art. 34 et 35 ne sont pas applicables. Puisque l'accusé n'a pas été en mesure de présenter un scénario dans lequel ni l'art. 34 (selon l'interprétation donnée ici) ni l'art. 35 ne lui offriraient un moyen de défense, il ne paraît pas y avoir possibilité de rendre l'art. 37 applicable en l'espèce.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en restreignant l'application du par. 34(2) aux agressions sans provocation lorsqu'il a donné ses directives au jury. Le point de départ de l'exercice d'interprétation n'est pas le «sens ordinaire» des mots, mais l'intention du législateur. Puisque le libellé du par. 34(2), en soi, n'en donne pas une indication claire et concluante, il est nécessaire d'examiner l'historique de cette disposition ainsi que les problèmes pratiques et les absurdités qui peuvent résulter d'une interprétation ou d'une autre. En common law, la légitime défense reposait sur une distinction fondamentale: dans le cas où le meurtrier n'avait pas provoqué l'agression, on parlait d'«homicide justifiable», et, dans le cas où le meurtrier avait provoqué l'agression, il s'agissait d'un «homicide excusable». Dans le cas de l'homicide justifiable, le meurtrier pouvait faire front et n'était pas obligé de se retirer du combat pour invoquer la légitime défense. Par contre, dans le cas de l'homicide excusable, avant de pouvoir invoquer la légitime défense, le meurtrier devait s'être retiré autant qu'il lui était possible de le faire en tentant d'échapper à la menace qui avait entraîné l'homicide. Ces deux situations ont été codifiées dans le premier *Code criminel* en 1892. En vertu de l'art. 45, qui a précédé l'art. 34, un accusé qui n'avait pas provoqué

not retreat. This provision was later divided into two subsections and the phrase "so assaulted" in the second subsection, which had referred back to the phrase "unlawfully assaulted, not having provoked such assault", was subsequently replaced by "unlawfully assaulted". The need to insert the modifying phrase "not having provoked such assault" in the newly worded subsection was most likely overlooked. The marginal notes accompanying ss. 34 and 35, Parliament's retention of the phrase "unlawfully assaulted" in both s. 34(1) and s. 34(2) and the fact that neither s. 34(1) nor s. 34(2) imposes a duty to retreat support the view that the omission was inadvertent and that Parliament continued to intend that s. 34 would apply to unprovoked assaults and s. 35 to provoked assaults. If the word "unlawful" is given its proper meaning, it is unnecessary to read anything into s. 34(2) to conclude that it does not apply to provoked assaults. Alternatively, if it were necessary to read in the phrase "without having provoked the assault", this would be justified. Policy considerations support this interpretation. People who provoke attacks must know that a response, even if it is life-threatening, will not entitle them to stand their ground and kill. Rather, they must retreat.

Since ss. 34 and 35 exclusively dictate the application of the principles laid out in s. 37 where death or grievous bodily harm has occurred, the trial judge was correct in declining to leave s. 37 to the jury.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Approved: *R. v. Stubbs* (1988), 28 O.A.C. 14; *R. v. Nelson* (1992), 71 C.C.C. (3d) 449; **referred to:** *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96; *R. v. Bolyantu* (1975), 29 C.C.C. (2d) 174; *R. v. Merson* (1983), 4 C.C.C. (3d) 251; *R. v. Chamberland* (1988), 96 A.R. 1; *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108; *New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201; *Altrinham Electric Supply Ltd. v. Sale Urban District Council* (1936), 154 L.T. 379.

une attaque était une personne «illégalement attaqué[e]»; il avait le droit de faire front et n'était pas obligé de se retirer. Cette disposition a plus tard été subdivisée en deux paragraphes, et l'expression «ainsi attaqué» dans le second paragraphe, qui renvoyait à l'expression «illégalement attaqué, sans provocation de sa part», a par la suite été remplacée par «[q]uiconque est illégalement attaqué». On a vraisemblablement oublié qu'il était nécessaire d'insérer dans le paragraphe nouvellement formulé l'incise: «sans provocation de sa part». Les notes marginales en regard des art. 34 et 35, le fait que le législateur a conservé l'expression «illégalement attaqué» tant au par. 34(1) qu'au par. 34(2) et le fait que ni le par. 34(1) ni le par. 34(2) ne comportent une obligation de se retirer du combat appuient la position que l'omission était un oubli et que le législateur avait toujours l'intention que l'art. 34 vise les attaques sans provocation et l'art. 35, les attaques avec provocation. Si l'on interprète comme il se doit le terme «illégalement», il est inutile d'introduire quoi que ce soit par interprétation dans le par. 34(2) pour conclure qu'il ne s'applique pas aux attaques avec provocation. Par contre, s'il faut considérer que le paragraphe contient l'expression «sans provocation de sa part», cet exercice serait justifié. Des considérations de principe appuient cette interprétation. Une personne qui provoque une attaque doit savoir qu'une réplique, même dans le cas de risque pour sa vie, ne lui permettra pas de faire front et de causer la mort. Cette personne a plutôt l'obligation de se retirer.

Puisque les art. 34 et 35 imposent exclusivement l'application des principes formulés à l'art. 37 lorsqu'il y a eu mort ou lésions corporelles graves, le juge du procès a eu raison de refuser de donner au jury des directives sur cette disposition.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts approuvés: *R. c. Stubbs* (1988), 28 O.A.C. 14; *R. c. Nelson* (1992), 71 C.C.C. (3d) 449; **arrêts mentionnés:** *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96; *R. c. Bolyantu* (1975), 29 C.C.C. (2d) 174; *R. c. Merson* (1983), 4 C.C.C. (3d) 251; *R. c. Chamberland* (1988), 96 A.R. 1; *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108; *New Brunswick c. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201; *Altrinham Electric Supply Ltd. c. Sale Urban District Council* (1936), 154 L.T. 379.

By McLachlin J. (dissenting)

Sussex Peerage Case (1844), 11 C. & F. 85, 8 E.R. 1034; *R. v. Z. (D.A.)*, [1992] 2 S.C.R. 1025; *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108; *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *R. v. Bolyantu* (1975), 29 C.C.C. (2d) 174; *R. v. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219; *R. v. Merson* (1983), 4 C.C.C. (3d) 251; *R. v. Alkadri* (1986), 29 C.C.C. (3d) 467; *R. v. Stubbs* (1988), 28 O.A.C. 14; *R. v. Nelson* (1992), 71 C.C.C. (3d) 449; *Stock v. Frank Jones (Tipton) Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 231.

Statutes and Regulations Cited

Crimes Act 1961, S.N.Z. 1961, No. 43, s. 48(2) [rep. & sub. 1980, No. 63, s. 2].
Criminal Code, R.S.C. 1906, c. 146, s. 53(1), (2).
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 53(1), (2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 19, 34(1), (2), 35, 36, 37.
Criminal Code, S.C. 1892, c. 29, ss. 45, 46.
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, ss. 34, 35.

Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769.
 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.
 Driedger, Elmer A. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
 East, Sir Edward Hyde. *A Treatise of the Pleas of the Crown*, vol. 1. London: J. Butterworth, 1803.
 Maxwell, Sir Peter Benson. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 15 O.R. (3d) 450, 84 C.C.C. (3d) 473, 24 C.R. (4th) 265, 65 O.A.C. 199, allowing the accused's appeal from his conviction of manslaughter and ordering a new trial. Appeal dismissed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

Michael Bernstein and Alexander Alvaro, for the appellants.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Sussex Peerage Case (1844), 11 C. & F. 85, 8 E.R. 1034; *R. c. Z. (D.A.)*, [1992] 2 R.C.S. 1025; *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108; *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *R. c. Bolyantu* (1975), 29 C.C.C. (2d) 174; *R. c. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219; *R. c. Merson* (1983), 4 C.C.C. (3d) 251; *R. c. Alkadri* (1986), 29 C.C.C. (3d) 467; *R. c. Stubbs* (1988), 28 O.A.C. 14; *R. c. Nelson* (1992), 71 C.C.C. (3d) 449; *Stock c. Frank Jones (Tipton) Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 231.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 19, 34(1), (2), 35, 36, 37.
Code criminel, S.C. 1892, ch. 29, art. 45, 46.
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 34, 35.
Code criminel, S.R.C. 1906, ch. 146, art. 53(1), (2).
Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 53(1), (2).
Crimes Act 1961, S.N.Z. 1961, No. 43, art. 48(2) [abr. et rempl. 1980, No. 63, art. 2].

Doctrine citée

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769.
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Driedger, Elmer A. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
 East, Sir Edward Hyde. *A Treatise of the Pleas of the Crown*, vol. 1. London: J. Butterworth, 1803.
 Maxwell, Sir Peter Benson. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 15 O.R. (3d) 450, 84 C.C.C. (3d) 473, 24 C.R. (4th) 265, 65 O.A.C. 199, qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

Michael Bernstein et Alexander Alvaro, pour l'appelante.

Russell S. Silverstein and Michelle Levy, for the respondent.

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

LAMER C.J. —

I. Factual Background

On February 7, 1991, Basile Hudson, who made his living repairing appliances and electronic equipment, was stabbed to death by the respondent. The circumstances surrounding Hudson's death arose during the summer of 1990 when the respondent, a 26-year-old man, was working as a disc jockey. He gave the deceased, who lived in the same neighbourhood, an amplifier and other equipment to repair. Over the next eight months, the respondent made several attempts to retrieve his equipment, but the deceased actively avoided him. On one occasion, the respondent, armed with a knife, confronted the deceased and told him he would "get him" if the equipment was not returned. On another occasion, the deceased fled through the back exit of his home when the respondent appeared at the front door.

On the day of the killing, the respondent's girlfriend saw the deceased working outside and informed the respondent. The respondent obtained a kitchen knife and approached the deceased. Words were exchanged. The respondent testified that he told the deceased, "Get my fucking amp because I need it. Go suck your mother and bring my fucking amp." According to the respondent, the deceased pushed him, and a struggle ensued. Then the deceased picked up a dolly, raised it to head level, and came at the respondent. The respondent reacted by stabbing the deceased with the kitchen knife. He then threw the knife down and fled the scene. Later that day, after consulting with a lawyer, the respondent turned himself in.

On November 25, 1991, the respondent appeared in the Ontario Court (General Division) before Moldaver J. and a jury on a charge of second degree murder. He entered a plea of not guilty,

Russell S. Silverstein et Michelle Levy, pour l'intimé.

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. Le contexte factuel

Le 7 février 1991, l'intimé a mortellement poignardé Basile Hudson, dont le gagne-pain était la réparation d'appareils ménagers et d'équipement électronique. Les circonstances entourant le décès de Hudson remontent à l'été 1990; à cette époque, l'intimé, un homme de 26 ans, travaillait comme disc-jockey. Il avait demandé à la victime, qui vivait dans le quartier, de réparer un amplificateur et d'autres pièces d'équipement. Au cours des huit mois qui ont suivi, l'intimé a maintes fois tenté de récupérer son équipement, mais la victime faisait tout pour l'éviter. À une occasion, l'intimé, armé d'un couteau, s'est présenté chez la victime et lui a dit qu'il [TRADUCTION] «l'attraperait au détour» s'il ne lui remettait pas l'équipement. À une autre occasion, la victime s'est sauvée par la porte arrière en voyant l'intimé à l'entrée.

Le jour du meurtre, l'amie de l'intimé a vu la victime travailler à l'extérieur et en a informé l'intimé. Celui-ci s'est procuré un couteau de cuisine et s'est rendu chez la victime. Une altercation a suivi. Selon son témoignage, l'intimé aurait dit à la victime: [TRADUCTION] «Va chercher mon «crisse» d'ampli parce que j'en ai besoin. Va téter ta mère et ramène mon «crisse» d'ampli.» Selon l'intimé, la victime l'a alors poussé et ils se sont battus. La victime aurait pris un chariot et l'aurait soulevé à la hauteur de la tête en direction de l'intimé. Ce dernier a réagi en poignardant la victime avec le couteau de cuisine. Il a ensuite lancé le couteau et s'est enfui. Plus tard le même jour, l'intimé s'est livré à la police après avoir consulté un avocat.

Le 25 novembre 1991, l'intimé a comparu en Cour de l'Ontario (Division générale), devant le juge Moldaver et un jury, relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Il a plaidé

1

2

3

and took the position at trial that the stabbing of the deceased was an act of self-defence. The jury found the respondent guilty of the lesser and included offence of manslaughter. He was sentenced to two and one-half years' imprisonment.

4 The respondent appealed his conviction to the Ontario Court of Appeal on the ground that the trial judge erred in instructing the jury that s. 34(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, was not applicable in the event they found that the respondent had been the initial aggressor, having provoked the deceased. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal, set aside the conviction and ordered a new trial: (1993), 15 O.R. (3d) 450, 84 C.C.C. (3d) 473, 24 C.R. (4th) 265, 65 O.A.C. 199.

5 The Crown now appeals to this Court, arguing that the Ontario Court of Appeal erred when it reached the conclusion that self-defence as defined in s. 34(2) of the *Criminal Code* is available to accused persons who are initial aggressors.

II. Relevant Statutory Provisions

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

Defence of Person

34. (1) Every one who is unlawfully assaulted without having provoked the assault is justified in repelling force by force if the force he uses is not intended to cause death or grievous bodily harm and is no more than is necessary to enable him to defend himself.

(2) Every one who is unlawfully assaulted and who causes death or grievous bodily harm in repelling the assault is justified if

(a) he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purposes; and

(b) he believes, on reasonable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

non coupable et, au procès, a invoqué la légitime défense. Le jury a déclaré l'intimé coupable de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable. Il a été condamné à deux ans et demi d'emprisonnement.

L'intimé a interjeté appel contre la déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario en faisant valoir que le juge du procès aurait commis une erreur lorsqu'il a indiqué au jury que le par. 34(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, n'était pas applicable s'il jugeait que l'intimé avait été l'agresseur initial, ayant provoqué la victime. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimé, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1993), 15 O.R. (3d) 450, 84 C.C.C. (3d) 473, 24 C.R. (4th) 265, 65 O.A.C. 199.

Le ministère public se pourvoit maintenant devant notre Cour en faisant valoir que la Cour d'appel de l'Ontario aurait commis une erreur lorsqu'elle a conclu qu'un accusé, qui est l'agresseur initial peut invoquer la légitime défense, au sens du par. 34(2) du *Code criminel*.

II. Les dispositions législatives pertinentes

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

Défense de la personne

34. (1) Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à repousser la violence par la violence si, en faisant usage de violence, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves et si la violence n'est pas poussée au-delà de ce qui est nécessaire pour lui permettre de se défendre.

(2) Quiconque est illégalement attaqué et cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque est justifié si:

a) d'une part, il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein;

b) d'autre part, il croit, pour des motifs raisonnables, qu'il ne peut pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

35. Every one who has without justification assaulted another but did not commence the assault with intent to cause death or grievous bodily harm, or has without justification provoked an assault on himself by another, may justify the use of force subsequent to the assault if

(a) he uses the force

(i) under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence of the person whom he has assaulted or provoked, and

(ii) in the belief, on reasonable grounds, that it is necessary in order to preserve himself from death or grievous bodily harm;

(b) he did not, at any time before the necessity of preserving himself from death or grievous bodily harm arose, endeavour to cause death or grievous bodily harm; and

(c) he declined further conflict and quitted or retreated from it as far as it was feasible to do so before the necessity of preserving himself from death or grievous bodily harm arose.

36. Provocation includes, for the purposes of sections 34 and 35, provocation by blows, words or gestures.

37. (1) Every one is justified in using force to defend himself or any one under his protection from assault, if he uses no more force than is necessary to prevent the assault or the repetition of it.

(2) Nothing in this section shall be deemed to justify the wilful infliction of any hurt or mischief that is excessive, having regard to the nature of the assault that the force used was intended to prevent.

III. Decisions Below

A. *Ontario Court, General Division*

Moldaver J. first charged the jury with respect to self-defence under s. 34(1), and then turned to the application of s. 34(2). The portion of the charge with respect to s. 34(2) which the Court of Appeal found to be in error is the following:

35. Quiconque a, sans justification, attaqué un autre, mais n'a pas commencé l'attaque dans l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves, ou a, sans justification, provoqué sur lui-même une attaque de la part d'un autre, peut justifier l'emploi de la force sub-séquemment à l'attaque si, à la fois:

a) il en fait usage:

(i) d'une part, parce qu'il a des motifs raisonnables d'appréhender que la mort ou des lésions corporelles graves ne résultent de la violence de la personne qu'il a attaquée ou provoquée,

(ii) d'autre part, parce qu'il croit, pour des motifs raisonnables, que la force est nécessaire en vue de se soustraire lui-même à la mort ou à des lésions corporelles graves;

b) il n'a, à aucun moment avant qu'ait surgi la nécessité de se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves, tenté de causer la mort ou des lésions corporelles graves;

c) il a refusé de continuer le combat, l'a abandonné ou s'en est retiré autant qu'il lui était possible de le faire avant qu'ait surgi la nécessité de se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

36. La provocation comprend, pour l'application des articles 34 et 35, celle faite par des coups, des paroles ou des gestes.

37. (1) Toute personne est fondée à employer la force pour se défendre d'une attaque, ou pour en défendre toute personne placée sous sa protection, si elle n'a recours qu'à la force nécessaire pour prévenir l'attaque ou sa répétition.

(2) Le présent article n'a pas pour effet de justifier le fait d'infliger volontairement un mal ou dommage qui est excessif, eu égard à la nature de l'attaque que la force employée avait pour but de prévenir.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La Cour de l'Ontario, Division générale*

Le juge Moldaver a tout d'abord donné au jury des directives sur la légitime défense en vertu du par. 34(1) et ensuite sur l'application du par. 34(2). Voici la partie des directives concernant le par. 34(2) qui, selon la Cour d'appel, était erronée:

Moving on from there, you will notice, ladies and gentlemen, that the words “without having provoked the assault”, which we saw in s. 34(1), do not appear in s. 34(2). If you take a look on your paper and you look at 34(1), you will see the words “without having provoked the assault”. You will not see those words in s. 34(2).

However, as a matter of law, I direct you that those words are to be read into s. 34(2). You will see the reason for this when we deal with s. 35, but for the present time you must accept that the words “without having provoked the assault” are to be read into s. 34(2).

7 Moldaver J. then charged the jury with respect to s. 35. After reading s. 35 to the jury, Moldaver J. stated:

Now, for the purposes of this case, ladies and gentlemen, this section relates to a situation where the accused has, without justification, provoked an assault upon himself. It defines the nature and scope of the force which a person may use to defend himself after he has provoked an assault upon himself and the steps he must take before the force used in response can be justified.

B. Ontario Court of Appeal

8 Austin J.A. (Goodman and McKinlay JJ.A. concurring) considered two issues: (1) was the trial judge in error in reading the words “without having provoked the assault” into s. 34(2) of the *Criminal Code*?; and (2) was the trial judge in error in not leaving s. 37 to the jury as a basis on which they could have found that the respondent was acting in self-defence?

9 In resolving the first issue, Austin J.A. felt that it was unnecessary to consider the history of s. 34, principles of statutory interpretation, the law in other jurisdictions, and the views of academics. Instead, the focus should be on the structure of s. 34, and Canadian jurisprudence. In Austin J.A.’s view, the problem with s. 34(2) (i.e., that it does not include the words “without having provoked the assault”, whereas s. 34(1) does) has been apparent from the very first *Criminal Code* provi-

[TRADUCTION] Ensuite, vous constaterez, Mesdames et Messieurs, que l’expression «sans provocation de sa part», qui figure au par. 34(1), ne se trouve pas au par. 34(2). En examinant la feuille que vous avez entre les mains, vous remarquerez que le par. 34(1) comprend l’expression «sans provocation de sa part». Ces mots ne figurent pas dans le par. 34(2).

Cependant, je vous ordonne, en droit, de considérer que le par. 34(2) inclut ces termes. Vous verrez pourquoi lorsque je vous parlerai de l’art. 35, mais pour l’instant vous devez accepter que l’expression «sans provocation de sa part» est incluse dans le par. 34(2).

Le juge Moldaver a ensuite donné au jury des directives sur l’art. 35. Après avoir lu cette disposition, le juge Moldaver a affirmé:

[TRADUCTION] Mesdames et Messieurs, pour les fins qui nous intéressent, cette disposition vise le cas où la personne accusée a, sans justification, provoqué une attaque sur elle. On y définit d’une part, la nature et l’étendue de la force que cette personne peut employer pour se défendre lorsqu’elle a provoqué un attaque sur elle-même et d’autre part, les mesures qu’elle doit prendre avant que l’emploi de la force puisse être justifié.

B. La Cour d’appel de l’Ontario

Le juge Austin (avec l’appui des juges Goodman et McKinlay) a examiné les deux questions suivantes: (1) le juge du procès a-t-il commis une erreur en affirmant que le par. 34(2) du *Code criminel* devait être considéré comme incluant l’expression «sans provocation de sa part»? et (2) le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne permettant pas au jury de se fonder sur l’art. 37 pour conclure que l’intimé avait agi en légitime défense?

Pour résoudre la première question, le juge Austin n’a pas jugé utile d’examiner l’historique de l’art. 34, les principes d’interprétation législative, les textes législatifs dans d’autres ressorts, ni la doctrine. Il s’est plutôt attardé à l’économie de l’art. 34 et à la jurisprudence canadienne. De l’avis du juge Austin, c’est depuis l’adoption du tout premier *Code criminel* en 1892 que le par. 34(2) comporte un problème (le fait que cette disposition, contrairement au par. 34(1), n’inclut pas l’expres-

sions dating from 1892. For this reason, legislative history did not resolve the problem.

Austin J.A. then considered the relevant case law. The Crown relied on the following cases for the proposition that “without having provoked the assault” should be read into the provision: *R. v. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (Ont. C.A.); *R. v. Bolyantu* (1975), 29 C.C.C. (2d) 174 (Ont. C.A.); *R. v. Merson* (1983), 4 C.C.C. (3d) 251 (B.C.C.A.); *R. v. Chamberland* (1988), 96 A.R. 1 (C.A.). The respondent relied on the following cases to support his position that provocation is irrelevant to s. 34(2): *R. v. Stubbs* (1988), 28 O.A.C. 14 (C.A.); *R. v. Nelson* (1992), 71 C.C.C. (3d) 449 (Ont. C.A.).

Austin J.A. determined that the cases relied on by the Crown did not directly confront the issue he had to consider, and were “broad brush” statements concerning the interrelationship between ss. 34 and 35 of the *Criminal Code*. In contrast, the issue was addressed in the two cases on which the respondent relied. In both of those cases, the Ontario Court of Appeal had concluded that provocation is not relevant to s. 34(2). These cases, in his opinion, were conclusive.

Austin J.A. then turned to the second issue. He disagreed with the respondent that s. 37 of the *Criminal Code* should be put to the jury in every case where self-defence might arise. He noted that counsel for the respondent had been invited to suggest a scenario which would not be covered by ss. 34 and 35, and which might therefore be covered by s. 37. No scenario was put forward. There was therefore no basis on which s. 37 could have been put to the jury.

As a result, the court set aside the respondent’s conviction and ordered a new trial.

sion «sans provocation de sa part»). C’est pourquoi l’historique législatif ne permettait pas de résoudre le problème.

Le juge Austin a ensuite examiné la jurisprudence pertinente. Pour soutenir que la disposition en cause devrait être considérée comme incluant l’expression «sans aucune provocation de sa part», le ministère public s’est fondé sur les arrêts suivants: *R. c. Baxter* (1975), 27 C.C.C. (2d) 96 (C.A. Ont.); *R. c. Bolyantu* (1975), 29 C.C.C. (2d) 174 (C.A. Ont.); *R. c. Merson* (1983), 4 C.C.C. (3d) 251 (C.A.C.-B.); *R. c. Chamberland* (1988), 96 A.R. 1 (C.A.). À l’appui de sa position que la question de la provocation n’est pas pertinente pour les fins de l’application du par. 34(2), l’intimé a cité les décisions suivantes: *R. c. Stubbs* (1988), 28 O.A.C. 14 (C.A.); *R. c. Nelson* (1992), 71 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.).

Le juge Austin a indiqué que les arrêts cités par le ministère public ne portaient pas directement sur la question en litige et constituaient des affirmations [TRADUCTION]«générales sommaires» sur la corrélation entre les art. 34 et 35 du *Code criminel*. Par contre, la question en litige était examinée dans les deux arrêts cités par l’intimé. Dans ces deux cas, la Cour d’appel de l’Ontario avait conclu que la provocation n’est pas un élément pertinent aux fins du par. 34(2). De l’avis du juge Austin, ces arrêts étaient concluants.

Le juge Austin a ensuite examiné la seconde question soulevée. Contrairement à l’intimé, il n’était pas d’avis que le jury devait recevoir des directives sur l’art. 37 du *Code criminel* chaque fois que la légitime défense pouvait être invoquée. Il a fait remarquer que l’avocat de l’intimé avait été invité à présenter un scénario qui ne serait pas visé par les art. 34 et 35, et qui pourrait par conséquent l’être par l’art. 37. Il n’a pas répondu à l’invitation. Il n’existait donc aucun fondement justifiant le juge de donner au jury des directives relativement à l’art. 37.

En définitive, la cour a annulé la déclaration de culpabilité de l’intimé et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

10

11

12

13

IV. AnalysisA. *Introduction*

14 This case raises a question of pure statutory interpretation: Is the self-defence justification in s. 34(2) of the *Criminal Code* available where an accused is an initial aggressor, having provoked the assault against which he claims to have defended himself? The trial judge, Moldaver J., construed s. 34(2) as not applying in such a circumstance. The Ontario Court of Appeal disagreed.

15 The conflict between ss. 34 and 35 is obvious on the face of the provisions. Section 34(1) begins with the statement, "Every one who is unlawfully assaulted without having provoked the assault . . .". In contrast, s. 34(2) begins, "Every one who is unlawfully assaulted . . .". Missing from s. 34(2) is any reference to the condition, "without having provoked the assault". The fact that there is no non-provocation requirement in s. 34(2) becomes important when one refers to s. 35, which explicitly applies where an accused has "without justification provoked an assault . . .". Therefore, both ss. 34(2) and 35 appear to be available to initial aggressors. Hence, the issue arises in this case of whether the respondent, as an initial aggressor raising self-defence, may avail himself of s. 34(2), or should be required instead to meet the more onerous conditions of s. 35.

16 As a preliminary comment, I would observe that ss. 34 and 35 of the *Criminal Code* are highly technical, excessively detailed provisions deserving of much criticism. These provisions overlap, and are internally inconsistent in certain respects. Moreover, their relationship to s. 37 (as discussed below) is unclear. It is to be expected that trial judges may encounter difficulties in explaining the provisions to a jury, and that jurors may find them confusing. The case at bar demonstrates this. During counsel's objections to his charge on ss. 34 and 35, the trial judge commented, "Well, it seems to

IV. AnalyseA. *Introduction*

Le présent pourvoi soulève une question d'interprétation législative pure: La justification de la légitime défense prévue au par. 34(2) du *Code criminel* peut-elle être invoquée si l'accusé est l'agresseur initial, qui a provoqué l'attaque relativement à laquelle il invoque la légitime défense? Selon l'interprétation du juge du procès, le juge Moldaver, le par. 34(2) ne s'appliquerait pas dans une telle situation. La Cour d'appel de l'Ontario a exprimé un avis contraire.

Le conflit entre les art. 34 et 35 est évident à la lecture de ces dispositions. Le paragraphe 34(1) commence en ces termes: «Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part . . .», et le par. 34(2), ainsi: «Quiconque est illégalement attaqué . . .». La condition «sans provocation de sa part» n'est pas mentionnée au par. 34(2). Le fait que le par. 34(2) n'exige pas qu'il y ait absence de provocation devient important lorsque l'on examine l'art. 35, qui s'applique explicitement dans le cas où un accusé a «sans justification, provoqué [. . .] une attaque . . .». Par conséquent, le par. 34(2) et l'art. 35 paraissent s'appliquer à un agresseur initial. Il faut donc se demander en l'espèce si l'intimé, en tant qu'agresseur initial qui invoque la légitime défense, peut se prévaloir du par. 34(2) ou s'il devrait plutôt satisfaire aux conditions plus exigeantes de l'art. 35.

À titre de commentaire préliminaire, je tiens à préciser que les art. 34 et 35 du *Code criminel* sont fort techniques, et sont des dispositions excessivement détaillées qui méritent d'être fortement critiquées. Ces dispositions se chevauchent et sont en soi incompatibles à certains égards. En outre, le lien entre ces dispositions et l'art. 37 (que, j'analyse ci-dessous) n'est pas clair. Il faut s'attendre à ce qu'un juge du procès ait des difficultés à expliquer ces dispositions au jury et à ce que les jurés puissent les trouver déroutantes. Le présent pourvoi le démontre bien. À la suite des objections que les avocats ont formulées relativement aux directives qu'il a données sur les art. 34 et 35, le juge du

me these sections of the Criminal Code are unbelievably confusing." I agree with this observation.

Despite the best efforts of counsel in the case at bar to reconcile ss. 34 and 35 in a coherent manner, I am of the view that any interpretation which attempts to make sense of the provisions will have some undesirable or illogical results. It is clear that legislative action is required to clarify the *Criminal Code's* self-defence regime.

B. *Did the trial judge err in charging the jury that s. 34(2) of the Criminal Code is not available to an initial aggressor?*

(i) Section 34(2) is not ambiguous

In resolving the interpretive issue raised by the Crown, I take as my starting point the proposition that where no ambiguity arises on the face of a statutory provision, then its clear words should be given effect. This is another way of asserting what is sometimes referred to as the "golden rule" of literal construction: a statute should be interpreted in a manner consistent with the plain meaning of its terms. Where the language of the statute is plain and admits of only one meaning, the task of interpretation does not arise (*Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), at p. 29).

While s. 34(1) includes the statement "without having provoked the assault", s. 34(2) does not. Section 34(2) is clear, and I fail to see how anyone could conclude that it is, on its face, ambiguous in any way. Therefore, taking s. 34(2) in isolation, it is clearly available to an initial aggressor.

The Crown has asked this Court to read into s. 34(2) the words "without having provoked the assault". The Crown submits that by taking into consideration the common law of self-defence, legislative history, related *Criminal Code* provi-

procès a affirmé: [TRADUCTION]«Bien, il me semble que ces dispositions du Code criminel sont incroyablement déroutantes.» Je suis d'accord avec cette observation.

Bien que les avocats se soient, en l'espèce, tout particulièrement efforcés de faire un rapprochement compatible entre les art. 34 et 35, je suis d'avis qu'une interprétation qui tente de donner un sens logique à ces dispositions aboutira à certains résultats peu souhaitables ou illogiques. De toute évidence, le législateur devrait intervenir pour clarifier le régime de la légitime défense prévu dans le *Code criminel*.

B. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en disant au jury, dans ses directives, que le par. 34(2) du Code criminel n'était pas applicable à un agresseur initial?*

(i) Le paragraphe 34(2) n'est pas ambigu

Pour résoudre la question d'interprétation soulevée par le ministère public, je pars de la proposition qu'il faut donner plein effet à une disposition législative qui, à sa lecture, ne présente pas d'ambiguïté. C'est une autre façon de faire valoir ce que l'on a parfois appelé la «règle d'or» de l'interprétation littérale; une loi doit être interprétée d'une façon compatible avec le sens ordinaire des termes qui la compose. Si le libellé de la loi est clair et n'appelle qu'un seul sens, il n'y a pas lieu de procéder à un exercice d'interprétation (*Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12^e éd. 1969), à la p. 29).

Le paragraphe 34(1) inclut l'expression «sans provocation de sa part», mais non le par. 34(2). Celui-ci est clair et je ne vois pas comment on pourrait conclure qu'il est, à première vue, ambigu à quelque point de vue. Par conséquent, si l'on examine séparément le par. 34(2), un agresseur initial peut de toute évidence s'en prévaloir.

Le ministère public a demandé à notre Cour de considérer que le par. 34(2) incluait l'expression «sans provocation de sa part». À son avis, en examinant la légitime défense en common law, l'historique législatif, les dispositions connexes du

17

18

19

20

sions, margin notes, and public policy, it becomes clear that Parliament could not have intended s. 34(2) to be available to initial aggressors. Parliament's failure to include the words "without having provoked the assault" in s. 34(2) was an oversight, which the Crown is asking this Court to correct.

21 The Crown labels its approach "contextual". There is certainly support for a "contextual approach" to statutory interpretation. Driedger, in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), has stated the modern principle of contextual construction as follows (at p. 87):

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. . . . Lord Atkinson in *Victory (City) v. Bishop of Vancouver Island*, [1921] A.C. 384, at p. 387, put it this way:

In the construction of statutes their words must be interpreted in their ordinary grammatical sense, unless there be something in the context, or in the object of the statute in which they occur, or in the circumstances with reference to which they are used, to show that they were used in a special sense different from their ordinary grammatical sense.

Driedger then reduces the principle to five steps of construction (at p. 105):

1. The Act as a whole is to be read in its entire context so as to ascertain the intention of Parliament (the law as expressly or impliedly enacted by the words), the object of the Act (the ends sought to be achieved), and the scheme of the Act (the relation between the individual provisions of the Act).
2. The words of the individual provisions to be applied to the particular case under consideration are then to be read in their grammatical and ordinary sense in the light of the intention of Parliament embodied in the Act as a whole, the object of the Act and the scheme of the Act, and if they are clear and unambiguous and in harmony with that intention, object and scheme and with the general body of the law, that is the end.

Code criminel, les notes marginales et l'ordre public, on se rend bien compte que le législateur ne peut avoir eu l'intention de permettre à un agresseur initial de se prévaloir du par. 34(2). Le fait que le législateur a omis d'inclure dans le par. 34(2) l'expression «sans provocation de sa part» serait un oubli, et le ministère public demande à notre Cour d'y remédier.

Le ministère public qualifie son analyse de «contextuelle». On peut certainement procéder à une «analyse contextuelle» en matière d'interprétation des lois. Voici comment Driedger, dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), a formulé le principe moderne de l'interprétation contextuelle (à la p. 87):

[TRADUCTION] De nos jours, il n'y a qu'un seul principe ou méthode; il faut interpréter les termes d'une loi dans leur contexte global selon le sens grammatical et ordinaire qui s'harmonise avec l'économie et l'objet de la loi et l'intention du législateur. [. . .] Dans *Victoria (City) c. Bishop of Vancouver Island*, [1921] A.C. 384, à la p. 387, lord Atkinson l'a exposé en ces termes:

Dans l'interprétation des lois, on doit donner aux termes leur sens grammatical ordinaire, à moins que quelque chose dans le contexte, ou dans l'objet visé par la loi où ils figurent, ou encore dans les circonstances où ils sont employés, n'indique qu'ils ont été employés dans un sens spécial et différent de leur acception grammaticale ordinaire.

Driedger ramène ensuite le principe à cinq étapes d'interprétation (à la p. 105):

[TRADUCTION]

1. Il faut interpréter l'ensemble de la loi en fonction de son contexte global pour déterminer l'intention du législateur (la loi selon sa teneur expresse ou implicite), l'objet de la loi (les fins qu'elle poursuit) et l'économie de la loi (les liens entre ses différentes dispositions).
2. Il faut ensuite interpréter les termes des dispositions particulières applicables à l'affaire en cause selon leur sens grammatical et ordinaire, en fonction de l'intention du législateur manifestée dans l'ensemble de la loi, de l'objet de la loi et de son économie. S'ils sont clairs et précis, et conformes à l'intention, à l'objet, à l'économie et à l'ensemble de la loi, l'analyse s'arrête là.

3. If the words are apparently obscure or ambiguous, then a meaning that best accords with the intention of Parliament, the object of the Act and the scheme of the Act, but one that the words are reasonably capable of bearing, is to be given them.

4. If, notwithstanding that the words are clear and unambiguous when read in their grammatical and ordinary sense, there is disharmony within the statute, statutes *in pari materia*, or the general law, then an unordinary meaning that will produce harmony is to be given the words, if they are reasonably capable of bearing that meaning.

5. If obscurity, ambiguity or disharmony cannot be resolved objectively by reference to the intention of Parliament, the object of the Act or the scheme of the Act, then a meaning that appears to be the most reasonable may be selected. [Emphasis added.]

Certainly, interpreting statutory provisions in context is a reasonable approach. However, a “contextual approach” lends no support to the Crown’s position. First, the contextual approach takes as its starting point the intention of the legislature. However, given the confused nature of the *Criminal Code* provisions related to self-defence, I cannot imagine how one could determine what Parliament’s intention was in enacting the provisions. Therefore, it seems to me that in this case one is prevented from embarking on a contextual analysis *ab initio*.

The Crown argues that it was Parliament’s intention that neither s. 34(1) nor s. 34(2) be available to initial aggressors, and that it was a mere oversight that the words chosen in s. 34(2) do not give effect to this intention. I would have thought it would be equally persuasive to argue that Parliament intended both ss. 34(1) and (2) to be available to initial aggressors, and that Parliament’s mistake was in including the words “without having provoked the assault” in s. 34(1).

Parliament’s intention becomes even more cloudy when one refers to s. 45 of the 1892 *Criminal Code*, S.C. 1892, c. 29, which was the forerunner of ss. 34(1) and 34(2):

3. Si les termes sont apparemment obscurs ou ambigus, il faut leur donner le sens qui est le plus compatible avec l’intention du législateur, l’objet de la loi et son économie, mais un sens qu’ils peuvent raisonnablement avoir.

4. Si, malgré que les termes soient clairs et sans ambiguïté lorsqu’ils sont interprétés selon leur sens grammatical et ordinaire, il y a discordance dans la loi, avec les lois qualifiées de *in pari materia*, ou avec le droit en général, alors il faut donner aux termes un sens inhabituel pouvant entraîner l’harmonie, s’ils peuvent raisonnablement avoir ce sens.

5. Si les termes obscurs, ambigus ou discordants ne peuvent être interprétés objectivement en fonction de l’intention du législateur, de l’objet de la loi ou de son économie, alors il faut leur donner l’interprétation qui paraît la plus raisonnable. [Je souligne.]

Certes, il est raisonnable d’interpréter les dispositions d’une loi dans leur contexte. Cependant, une «analyse contextuelle» ne renforce pas la position du ministère public. Premièrement, l’analyse contextuelle se fonde au départ sur l’intention du législateur. Toutefois, compte tenu du caractère déroutant des dispositions du *Code criminel* en matière de légitime défense, je ne peux voir comment il serait possible de déterminer quelle était l’intention du législateur lorsqu’il a adopté ces dispositions. Par conséquent, il me semble que, en l’espèce, l’on soit *ab initio* empêché de procéder à une analyse contextuelle.

Le ministère public soutient que le législateur voulait empêcher que l’agresseur initial ne se prévale des par. 34(1) et 34(2) et que c’est par simple oubli que les termes employés au par. 34(2) ne concrétisent pas cette intention. À mon avis, on aurait tout aussi bien pu soutenir de façon tout aussi convaincante que le législateur avait l’intention de permettre à un agresseur initial de se prévaloir de ces deux paragraphes, et que l’erreur du législateur est d’avoir inclus l’expression «sans provocation de sa part» au par. 34(1).

L’intention du législateur s’obscurcit davantage lorsque l’on examine l’art. 45 du *Code criminel*, S.C. 1892, ch. 29, à l’origine des par. 34(1) et 34(2):

22

23

24

45. Every one unlawfully assaulted, not having provoked such assault, is justified in repelling force by force, if the force he uses is not meant to cause death or grievous bodily harm, and is no more than is necessary for the purpose of self-defence; and every one so assaulted is justified, though he causes death or grievous bodily harm, if he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purpose, and if he believes, on reasonable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm. [Emphasis added.]

There is a clear ambiguity in this provision. Does the expression “every one so assaulted” refer to “[e]very one unlawfully assaulted”, or to “[e]very one unlawfully assaulted, not having provoked such assault”? This question is academic, since Parliament appears to have resolved the ambiguity in its 1955 revision of the *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51. The first part of the former s. 45 was renumbered s. 34(1), and the second part became s. 34(2). The new s. 34(2) omitted any reference to a non-provocation requirement.

25

If Parliament’s intention is to be implied from its legislative actions, then there is a compelling argument that Parliament intended s. 34(2) to be available to initial aggressors. When Parliament revised the *Criminal Code* in 1955, it could have included a provocation requirement in s. 34(2). The result would then be similar to s. 48(2) of the *New Zealand Crimes Act 1961*, S.N.Z. 1961, No. 43 (repealed and substituted 1980, No. 63, s. 2) which was virtually identical to s. 34(2) save that it included an express non-provocation requirement:

48. . . .

(2) Every one unlawfully assaulted, not having provoked the assault, is justified in repelling force by force although in so doing he causes death or grievous bodily harm, if . . . [Emphasis added.]

45. Tout individu illégalement attaqué, sans provocation de sa part, est justifiable de repousser la violence par la violence, si, en en faisant usage, il n’a pas l’intention de causer la mort ni des blessures corporelles graves, et si elle n’est pas poussée au delà de ce qui est nécessaire pour se défendre; et quiconque est ainsi attaqué est justifiable, même s’il cause la mort ou quelque blessure corporelle grave, et s’il la cause dans l’appréhension raisonnable de mort ou de blessures corporelles graves par suite de la violence avec laquelle l’attaque a été d’abord faite contre lui ou avec laquelle son assaillant poursuit son dessein, et s’il croit pour des motifs plausibles qu’il ne peut autrement se soustraire lui-même à la mort ou à des blessures corporelles graves. [Je souligne.]

Cette disposition renferme une ambiguïté évidente. L’expression «quiconque est ainsi attaqué» renvoie-t-elle à l’expression «[t]out individu illégalement attaqué» ou à «[t]out individu illégalement attaqué, sans provocation de sa part»? Il s’agit d’une question théorique, puisque le législateur paraît avoir résolu cette ambiguïté dans sa révision de 1955 du *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51. La première partie de l’ancien art. 45 est devenu le par. 34(1), et la seconde, le par. 34(2). Le nouveau par. 34(2) ne renferme aucun renvoi à l’exigence de non-provocation.

S’il faut déduire l’intention du législateur des mesures législatives qu’il a prises, il existe alors un solide argument pour affirmer qu’il avait l’intention de permettre à un agresseur initial de se prévaloir du par. 34(2). Lorsque le législateur a révisé le *Code criminel* en 1955, il aurait pu inclure une exigence de provocation au par. 34(2). La disposition aurait alors été semblable au par. 48(2) de la *Crimes Act 1961*, de la Nouvelle-Zélande, S.N.Z. 1961, No. 43 (abrogée et remplacée en 1980 par No. 63, art. 2), lequel est pratiquement identique au par. 34(2), sauf qu’il prévoyait explicitement une exigence de non-provocation:

[TRADUCTION]

48. . . .

(2) Quiconque est illégalement attaqué sans provocation de sa part est fondé à employer la force nécessaire, même s’il cause de ce fait la mort ou des lésions corporelles graves, si . . . [Je souligne.]

The fact that Parliament did not choose this route is the best and only evidence we have of legislative intention, and this evidence certainly does not support the Crown's position.

Second, the contextual approach allows the courts to depart from the common grammatical meaning of words where this is required by a particular context, but it does not generally mandate the courts to read words into a statutory provision. It is only when words are "reasonably capable of bearing" a particular meaning that they may be interpreted contextually. I would agree with Pierre-André Côté's observation in his book *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 231, that:

Since the judge's task is to interpret the statute, not to create it, as a general rule, interpretation should not add to the terms of the law. Legislation is deemed to be well drafted, and to express completely what the legislator wanted to say. . . .

The Crown is asking this Court to read words into s. 34(2) which are simply not there. In my view, to do so would be tantamount to amending s. 34(2), which is a legislative and not a judicial function. The contextual approach provides no basis for the courts to engage in legislative amendment.

Third, in this case we cannot lose sight of the overriding principle governing the interpretation of penal provisions. In *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108, Dickson J. (as he then was) stated the principle as follows, at p. 115:

Even if I were to conclude that the relevant statutory provisions were ambiguous and equivocal . . . I would have to find for the appellant in this case. It is unnecessary to emphasize the importance of clarity and certainty when freedom is at stake. No authority is needed for the proposition that if real ambiguities are found, or doubts of substance arise, in the construction and application of a statute affecting the liberty of a subject, then that statute should be applied in such a manner as to favour the person against whom it is sought to be enforced.

Le fait que le législateur n'a pas choisi cette voie constitue la seule et meilleure preuve que nous ayons de l'intention du législateur, et cette preuve n'appuie certainement pas la position du ministère public.

Deuxièmement, l'analyse contextuelle permet aux tribunaux de s'écarter du sens grammatical ordinaire des termes lorsqu'un contexte particulier l'exige, mais elle n'exige généralement pas des tribunaux qu'ils introduisent des termes dans une disposition législative. C'est seulement lorsqu'«ils peuvent raisonnablement avoir» un sens particulier que ces termes peuvent être interprétés d'après leur contexte. Je suis d'accord avec l'observation de Pierre-André Côté dans son livre, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), aux pp. 257 et 258:

La fonction du juge étant d'interpréter la loi et non de la faire, le principe général veut que le juge doive écarter une interprétation qui l'amènerait à ajouter des termes à la loi: celle-ci est censée être bien rédigée et exprimer complètement ce que le législateur entendait dire . . .

Le ministère public demande à notre Cour d'inclure dans le par. 34(2) des termes qui ne s'y trouvent pas. À mon avis, cela équivaudrait à modifier le par. 34(2), ce qui constitue une fonction législative et non judiciaire. L'analyse contextuelle ne justifie aucunement les tribunaux de procéder à des modifications législatives.

Troisièmement, on ne peut en l'espèce faire abstraction du principe suprême qui régit l'interprétation des dispositions pénales. Dans l'arrêt *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a formulé le principe suivant, à la p. 115:

Même si je devais conclure que les dispositions pertinentes sont ambiguës et équivoques [. . .] je devrais conclure en faveur de l'appelant en l'espèce. Il n'est pas nécessaire d'insister sur l'importance de la clarté et de la certitude lorsque la liberté est en jeu. Il n'est pas besoin de précédent pour soutenir la proposition qu'en présence de réelles ambiguïtés ou de doutes sérieux dans l'interprétation et l'application d'une loi visant la liberté d'un individu, l'application de la loi devrait alors être favorable à la personne contre laquelle on veut exécuter ses dispositions.

Section 34(2), as a defence, acts as a “subtraction” from the liability which would otherwise flow from the criminal offences contained in the *Criminal Code*. *Criminal Code* provisions concerning offences and defences both serve to define criminal culpability, and for this reason they must receive similar interpretive treatment.

Le paragraphe 34(2), à titre de moyen de défense, permet de «réduire» l'étendue de la responsabilité qui se rattacherait par ailleurs aux infractions criminelles prévues au *Code criminel*. Tant les dispositions du *Code criminel* relatives aux infractions que celles relatives aux moyens de défense visent à définir la responsabilité criminelle, et elles doivent de ce fait être interprétées de façon similaire.

28 This principle was eloquently stated by La Forest J.A. (as he then was) in *New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201, at p. 210:

Ce principe a été formulé de façon éloquente par le juge La Forest (maintenant juge de notre Cour) dans *New Brunswick c. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.* (1982), 44 N.B.R. (2d) 201, aux pp. 230 et 231:

There is no doubt that the duty of the courts is to give effect to the intention of the Legislature as expressed in the words of the statute. And however reprehensible the result may appear, it is our duty if the words are clear to give them effect. This follows from the constitutional doctrine of the supremacy of the Legislature when acting within its legislative powers. The fact that the words as interpreted would give an unreasonable result, however, is certainly ground for the courts to scrutinize a statute carefully to make abundantly certain that those words are not susceptible of another interpretation. For it should not be readily assumed that the Legislature intends an unreasonable result or to perpetrate an injustice or absurdity.

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que le devoir des tribunaux est de donner effet à l'intention du législateur, telle qu'elle est formulée dans le libellé de la Loi. Tout répréhensible que le résultat puisse apparaître, il est de notre devoir, si les termes sont clairs, de leur donner effet. Cette règle découle de la doctrine constitutionnelle de la suprématie de la Législature lorsqu'elle agit dans le cadre de ses pouvoirs législatifs. Cependant, le fait que les termes, selon l'interprétation qu'on leur donne, conduiraient à un résultat déraisonnable constitue certainement une raison pour motiver les tribunaux à examiner minutieusement une loi pour bien s'assurer que ces termes ne sont pas susceptibles de recevoir une autre interprétation, car il ne faudrait pas trop facilement prendre pour acquis que le législateur recherche un résultat déraisonnable ou entend créer une injustice ou une absurdité.

This scarcely means that the courts should attempt to reframe statutes to suit their own individual notions of what is just or reasonable.

Ce qui précède ne signifie pas que les tribunaux devraient tenter de reformuler les lois pour satisfaire leurs notions individuelles de ce qui est juste ou raisonnable.

29 It is a principle of statutory interpretation that where two interpretations of a provision which affects the liberty of a subject are available, one of which is more favourable to an accused, then the court should adopt this favourable interpretation. By this same reasoning, where such a provision is, on its face, favourable to an accused, then I do not think that a court should engage in the interpretive process advocated by the Crown for the sole purpose of narrowing the provision and making it less favourable to the accused. Section 34(2), on its face, is available to the respondent. It was, with respect, an error for the trial judge to narrow the

En matière d'interprétation des lois, dans le cas où il est possible de donner deux interprétations à une disposition qui porte atteinte à la liberté d'une personne, dont l'une serait plus favorable à un accusé, il existe un principe voulant que la cour devrait adopter l'interprétation qui favorise l'accusé. Dans la même ligne de pensée, dans le cas où une disposition est, à première vue, favorable à un accusé, je ne crois pas qu'un tribunal devrait appliquer la méthode d'interprétation préconisée par le ministère public à la seule fin de restreindre la portée de la disposition et de la rendre ainsi moins favorable à l'accusé. À première vue, l'intimé peut

provision in order to preclude the respondent from relying on it.

I therefore conclude that s. 34(2) is not an ambiguous provision, and is available to an initial aggressor. I find myself in agreement with the Ontario Court of Appeal, which has reached a similar conclusion in its rulings in *Stubbs, supra*, and *Nelson, supra*, and in the case at bar.

- (ii) Even though s. 34(2) may give rise to absurd results, the Crown's interpretation cannot be adopted

It is important to reiterate that there is no ambiguity on the face of s. 34(2). The Crown's argument that the provision is ambiguous relies on legislative history, the common law, public policy, margin notes, and the relationship between ss. 34 and 35. The Crown alleges that it would be absurd to make s. 34(2) available to initial aggressors when s. 35 so clearly applies. Parliament, the Crown submits, could not have intended such an absurd result, and therefore the provision cannot mean what it says. Essentially, the Crown equates absurdity with ambiguity.

The Crown asks this Court to resolve the absurdity/ambiguity by narrowing s. 34(2) so that it does not apply in the case of an initial aggressor. If the Crown is correct, then an initial aggressor could only rely on s. 35 of the *Criminal Code*, which imposes more onerous requirements. In particular, s. 35(c) only allows an initial aggressor to raise self-defence where

- (c) he declined further conflict and quitted or retreated from it as far as it was feasible to do so before the necessity of preserving himself from death or grievous bodily harm arose.

The respondent takes the position that if there is ambiguity, it must be resolved in the manner most

invoker l'application du par. 34(2). En toute déférence, je suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a restreint la portée de la disposition de façon à empêcher l'intimé de s'en prévaloir.

En conséquence, je conclus que le par. 34(2) n'est pas une disposition ambiguë et qu'un agresseur initial peut s'en prévaloir. Je suis d'accord avec la Cour d'appel de l'Ontario, qui est arrivée à une conclusion similaire tant dans les arrêts *Stubbs* et *Nelson*, précités, que dans la présente affaire.

- (ii) Même si le par. 34(2) risque de donner lieu à des résultats absurdes, on ne saurait adopter l'interprétation du ministère public

Il importe de répéter que le par. 34(2) n'est pas à première vue ambigu. Lorsque le ministère public soutient que cette disposition est ambiguë, il se fonde sur l'historique législatif, la common law, l'intérêt public, les notes marginales et la relation entre les art. 34 et 35. À son avis, il serait absurde de permettre à un agresseur initial de se prévaloir du par. 34(2), alors que l'art. 35 est de toute évidence applicable. Selon le ministère public, le législateur ne saurait avoir eu l'intention de créer un résultat aussi absurde et la disposition ne peut donc avoir ce sens. Essentiellement, le ministère public assimile l'absurdité à l'ambiguïté.

Le ministère public demande à notre Cour de résoudre cette absurdité ou ambiguïté en donnant une interprétation restrictive au par. 34(2) de façon à le rendre inapplicable à un agresseur initial. Si le ministère public a raison, alors un agresseur initial ne pourrait se prévaloir que de l'art. 35 du *Code criminel*, lequel impose des exigences plus lourdes. Plus particulièrement, l'al. 35c) ne permet à un agresseur initial de soulever la légitime défense qu'à la condition suivante:

- c) il a refusé de continuer le combat, l'a abandonné ou s'en est retiré autant qu'il lui était possible de le faire avant qu'ait surgi la nécessité de se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

Selon l'intimé, s'il existe une ambiguïté, elle doit être tranchée de la façon qui favorise le plus

30

31

32

33

favourable to accused persons. As a result, s. 34(2) must be made available to initial aggressors.

34 I am of the view that the Crown's argument linking absurdity to ambiguity cannot succeed. I would adopt the following proposition: where, by the use of clear and unequivocal language capable of only one meaning, anything is enacted by the legislature, it must be enforced however harsh or absurd or contrary to common sense the result may be (*Maxwell on the Interpretation of Statutes, supra*, at p. 29). The fact that a provision gives rise to absurd results is not, in my opinion, sufficient to declare it ambiguous and then embark upon a broad-ranging interpretive analysis.

35 In *Altrincham Electric Supply Ltd. v. Sale Urban District Council* (1936), 154 L.T. 379 (H.L.), Lord Macmillan criticized the view that absurdity alone would justify the rejection of a literal interpretation of a statutory provision. He emphasized that an "absurdity approach" is generally unworkable because of the difficulty of developing criteria by which "to judge whether a particular enactment, if literally read, is so absurd that Parliament cannot have intended it to be so read . . ." (p. 388). He then proceeded, at p. 388, to outline what I believe to be the correct approach to statutory interpretation where absurdity is alleged:

... if the language of an enactment is ambiguous and susceptible of two meanings, one of which is consonant with justice and good sense while the other would lead to extravagant results, a court of law will incline to adopt the former and to reject the latter, even although the latter may correspond more closely with the literal reading of the words employed.

36 Thus, only where a statutory provision is ambiguous, and therefore reasonably open to two interpretations, will the absurd results flowing from one of the available interpretations justify rejecting it in favour of the other. Absurdity is a factor to consider in the interpretation of ambiguous statutory

l'accusé. En conséquence, un agresseur initial devrait être en mesure de se prévaloir du par. 34(2).

À mon avis, on ne saurait accepter l'argument du ministère public qui assimile l'absurdité à l'ambiguïté. Voici la proposition que j'adopterais: lorsqu'une législature adopte un texte législatif qui emploie des termes clairs, non équivoques et susceptibles d'avoir un seul sens, ce texte doit être appliqué même s'il donne lieu à des résultats rigides ou absurdes ou même contraires à la logique (*Maxwell on the Interpretation of Statutes, op. cit.*, à la p. 29). Le fait qu'une disposition aboutit à des résultats absurdes n'est pas, à mon avis, suffisant pour affirmer qu'elle est ambiguë et procéder ensuite à une analyse d'interprétation globale.

Dans l'arrêt *Altrincham Electric Supply Ltd. c. Sale Urban District Council* (1936), 154 L.T. 379 (H.L.), lord Macmillan a critiqué l'idée que l'absurdité justifierait à elle seule le rejet de l'interprétation littérale d'une disposition législative. Il a fait ressortir qu'une «analyse fondée sur l'absurdité» n'est généralement pas applicable parce qu'il est difficile de formuler des critères qui serviraient à [TRADUCTION] «déterminer si un texte législatif particulier, interprété dans son sens littéral, est si absurde que le législateur ne peut avoir voulu qu'il soit ainsi interprété . . . » (p. 388). Il a ensuite formulé, à la p. 388, l'analyse qu'il estimait correcte en matière d'interprétation des lois dans le cas où l'on soulève l'absurdité:

[TRADUCTION] . . . si le libellé d'un texte législatif est ambigu et susceptible de donner lieu à deux interprétations, dont l'une est compatible avec la justice et la logique, et l'autre donnerait lieu à des résultats extravagants, une cour de justice aura tendance à adopter la première et à rejeter la seconde, bien que cette dernière puisse correspondre davantage au sens littéral des termes employés.

En conséquence, ce n'est que lorsqu'un texte législatif est ambigu, et peut donc raisonnablement donner lieu à deux interprétations, que les résultats absurdes susceptibles de découler de l'une de ces interprétations justifieront de la rejeter et de préférer l'autre. L'absurdité est un facteur dont il faut

provisions, but there is no distinct "absurdity approach".

However, assuming for the moment that absurdity by itself is sufficient to create ambiguity, thus justifying the application of the contextual analysis proposed by the Crown, I would still prefer a literal interpretation of s. 34(2).

As stated above, the overriding principle governing the interpretation of penal provisions is that ambiguity should be resolved in a manner most favourable to accused persons. Moreover, in choosing between two possible interpretations, a compelling consideration must be to give effect to the interpretation most consistent with the terms of the provision. As Dickson J. noted in *Marcotte*, *supra*, when freedom is at stake, clarity and certainty are of fundamental importance. He continued, at p. 115:

If one is to be incarcerated, one should at least know that some Act of Parliament requires it in express terms, and not, at most, by implication.

Under s. 19 of the *Criminal Code*, ignorance of the law is no excuse to criminal liability. Our criminal justice system presumes that everyone knows the law. Yet we can hardly sustain such a presumption if courts adopt interpretations of penal provisions which rely on the reading-in of words which do not appear on the face of the provisions. How can a citizen possibly know the law in such a circumstance?

The *Criminal Code* is not a contract or a labour agreement. For that matter, it is qualitatively different from most other legislative enactments because of its direct and potentially profound impact on the personal liberty of citizens. The special nature of the *Criminal Code* requires an interpretive approach which is sensitive to liberty interests. Therefore, an ambiguous penal provision must be interpreted in the manner most favourable

tenir compte dans l'interprétation de dispositions législatives ambiguës; cependant, il n'existe pas de méthode distincte d'«analyse fondée sur l'absurdité».

Toutefois, même en supposant pour l'instant que l'absurdité en soi suffit à créer l'ambiguïté, nous justifions ainsi d'appliquer l'analyse contextuelle proposée par le ministère public, je préférerais quand même une interprétation littérale du par. 34(2).

Comme je l'ai mentionné, le principe suprême qui régit l'interprétation des dispositions pénales est que l'ambiguïté devrait être tranchée de la façon qui favorise le plus l'accusé. En outre, lorsqu'il faut choisir entre deux interprétations possibles, il est important de donner effet à l'interprétation la plus compatible avec le libellé de la disposition. Comme le juge Dickson l'a fait remarquer dans l'arrêt *Marcotte*, précité, lorsque la liberté est en jeu, la clarté et la certitude ont une importance fondamentale. Il a poursuivi, à la p. 115:

Si quelqu'un doit être incarcéré, il devrait au moins savoir qu'une loi du Parlement le requiert en des termes explicites, et non pas, tout au plus, par voie de conséquence.

En vertu de l'art. 19 du *Code criminel*, l'ignorance de la loi n'est pas une excuse en matière de responsabilité criminelle. Notre système de justice criminelle repose sur le principe que nul n'est censé ignorer la loi. Cependant, nous ne pouvons guère faire valoir cette présomption si les tribunaux, dans leur interprétation des dispositions pénales, décident qu'elles incluent des termes qui, à leur lecture, ne s'y trouvent pas. Comment un citoyen est-il censé connaître la loi dans un tel cas?

Le *Code criminel* n'est pas un contrat ni une convention collective. Il est même qualitativement différent de la plupart des autres textes législatifs en ce qu'il peut entraîner des répercussions directes et vraisemblablement profondes sur la liberté personnelle des citoyens. Compte tenu de son caractère spécial, le *Code criminel* doit être interprété de façon à tenir compte des intérêts en matière de liberté. Par conséquent, il faut interpré-

37

38

39

to accused persons, and in the manner most likely to provide clarity and certainty in the criminal law.

40 I would agree that some absurdity flows from giving effect to the terms of s. 34(2). One is struck, for example, by the fact that if s. 34(2) is available to an initial aggressor who has killed or committed grievous bodily harm, then that accused may be in a better position to raise self-defence than an initial aggressor whose assault was less serious. This is because the less serious aggressor could not take advantage of the broader defence in s. 34(2), as that provision is only available to an accused who "causes death or grievous bodily harm". Section 34(1) would not be available since it is explicitly limited to those who have not provoked an assault. Therefore, the less serious aggressor could only have recourse to s. 35, which imposes a retreat requirement. It is, in my opinion, anomalous that an accused who commits the most serious act has the broadest defence.

41 Even though I agree with the Crown that the interpretation of s. 34(2) which makes it available to initial aggressors may be somewhat illogical in light of s. 35, and may lead to some absurdity, I do not believe that such considerations should lead this Court to narrow a statutory defence. Parliament, after all, has the right to legislate illogically (assuming that this does not raise constitutional concerns). And if Parliament is not satisfied with the judicial application of its illogical enactments, then Parliament may amend them accordingly.

42 What is most important in this case is that s. 34(2) applies on its face to initial aggressors, and is therefore open to such an interpretation. This interpretation is more favourable to accused persons than the alternative advanced by the Crown. Moreover, this interpretation is consistent with the clear wording of s. 34(2), thus providing certainty

ter une disposition pénale ambiguë de la façon qui favorisera le plus l'accusé et de la façon qui est le plus susceptible de jeter de la clarté et de la certitude sur le droit criminel.

Je reconnais que l'application du par. 34(2) donne lieu à une certaine absurdité. Par exemple, on est frappé par le fait que, si un agresseur initial qui a causé la mort ou des lésions corporelles graves peut se prévaloir du par. 34(2), alors cette personne une fois accusée pourrait être en meilleure position pour soulever la légitime défense qu'un agresseur initial qui a commis une attaque moins grave, ceci précisément parce que l'agresseur qui a causé une lésion moins grave ne pourrait se prévaloir du moyen de défense général visé au par. 34(2), dont seul l'accusé qui «cause la mort ou une lésion corporelle grave» peut se prévaloir. Le paragraphe 34(1) ne s'appliquerait pas puisqu'il prévoit expressément qu'une personne ne pourra s'en prévaloir que si elle n'a pas provoqué une attaque. Par conséquent, l'agresseur qui a commis une attaque moins grave ne pourrait se prévaloir que de l'art. 35, qui lui impose de se retirer du combat. À mon avis, il n'est pas normal qu'un accusé qui a commis l'infraction la plus grave puisse invoquer le moyen de défense le plus large.

Même si, à l'instar du ministère public, je suis d'avis qu'il est quelque peu illogique, compte tenu de l'art. 35, de considérer qu'un agresseur initial puisse se prévaloir de l'application du par. 34(2) et que cela donne lieu à une certaine absurdité, je ne crois pas que notre Cour devrait limiter l'étendue d'un moyen de défense prévu dans la loi. Après tout, le législateur a le droit de légiférer de façon illogique (pourvu qu'il ne soulève pas de préoccupations d'ordre constitutionnel). Si le législateur n'est pas satisfait de l'application que les tribunaux accordent aux textes législatifs illogiques, il peut les modifier en conséquence.

Le plus important en l'espèce est que le par. 34(2) s'applique à première vue aux agresseurs initiaux et peut donc donner lieu à une telle interprétation. Cette interprétation favorise davantage les accusés que celle préconisée par le ministère public. En outre, elle est compatible avec le libellé clair du par. 34(2) et offre une certitude aux

for citizens. Although I appreciate the efforts of the Crown to underscore the problems with the *Criminal Code's* self-defence regime through a broad historical, academic and policy-based analysis, I suspect that very few citizens are equipped to engage in this kind of interpretive approach. Rare will be the citizen who will read ss. 34 and 35, and recognize the logical inconsistencies as between the two provisions. Rarer still will be the citizen who will read the provisions and conclude that they are inconsistent with the common law, or with Parliament's intention in 1892, or with margin notes. Given that citizens have to live with the *Criminal Code*, and with judicial interpretations of the provisions of the *Code*, I am of the view that s. 34(2) must be interpreted according to its plain terms. It is therefore available where an accused is an initial aggressor, having provoked the assault against which he claims to have defended himself.

C. Section 37 of the Criminal Code

Before concluding, I will briefly address the respondent's argument related to s. 37 of the *Criminal Code*. Section 37, itself a distinct justification, contains a general statement of the principle of self-defence:

37. (1) Every one is justified in using force to defend himself or any one under his protection from assault, if he uses no more force than is necessary to prevent the assault or the repetition of it.

(2) Nothing in this section shall be deemed to justify the wilful infliction of any hurt or mischief that is excessive, having regard to the nature of the assault that the force used was intended to prevent.

Section 37 adds to the confusion surrounding ss. 34 and 35, since it appears to make the self-defence justification available to an accused in any circumstance where the force used by that accused was (i) necessary, and (ii) proportionate. If s. 37 is available to an initial aggressor (and there is no indication that it is not), then it would appear to be in conflict with s. 35. Moreover, it is difficult to understand why Parliament would enact the spe-

citoyens. Bien que je reconnaisse que le ministère public se soit efforcé de faire ressortir les problèmes du régime de la légitime défense contenu dans le *Code criminel*, à partir d'une analyse approfondie fondée sur l'histoire, la doctrine et les principes, je crains que très peu de citoyens ne soient en mesure de procéder à un tel exercice d'interprétation. Rares seront les citoyens qui, en lisant les art. 34 et 35, se rendront compte des incompatibilités logiques entre eux. Il sera encore plus rare qu'un citoyen conclura que ces dispositions sont incompatibles avec la common law, avec l'intention du législateur en 1892, ou encore avec les notes marginales. Puisque les citoyens sont régis par le *Code criminel* et par l'interprétation que les tribunaux donnent à ses dispositions, je suis d'avis que le par. 34(2) doit être interprété selon le sens ordinaire de ses termes. Un accusé peut donc invoquer l'application de cette disposition s'il est l'agresseur initial qui a provoqué l'attaque contre laquelle il dit s'être défendu.

C. L'article 37 du Code criminel

Avant de conclure, j'examinerai brièvement l'argument de l'intimé relativement à l'art. 37 du *Code criminel*. Cette disposition, en soi une justification distincte, renferme un énoncé général du principe de la légitime défense:

37. (1) Toute personne est fondée à employer la force pour se défendre d'une attaque, ou pour en défendre toute personne placée sous sa protection, si elle n'a recours qu'à la force nécessaire pour prévenir l'attaque ou sa répétition.

(2) Le présent article n'a pas pour effet de justifier le fait d'infliger volontairement un mal ou dommage qui est excessif, eu égard à la nature de l'attaque que la force employée avait pour but de prévenir.

L'article 37 vient ajouter à la confusion qui entoure les art. 34 et 35 puisqu'il paraît permettre à un accusé d'invoquer la légitime défense dans tous les cas où la force employée par l'accusé était (i) nécessaire et (ii) proportionnée. Si l'art. 37 peut être invoqué par un agresseur initial (et rien n'indique que c'est impossible), alors il semblerait être en conflit avec l'art. 35. De plus, il est difficile de comprendre pourquoi le législateur aurait adopté

cific and detailed justifications in ss. 34 and 35, yet then make available a broad justification in s. 37 which appears to render ss. 34 and 35 redundant.

45 Although Parliament's intention in enacting s. 37 is unclear, at the very least the provision must serve a gap-filling role, providing the basis for self-defence where ss. 34 and 35 are not applicable. The respondent, though taking the position that Moldaver J. erred in not putting s. 37 to the jury at his trial, has been unable to advance a scenario under which ss. 34 (as interpreted above) and 35 would not afford him a defence. Therefore, there appears to be no room left for s. 37 in this case.

46 The respondent has suggested that s. 37 should be put to the jury in all cases because it outlines the basic principles of self-defence, and this will be helpful to the jury. However, a trial judge can explain these principles without resort to s. 37, since these principles form the foundation of ss. 34 and 35.

D. Conclusion

47 With respect, Moldaver J. erred in instructing the jury at the respondent's trial that s. 34(2) was not available to an initial aggressor. I therefore am in agreement with the Ontario Court of Appeal. The appeal is dismissed, the respondent's conviction set aside and a new trial.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) —

Introduction

48 This case raises the issue of whether a person who provokes another person to assault him can

les justifications spécifiques et détaillées visées aux art. 34 et 35, pour ensuite formuler à l'art. 37 une justification générale qui paraît rendre redondants les art. 34 et 35.

On ne peut déterminer clairement quelle était l'intention du législateur lors de l'adoption de l'art. 37; cependant, cette disposition peut tout au moins servir à combler une lacune de façon à établir le fondement de la légitime défense dans les cas où les art. 34 et 35 ne sont pas applicables. Même s'il a soutenu que le juge Moldaver a commis une erreur en ne donnant pas de directives au jury sur l'art. 37, l'intimé n'a pas été en mesure de présenter un scénario dans lequel ni l'art. 34 (selon l'interprétation qui précède) ni l'art. 35 ne lui offriraient un moyen de défense. En conséquence, il ne paraît pas y avoir possibilité de rendre l'art. 37 applicable en l'espèce.

L'intimé a indiqué que le jury devrait toujours recevoir des directives sur l'art. 37 parce que cette disposition énonce les principes fondamentaux de la légitime défense, lesquels seront utiles au jury. Cependant, le juge du procès pourra expliquer ces principes sans parler de l'art. 37, puisqu'ils sont le fondement même des art. 34 et 35.

D. Conclusion

En toute déférence, le juge Moldaver a commis une erreur lorsqu'il a, dans ses directives, indiqué au jury que le par. 34(2) ne s'appliquait pas à un agresseur initial. En conséquence, je suis d'accord avec la Cour d'appel de l'Ontario. Le pourvoi est rejeté, la déclaration de culpabilité de l'intimé est annulée et tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) —

Introduction

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si une personne qui en provoque une autre peut

rely on the defence of self-defence, notwithstanding the fact that he failed to retreat from the assault he provoked. The Chief Justice would answer this question in the affirmative. I, with respect, take a different view.

The accused McIntosh was a disc jockey. He had given some sound equipment to the deceased to repair. Over the next eight months, McIntosh tried to get the equipment, without success. On one occasion, McIntosh told the deceased he would "get him" if the equipment were not returned. On another occasion, the deceased fled through the back door when McIntosh appeared at his front door. On the day of the killing, McIntosh, armed with a kitchen knife, ordered the deceased to return the equipment. According to McIntosh, the deceased responded by pushing him. They struggled. The deceased picked up a dolly, raised it to head level, and came at the respondent. McIntosh stabbed him, threw the knife down, and fled.

It was open to the jury to find, in this scenario, that McIntosh had provoked the assault by threatening the deceased while armed with a knife. This raised the question of which of the self-defence provisions of the *Criminal Code* apply to a person who provokes the aggression that led to the killing. The answer depends on the interpretation accorded to ss. 34 and 35 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which codify self-defence in Canada. Section 35 clearly applies where the accused initiated the aggression; however, it contains a requirement that the accused have attempted to retreat, and might not have assisted McIntosh. Sections 34(1) and 34(2), on the other hand, contain no requirement to retreat. Section 34(1) clearly does not apply to the initial aggressor. The debate, in these circumstances, focused on s. 34(2). If McIntosh could avail himself of s. 34(2), he would be entitled to rely on self-defence, notwithstanding findings that he provoked the fight and did not retreat.

The trial judge instructed the jury that s. 34(2) would not apply if they found that McIntosh had

invoquer la légitime défense, même si elle ne s'est pas retirée de l'attaque qu'elle a provoquée. Le Juge en chef répond par l'affirmative à cette question. En toute déférence, je suis d'avis différent.

L'accusé McIntosh était un disc-jockey. Il avait apporté à la victime de l'équipement audio pour qu'il le répare. Au cours des huit mois qui ont suivi, l'intimé a vainement tenté de récupérer son équipement. À une occasion, l'intimé a dit à la victime qu'il [TRADUCTION] «l'attraperait au détour» s'il ne lui remettait pas l'équipement. À une autre occasion, la victime s'est sauvée par la porte arrière en voyant McIntosh à l'entrée. Le jour du meurtre, McIntosh, armé d'un couteau de cuisine, a ordonné à la victime de lui rendre l'équipement. Selon McIntosh, la victime l'aurait alors poussé. Ils se sont battus. La victime aurait pris un chariot et l'aurait soulevé à la hauteur de la tête en direction de l'intimé. McIntosh a alors poignardé la victime, a lancé le couteau et s'est enfui.

Il était loisible au jury de conclure, à partir de ce scénario, que McIntosh avait provoqué l'attaque en menaçant la victime au moyen d'un couteau. La question était ensuite de déterminer laquelle des dispositions en matière de légitime défense du *Code criminel* s'applique à une personne qui provoque l'attaque qui cause la mort. La réponse à cette question dépend de l'interprétation donnée aux art. 34 et 35 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui codifient la légitime défense au Canada. De toute évidence, c'est l'art. 35 qui s'applique si l'accusé est l'auteur de l'agression; cependant, il exige aussi que l'accusé tente de se retirer du combat, et il pourrait ne pas avoir été utile à McIntosh. Par contre, les par. 34(1) et 34(2) ne renferment pas cette obligation. Le paragraphe 34(1) ne s'applique manifestement pas à l'agresseur initial. Dans ces circonstances, le débat a porté essentiellement sur le par. 34(2). Si McIntosh pouvait se prévaloir de l'application du par. 34(2), il aurait le droit d'invoquer la légitime défense, même si l'on arrive à la conclusion qu'il a provoqué l'attaque et ne s'en est pas retiré.

Dans ses directives, le juge du procès a dit au jury que le par. 34(2) ne s'appliquait pas s'il arri-

49

50

51

provoked the fight in which he killed the deceased. In his view, only s. 35 was available to an initial aggressor. The jury returned a verdict of guilty of manslaughter. McIntosh appealed on the ground that the trial judge erred in telling the jury that s. 34(2) did not apply to the initial aggressor. The Court of Appeal agreed and ordered a new trial: (1993), 15 O.R. (3d) 450, 84 C.C.C. (3d) 473, 24 C.R. (4th) 265, 65 O.A.C. 199. The Crown now appeals to this Court, arguing that the trial judge correctly instructed the jury that s. 34(2) is not available to persons who provoke the attack which led to the killing.

vait à la conclusion que McIntosh avait provoqué l'attaque au cours de laquelle il a causé la mort de la victime. À son avis, seul l'art. 35 pouvait être invoqué par un agresseur initial. Le jury a rendu un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable. McIntosh a interjeté appel pour le motif que le juge du procès aurait commis une erreur lorsqu'il a indiqué au jury que le par. 34(2) du *Code criminel* ne s'appliquait pas à un agresseur initial. La Cour d'appel était d'accord et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1993), 15 O.R. (3d) 450, 84 C.C.C. (3d) 473, 24 C.R. (4th) 265, 65 O.A.C. 199. Le ministère public se pourvoit maintenant devant notre Cour et soutient que le juge du procès a eu raison d'indiquer au jury que le par. 34(2) ne s'appliquait pas à une personne qui provoque une attaque qui cause la mort d'une personne.

52 A second issue arose with respect to s. 37 of the *Criminal Code*. The trial judge declined to put it to the jury, on the ground that counsel had not indicated how it could be applied to the evidence in the case. The Court of Appeal agreed.

Une seconde question a été soulevée relativement à l'art. 37 du *Code criminel*. Le juge du procès a refusé de la soumettre au jury parce que l'avocat n'avait pas indiqué comment cette disposition pouvait s'appliquer à la preuve en l'espèce. La Cour d'appel était aussi de cet avis.

Analysis

1. *Does Section 34(2) of the Criminal Code Apply to a Person Who Provokes an Attack?*

53 McIntosh raises one main argument. It is this. Section 34(1) states expressly that it does not apply to people who have provoked the assault from which they defended themselves. Section 34(2), by contrast, does not expressly exclude provokers. Therefore, s. 34(2) must be read as applying to people who have provoked the assault from which they defended themselves. In order to prevent s. 34(2) from applying to initial aggressors, it would be necessary to "read in" to s. 34(2) the phrase found in s. 34(1): "without having provoked the assault". On this basis, it is argued that the provisions contain no ambiguity. It is further argued that even if they did contain an ambiguity, it must be resolved in favour of the accused, following the principle that an ambiguity in penal provisions

Analyse

1. *Le paragraphe 34(2) du Code criminel s'applique-t-il à une personne qui provoque une attaque?*

McIntosh soulève l'argument principal suivant: Le paragraphe 34(1) prévoit explicitement qu'il ne s'applique pas à une personne qui a provoqué l'attaque contre laquelle elle se défend. Par contre, le par. 34(2) n'exclut pas explicitement l'auteur d'une attaque. Par conséquent, le par. 34(2) s'appliquerait à la personne qui a provoqué l'attaque contre laquelle elle se défend. Pour que le par. 34(2) ne s'applique pas à un agresseur initial, il faudrait le considérer comme «incluant» l'expression «sans provocation de sa part» qui figure au par. 34(1). C'est pourquoi on soutient que ces dispositions ne renferment aucune ambiguïté, mais que, même si elles en renfermaient une, elle devrait être résolue en faveur de l'accusé, conformément au principe selon lequel il faut résoudre

should be resolved in the manner most favourable to accused persons.

Section 34(1), as mentioned, contains the phrase "without having provoked the assault". It reads:

Self-defence
against
unprovoked
assault

34. (1) Every one who is unlawfully assaulted without having provoked the assault is justified in repelling force by force if the force he uses is not intended to cause death or grievous bodily harm and is no more than is necessary to enable him to defend himself.

Section 34(2), on the other hand, contains no such phrase. It reads:

Extent of
justification

(2) Every one who is unlawfully assaulted and who causes death or grievous bodily harm in repelling the assault is justified if

(a) he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purposes; and

(b) he believes, on reasonable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

Section 35 specifically refers to initial aggressors or provocateurs. It reads:

Self-defence in
case of
aggression

35. Every one who has without justification assaulted another but did not commence the assault with intent to cause death or grievous bodily harm, or has without justification provoked an assault on himself by another, may justify the use of force subsequent to the assault if

(a) he uses the force

(i) under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence of the person whom he has assaulted or provoked, and

toute ambiguïté dans une disposition pénale de la façon la plus favorable à la personne accusée.

Comme je l'ai mentionné, le par. 34(1) renferme l'expression «sans provocation de sa part»:

Légitime
défense
contre une
attaque sans
provocation

34. (1) Toute personne illégalement attaquée sans provocation de sa part est fondée à repousser la violence par la violence si, en faisant usage de violence, elle n'a pas l'intention de causer la mort ni des lésions corporelles graves et si la violence n'est pas poussée au-delà de ce qui est nécessaire pour lui permettre de se défendre.

Le paragraphe 34(2), par contre, ne contient pas cette expression:

Mesure
de la
justification

(2) Quiconque est illégalement attaqué et cause la mort ou une lésion corporelle grave en repoussant l'attaque est justifié si:

a) d'une part, il la cause parce qu'il a des motifs raisonnables pour appréhender que la mort ou quelque lésion corporelle grave ne résulte de la violence avec laquelle l'attaque a en premier lieu été faite, ou avec laquelle l'assaillant poursuit son dessein;

b) d'autre part, il croit, pour des motifs raisonnables, qu'il ne peut pas autrement se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

L'article 35 fait un renvoi explicite aux agresseurs initiaux ou provocateurs:

Légitime
défense
en cas
d'agression

35. Quiconque a, sans justification, attaqué un autre, mais n'a pas commencé l'attaque dans l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles graves, ou a, sans justification, provoqué sur lui-même une attaque de la part d'un autre, peut justifier l'emploi de la force subséquemment à l'attaque si, à la fois:

a) il en fait usage:

(i) d'une part, parce qu'il a des motifs raisonnables d'appréhender que la mort ou des lésions corporelles graves ne résultent de la violence de la personne qu'il a attaquée ou provoquée,

54

55

56

(ii) in the belief, on reasonable grounds, that it is necessary in order to preserve himself from death or grievous bodily harm;

(b) he did not, at any time before the necessity of preserving himself from death or grievous bodily harm arose, endeavour to cause death or grievous bodily harm; and

(c) he declined further conflict and quitted or retreated from it as far as it was feasible to do so before the necessity of preserving himself from death or grievous bodily harm arose.

(ii) d'autre part, parce qu'il croit, pour des motifs raisonnables, que la force est nécessaire en vue de se soustraire lui-même à la mort ou à des lésions corporelles graves;

b) il n'a, à aucun moment avant qu'ait surgi la nécessité de se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves, tenté de causer la mort ou des lésions corporelles graves;

c) il a refusé de continuer le combat, l'a abandonné ou s'en est retiré autant qu'il lui était possible de le faire avant qu'ait surgi la nécessité de se soustraire à la mort ou à des lésions corporelles graves.

57 At first blush the argument seems attractive that the absence of the phrase "without having provoked the assault" in s. 34(2) makes it applicable to all cases of self-defence, even those where the accused provoked the attack. Yet, a closer look at the language, history and policy of ss. 34 and 35 of the *Criminal Code* suggests that this argument should not prevail.

58 The Chief Justice starts from the premise that "the language of the statute is plain and admits of only one meaning" (p. 697). From this he concludes that "the task of interpretation does not arise" (p. 697). I cannot agree. First, the language is not, with respect, plain. The facial ambiguity of s. 34(2) is amply attested by the different interpretations which it has been given by different courts. But even if the words were plain, the task of interpretation cannot be avoided. As *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994) puts it at p. 4, "no modern court would consider it appropriate to adopt that meaning, however "plain", without first going through the work of interpretation".

59 The point of departure for interpretation is not the "plain meaning" of the words, but the intention of the legislature. The classic statement of the "plain meaning" rule, in the *Sussex Peerage Case* (1844), 11 C. & F. 85, 8 E.R. 1034 (H.L.), at p. 1057, makes this clear: "the only rule for the con-

À première vue, l'argument qui veut que l'absence de l'expression «sans provocation de sa part» au par. 34(2) le rende applicable à tous les cas de légitime défense, même ceux où l'accusé a provoqué l'attaque, semble intéressant. Cependant, si l'on examine de plus près le libellé et l'historique des art. 34 et 35 du *Code criminel* ainsi que les principes qui les sous-tendent, cet argument ne devrait pas être accueilli.

Le Juge en chef part de la prémisse que «le libellé de la loi est clair et n'appelle qu'un seul sens» (p. 697) et il conclut qu'«il n'y a pas lieu de procéder à un exercice d'interprétation» (p. 697). Je ne saurais être d'accord. Premièrement, le libellé n'est pas, en toute déférence, clair. L'ambiguïté apparente du par. 34(2) est amplement démontrée par les différentes interprétations que les tribunaux lui ont données. Cependant, même si les termes étaient clairs, l'exercice d'interprétation ne peut être évité. Comme on l'affirme dans *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994) à la p. 4, [TRADUCTION] «aucun tribunal moderne ne considérerait comme approprié d'adopter ce sens, aussi «clair» soit-il, sans tout d'abord faire un exercice d'interprétation».

Le point de départ de l'exercice d'interprétation n'est pas le «sens ordinaire» des mots, mais l'intention du législateur. La formulation classique de la règle du «sens ordinaire», dans l'affaire *Sussex Peerage Case* (1844), 11 C. & F. 85, 8 E.R. 1034 (H.L.), à la p. 1057, établit clairement ce fait: [TRA-

struction of Acts of Parliament is, that they should be construed according to the intent of the Parliament which passed the Act". To quote *Driedger, supra*, at p. 3: "The purpose of the legislation must be taken into account, even where the meaning appears to be clear, and so must the consequences." As Lamer C.J. put it in *R. v. Z. (D.A.)*, [1992] 2 S.C.R. 1025, at p. 1042: "the express words used by Parliament must be interpreted not only in their ordinary sense but also in the context of the scheme and purpose of the legislation". The plain meaning of the words, if such exists, is a secondary interpretative principle aimed at discerning the intention of the legislator. If the words admit of only one meaning, they may indeed "best declare the intention of the lawgiver" as suggested in the *Sussex Peerage Case* at p. 1057, but even here it is the intention, and not the "plain meaning", which is conclusive. But if, as in the case of s. 34(2), the words permit of doubt as to the intention of Parliament, other matters must be looked to to determine that intention.

I also depart from the Chief Justice on his application of the proposition that "where two interpretations of a provision which affects the liberty of a subject are available, one of which is more favourable to an accused, then the court should adopt this favourable interpretation" (p. 702). This Court in *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108, at p. 115, made it clear that this rule of construction applies only where "real ambiguities are found, or doubts of substance arise" (*per* Dickson J. (as he then was)). If the intention of Parliament can be ascertained with reasonable precision, the rule has no place. As La Forest J. put it in *R. v. Deruelle*, [1992] 2 S.C.R. 663, at pp. 676-77:

In the court below, the majority suggested that any ambiguity in a penal provision should be resolved in favour of the accused. . . . While it is true that s. 254(3)

DUCTION] «la seule règle d'interprétation des lois est qu'elles doivent être interprétées en fonction de l'intention du législateur qui les a adoptées». Comme on le dit dans *Driedger, op. cit.*, à la p. 3: [TRADUCTION] «Il faut tenir compte, de l'objet de la loi, même dans le cas où son sens paraît clair, ainsi que de ses conséquences.» Comme le juge en chef Lamer l'indique dans l'arrêt *R. c. Z. (D.A.)*, [1992] 2 R.C.S. 1025, à la p. 1042, «[I]es termes exprès utilisés par le législateur dans les dispositions pertinentes d'une loi, doivent être interprétés non seulement selon leur sens ordinaire mais également dans le contexte de l'esprit et de l'objet de la loi». La détermination du sens ordinaire des termes, en admettant qu'on puisse le dégager, est un principe secondaire d'interprétation qui vise à déterminer quelle était l'intention du législateur. Si les termes n'ont qu'un seul sens, ils peuvent en fait [TRADUCTION]«constituer la meilleure indication de l'intention du législateur», comme on le dit dans l'arrêt *Sussex Peerage*, à la p. 1057; toutefois, même dans ce cas, c'est l'intention du législateur et non le «sens ordinaire» des termes qui est concluante. Par contre, si, comme dans le cas du par. 34(2), les termes utilisés laissent planer le doute quant à l'intention du législateur, il faut examiner d'autres questions pour dégager cette intention.

Je m'écarte également de la façon dont le Juge en chef applique la proposition selon laquelle «dans le cas où il est possible de donner deux interprétations à une disposition qui porte atteinte à la liberté d'une personne, dont l'une serait plus favorable à un accusé, [. . .] la cour devrait adopter l'interprétation qui favorise l'accusé» (p. 702). Dans l'arrêt *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108, à la p. 115, notre Cour a clairement établi que cette règle d'interprétation ne s'applique «qu'en présence de réelles ambiguïtés ou de doutes sérieux» (le juge Dickson (plus tard Juge en chef)). Si l'on peut déterminer de façon suffisamment précise l'intention du législateur, cette règle n'est pas applicable. Comme le juge La Forest l'affirme dans l'arrêt *R. c. Deruelle*, [1992] 2 R.C.S. 663, aux pp. 676 et 677:

Suivant la Cour d'appel à la majorité, toute ambiguïté dans une disposition pénale doit profiter à l'accusé. [. . .] Le paragraphe 254(3) n'est peut-être pas un modèle de

is not a model of clarity, in this instance the intent of Parliament is sufficiently clear that there is no need for the aid of that canon of statutory construction.

61 In summary, then, I take the view that this Court cannot evade the task of interpreting s. 34(2). The Court's task is to determine the intention of Parliament. The words of the section, taken alone, do not provide a clear and conclusive indication of Parliament's intention. It is therefore necessary to look further to determine Parliament's intention to the history of the section and the practical problems and absurdities which may result from interpreting the section one way or the other. These considerations lead, in my respectful view, to the inescapable conclusion that Parliament intended s. 34(2) to apply only to unprovoked assaults. This in turn leads to the conclusion that the trial judge was correct in declining to leave s. 34(2) with the jury.

The History of Section 34(2)

62 Self-defence at common law rested on a fundamental distinction between cases where no fault was attributable to the killer, and cases where the killing was partly induced by some fault of the killer. Where the killer was not at fault — that is where he had not provoked the aggression — the homicide was called "justifiable homicide". Where blame could be laid on the killer, as where he had provoked the aggression, on the other hand, the homicide was called "excusable homicide". (See E. H. East, *A Treatise of the Pleas of the Crown* (1803), vol. 1; William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), Book IV.)

63 Justifiable homicide and excusable homicide attracted different duties. In the case of justifiable homicide, or homicide in defending an unprovoked attack, the killer could stand his ground and was not obliged to retreat in order to rely on the defence of self-defence. In the case of excusable homicide, on the other hand, the killer must have retreated as far as possible in attempting to escape the threat which necessitated homicide, before he could claim self-defence. In other words, unpro-

clarté, mais dans le cas qui nous occupe l'intention du législateur est suffisamment claire pour qu'il ne soit pas nécessaire de recourir à ce précepte de l'interprétation législative.

En résumé, alors, je suis d'avis que notre Cour ne peut se dérober à la tâche d'interpréter le par. 34(2). Notre Cour doit déterminer quelle était l'intention du législateur. Le libellé de la disposition, en soi, n'en donne pas une indication claire et concluante. Il est en conséquence nécessaire, pour déterminer cette intention, d'examiner l'historique de cette disposition ainsi que les problèmes pratiques et les absurdités qui peuvent résulter d'une interprétation ou d'une autre. À mon humble avis, ces considérations aboutissent à l'inévitable conclusion que le législateur visait à ce que le par. 34(2) ne s'applique qu'aux attaques sans provocation. Ce qui m'amène à conclure que le juge du procès a eu raison de ne pas permettre au jury de se prononcer sur le par. 34(2).

L'historique du par. 34(2)

En common law, la légitime défense reposait sur une distinction fondamentale entre les cas où le meurtre ne résultait d'aucune faute du meurtrier et ceux où il résultait en partie d'une faute du meurtrier. En l'absence de faute de la part du meurtrier — c'est-à-dire s'il n'avait pas provoqué l'agression — on parlait d'«homicide justifiable». Par contre, dans le cas où l'on pouvait rejeter la responsabilité sur le meurtrier, par exemple s'il avait provoqué l'agression, il s'agissait d'un «homicide excusable». (Voir E. H. East, *A Treatise of the Pleas of the Crown* (1803), vol. 1; William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1769), livre IV.)

Ces deux types d'homicide donnaient lieu à des obligations différentes. Dans le cas de l'homicide justifiable, ou de l'homicide commis pour repousser une attaque non provoquée, le meurtrier pouvait faire front et n'était pas obligé de se retirer du combat pour invoquer la légitime défense. Par contre, dans le cas de l'homicide excusable, avant de pouvoir invoquer la légitime défense, le meurtrier devait s'être retiré autant qu'il lui était possible de le faire en tentant d'échapper à la menace qui avait

voked attacks imposed no duty to retreat. Provoked attacks did impose a duty to retreat.

The two situations recognized at common law — justifiable homicide and excusable homicide — were codified in the first Canadian *Criminal Code* in 1892, S.C. 1892, c. 29, in ss. 45 and 46. Section 45 when enacted in 1892 differed from its modern equivalent, s. 34, in that it was not divided into two subsections. Rather, it consisted of two parts divided by a semicolon. The wording too was slightly different. Its wording indicated that the phrase at the heart of this appeal — “not having provoked the assault” — was applicable to both halves of the section. Section 45 read:

Self-defence
against
unprovoked
assault

45. Every one unlawfully assaulted, not having provoked such assault, is justified in repelling force by force, if the force he uses is not meant to cause death or grievous bodily harm, and is no more than is necessary for the purpose of self-defence; and every one so assaulted is justified, though he causes death or grievous bodily harm, if he causes it under reasonable apprehension of death or grievous bodily harm from the violence with which the assault was originally made or with which the assailant pursues his purpose, and if he believes, on reasonable grounds, that he cannot otherwise preserve himself from death or grievous bodily harm.

The 1892 *Code* was clear and conformed to the common law on which it was based. An accused who had not provoked the assault was a person “unlawfully assaulted”. He was entitled to stand his ground and need not retreat. An accused who had provoked the assault, on the other hand, was covered by s. 46 and could not claim to have acted in self-defence unless he retreated.

In 1906 the *Criminal Code* underwent a general revision. One of the policies of the revision was to

entraîné l’homicide. En d’autres termes, une attaque sans provocation ne donnait lieu à aucune obligation de se retirer, alors que l’attaque provoquée comportait cette obligation.

Les deux situations reconnues en common law — l’homicide justifiable et l’homicide excusable — ont été codifiées dans le premier *Code criminel* canadien en 1892, S.C. 1892, ch. 29, dans les art. 45 et 46. L’article 45 adopté en 1892 divergeait de son équivalent moderne, l’art. 34, en ce qu’il ne comportait pas deux paragraphes. Il était plutôt divisé en deux parties séparées par un point-virgule. Le libellé était aussi quelque peu différent en ce que l’expression au cœur du présent pourvoi, «sans provocation de sa part», s’appliquait aux deux parties de l’art. 45:

Repousser une
attaque non
provoquée

45. Tout individu illégalement attaqué, sans provocation de sa part, est justifiable de repousser la violence par la violence, si, en en faisant usage, il n’a pas l’intention de causer la mort ni des blessures corporelles graves, et si elle n’est pas poussée au delà de ce qui est nécessaire pour se défendre; et quiconque est ainsi attaqué est justifiable, même s’il cause la mort ou quelque blessure corporelle grave, et s’il la cause dans l’appréhension raisonnable de mort ou de blessures corporelles graves par suite de la violence avec laquelle l’attaque a été d’abord faite contre lui ou avec laquelle son assaillant poursuit son dessein, et s’il croit pour des motifs plausibles qu’il ne peut autrement se soustraire lui-même à la mort ou à des blessures corporelles graves.

Le *Code* de 1892 était clair et conforme à la common law sur lequel il se fondait. Un accusé qui n’avait pas provoqué une attaque était une personne «illégalement attaqué[e]». Il avait le droit de faire front et n’était pas obligé de se retirer. Par contre, un accusé qui avait provoqué l’attaque était visé par l’art. 46 et ne pouvait soutenir qu’il avait agi par légitime défense, sauf s’il s’était retiré du combat.

En 1906, le *Code criminel* a subi une révision générale. L’un des principes de la révision était de

64

65

66

divide longer provisions into subsections. In accordance with this policy, s. 45 became s. 53(1) and (2). The wording, however, remained identical. The marginal note to s. 53(1) read "Self defence. Assault.", and the marginal note to s. 53(2) read "Extent justified." In 1927, while the section remained identical in wording and numbering, the marginal note to s. 53(1) reverted to "Self-defence against unprovoked assault."

diviser les longues dispositions en paragraphes. L'article 45 a alors été subdivisé en deux paragraphes, les par. 53(1) et (2). Le libellé est cependant demeuré essentiellement identique. La note marginale du par. 53(1) est intitulée: «Défense personnelle.» et celle du par. 53(2): «Voies de fait.». En 1927, le libellé de la disposition est demeuré essentiellement le même, mais la note marginale est devenue: «Défense personnelle contre attaque sans provocation.».

67 In 1955, in the course of another general revision, S.C. 1953-54, c. 51, s. 53 became s. 34. The words "Every one so assaulted is justified, though he causes" in the second subsection were removed, and the words "Every one who is unlawfully assaulted and who causes" were substituted. The second subsection was further divided into two paragraphs, but all else remained the same. Section 35, like the former s. 46, dealt with provoked assault. As might be expected, s. 34 imposed no requirement of retreat; s. 35 did. Thus the common law distinction between justifiable homicide and excusable homicide was carried forward.

En 1955, dans le cadre d'une autre révision générale, S.C. 1953-54, ch. 51, l'art. 53 est devenu l'art. 34. L'expression «Quiconque est ainsi attaqué est justifiable même de causer» a été supprimée dans le second paragraphe et remplacée par «Quiconque est illégalement attaqué et cause». Le second paragraphe a de plus été subdivisé en deux alinéas, mais le libellé est demeuré essentiellement le même. L'article 35, comme l'ancien art. 46, portait sur une attaque avec provocation. Comme on pouvait s'y attendre, l'art. 34 n'imposait aucune obligation de se retirer du combat, mais l'art. 35 le faisait. En conséquence, on s'est trouvé à reprendre la distinction en common law entre l'homicide justifiable et l'homicide excusable.

68 One incongruity, however, emerged with the 1955 revision. The phrase "so assaulted" in the second part of the old s. 45 had clearly referred back to the phrase in the first part "unlawfully assaulted, not having provoked such assault". In 1955, however, when "Every one so assaulted" was replaced in the severed subsection by "Every one who is unlawfully assaulted", the clear reference back that had been present in the older versions became less clear. The phrase "not having provoked such assault", which in the old s. 45 had modified or explained the term "unlawfully assaulted" in both the first and second part of the section, was thus effectively deleted from s. 34(2).

Cependant, la révision de 1955 a donné naissance à une incongruité. L'expression «ainsi attaqué» dans la seconde partie de l'ancien art. 45 renvoyait clairement à l'expression «illégalement attaqué, sans provocation de sa part» dans la première partie de la disposition. Cependant, en 1955, lorsque l'on a, dans le nouveau paragraphe, remplacé l'expression «[q]uiconque est ainsi attaqué» par «[q]uiconque est illégalement attaqué», le renvoi clair à un passage déjà cité, qui figurait dans les anciennes versions, ne l'était plus autant. L'expression «sans provocation de sa part» qui, dans l'ancien art. 45, avait modifié ou expliqué l'expression «illégalement attaqué», tant dans la première que dans la seconde partie de la disposition, a effectivement été retranchée du par. 34(2).

69 History provided no explanation for why the explanatory phrase was omitted from s. 34(2). Certainly there is no suggestion that Parliament was attempting to change the law of self-defence. The more likely explanation, given the history of the

L'historique de la disposition ne précise pas pourquoi l'incise explicative a été supprimée du par. 34(2). Rien n'indique que le législateur aurait tenté de modifier le droit en matière de légitime défense. L'explication la plus probable, compte

changes, is inadvertence. In the process of breaking the old s. 45 into two subsections and later substituting new words for the old connector “so assaulted”, and in the context of the significant task of a general revision of the entire *Code*, the need to insert the modifying phrase “not having provoked such assault” in the newly worded subsection was overlooked.

The marginal notes accompanying ss. 34 and 35 support the view that the omission of the phrase “without having provoked the assault” in the 1955 *Code* was inadvertent and that Parliament continued to intend that s. 34 would apply to unprovoked assaults and s. 35 to provoked assaults. The note for s. 34 is “Self-defence against unprovoked assault/Extent of justification”, for s. 35 “Self-defence in case of aggression”, namely assault or provocation. While marginal notes are not part of the legislative act of Parliament, and hence are not conclusive support in interpretation, I agree with the view of Wilson J. in *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, at pp. 556-58, that they may be of some limited use in gleaning the intention of the enactment. Inasmuch as they do indicate an intention, they clearly support the interpretation suggested by the above discussion.

Parliament’s retention of the phrase “unlawfully assaulted” in both s. 34(1) and s. 34(2) provides yet further confirmation of the view that Parliament did not intend to remove the long-standing distinction between provoked and unprovoked assault. The meaning of that phrase, in the context of the two sections, is indicated by its conjunction with the phrase “not having provoked such assault” which modified “unlawfully assaulted” in the 1892 codification. This phrase in the 1892 codification suggests that “unlawfully assaulted” in the context of that section meant “not having provoked such assault”. There is no reason to suppose that the meaning of the phrase “unlawfully assaulted” changed in the intervening years. If so, then on its plain wording s. 34(2) applies only to

tenu de l’historique des modifications, est qu’il y a eu inadvertance. Dans le cadre de la subdivision de l’ancien art. 45 en deux paragraphes et plus tard du remplacement de l’expression «ainsi attaqué» par une nouvelle expression, et dans le contexte de l’importante tâche de révision générale de tout le *Code*, on a oublié qu’il était nécessaire d’insérer l’incise: «sans provocation de sa part».

Les notes marginales en regard des art. 34 et 35 appuient l’idée que l’omission de l’expression «sans provocation de sa part» dans le *Code* de 1955 était un oubli et que le législateur avait toujours l’intention que l’art. 34 vise les attaques sans provocation et l’art. 35, les attaques avec provocation. La note de l’art. 34 est «Légitime défense contre une attaque sans provocation/Mesure de la justification» et celle de l’art. 35, «Légitime défense en cas d’agression», soit une attaque ou une provocation. Bien que les notes marginales ne fassent pas partie de la loi adoptée par le législateur, et ne sont donc pas déterminantes en matière d’interprétation, je suis d’accord avec le point de vue du juge Wilson dans l’arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, aux pp. 556 à 558, qui a affirmé que ces notes peuvent avoir une certaine utilité dans la détermination de l’intention du texte législatif. Dans la mesure où elles indiquent une intention, ces notes appuient clairement l’interprétation proposée dans l’analyse qui précède.

Le fait que le législateur a conservé l’expression «illégalement attaqué» tant au par. 34(1) qu’au par. 34(2) vient aussi confirmer l’idée que le législateur n’avait pas l’intention d’éliminer la distinction de longue date entre une attaque avec provocation et une autre sans provocation. Le sens de cette expression, dans le contexte des deux dispositions en question, ressort de l’incise explicative «sans provocation de sa part» qui modifiait l’expression «illégalement attaqué» que l’on trouvait dans la codification de 1892. Cette expression dans la codification de 1892 laisse entendre que l’expression «illégalement attaqué» employée dans le contexte de cet article signifiait «sans provocation de sa part». Il n’y a aucun motif de supposer que le sens de l’expression «illégalement attaqué» a

70

71

an unprovoked assault, even in the absence of the phrase “without having provoked the assault”.

72 Parliament’s intention to retain the long-standing distinction between provoked and unprovoked assault in the context of self-defence is also confirmed by the fact that neither s. 34(1) nor s. 34(2) imposes a duty to retreat, indicating that these provisions deal with the common law category of justifiable homicide, contrasted with the excusable homicide of s. 35.

73 Taking all this into account, can it be said that Parliament intended to change the meaning of s. 34(2) in the 1955 codification, thus abrogating sixty years of statutory criminal law, based on hundreds of years of the common law? I suggest not. To effect such a significant change, Parliament would have made its intention clear. This it did not do. If the word “unlawful” is given its proper meaning, it is unnecessary to read anything into the section to conclude that it does not apply to provoked assaults. Alternatively, if it were necessary to read in the phrase “without having provoked the assault”, this would be justified. *Driedger*, at p. 106, states that a court will be justified in making minor amendments or substituting one phrase for another where a drafting error is evidenced by the fact that the provision leads to a result that cannot have been intended. Redrafting a provision, it suggests at p. 108, is acceptable where the following three factors are present: (1) a manifest absurdity; (2) a traceable error; and (3) an obvious correction. All three conditions are filled in the case at bar. In a similar vein, Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), suggests that words may be read in to “express what is already implied by the statute” (p. 232). This condition too is met in the case of s. 34(2).

74 The argument that Parliament intended to effect a change to the law of self-defence in 1955 rests

changé au cours des ans. Alors, dans son sens ordinaire, le par. 34(2) s’applique seulement à une attaque sans provocation, même en l’absence de l’expression «sans provocation de sa part».

L’intention du législateur de préserver la distinction de longue date entre l’attaque avec provocation et celle sans provocation dans le contexte de la légitime défense est également confirmée par le fait que ni le par. 34(1) ni le par. 34(2) ne comportent une obligation de se retirer du combat, indiquant qu’ils traitent de la catégorie de l’homicide justifiable, reconnue en common law, par opposition à l’homicide excusable que vise l’art. 35.

Compte tenu de toutes ces considérations, peut-on dire que le législateur a voulu modifier le sens du par. 34(2) dans la codification de 1955, abrogeant ainsi soixante années d’interprétation du droit criminel, fondée sur des centaines d’années de common law? Je ne le crois pas. Pour procéder à un changement aussi important, le législateur aurait clairement exprimé son intention. Ce qu’il n’a pas fait. Si l’on interprète comme il se doit le terme «illégalement», il est inutile d’introduire quoi que ce soit par interprétation pour conclure que la disposition ne s’applique pas aux attaques avec provocation. Par contre, s’il faut considérer que le paragraphe contient l’expression «sans provocation de sa part», cet exercice serait justifié. On affirme dans *Driedger*, à la p. 106, qu’un tribunal sera justifié d’apporter des modifications mineures ou de remplacer une expression par une autre dans le cas où une erreur de rédaction aboutit à un résultat qui ne peut pas avoir été envisagé. On y précise à la p. 108 que l’on peut reformuler une disposition lorsque les trois facteurs suivants sont réunis: (1) une absurdité manifeste, (2) une erreur dont on peut retracer l’origine et (3) une correction évidente. En l’espèce, ces trois conditions sont respectées. Dans la même veine, selon Pierre-André Côté dans *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), les mots peuvent être introduits pour «expliciter l’élément implicite de la communication légale» (p. 259). Cette condition est également respectée dans le cas du par. 34(2).

La thèse selon laquelle le législateur a eu l’intention de modifier le droit en matière de légitime

finally on the presumption that a change in wording is intended to effect substantive change. But this presumption is weak and easily rebutted in Canada, where making formal improvements to the statute book is a minor industry. This is particularly the case where, as in this case, there is evidence of a drafting error: *Driedger*, at pp. 450-51.

I conclude that the intention of Parliament is clear and that s. 34(2), read in its historical context, applies only to unprovoked assaults.

The Jurisprudence

For many years after the 1955 amendments to the *Criminal Code*, ss. 34 and 35 were interpreted in the way that the history of the sections and the marginal notes suggest. In two 1975 cases, the Ontario Court of Appeal made broad statements to the effect that s. 34 was available only to the victims of unprovoked assaults. In *R. v. Bolyantu* (1975), 29 C.C.C. (2d) 174, at p. 176, the Ontario Court of Appeal (*per Kelly, Lacourciere and Zuber J.J.A.*) stated:

The trial Judge did not instruct the jury as to the effect of s. 35 of the *Criminal Code* and in our view, he should have so done. Section 34 entitles one to defend himself from an unlawful assault that he has not provoked. Section 35 deals with the right of a person to defend himself from an assault which he has provoked. Section 35 should have been left with the jury in the event that they were of the view that Bolyantu had provoked an assault (either actual or believed) by Stimac.

In *R. v. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219, at p. 233, Martin J.A. for the court distinguished between the situation where the deceased had been provoked and hence had a "legal right" to strike back, and a situation where he had not been provoked, in which case the deceased's strike would be "unlawful". In the former case, s. 35 governed, in the latter s. 34.

It is clear that a blow struck justifiably in self-defence by the deceased cannot afford provocation, since it is

défense en 1955 repose en fin de compte sur la présomption qu'une modification de libellé vise à procéder à une modification de fond. Cependant, cette présomption est faible et peut être facilement réfutée au Canada où les améliorations de forme des lois sont légion. Ce qui est particulièrement le cas où, comme en l'espèce, il existe une preuve d'une erreur de rédaction: *Driedger*, aux pp. 450 et 451.

Je conclus que l'intention du législateur est claire et que le par. 34(2), interprété dans son contexte historique, ne s'applique qu'aux attaques sans provocation.

La jurisprudence

Pendant de nombreuses années après les modifications apportées au *Code criminel* en 1955, les art. 34 et 35 ont été interprétés de la façon dont leur historique et leur note marginale le laissent entendre. Dans deux affaires en 1975, la Cour d'appel de l'Ontario a fait des déclarations générales et affirmé que seules les victimes d'attaques non provoquées pouvaient invoquer l'art. 34. Dans l'arrêt *R. c. Bolyantu* (1975), 29 C.C.C. (2d) 174, à la p. 176, la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Kelly, Lacourciere et Zuber) affirme:

[TRADUCTION] Le juge du procès n'a pas donné au jury de directives sur l'effet de l'art. 35 du *Code criminel* et, à notre avis, il aurait dû le faire. L'article 34 permet à une personne de repousser une attaque illégale qu'elle n'a pas provoquée. L'article 35 porte sur le droit d'une personne de repousser une attaque qu'elle a provoquée. Le jury aurait dû recevoir des directives sur l'art. 35 au cas où il aurait été d'avis que c'est Bolyantu qui avait provoqué l'attaque (réelle ou appréhendée) de Stimac.

Dans l'arrêt *R. c. Squire* (1975), 26 C.C.C. (2d) 219, à la p. 233, le juge Martin, au nom de la Cour d'appel, a établi une distinction entre un cas où la victime a été provoquée et avait en conséquence «un droit légal» de répliquer, et un cas où elle n'aurait pas été provoquée, auquel cas il lui était «illégal» de frapper. Dans le premier cas, c'est l'art. 35 qui s'applique, et dans le second, l'art. 34.

[TRADUCTION] Il est clair qu'un coup que la victime aurait été fondée à assener pour se défendre ne peut

75

76

something that the deceased "had a legal right to do", within the proviso to s. 215(3) of the *Code*. In such circumstances the blow is not a wrongful act.

The case of a person who has willingly engaged in a fight without any necessity for defending himself falls within the provisions of s. 35 of the *Code* which establishes the conditions necessary to justify the subsequent use of force in self-defence by one who has without justification assaulted another or who has without justification provoked an assault upon himself. It is difficult to see how in such circumstances *one who has actually and willingly begun to fight* could be said to be the victim of an *unprovoked assault* under s. 34. [Underlining added; italics in original.]

77 The British Columbia Court of Appeal has followed the same approach. In *R. v. Merson* (1983), 4 C.C.C. (3d) 251, at p. 255, it stated, *per* Nemetz C.J.B.C. (in dissent, but not on this point):

Generally speaking, s. 34 provides a defence of self-defence to a victim. Section 35 provides such a defence to the aggressor.

And *per* Taggart J.A., at p. 266:

Unlike s. 34, s. 35 is available to an accused notwithstanding the fact that he initiates the conflict by assaulting, or by provoking an assault by, the other combatant.

The Alberta Court of Appeal has taken the same view in *R. v. Alkadri* (1986), 29 C.C.C. (3d) 467, at p. 470, *per* Kerans J.A.:

If he did not provoke that assault, the killing is justified under s. 34(2) if the jury has a doubt whether the accused caused the death under reasonable apprehension of death and in the belief he had no choice. If, on the other hand, the jury views the accused as the original aggressor, he can only invoke s. 35 and the jury must additionally ask itself both whether he did not, before the threat to his life arose, himself try to kill and whether he had, after he started the fight, retreated from it as far as was feasible.

78 More recently, the Ontario Court of Appeal in two cases, *R. v. Stubbs* (1988), 28 O.A.C. 14, and

constituer une provocation puisqu'il s'agit de quelque chose que la victime «avait un droit légal de faire» au sens du par. 215(3) du *Code*. Dans ces circonstances, le coup n'est pas un acte illégal.

Le cas d'une personne qui a volontairement participé à un combat, sans qu'existe une nécessité de se défendre, est visé par l'art. 35 du *Code*, qui prévoit les conditions qui justifient l'emploi subséquent de la force en légitime défense par une personne qui a, sans justification, attaqué une autre personne ou a, sans justification, provoqué une attaque contre elle. Il est difficile de voir comment l'on pourrait dire dans ces circonstances qu'une personne qui a réellement et volontairement commencé un combat est la victime d'une attaque non provoquée au sens de l'art. 34. [Je souligne; en italique dans l'original.]

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a suivi la même démarche. Dans l'arrêt *R. c. Merson* (1983), 4 C.C.C. (3d) 251, à la p. 255, le juge en chef Nemetz (dissident, sur un autre point) affirme:

[TRADUCTION] D'une manière générale, l'art. 34 permet à la victime d'invoquer la légitime défense. L'article 35 offre le même moyen de défense à l'agresseur.

Le juge Taggart précise à la p. 266:

[TRADUCTION] Contrairement à l'art. 34, un accusé peut faire valoir l'application de l'art. 35 même s'il a commencé le combat en attaquant ou en provoquant une attaque de la part de l'autre combattant.

La Cour d'appel de l'Alberta a adopté le même point de vue dans l'arrêt *R. c. Alkadri* (1986), 29 C.C.C. (3d) 467, à la p. 470, sous la plume du juge Kerans:

[TRADUCTION] Si l'accusé n'a pas provoqué l'attaque, il est justifié d'avoir causé la mort, selon le par. 34(2), dans le cas où le jury entretient un doute quant à savoir s'il a causé la mort parce qu'il avait des motifs raisonnables d'appréhender la mort et qu'il croyait ne pas avoir d'autre choix. Par contre, dans le cas où l'accusé est, aux yeux du jury, l'agresseur initial, celui-ci ne peut invoquer que l'art. 35 et le jury devra également se demander d'une part, si l'accusé n'a pas, avant qu'ait surgi la menace à sa vie, lui-même tenté de causer la mort et d'autre part, s'il s'est retiré du combat autant qu'il lui était possible de le faire.

Plus récemment, dans les arrêts *R. c. Stubbs* (1988), 28 O.A.C. 14, et *R. c. Nelson* (1992), 71

R. v. Nelson (1992), 71 C.C.C. (3d) 449, took the view that the court took in this case, that s. 34(2) is available to an aggressor. Viewed in the historical continuum, these decisions represent a departure from the settled view at common law and throughout most of the first century of the Canadian *Criminal Code* that both branches of s. 34 apply only in the situation of justifiable assault, that is where the accused did not provoke the fight that led to the killing.

Policy Considerations

The interpretation of ss. 34 and 35 which I have suggested is supported by policy considerations. The Crown argues that it would be absurd to make s. 34(2) available to aggressors when s. 35 so clearly applies. Parliament, it argues, could not have intended such a result. More practically, as the Chief Justice notes, the sections read as McIntosh urges may lead to absurd results. If s. 34(2) is available to an initial aggressor who has killed or committed grievous bodily harm, then that accused may be in a better position to raise self-defence than an initial aggressor whose assault was less serious; since s. 34(2) is only available to an aggressor who "causes death or grievous bodily harm", the less serious aggressor would not fall under its ambit. The less serious aggressor, forced to rely on s. 35, would have no defence in the absence of retreat. It is anomalous, to use the Chief Justice's word, that an accused whose conduct is the more serious has the broader defence.

Common sense suggests that ss. 34 and 35 set out two situations, each with its corresponding defence. The broader defence of s. 34, not requiring retreat, goes naturally with the less serious category of conduct by the accused, namely, the situation where the accused is unlawfully attacked, not having provoked the assault. The narrower defence of s. 35 similarly goes naturally with the more seri-

C.C.C. (3d) 449, la Cour d'appel de l'Ontario a adopté le même point de vue que dans la présente affaire, c'est-à-dire que l'agresseur initial peut faire valoir l'application du par. 34(2). Examinés dans le contexte historique, ces arrêts s'écartent de la position reconnue en common law et tout au long de la majeure partie du premier siècle d'existence du *Code criminel* canadien, selon laquelle les deux parties de l'art. 34 ne s'appliquent que dans le cas d'une attaque justifiable, c'est-à-dire lorsque l'accusé n'a pas provoqué l'attaque qui a causé la mort.

Les considérations de principe

Des considérations de principe appuient l'interprétation que je donne aux art. 34 et 35. Le ministère public soutient qu'il serait absurde de permettre l'application du par. 34(2) à un agresseur dans les cas où l'art. 35 s'applique manifestement. Il soutient que le législateur ne saurait avoir voulu un tel résultat. D'un côté plus pratique, comme le fait remarquer le Juge en chef, les dispositions interprétées de la façon que préconise McIntosh, peuvent aboutir à des résultats absurdes. Si le par. 34(2) peut s'appliquer à un agresseur initial qui a causé la mort ou des lésions corporelles graves, l'accusé pourrait être en meilleure position pour invoquer la légitime défense qu'un agresseur initial dont l'attaque a été moins grave; puisque le par. 34(2) ne s'applique qu'à un agresseur qui «cause la mort ou une lésion corporelle grave», l'agresseur qui a commis une attaque moins sérieuse ne serait pas visé par ce paragraphe. Ce dernier, forcé de faire valoir l'art. 35, n'aurait aucun moyen de défense s'il ne s'est pas retiré du combat. Il n'est pas normal, pour employer une expression du Juge en chef, qu'une personne accusée, dont la conduite a été plus grave, puisse invoquer le moyen de défense plus large.

Logiquement, les art. 34 et 35 établissent deux situations, chacune assortie d'un moyen de défense correspondant. Le moyen de défense plus large prévu à l'art. 34, ne comportant pas l'obligation de se retirer, va naturellement de pair avec une conduite moins grave, soit le cas où l'accusé est illégalement attaqué, sans provocation de sa part. De la même façon, le moyen de défense plus restreint

ous conduct by the accused, the situation where the accused as aggressor provoked the assault.

81 While I agree with the Chief Justice that Parliament can legislate illogically if it so desires, I believe that the courts should not quickly make the assumption that it intends to do so. Absent a clear indication to the contrary, the courts must impute a rational intent to Parliament. As Lord Scarman put it in *Stock v. Frank Jones (Tipton) Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 231 (H.L.), at p. 239: "If the words used by Parliament are plain, there is no room for the 'anomalies' test, unless the consequences are so absurd that, without going outside the statute, one can see that Parliament must have made a drafting mistake." That, in my view, describes this case. Indeed, as noted earlier, the law goes so far as to permit a missing provision to be read in where absurdity, traceable error and obvious correction combine.

82 Not only is the result McIntosh argues for anomalous; to my mind it is unwise and unjust. The common law has for centuries insisted that the person who provokes an assault and subsequently kills the person he attacks when that person responds to the assault must retreat if he wishes to plead self-defence. Otherwise, a person who wished to kill another and escape punishment might deliberately provoke an attack so that he might respond with a death blow. People who provoke attacks must know that a response, even if it is life-threatening, will not entitle them to stand their ground and kill. Rather, they must retreat. The obligation to retreat from provoked assault has stood the test of time. It should not lightly be discarded. Life is precious; the justification for taking it must be defined with care and circumspection.

offert par l'art. 35 est naturellement offert à une personne accusée dont la conduite a été plus grave, c'est-à-dire, le cas où l'accusé, en tant qu'agresseur, a provoqué l'attaque.

Bien que je reconnaisse, à l'instar du Juge en chef, que le législateur peut légiférer de façon illogique s'il le désire, je suis d'avis que les tribunaux ne devraient pas s'empresser de supposer qu'il a eu cette intention. En l'absence d'une indication claire du contraire, les tribunaux doivent imputer une intention rationnelle au législateur. Comme lord Scarman l'affirme dans l'arrêt *Stock c. Frank Jones (Tipton) Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 231 (H.L.), à la p. 239: [TRADUCTION] «Si les termes utilisés par le législateur sont clairs, il n'y a pas lieu d'appliquer le critère des «anomalies», sauf si les conséquences sont si absurdes que l'on peut se rendre compte, sans s'écarter de la loi, que le législateur doit avoir commis une erreur de rédaction.» Cela décrit, à mon avis, la situation en l'espèce. En fait, comme je l'ai déjà mentionné, le droit va jusqu'à permettre d'introduire par interprétation un élément manquant dans une disposition dans les cas où il existe une absurdité, une erreur dont on peut retracer l'origine et une correction évidente.

La solution préconisée par McIntosh n'est pas seulement irrégulière, mais elle est aussi, à mon avis, peu sage et injuste. En effet, on a, pendant des siècles, insisté en common law pour que la personne qui provoque une attaque et qui, au cours du combat qui s'ensuit, cause ensuite la mort de la personne qu'il a attaquée, se retire du combat si elle désire faire valoir la légitime défense. Sinon, une personne qui désire causer la mort d'une autre, sans être punie, pourrait délibérément provoquer une attaque qui lui permettrait de réagir en frappant un coup mortel. Une personne qui provoque une attaque doit savoir qu'une réplique, même dans le cas de risque pour sa vie, ne lui permettra pas de faire front et de causer la mort. Cette personne a plutôt l'obligation de se retirer. Cette obligation de se retirer en cas de provocation a résisté au temps. Elle ne devrait pas être écartée à la légère. La vie est précieuse; la justification pour causer la mort doit être définie avec soin et circumspection.

Conclusion on Section 34(2)

In summary, the history, the wording and the policy underlying s. 34(2) all point to one conclusion: Parliament did not intend it to apply to provoked assault. It follows that the trial judge did not err in limiting s. 34(2) in this way in his instructions to the jury.

2. *Should Section 37 of the Criminal Code Have Been Left with the Jury?*

Section 37 refers to two aspects of defence of the person: self-defence and defence of others. With respect to defence of others, the section is unique, and its meaning is therefore clear. I agree with the Chief Justice that the purpose of s. 37 in the self-defence context is not readily apparent and appears to conflict with s. 35, in so far as it applies to an initial aggressor. However, again the section must be viewed in keeping with the overall scheme of self-defence established by Parliament. Section 37 gives a broad overview of the principles of self-defence. Sections 34 and 35 deal with the common law of justifiable and excusable homicide. They thus deal with death and grievous bodily harm. It must therefore be assumed that ss. 34 and 35 exclusively dictate the application of the principles laid out in s. 37 where death or grievous bodily harm has occurred. Where death or grievous bodily harm has not occurred, the principles of s. 37 apply without the focus and direction provided by ss. 34 or 35. It follows that the trial judge was correct in declining to leave it to the jury.

Conclusion

I would allow the appeal and restore the conviction.

Appeal dismissed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Conclusion relative au par. 34(2)

En résumé, l'historique et le libellé du par. 34(2) ainsi que les principes qui le sous-tendent pointent tous vers une conclusion: le législateur n'avait pas l'intention de rendre cette disposition applicable à une attaque avec provocation. Il s'ensuit que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en restreignant ainsi le par. 34(2) lorsqu'il a donné ses directives au jury.

2. *Des directives sur l'art. 37 du Code criminel auraient-elles dû être données au jury?*

L'article 37 porte sur deux aspects de la défense de la personne: la légitime défense et la défense des autres. En ce qui concerne la défense des autres, cette disposition est unique et son sens est en conséquence clair. À l'instar du Juge en chef, je reconnais que, dans le contexte de la légitime défense, l'objet de l'art. 37 n'est pas si évident et paraît aller à l'encontre de l'art. 35, dans la mesure où il s'applique à un agresseur initial. Cependant, on doit examiner cette disposition en tenant compte de l'ensemble du régime de la légitime défense établi par le législateur. L'article 37 donne un vaste aperçu des principes de la légitime défense. Les articles 34 et 35 ont trait à l'homicide justifiable ou à l'homicide excusable, en common law, et traitent donc de la mort et des lésions corporelles graves. On doit en conséquence supposer que les art. 34 et 35 imposent exclusivement l'application des principes formulés à l'art. 37, lorsqu'il y a eu mort ou lésions corporelles graves. Dans les cas où il n'y a eu ni mort ni lésions corporelles graves, les principes de l'art. 37 s'appliquent sans que l'on ait à se fonder sur les art. 34 ou 35. Il s'ensuit que le juge du procès a eu raison de refuser de donner au jury des directives sur cette disposition.

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents.

83

84

85

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Solicitors for the respondent: Pinkofsky, Lockyer, Kwinter, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Pinkofsky, Lockyer, Kwinter, Toronto.

Chang-Jie Chen *Appellant*

v.

The Minister of Employment and Immigration and the Secretary of State for External Affairs *Respondents*

INDEXED AS: CHEN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)

File No.: 23984.

1995: February 3; 1995: February 23.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Immigration — Permanent residence applications — Visa officer's discretion — Interpretation of s. 11(3) of Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172.**Held:* The appeal should be allowed.**Statutes and Regulations Cited***Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 11(3) [rep. & sub. SOR/81-461, Sch., s. 1].*

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1994] 1 F.C. 639, 164 N.R. 257, 109 D.L.R. (4th) 560, 22 Imm. L.R. (2d) 213, setting aside a judgment of the Trial Division, [1991] 3 F.C. 350, 45 F.T.R. 96, 13 Imm. L.R. (2d) 172. Appeal allowed.

Cecil L. Rotenberg, Q.C., Andrew Z. Wlodyka, Mary Lam and Christina F. Kurata, for the appellant.

Urszula Kaczmarczyk and Donald A. MacIntosh, for the respondents.

The following is the judgment delivered by

THE COURT — We share the view of Strayer J. (then of the Federal Court (Trial Division)), [1991] 3 F.C. 350, and Robertson J.A., dissenting in the Federal Court of Appeal, [1994] 1 F.C. 639,

Chang-Jie Chen *Appellant*

c.

Le Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le Secrétaire d'État aux Affaires extérieures *Intimés*

RÉPERTORIÉ: CHEN c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION)

N° du greffe: 23984.

1995: 3 février; 1995: 23 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Immigration — Demande de résidence permanente — Pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas — Interpretation de l'art. 11(3) du Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172.**Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.**Lois et règlements cités***Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172, art. 11(3) [abr. & rempl. DORS/81-461, ann., art. 1].*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1994] 1 C.F. 639, 164 N.R. 257, 109 D.L.R. (4th) 560, 22 Imm. L.R. (2d) 213, annulant un jugement de la Section de première instance, [1991] 3 C.F. 350, 45 F.T.R. 96, 13 Imm. L.R. (2d) 172. Pourvoi accueilli.

Cecil L. Rotenberg, c.r., Andrew Z. Wlodyka, Mary Lam et Christina F. Kurata, pour l'appellant.

Urszula Kaczmarczyk et Donald A. MacIntosh, pour les intimés.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Nous partageons l'opinion du juge Strayer (alors juge de la Section de première instance de la Cour fédérale), [1991] 3 C.F. 350, et du juge Robertson, dissident en Cour d'appel fédérale,

regarding the interpretation of s. 11(3) of the *Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, and would for that reason allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, except its order awarding costs, and restore the order made by Strayer J. The appellant is entitled to his costs in this Court.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Cecil L. Rotenberg and Mary Lam, Don Mills; Constance Nakatsu, Toronto.

Solicitor for the respondents: George Thomson, Toronto.

[1994] 1 C.F. 639, concernant l'interprétation du par. 11(3) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172. Pour cette raison, nous accueillons l'appel, annulons la décision de la Cour d'appel, sauf en ce qui concerne les dépens, et rétablissons l'ordonnance rendue par le juge Strayer. L'appelant a droit à ses dépens devant notre Cour.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Cecil L. Rotenberg et Mary Lam, Don Mills; Constance Nakatsu, Toronto.

Procureur des intimés: George Thomson, Toronto.

**David Allan Chaplin and Dale Leonard
Chaplin Appellants**

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

The Attorney General of Canada Intervener

INDEXED AS: R. v. CHAPLIN

File No.: 23865.

Hearing and judgment: October 6, 1994.

Reasons delivered: February 23, 1995.

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 ALBERTA

Criminal law — Evidence — Disclosure — Crown's obligation to make disclosure to defence — Defence informed that accuseds not primary or secondary wiretap targets in this investigation — Defence requesting to be informed of whether or not accuseds primary or secondary targets in wiretaps used in other investigations — Whether accused has right to know if a target in wiretap authorizations unrelated to investigation of current criminal charge — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 187, 189(2), 193, 196.

Appellants requested the provincial prosecutor and the Department of Justice to disclose whether either appellant was named as primary or secondary target in any undisclosed wiretaps during the period 1988 to April 15, 1992. The reply was that there were no provincial wiretap authorizations in effect with respect to this investigation during that time period but both Crowns declined to confirm or deny the existence of any other authorizations. The appellants then applied for an order requiring the Crown to answer the question, which motion proceeded as a *Stinchcombe* application.

**David Allan Chaplin et Dale Leonard
Chaplin Appellants**

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

et

**Le procureur général du
Canada Intervenant**

RÉPERTORIÉ: R. c. CHAPLIN

N° du greffe: 23865.

Audition et jugement: 6 octobre 1994.

Motifs déposés: 23 février 1995.

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'ALBERTA

Droit criminel — Preuve — Divulgence — Obligation de divulgation incombant au ministère public — Défense informée que les accusés n'étaient pas les cibles principales ou secondaires d'écoute électronique dans le cadre de l'enquête — Défense demandant à savoir si les accusés étaient les cibles principales ou secondaires d'écoute électronique dans d'autres enquêtes — L'accusé a-t-il le droit de savoir s'il est visé par des autorisations d'écoute électronique n'ayant aucun rapport avec l'enquête sur l'accusation portée contre lui? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 187, 189(2), 193, 196.

Les appellants ont demandé au poursuivant provincial et au ministère de la Justice de révéler si l'un d'eux avait été nommé comme cible principale ou secondaire d'écoute électronique non divulguée entre 1988 et le 15 avril 1992. Il leur a été répondu qu'il n'y avait eu aucune autorisation provinciale d'écoute électronique se rapportant à l'enquête pendant cette période, mais les ministères publics ont refusé de confirmer ou de nier l'existence de quelque autre autorisation. Les appellants ont demandé une ordonnance obligeant le ministère public à répondre à la question et leur requête a été entendue comme demande de type *Stinchcombe*.

During the motion, the appellants admitted that they had no evidence to demonstrate the relevance to their defence of the information sought since they had no proof that there had been any wiretap authorizations or that there was derivative evidence obtained from wiretaps relevant to the charges. The appellants argued, however, that once an accused has made a *Stinchcombe* application for disclosure, the onus was on the Crown to justify its refusal to disclose on the basis that the material was clearly irrelevant, or raised public interest privilege.

The motions judge found that the onus in a *Stinchcombe* application was on the Crown and that the appellants were entitled to disclosure of the requested information. As a result of the refusal of the provincial and federal Crowns to comply with the terms of the disclosure order, the appellants applied for and were granted a judicial stay of proceedings respecting the indictment. The Alberta Court of Appeal set aside both the disclosure order and the stay of proceedings, and ordered a new trial. The issue on appeal was whether an accused facing trial on a criminal charge is entitled to know if he or she has been named as a primary or secondary target in any wiretap authorizations unrelated to the investigation of the current criminal charge, obtained in the period from the charges up to the time of trial.

Held: The appeal is dismissed.

The Crown's disclosure obligation is shaped by the principles of fundamental justice included in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, in particular, the right to make full answer and defence. Generally, the Crown must disclose all information, whether inculpatory or exculpatory, except evidence that is beyond the control of the prosecution, clearly irrelevant, or privileged. This obligation requires that the Crown exercise the utmost good faith in determining which information must be disclosed and in providing ongoing disclosure. Failure to comply with this initial and continuing obligation to disclose relevant and non-privileged evidence may result in a stay of proceedings or other redress against the Crown, and may constitute a serious breach of ethical standards.

The Crown's obligation to disclose is not absolute and, while it must err on the side of inclusion, it need

Lors de l'audition de la requête, les appelants ont reconnu ne disposer d'aucune preuve démontrant que les renseignements demandés étaient pertinents relativement à leur défense, car ils ne pouvaient prouver l'existence d'autorisations d'écoute électronique ou d'une preuve dérivée recueillie par ce moyen qui se rapportait aux accusations. Les appelants ont toutefois soutenu que, du moment que l'accusé présente une demande de divulgation de type *Stinchcombe*, il incombe au ministère public de justifier son refus de divulguer en se fondant sur le caractère manifestement non pertinent des renseignements ou sur le privilège de l'intérêt public.

Le juge des requêtes a statué que, dans une demande de type *Stinchcombe*, le ministère public a la charge de la preuve, et que les appelants avaient droit à la divulgation des renseignements demandés. Par suite du refus du ministère public, tant provincial que fédéral, de se conformer aux conditions de l'ordonnance de divulgation, les appelants ont demandé et ont obtenu l'arrêt des procédures relatives à l'acte d'accusation. La Cour d'appel de l'Alberta a annulé l'ordonnance de divulgation et l'arrêt des procédures, et a ordonné un nouveau procès. La question du pourvoi est de savoir si une personne qui doit subir un procès relativement à une accusation criminelle est en droit de savoir si elle a été nommée comme cible principale ou secondaire dans des autorisations d'écoute électronique n'ayant aucun lien avec l'enquête sur ladite accusation, obtenues entre le moment où l'accusation a été portée et le début du procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'obligation de divulgation incombant au ministère public se définit en fonction des principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et particulièrement du droit de présenter une défense pleine et entière. D'une manière générale, le ministère public est tenu de divulguer tous renseignements, inculpataires ou disculpatoires, sauf s'il s'agit d'une preuve qui échappe au contrôle de la poursuite, qui est manifestement sans pertinence ou qui fait l'objet d'un privilège. Du fait de cette obligation, le ministère public doit faire preuve de la plus grande bonne foi en déterminant quels renseignements communiquer et en veillant à ce que cette communication se fasse de façon suivie. L'omission de s'acquitter de cette obligation initiale et permanente de divulguer toute preuve pertinente et non privilégiée peut aboutir à un arrêt des procédures ou autre redressement, et peut constituer un manquement grave aux normes éthiques.

L'obligation de divulgation incombant au ministère public n'est pas absolue et, bien que, s'il pêche, ce doive

not produce what is clearly irrelevant. Relevance is determined in relation to its use by the defence. When the Crown alleges that it has discharged its obligation to disclose, an issue may arise as to whether disclosure is complete in two situations, where the defence contends that: (1) identified and existing material ought to have been produced, or that (2) material whose existence is in dispute ought to have been produced.

In the first situation, where the existence of certain information has been identified, the Crown must justify non-disclosure by demonstrating either that the information sought is beyond its control, or that it is clearly irrelevant or privileged. Justification of non-disclosure on the grounds of public interest privilege or other privilege may involve certain special procedures (such as that referred to in s. 37(2) of the *Canada Evidence Act*) to protect the confidentiality of the evidence.

In the second situation, the Crown may dispute the existence of material which is alleged to be relevant. Once the Crown alleges that it has fulfilled its obligation to produce, it cannot be required to justify the non-disclosure of material, the existence of which it is unaware or denies. The defence, therefore, must establish a basis which could enable the presiding judge to conclude that there is in existence further material which is potentially relevant. Relevance means a reasonable possibility of being useful to the accused in making full answer and defence. The existence of the disputed material must be sufficiently identified not only to reveal its nature but also to enable the presiding judge to determine that it may meet the test with respect to material which the Crown is obliged to produce. The matter may often be resolved by oral submissions of counsel without need of a *voir dire*, though *viva voce* evidence and a *voir dire* may be required where the presiding judge cannot resolve the matter on the basis of submissions by counsel. The requirement that the defence provide a basis for its demand for further production serves to preclude speculative and time-consuming disclosure requests, and avoid impeding ongoing criminal investigations.

If the defence establishes a basis for the conclusion that the evidence may exist, the Crown must then justify a continuing refusal to disclose. This obligation is the same as that in first instance. If the matter cannot be

être par inclusion, il n'est pas tenu de produire ce qui n'a manifestement aucune pertinence. La pertinence est déterminée en fonction de l'usage que la défense compte faire des renseignements en question. Lorsque le ministère public prétend s'être acquitté de son obligation de divulgation, il peut y avoir lieu de se demander si la divulgation est complète (1) dans le cas où la défense soutient que des renseignements qui ont été désignés et qui existent auraient dû être produits et (2) dans le cas où elle soutient que des renseignements dont l'existence est contestée auraient dû être produits.

Dans le premier cas, où l'existence de certains renseignements a été établie, le ministère public est tenu de justifier la non-divulgation en démontrant soit qu'il n'en a pas le contrôle soit qu'ils sont manifestement sans pertinence ou privilégiés. La justification de la non-divulgation fondée sur le privilège de l'intérêt public ou un autre type de privilège peut entraîner certaines procédures spéciales (comme celle visée au par. 37(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*), afin de protéger la confidentialité de la preuve en question.

Dans le second cas, le ministère public peut nier l'existence de renseignements que l'on prétend pertinents. Du moment que le ministère public affirme avoir rempli son obligation de produire, on ne peut le contraindre à justifier la non-divulgation de renseignements dont il ignore ou nie l'existence. La défense doit donc établir des motifs sur lesquels le juge qui préside peut se fonder pour conclure à l'existence d'autres renseignements qui sont peut-être pertinents. Par pertinence, il faut entendre qu'il y a une possibilité raisonnable que ces renseignements aident l'accusé à présenter une défense pleine et entière. L'existence des renseignements faisant l'objet de contestation doit être assez clairement établie non seulement pour en révéler la nature, mais aussi pour permettre au juge de décider qu'ils pourront satisfaire au critère applicable aux renseignements que le ministère public est tenu de produire. La question peut souvent se régler par les observations orales de l'avocat sans voir-dire, quoique la production d'une preuve de vive voix et un voir-dire puissent s'imposer lorsque le juge est dans l'impossibilité de régler la question en se fondant sur les observations des avocats. L'obligation pour la défense d'établir un fondement à sa demande de divulgation sert à empêcher des demandes reposant sur la conjecture ou dilatoires, et à éviter que ne soient entravées les enquêtes criminelles en cours.

Dès lors que la défense établit des motifs de conclure à l'existence possible des éléments de preuve demandés, il incombe au ministère public de justifier sa persistance dans la non-divulgation. Cette obligation est identique à

resolved without *viva voce* evidence, the Crown must be afforded an opportunity to call relevant evidence. In cases involving confidential information, it may be appropriate for the trial judge to order a hearing *in camera*, or privately inspect the material in issue, applying procedures such as those set out in s. 37(2) of the *Canada Evidence Act*. In cases involving wiretaps, the procedure for protecting confidential information is dealt with in *R. v. Garofoli*.

Applying the foregoing to this appeal, the accused failed to establish a basis for the existence of wiretap authorizations or evidence derived therefrom which is potentially relevant to making full answer and defence.

Cases Cited

Considered: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; **referred to:** *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Roach* (1985), 23 C.C.C. (3d) 262; *R. v. Simon* (1992), 54 O.A.C. 398; *R. v. Hutter* (1993), 86 C.C.C. (3d) 81; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *R. v. Desjardins (No. 5)* (1991), 88 Nfld. & P.E.I.R. 149; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 37(2).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 11(d).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 187 [am. c. 27 (1st Suppl.), s. 24], 189(2) [*idem*, s. 203], 193 [am. c. 30 (4th Suppl.), s. 45], 196 [am. c. 27 (1st Suppl.), s. 28], 625.1(2) [ad. *idem*, s. 127], 691(2)(a).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1993), 145 A.R. 153, 55 W.A.C. 153, 14 Alta. L.R. (3d) 283, 20 C.R.R. (2d) 152, allowing an appeal from a judgment of Veit J. granting a judicial stay of proceedings. Appeal dismissed.

David J. Martin, for the appellants.

Jack Watson, Q.C., for the respondent.

son obligation initiale. Si la question ne peut se régler sans recourir à une preuve de vive voix, il faut donner au ministère public l'occasion de présenter des preuves pertinentes. Dans le cas de renseignements confidentiels, il peut convenir que le juge du procès ordonne le huis clos ou qu'il inspecte lui-même les renseignements en procédant notamment de la façon prévue au par. 37(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Pour les affaires d'écoute électronique, la marche à suivre pour protéger les renseignements confidentiels est exposée dans l'arrêt *R. c. Garofoli*.

Selon les principes ainsi énoncés, les accusés en l'espèce ne sont pas parvenus à établir des motifs de conclure à l'existence d'autorisations d'écoute électronique ou de preuves en dérivant qui pourraient être pertinentes pour la présentation d'une défense pleine et entière.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; **arrêts mentionnés:** *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Roach* (1985), 23 C.C.C. (3d) 262; *R. c. Simon* (1992), 54 O.A.C. 398; *R. c. Hutter* (1993), 86 C.C.C. (3d) 81; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Desjardins (No. 5)* (1991), 88 Nfld. & P.E.I.R. 149; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10(b), 11(d).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 187 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 24], 189(2) [*idem*, art. 203], 193 [mod. ch. 30 (4^e suppl.), art. 45], 196 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 28], 625.1(2) [aj. *idem*, art. 127; abr. & rempl. ch. 1 (4^e suppl.), art. 45 (ann. III, n^o 6)], 691(2)a).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1993), 145 A.R. 153, 55 W.A.C. 153, 14 Alta. L.R. (3d) 283, 20 C.R.R. (2d) 152, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Veit, qui avait prononcé l'arrêt des procédures. Pourvoi rejeté.

David J. Martin, pour les appelants.

Jack Watson, c.r., pour l'intimée.

Ronald C. Reimer, for the intervener.

Ronald C. Reimer, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

SOPINKA J. — This appeal concerns the limits of Crown disclosure obligations in criminal prosecutions, flowing from this Court's decision in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, and amplifies the procedural structure of disclosure obligations as articulated in *R. v. Stinchcombe*, and subsequent case law. Specifically, the issue is whether an accused facing trial on a criminal charge is entitled to know if he or she has been named as a primary or secondary target in any wiretap authorizations unrelated to the investigation of the current criminal charge, obtained in the period from the charge up to the time of trial.

LE JUGE SOPINKA — Il s'agit en l'espèce de déterminer les limites de l'obligation de divulgation qui incombe au ministère public dans le cadre de poursuites pénales, selon notre arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et d'apporter des précisions concernant le volet procédural de cette obligation formulé dans cet arrêt et dans la jurisprudence subséquente. Plus particulièrement, la question est de savoir si une personne qui doit subir un procès relativement à une accusation criminelle est en droit de savoir si elle a été nommée comme cible principale ou secondaire dans des autorisations d'écoute électronique n'ayant aucun lien avec l'enquête sur ladite accusation, obtenues entre le moment où l'accusation a été portée et le début du procès.

Facts

Pursuant to an indictment, dated July 9, 1991, the appellant, David Allan Chaplin, was charged with 22 counts, and the appellant, Dale Leonard Chaplin, was charged with four counts of break and enter and theft, allegedly committed between 1984 and 1989. The appellants were arrested on these charges in December, 1989, and were free on bail through to the commencement of their trial. The preliminary inquiry into these charges resulted in an order for the appellants to stand trial.

Les faits

Par acte d'accusation daté du 9 juillet 1991, l'appellant David Allan Chapman a été inculpé sous 22 chefs, et l'appellant Dale Leonard Chaplin sous quatre chefs, d'introduction par effraction et de vol, infractions qu'ils auraient commises entre 1984 et 1989. Les appelants ont été arrêtés relativement à ces accusations en décembre 1989, mais mis en liberté sous caution jusqu'au début de leur procès. À la suite de l'enquête préliminaire sur ces mêmes accusations, il a été ordonné que les appelants subissent leur procès.

Since the appellants elected trial by judge and jury, on March 20, 1992, a pre-hearing conference pursuant to s. 625.1(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (ad. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 127), took place. Given the complex evidentiary and constitutional issues raised by the appellants, McDonald J. directed that April 15, 1992 to May 1, 1992 be set aside for the trial judge

Comme les appelants ont choisi d'être jugés par un juge et un jury, une conférence préparatoire a eu lieu, le 20 mars 1992, conformément au par. 625.1(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (aj. L.R.C. (1985), ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 127; abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 1 (4^e suppl.), art. 45 (ann. III, n^o 6)). Étant donné la complexité des questions de preuve et des questions constitutionnelles soulevées par les appelants, le juge McDonald a ordonné que la période du 15 avril au 1^{er} mai 1992 soit consacrée à toutes les requêtes et

to deal with all motions and evidentiary matters that could be determined in the absence of the jury.

à toutes les questions de preuve sur lesquelles le juge du procès pouvait statuer en l'absence du jury.

4 Before the hearing commenced, the appellants made a written request to the provincial prosecutor and to the Edmonton office of the Department of Justice, requesting that provincial and federal authorities disclose whether either of the appellants were named as primary or secondary targets in any undisclosed *Criminal Code*, Part VI electronic interceptions during the period 1988 to April 15, 1992.

Avant l'ouverture de l'audience, les appelants ont demandé par écrit au poursuivant provincial et au bureau d'Edmonton du ministère de la Justice que les autorités provinciales et fédérales révèlent si l'un ou l'autre appelant était nommé comme cible principale ou secondaire d'interceptions électroniques non divulguées effectuées en vertu de la partie VI du *Code criminel* entre 1988 et le 15 avril 1992.

5 Counsel representing the provincial and federal governments notified the appellants that:

Les avocats représentant les gouvernements fédéral et provincial ont fait savoir aux appelants:

- (a) there were no provincial wiretap authorizations in effect pertaining to this particular investigation during the time period in question;
- (b) the provincial Crown declined to confirm or deny the existence of any other provincial authorization that may have been in existence during the same time period; and
- (c) the federal Crown refused to confirm or deny the existence of any such authorization during the relevant time period that may have been obtained in relation to matters under federal jurisdiction.

- a) qu'il n'y avait eu aucune autorisation provinciale d'écoute électronique se rapportant à l'enquête en question pendant la période en question;
- b) que le ministère public provincial refusait de confirmer ou de nier l'existence de quelque autre autorisation provinciale qui aurait pu être accordée pour la même période;
- c) que le ministère public fédéral refusait de confirmer ou de nier l'existence, pendant la période en cause, d'une telle autorisation qui aurait pu être obtenue relativement à des affaires relevant de la compétence fédérale.

It is very significant that the Crown disclosed that there were no wiretap authorizations pertaining to the investigation of the charges being tried in the time period in question.

Fait très important, le ministère public a précisé que, pendant la période en question, aucune autorisation d'écoute électronique n'avait été accordée relativement à l'enquête sur les accusations faisant l'objet du procès.

6 As a result of the Crown's refusal, the appellants applied for an order directing the Crown to answer the following question:

À la suite du refus du ministère public, les appelants ont demandé que soit rendue une ordonnance obligeant le ministère public à répondre à la question suivante:

During the period 1988 to April 15, 1992, were we [the appellants] named as either primary or secondary targets of any authorizations to intercept private communications granted in Edmonton or elsewhere in Alberta or in British Columbia?

[TRADUCTION] Au cours de la période de 1988 au 15 avril 1992, étions-nous [les appelants] nommés comme cibles principales ou secondaires dans des autorisations d'intercepter des communications privées accordées à Edmonton ou ailleurs en Alberta ou en Colombie-Britannique?

In their application, the appellants also requested that, if they were in fact named as primary or secondary targets in any such authorizations, the Crown disclose to them the authorizations, the supporting affidavits and documents, the logs, transcripts, records, copies of all recordings, and names and status of each person involved in the surveillance.

After an issue as to presentation of evidence relied upon in support of the application and two adjournments, the application proceeded as a *Stinchcombe* application as to whether the appellants had an absolute right to ask the question and expect an answer. The trial court heard the application on the basis of argument on first principles, and if first principles failed, the parties would be permitted to call evidence to address the issue of whether disclosure was required.

The appellants' reasons for seeking disclosure from the Crown were three-fold:

- (a) to permit them to establish an evidentiary foundation for invoking the exclusionary rule in s. 189(2) of the *Code* dealing with derivative evidence;
- (b) to prepare for cross-examination of witnesses and fully explore the nature of the Crown's case in order to secure their right to a fair hearing as mandated by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and
- (c) to determine whether their constitutionally mandated rights to a fair trial and consultation with counsel in private have been violated by police interception of privileged communications between them and their lawyers contrary to ss. 7, 10(b), and 11(d) of the *Charter*.

The respondent's reasons for refusing disclosure were:

Les appelants ont demandé en outre que, s'ils avaient en fait été nommés comme cibles principales ou secondaires dans une telle autorisation, le ministère public leur communique les autorisations, les affidavits et les documents produits à l'appui, les registres, les transcriptions, les dossiers, copie de tous les enregistrements, ainsi que le nom et la qualité de chaque personne ayant pris part à la surveillance.

Après qu'eut été soulevée une question touchant la présentation de la preuve invoquée à l'appui et après deux ajournements, la demande a été entendue à titre de demande de type *Stinchcombe*, visant à déterminer si les appelants jouissaient d'un droit absolu de poser la question et de recevoir une réponse. Le juge du procès a entendu la requête en demandant que l'argumentation porte d'abord sur les principes fondamentaux. Si cette argumentation n'était pas concluante, il serait permis aux parties de produire des preuves portant sur la question de l'existence d'une obligation de divulgation.

Les raisons pour lesquelles les appelants ont demandé que le ministère public fasse les divulgations en question sont au nombre de trois:

- a) pour leur permettre d'établir une preuve justifiant que soit invoquée la règle d'exclusion énoncée au par. 189(2) du *Code*, qui traite de la preuve dérivée;
- b) pour se préparer en vue du contre-interrogatoire des témoins et examiner à fond la nature de la preuve du ministère public afin que soit respecté leur droit à un procès équitable garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;
- c) pour déterminer si l'interception par la police de communications privilégiées entre eux et leurs avocats avait porté atteinte à leurs droits, garantis par la Constitution, de recevoir un procès équitable et de consulter un avocat en privé, violant ainsi l'art. 7 et les al. 10(b) et 11(d) de la *Charte*.

L'intimée a motivé comme suit son refus de divulguer:

7

8

- | | |
|---|--|
| <p>(a) to answer the question would effectively bar investigating bodies from the use of wiretap authorizations against persons charged with an offence or who may be charged with an offence if the only basis for the demand needs to be speculation without the necessity of showing any nexus between the disclosure sought and the case the accused is facing;</p> <p>(b) an answer to the question would not conclude the matter and the question could be raised up to the end of the trial; and</p> <p>(c) the circumstances of this case did not clearly trigger any of the provisions of s. 193(2).</p> | <p>a) répondre à la question aurait pour effet d'empêcher les organismes enquêteurs de recourir, dans le cas d'un inculpé ou d'un éventuel inculpé, à des autorisations d'écoute électronique, s'il suffisait que la demande de divulgation soit fondée sur la conjecture, sans qu'il soit besoin d'établir un lien entre la divulgation demandée et la preuve produite contre l'accusé;</p> <p>b) répondre à la question ne réglerait pas l'affaire et il serait encore possible de soulever la question jusqu'à la fin du procès;</p> <p>c) dans les circonstances de la présente affaire, les dispositions du par. 193(2) ne sont pas clairement applicables.</p> |
|---|--|

The intervener's reasons for objecting to disclosure of the requested information were based on its lack of relevance and on public interest privilege.

L'intervenant a fondé son opposition à la divulgation des renseignements demandés sur la non-pertinence et sur le privilège de l'intérêt public.

9

At the application, the respondent submitted that this was a *Charter* application and consequently that the onus was on the appellants to demonstrate a *Charter* breach. In a *Stinchcombe* application, the initial onus of demonstrating the relevance to their case of the requested information was on the accuseds. The appellants admitted that they had no evidence to demonstrate the relevance to their defence of the information sought since they had no proof that there had been any wiretap authorizations or that there was derivative evidence obtained therefrom relevant to the charges. The appellants argued, however, that once the accused has made a *Stinchcombe* application for disclosure, the onus was on the Crown to justify its refusal to disclose on the basis that the material was clearly irrelevant, or raised public interest privilege.

Lors de l'audition de la demande, l'intimée a fait valoir que, comme il s'agissait d'une demande fondée sur la *Charte*, il incombait aux appelants de prouver la violation de celle-ci. Dans le cas d'une demande de type *Stinchcombe*, c'est l'accusé qui a la charge initiale d'établir la pertinence des renseignements demandés relativement à sa propre preuve. Les appelants en l'espèce ont reconnu ne disposer d'aucune preuve démontrant que les renseignements demandés étaient pertinents relativement à leur défense, car ils n'étaient pas en mesure de prouver que des autorisations d'écoute électronique avaient été accordées ou qu'il existait une preuve dérivée recueillie par ce moyen qui se rapportait aux accusations. Les appelants ont toutefois soutenu que, du moment que l'accusé présente une demande de type *Stinchcombe* en vue d'obtenir la divulgation, c'est au ministère public qu'il incombe de justifier son refus de divulguer fondé sur le caractère manifestement non pertinent des renseignements ou sur le fait qu'ils font entrer en jeu le privilège de l'intérêt public.

10

The intervener, who had been brought into the proceedings on the appellants' motion requesting an order for disclosure of federal wiretap investigations, was granted leave to intervene in the Alberta Court of Appeal. The Attorney General of

L'intervenant qui avait été entraîné dans les procédures relatives à la requête des appelants en ordonnance portant obligation de divulguer les enquêtes fédérales menées par écoute électronique, a reçu l'autorisation d'intervenir en Cour d'appel

Canada was also granted leave to intervene in this Court.

The respondent's application to quash the appellants' notice of appeal as of right pursuant to s. 691(2)(a), asserting that the judgment of the Alberta Court of Appeal setting aside a stay of proceeding and directing a new trial did not give rise to an appeal as of right, was dismissed by this Court on March 4, 1994.

Judgments Below

Alberta Court of Queen's Bench

On April 21, 1992, Veit J. of the Alberta Court of Queen's Bench ruled that the onus in a *Stinchcombe* application was on the Crown, and that the appellants were entitled to disclosure of the requested information. As a result of the refusal of the provincial and federal Crowns to comply with the terms of the disclosure order, the appellants applied for and were granted on April 29, 1992, a judicial stay of proceedings respecting the indictment.

In making the disclosure order on April 21, 1992, Veit J. held that the onus was on the Crown to provide full disclosure. If the Crown refused full disclosure, the Court had to determine what must be disclosed. She noted that sometimes, the Crown's onus will be easily satisfied, such as where the requested disclosure is outside the knowledge of the prosecutorial authorities, irrelevant to the charge, or subject to a non-disclosure privilege. She also noted that the public policy concerns authorizing interception of confidential communications confront the right of an individual to make full answer and defence. The public policy objective of protecting informants may be achieved by editing disclosures.

de l'Alberta. Il a aussi obtenu l'autorisation d'intervenir devant notre Cour.

Notre Cour a rejeté, le 4 mars 1994, la requête de l'intimée en annulation de l'avis de pourvoi de plein droit déposé par les appelants en vertu de l'al. 691(2)a), dans laquelle elle faisait valoir que l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta annulant l'arrêt des procédures et ordonnant la tenue d'un nouveau procès ne donnait pas lieu à un pourvoi de plein droit.

Les jugements des juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta

Le 21 avril 1992, le juge Veit de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a statué que, dans une demande de type *Stinchcombe*, c'est au ministère public qu'incombe la charge de la preuve, et que les appelants avaient droit à la divulgation des renseignements demandés. Par suite du refus du ministère public, tant provincial que fédéral, de se conformer aux conditions de l'ordonnance de divulgation, les appelants ont demandé et ont obtenu du tribunal, le 29 avril 1992, l'arrêt des procédures relatives à l'acte d'accusation.

En rendant l'ordonnance de divulgation le 21 avril 1992, le juge Veit a conclu que le ministère public était tenu à une divulgation complète. Si le ministère public refusait la divulgation complète, c'était alors au tribunal de décider de ce qui devait être divulgué. Le juge Veit a fait remarquer qu'il est parfois facile de s'acquitter de l'obligation, ce qui est notamment le cas lorsque les renseignements demandés débordent des connaissances de la poursuite, qu'ils n'ont aucune pertinence relativement à l'accusation portée ou qu'ils font l'objet d'un privilège de non-divulgaration. Elle a indiqué que les préoccupations de politique générale militant en faveur de l'autorisation de l'interception de communications confidentielles se trouvent opposées au droit d'un individu de présenter une défense pleine et entière. L'objectif de politique générale consistant à protéger les informateurs peut être atteint par la suppression de certaines parties des renseignements demandés.

11

12

13

14 Veit J. held that the Crown had not established that it was impractical for it to answer the question. The question was specific and the answer could easily be given after making necessary internal investigations. She rejected the argument that the accused persons had not established the relevancy of the evidence to their ability to make full answer and defence since such requirement would effectively make the Crown's police witness the arbiter of disclosure. There was *prima facie* relevance to the accuseds' claim given derivative evidence considerations, and potential state interception of solicitor/client communications. The appellants were in a "Catch 22" situation similar to that in *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, unable to prove that the answer to the question would be useful in the same way that those asking for an interception packet to be opened cannot prove that the packet will contain useful information. She rejected the provincial Crown's floodgates concern on the basis that she did not have to resolve the limits of disclosure.

15 After Veit J.'s judgment was delivered, the provincial Crown prosecutor asked to call evidence demonstrating that the answers to the questions sought were irrelevant, prior to the order to answer being made. Veit J. refused to permit the calling of evidence showing that no person involved in the investigation or prosecution had knowledge of any information obtained by virtue of any wiretap investigation of the appellants, holding that such evidence was irrelevant (since the police officers would just state that they did not know of any interception), and unnecessary.

16 After an adjournment, the respondent returned stating that it would not answer the question, rely-

Le juge Veit a conclu que le ministère public n'avait pas établi qu'il n'était pas en mesure de répondre à la question. Celle-ci était précise et la réponse pouvait facilement être donnée après les investigations internes nécessaires. Elle a rejeté l'argument selon lequel les accusés n'avaient pas prouvé la pertinence des éléments de preuve demandés relativement à leur capacité de présenter une défense pleine et entière, car une telle exigence reviendrait en fait à habiliter l'agent de police, témoin du ministère public, à décider s'il y a lieu à divulgation. Les éléments de preuve sollicités étaient à première vue pertinents relativement à la défense des accusés, si l'on prenait en considération la preuve dérivée et la possibilité que l'État ait intercepté des communications entre avocat et client. Les appelants se trouvaient donc dans une situation sans issue analogue à celle de l'affaire *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, c'est-à-dire qu'ils ne pouvaient prouver que la réponse à la question serait utile, pas plus que les personnes qui demandent que soit ouvert un paquet contenant des documents se rapportant à une interception ne peuvent prouver que ce paquet contient des renseignements utiles. Le juge Veit a écarté, au motif qu'elle n'avait pas à statuer sur les limites de l'obligation de divulgation, la crainte du ministère public provincial qu'il n'y ait une avalanche de demandes de divulgation.

À la suite du prononcé du jugement du juge Veit, le ministère public provincial a demandé, avant que ne soit rendue l'ordonnance portant obligation de répondre, à produire des preuves établissant la non-pertinence des réponses sollicitées. Le juge Veit a refusé de permettre que l'on présente des preuves démontrant qu'aucune des personnes participant à l'enquête ou à la poursuite n'était au courant de l'existence de renseignements obtenus dans le cadre d'une enquête sur les appelants menée par écoute électronique, car, a-t-elle conclu, cette preuve n'était ni pertinente (étant donné que les agents de police affirmeraient simplement n'avoir connaissance d'aucune interception) ni nécessaire.

Après un ajournement, l'intimée a dit qu'elle ne répondrait pas à la question, invoquant à ce pro-

ing on: (a) the presumption of regularity that the provisions of s. 196 of the *Code* had been complied with and that there were no expired wiretaps; and (b) with respect to unexpired wiretaps not having yet triggered s. 196, on public policy grounds that to answer the question would bar investigations under wiretap authorizations and that the request was purely speculative. Veit J. again refused to permit the respondent leave to call evidence, based on *Dersch v. Canada (Attorney General)*, *supra*, and the fact that some *Charter* breaches were so serious that a causal connection to the evidence need not be established before a remedy will be granted. Lack of finality was not considered a problem since *R. v. Stinchcombe*, *supra*, mandates on-going disclosure. She then ordered a judicial stay of proceedings as a remedy for failure to disclose the information.

Alberta Court of Appeal (1993), 145 A.R. 153

On November 4, 1993, Stratton J.A., writing for the Alberta Court of Appeal, set aside both the disclosure order and the stay of proceedings, and ordered a new trial. Since he found that Veit J. did not have the discretion to make the disclosure order, he did not deal with the issues surrounding the stay of proceedings.

Stratton J.A. stated that Crown Counsel's assertion of "no relevance" was *prima facie* determinative. The Crown need not disclose what is clearly irrelevant to the accused's right to make full answer and defence (at p. 157):

Where the Crown's statement of no relevance is challenged by an accused, the accused must establish a reasonable possibility that the accused's right to make full answer and defence will be impaired.

While noting that there may be cases involving pure questions of law, where a factual basis is not

pos: a) la présomption de régularité selon laquelle les dispositions de l'art. 196 du *Code* avaient été suivies et il n'existait aucune autorisation expirée d'écoute électronique; et b) en ce qui concerne les autorisations d'écoute électronique non expirées qui ne donnent pas encore lieu à l'application de l'art. 196, des considérations de politique générale, à savoir que répondre à la question viendrait empêcher des enquêtes en vertu d'autorisations d'écoute électronique et qu'il s'agissait d'une demande de caractère purement conjectural. S'appuyant sur l'arrêt *Dersch c. Canada (Procureur général)*, précité, et sur le fait que certaines violations de la *Charte* sont tellement graves qu'il n'est pas besoin d'établir un lien causal avec la preuve pour que soit accordée une réparation, le juge Veit a de nouveau refusé de permettre à l'intimée de produire des preuves. L'absence de caractère définitif ne faisait pas problème puisque l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, précité, exige que la divulgation se fasse de façon suivie. Elle a ensuite ordonné l'arrêt des procédures en réparation à la non-divulgation des renseignements demandés.

Cour d'appel de l'Alberta (1993), 145 A.R. 153

Le 4 novembre 1993, le juge Stratton, au nom de la Cour d'appel de l'Alberta, a annulé à la fois l'ordonnance de divulgation et l'arrêt des procédures, et a ordonné un nouveau procès. Comme il estimait que le juge Veit ne détenait pas le pouvoir discrétionnaire de rendre l'ordonnance de divulgation, il n'a pas traité des questions concernant l'arrêt des procédures.

Le juge Stratton a dit que l'assertion de «non-pertinence» par le ministère public était à première vue concluante. Le ministère public n'a pas à divulguer des renseignements qui n'ont manifestement aucune pertinence relativement au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière (à la p. 157):

[TRADUCTION] L'accusé qui conteste l'allégation de non-pertinence avancée par le ministère public doit établir une possibilité raisonnable qu'il en subisse une atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière.

Bien que faisant remarquer qu'il peut y avoir des cas où se posent des questions de pur droit et où

17

18

needed to support a contention of non-disclosure, this case required a factual basis. The court did note the limits to Crown disclosure suggested by *R. v. Stinchcombe*, *supra*, at p. 339, that “[w]hile the Crown must err on the side of inclusion, it need not produce what is clearly irrelevant”. Yet, Stratton J.A. stated, at p. 158, that “[t]here must be some evidence adduced which gives an air of reality to what is otherwise pure speculation”. Given the cases cited in support of this principle, *R. v. Roach* (1985), 23 C.C.C. (3d) 262 (Alta. C.A.), and *R. v. Simon* (1992), 54 O.A.C. 398 (C.A.), Stratton J.A. appeared to be imposing an evidentiary burden on the accused to bring forth enough evidence to put in issue a reasonable possibility that the accused’s right to make full answer and defence will be impaired. The accused’s assertion (at p. 159) of “a theoretical possibility founded only upon the conjecture of defence counsel” of relevance was “not sufficient” to trigger the *Stinchcombe* disclosure obligations. Furthermore, Stratton J.A. distinguished the *Dersch* “Catch-22” situation from this appeal on the basis that in that case, there had been notice the Crown intended to introduce derivative evidence from wiretaps, thus establishing an evidentiary foundation. In contrast, this appeal was pure speculation in that it sought the disclosure of hypothetical material. Accordingly, Stratton J.A. allowed the appeal and ordered a new trial.

l’argument en faveur de la non-divulgence n’a pas à être fondé sur des faits, un tel fondement s’imposait en l’espèce. La cour a signalé les limites que connaît l’obligation de divulgation incombant au ministère public d’après l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, précité, à la p. 339, à savoir: «Si le ministère public pêche, ce doit être par inclusion. Il n’est toutefois pas tenu de produire ce qui n’a manifestement aucune pertinence.» Pourtant, le juge Stratton a dit à la p. 158 qu’ [TRADUCTION] «[i]l faut produire une preuve qui prête un caractère de vraisemblance à ce qui ne serait autrement que de la pure conjecture». Compte tenu de la jurisprudence qu’il a invoquée à l’appui de ce principe (*R. c. Roach* (1985), 23 C.C.C. (3d) 262 (C.A. Alb.), et *R. c. Simon* (1992), 54 O.A.C. 398 (C.A.)), le juge Stratton semble avoir imposé à l’accusé une charge de présentation en l’obligeant à produire une preuve suffisante pour soulever une possibilité raisonnable qu’il soit porté atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière. L’allégation par l’accusé (à la p. 159) d’une [TRADUCTION] «possibilité théorique ayant pour seul fondement la conjecture de l’avocat de la défense» quant à la pertinence «ne suffit pas» pour entraîner les obligations de divulgation énoncées dans *Stinchcombe*. Le juge Stratton a fait aussi une distinction entre la situation sans issue qui se présentait dans *Dersch*, et celle qui existe en l’espèce en ce sens que, dans *Dersch*, le ministère public avait donné avis de son intention de produire une preuve dérivée obtenue par voie d’écoute électronique, ce qui établissait un fondement sur le plan de la preuve. En l’espèce, par contre, il ne s’agissait que de pure conjecture au sujet de renseignements hypothétiques. Le juge Stratton a donc accueilli l’appel et a ordonné un nouveau procès.

19 In *obiter*, Stratton J.A. also stated that if the appellants had actually invested their assertions with an air of reality, the trial judge would have denied the Crown its right to adjudicative fairness in not permitting an opportunity to call evidence to attempt to justify its disclosure refusal. Stratton J.A. did not address the intervener’s alternative

Dans une opinion incidente, le juge Stratton a dit également que, si les déclarations des appelants avaient effectivement été vraisemblables, le juge du procès se serait trouvée à dénier au ministère public son droit à l’équité juridictionnelle en ne lui accordant pas la possibilité de produire des preuves afin d’essayer de justifier son refus de divulguer. Le juge Stratton n’a pas abordé l’argument subsidiaire de l’intervenant selon lequel la

submission that non-disclosure was justified on the basis of public interest privilege.

Analysis

General Crown Obligation to Disclose Information

The rationale behind the Crown's disclosure obligation stems from s. 7 of the *Charter* reflecting, as this Court stated in *R. v. Stinchcombe*, *supra*, at p. 336:

... the overriding concern that failure to disclose impedes the ability of the accused to make full answer and defence. This common law right has acquired new vigour by virtue of its inclusion in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as one of the principles of fundamental justice. . . . The right to make full answer and defence is one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted.

This underlying principle shapes the limits of disclosure.

This Court has clearly established that the Crown is under a general duty to disclose all information, whether inculpatory or exculpatory, except evidence that is beyond the control of the prosecution, clearly irrelevant, or privileged: *R. v. Stinchcombe*, *supra*, at p. 339; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451. The Crown obligation to disclose all relevant and non-privileged evidence, whether favourable or unfavourable, to the accused requires that the Crown exercise the utmost good faith in determining which information must be disclosed and in providing ongoing disclosure. Failure to comply with this initial and continuing obligation to disclose relevant and non-privileged evidence may result in a stay of proceedings or other redress against the Crown, and may constitute a serious breach of ethical standards. With respect to the latter, of necessity, great reliance must be placed on the integrity of the police and prosecution bar to act in the utmost good faith. It is for this reason that departures from this onerous obligation are

non-divulgence se justifiait par le privilège de l'intérêt public.

Analyse

L'obligation générale de divulgation incombant au ministère public

La raison d'être de l'obligation de divulgation incombant au ministère public découle de l'art. 7 de la *Charte*, qui traduit, comme l'a dit notre Cour dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, précité, à la p. 336:

... la crainte prépondérante que la non-divulgence n'empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce droit reconnu par la common law a acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion parmi les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [...] Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables.

Ce principe sous-jacent définit les limites de la divulgation.

Notre Cour a clairement établi que le ministère public a l'obligation générale de divulguer tous renseignements, inculpataires ou disculpatoires, sauf s'il s'agit d'une preuve qui échappe au contrôle de la poursuite, qui est manifestement sans pertinence ou qui fait l'objet d'un privilège: *R. c. Stinchcombe*, précité, à la p. 339; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451. Du fait de l'obligation lui incombant de divulguer toute preuve pertinente et non privilégiée, qu'elle soit favorable ou défavorable à l'accusé, le ministère public doit faire preuve de la plus grande bonne foi en déterminant quels renseignements communiquer et en veillant à ce que cette communication se fasse de façon suivie. L'omission de s'acquitter de cette obligation initiale et permanente de divulguer toute preuve pertinente et non privilégiée peut aboutir à un arrêt des procédures ou autre réparation, et peut constituer un manquement grave aux normes éthiques. En ce qui concerne ce dernier point, il faut nécessairement se fier dans une large mesure à l'intégrité de la police et des avocats de la poursuite, de qui on attend une conduite témoignant de la plus grande

treated as very serious breaches of professional ethics.

22 Nonetheless, the Crown's obligation to disclose is not absolute (*R. v. Stinchcombe, supra*, at p. 339):

While the Crown must err on the side of inclusion, it need not produce what is clearly irrelevant.

Relevance is determined in relation to its use by the defence (at p. 340):

The trial judge on a review should be guided by the general principle that information ought not to be withheld if there is a reasonable possibility that the withholding of information will impair the right of the accused to make full answer and defence, unless the non-disclosure is justified by the law of privilege.

As further summarized in *R. v. Egger, supra*, at pp. 466-67:

The Crown's disclosure obligation is subject to a discretion, the burden of justifying the exercise of which lies on the Crown, to withhold information which is clearly irrelevant or the nondisclosure of which is required by the rules of privilege, or to delay the disclosure of information out of the necessity to protect witnesses or complete an investigation: *Stinchcombe, supra*, at pp. 335-36, 339-40. As was said in *Stinchcombe, supra*, at p. 340, "(i)nasmuch as disclosure of all relevant information is the general rule, the Crown must bring itself within an exception to that rule".

One measure of the relevance of information in the Crown's hands is its usefulness to the defence: if it is of some use, it is relevant and should be disclosed — *Stinchcombe, supra*, at p. 345. This requires a determination by the reviewing judge that production of the information can reasonably be used by the accused either in meeting the case for the Crown, advancing a defence or otherwise in making a decision which may

bonne foi. C'est la raison pour laquelle tout écart par rapport à cette lourde obligation est traité comme un manquement très grave à la déontologie.

Toutefois, l'obligation de divulgation incombant au ministère public n'est pas absolue (*R. c. Stinchcombe*, précité, à la p. 339):

Si le ministère public pêche, ce doit être par inclusion. Il n'est toutefois pas tenu de produire ce qui n'a manifestement aucune pertinence.

Et la pertinence est déterminée en fonction de l'usage que la défense compte faire des renseignements (à la p. 340):

Le juge du procès qui effectue un contrôle doit se laisser guider par le principe général selon lequel il ne faut refuser de divulguer aucun renseignement s'il existe une possibilité raisonnable que la non-divulgation porte atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, à moins que cette non-divulgation ne se justifie par le droit au secret.

Dans l'arrêt *R. c. Egger*, précité, aux pp. 466 et 467, on trouve le résumé suivant:

L'obligation de divulgation qu'a le ministère public est assujettie à un pouvoir discrétionnaire, dont la justification lui incombe, de retenir les renseignements qui, de toute évidence, ne sont pas pertinents ou dont la non-divulgation est exigée par les règles en matière de privilège, ou de retarder la divulgation de renseignements lorsque cela est nécessaire pour protéger des témoins ou pour terminer une enquête: *Stinchcombe*, précité, aux pp. 335 et 336, 339 et 340. Ainsi qu'on le souligne dans cet arrêt à la p. 340, «(c)omme la règle générale consiste à divulguer tous les renseignements pertinents, il faut alors que le ministère public invoque l'application d'une exception à cette règle».

Une façon de mesurer la pertinence d'un renseignement dont dispose le ministère public est de déterminer son utilité pour la défense: s'il a une certaine utilité, il est pertinent et devrait être divulgué — *Stinchcombe*, précité, à la p. 345. Le juge qui effectue le contrôle doit déterminer si l'accusé peut raisonnablement utiliser la communication des renseignements pour réfuter la preuve et les arguments du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou autrement pour parvenir à une décision susceptible d'avoir un effet sur le dérou-

affect the conduct of the defence such as, for example, whether to call evidence.

When the Crown alleges that it has discharged its obligation to disclose, an issue may arise as to whether disclosure is complete in two situations:

- (1) the defence contends that material that has been identified and is in existence ought to have been produced; or
- (2) the defence contends that that material whose existence is in dispute ought to have been produced.

I will deal with each of these situations.

Procedure Where Existence of Information is Established

In situations in which the existence of certain information has been identified, then the Crown must justify non-disclosure by demonstrating either that the information sought is beyond its control, or that it is clearly irrelevant or privileged. The trial judge must afford the Crown an opportunity to call evidence to justify such allegation of non-disclosure. As noted in *R. v. Stinchcombe*, *supra*, at p. 341:

This may require not only submissions but the inspection of statements and other documents and indeed, in some cases, *viva voce* evidence. A *voir dire* will frequently be the appropriate procedure in which to deal with these matters.

Justification of non-disclosure on the grounds of public interest privilege or other privilege may involve certain special procedures such as the procedure referred to in s. 37(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, to protect the confidentiality of the evidence.

An example of a case where the existence of the information was not in issue, but its relevance disputed was *R. v. Hutter* (1993), 86 C.C.C. (3d) 81 (Ont. C.A.). Dubin C.J., writing for the court, held at p. 89 that the Crown was required to disclose information in its possession concerning the

lement de la défense comme, par exemple, de présenter ou non une preuve.

Lorsque le ministère public prétend s'être acquitté de son obligation de divulgation, il peut y avoir lieu de se demander, dans les deux situations suivantes, si la divulgation est complète:

- (1) celle où la défense soutient que des renseignements qui ont été désignés et qui existent auraient dû être produits;
- (2) celle où la défense soutient que des renseignements dont l'existence est contestée auraient dû être produits.

Je me propose d'examiner chacun de ces cas.

La marche à suivre lorsque l'existence des renseignements est établie

Dans les cas où l'existence de certains renseignements a été établie, le ministère public est tenu de justifier la non-divulgation en démontrant soit qu'il n'en a pas le contrôle soit qu'ils sont manifestement sans pertinence ou privilégiés. Le juge du procès doit accorder au ministère public la possibilité de présenter des éléments de preuve justifiant une telle allégation. Comme on le fait remarquer dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, précité, à la p. 341:

Cela peut nécessiter non seulement que soient présentés des arguments mais que les déclarations et autres documents fassent l'objet d'un examen, et il pourra même s'avérer nécessaire, dans certains cas, de produire des témoignages de vive voix. Souvent, il conviendra de tenir un *voir-dire* pour trancher ces questions.

La justification de la non-divulgation fondée sur le privilège de l'intérêt public ou autre type de privilège peut entraîner certaines procédures spéciales, comme celle visée au par. 37(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, afin de protéger la confidentialité de la preuve en question.

On trouve dans l'affaire *R. c. Hutter* (1993), 86 C.C.C. (3d) 81 (C.A. Ont.), un exemple d'un cas où l'existence des renseignements n'était pas en cause, mais où on en contestait la pertinence. Le juge en chef Dubin, au nom de la cour, a conclu à la p. 89 que le ministère public était tenu de divul-

23

24

25

26

accused's bad character, even though that evidence could only be used in rebuttal by the Crown:

The information in the hands of the Crown with respect to the character of the appellant could "reasonably be used by the accused in advancing a defence in making a decision which could affect the conduct of the defence such as, for example, whether to call evidence".

27

In wiretap cases, the existence of wiretaps (unlike the case at bar) is usually not in issue. In *Dersch, supra*, for example, the accuseds had been given notice that the Crown intended to adduce evidence obtained as a result of *Criminal Code* wiretap authorizations made as part of the investigations into the charges being tried. The accuseds applied for an order for access to the contents of the sealed packets containing the affidavits in support of the authorizations, claiming that they were needed for them to make full answer and defence. In restoring the order of the trial judge to grant the application, this Court noted that the accuseds could not gain access to the affidavit unless they could prove the grounds for such access, and could not prove such grounds unless they had access. The significant and distinguishing feature of that case, however, from this appeal is that the existence of the wiretap in relation to the charges being tried was never in doubt.

28

Another example of this type of case where the existence of wiretaps was not in issue was *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469. In that case, the accused persons were charged with conspiracy to traffic in methamphetamine after extensive police investigations. Significantly, the nature of the investigation suggested that the police had used wiretaps. The defence sought disclosure of the sealed wiretap authorization affidavit packet, which the trial judge had edited after receiving

guer les renseignements dont il disposait concernant la mauvaise moralité de l'accusé, même si le ministère public ne pouvait utiliser cette preuve qu'en contre-preuve:

[TRADUCTION] L'accusé pourrait raisonnablement se servir des renseignements concernant sa moralité se trouvant en la possession du ministère public pour faire valoir un moyen de défense ou pour prendre une décision susceptible d'influer sur la conduite de la défense, par exemple, la décision de produire ou de ne pas produire certains éléments de preuve.

Dans les affaires d'écoute électronique, la question de l'existence des tables d'écoute (à la différence de l'espèce) n'est généralement pas en litige. Par exemple, dans l'affaire *Dersch*, précitée, le ministère public avait fait part aux accusés de son intention de produire des éléments de preuve recueillis par écoute électronique effectuée, en vertu d'autorisations accordées conformément au *Code criminel*, dans le cadre d'enquêtes sur les accusations en question. Les accusés avaient demandé une ordonnance leur donnant accès au contenu des paquets scellés contenant les affidavits produits pour obtenir les autorisations dont ils prétendaient avoir besoin pour présenter une défense pleine et entière. Notre Cour, qui a rétabli l'ordonnance du juge du procès faisant droit à la demande des accusés, a souligné que ces derniers ne pouvaient avoir accès aux affidavits que s'ils établissaient les motifs de cet accès, mais qu'ils ne pouvaient faire cette preuve que si l'accès leur était accordé. Cependant l'aspect important de l'affaire *Dersch*, et ce en quoi elle diffère de la présente espèce, est le fait que l'existence de communications interceptées se rapportant aux accusations portées n'avait jamais été mise en doute.

Un autre exemple de ce genre de cas, où l'existence des communications interceptées n'était pas en cause, est l'affaire *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469, dans laquelle les accusés, au terme d'une enquête policière de grande envergure, avaient été inculpés de complot en vue de faire le trafic de méthamphétamine. Fait important, la nature de l'enquête laissait supposer que la police avait eu recours à l'écoute électronique. La défense a donc sollicité la communication du paquet scellé

suggestions from the Crown. The majority in this Court held that the defence had a right to the unedited contents of the packet, and the decision narrowly focused on the disclosure of wiretap authorization affidavits.

Other lower court decisions have similarly involved factual situations where the fact of the interception of communications has not been in issue. For example, in *R. v. Desjardins (No. 5)* (1991), 88 Nfld. & P.E.I.R. 149 (Nfld. S.C.T.D.), the *Charter* right to counsel was alleged to have been violated by the interception of solicitor-client communications. These allegations were similar to the allegations made by the defence in this appeal. Significantly, in that case, there was no issue concerning the interception of communications as defence counsel had established that a bugging device had been found (at pp. 155-56).

Procedure Where Existence of Material is Disputed

In contrast to the above, in some cases, this being one, the existence of material which is alleged to be relevant is disputed by the Crown. Once the Crown alleges that it has fulfilled its obligation to produce it cannot be required to justify the non-disclosure of material the existence of which it is unaware or denies. Before anything further is required of the Crown, therefore, the defence must establish a basis which could enable the presiding judge to conclude that there is in existence further material which is potentially relevant. Relevance means that there is a reasonable possibility of being useful to the accused in making full answer and defence. The existence of the disputed material must be sufficiently identified not only to reveal its nature but also to enable the presiding judge to determine that it may meet the test with respect to material which the Crown is obliged to produce as set out above in the passages

contenant les affidavits déposés à l'appui de demandes d'autorisation d'écoute, affidavits dont le juge du procès avait supprimé certaines parties en fonction de propositions faites par le ministère public. Dans un arrêt portant uniquement sur la communication d'affidavits déposés à l'appui de demandes d'autorisation d'écoute électronique, les juges majoritaires de notre Cour ont conclu que la défense avait droit au contenu complet du paquet.

D'autres décisions, de juridictions inférieures, visaient également des situations où le fait de l'interception des communications n'était pas contesté. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Desjardins (No. 5)* (1991), 88 Nfld. & P.E.I.R. 149 (C.S.T.-N., 1^{re} inst.), il était allégué que l'interception de communications entre avocat et client violait le droit à l'assistance d'un avocat garanti par la *Charte*. Il s'agissait d'allégations analogues à celles avancées par la défense en l'espèce. Il faut souligner que, dans cette affaire, aucune question ne se posait concernant l'interception de communications car l'avocat de la défense avait établi qu'un appareil d'écoute avait été trouvé (aux pp. 155 et 156).

La marche à suivre lorsque l'existence des renseignements est mise en doute

Contrairement aux cas susmentionnés, il arrive parfois — comme en l'espèce — que le ministère public nie l'existence de renseignements que l'on prétend pertinents. Du moment que le ministère public affirme avoir rempli son obligation de produire, on ne saurait le contraindre à justifier la non-divulgaration de renseignements dont il ignore ou nie l'existence. Le ministère public n'est donc tenu de rien faire d'autre tant que la défense n'a pas établi des motifs sur lesquels le juge qui préside peut se fonder pour conclure à l'existence d'autres renseignements qui sont peut-être pertinents. Par pertinence, il faut entendre qu'il y a une possibilité raisonnable que ces renseignements puissent aider l'accusé à présenter une défense pleine et entière. L'existence des renseignements faisant l'objet de contestation doit être assez clairement établie non seulement pour en révéler la nature, mais aussi pour permettre au juge qui préside de décider qu'ils pourront satisfaire au critère applicable aux renseignements que le ministère public est tenu de

29

30

which I have quoted from *R. v. Stinchcombe* and *R. v. Egger*, *supra*.

31 Although the obligation cast upon the defence which I have characterized as “a basis” is in the nature of an evidentiary burden, I prefer not to call it that because it can, and in many cases will, be discharged not by leading or pointing to evidence but by oral submissions of counsel without the necessity of a *voir dire*. Accordingly, I avoid the terms “air of reality” or “live issue” and other terms used in some of the cases that are more appropriate when used to describe a true evidentiary burden. *Viva voce* evidence and a *voir dire* may, however, be required in situations in which the presiding judge cannot resolve the matter on the basis of the submissions of counsel.

32 Apart from its practical necessity in advancing the debate to which I refer above, the requirement that the defence provide a basis for its demand for further production serves to preclude speculative, fanciful, disruptive, unmeritorious, obstructive and time-consuming disclosure requests. In cases involving wiretaps, such as this appeal, this is particularly important. Fishing expeditions and conjecture must be separated from legitimate requests for disclosure. Routine disclosure of the existence of wiretaps in relation to a particular accused who has been charged, but who is the subject of wiretaps for ongoing criminal investigations in relation to other suspected offences, would impede the ability of the state to investigate a broad array of sophisticated crimes which are otherwise difficult to detect, such as drug-trafficking, extortion, fraud and insider trading: *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 44. Wiretaps are generally only effective if their existence is unknown to the persons under investigation. This is implicitly recognized in the secrecy provisions of Part VI of the *Code*, s. 187 and s. 193 which govern until the investigation

produire, lequel critère est énoncé dans les passages précités des arrêts *R. c. Stinchcombe* et *R. c. Egger*.

Bien que l'obligation incombant à la défense, qui, comme je l'ai indiqué, consiste à établir «un fondement», participe d'une charge de présentation, je préfère ne pas la qualifier ainsi parce que, dans bien des cas, on pourra s'en acquitter non pas par la production d'éléments de preuve ou par la démonstration de leur existence, mais par les observations orales de l'avocat, sans qu'il soit besoin d'un voir-dire. J'évite en conséquence les termes «vraisemblance», «question réelle», et autres, employés dans certaines décisions, car ces termes conviennent mieux à la description d'une véritable charge de présentation. La production d'une preuve de vive voix ainsi que la tenue d'un voir-dire peuvent toutefois s'imposer lorsque le juge qui préside est dans l'impossibilité de régler la question en se fondant sur les observations de l'avocat.

Outre qu'elle est nécessaire sur le plan pratique pour que les débats puissent avancer — ce dont je traite précédemment — l'obligation pour la défense d'établir un fondement à sa demande de divulgation sert à empêcher des demandes qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires. Dans les affaires d'écoute comme en l'espèce ceci est particulièrement important. Il faut en effet distinguer les recherches à l'aveuglette et la conjecture d'avec les demandes légitimes de divulgation. La divulgation systématique de l'existence de tables d'écoute concernant une personne qui est déjà inculpée, mais qui fait l'objet d'écoute électronique dans le cadre d'enquêtes criminelles en cours relativement à d'autres infractions soupçonnées, nuit à la capacité de l'État de faire enquête sur un large éventail de crimes complexes qui seraient difficiles à détecter par d'autres moyens, soit, notamment, le trafic de stupéfiants, l'extorsion, la fraude et le délit d'initié: *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la p. 44. En règle générale, l'écoute électronique n'est efficace que si elle se fait à l'insu des personnes sur lesquelles porte l'enquête. C'est ce qui est implicitement

expires, and the deferred notification of the existence of a wiretap by s. 196.

If the defence establishes a basis in accordance with its obligation in that regard as outlined above, the Crown must then justify a continuing refusal to disclose. The obligation of the Crown is the same as its obligation in first instance which is defined in *R. v. Stinchcombe*, *supra*, and elaborated in *R. v. Egger*, *supra*. Generally, if the matter cannot be resolved without *viva voce* evidence, the Crown must be afforded an opportunity to call relevant evidence. In cases involving confidential information, it may be appropriate for the trial judge to order a hearing *in camera* or to inspect the material in issue privately, applying procedures such as those set out in s. 37(2) of the *Canada Evidence Act*. In cases involving wiretaps, the procedure for protecting confidential information is dealt with in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at p. 1460.

Disposition

Applying the foregoing to this appeal, I am of the opinion that the accuseds failed at trial to establish a basis for the existence of wiretap authorizations or evidence derived therefrom which is potentially relevant to making full answer and defence.

The critical fact here is that the Crown stated that no wiretaps had been authorized as part of the investigation leading to the charges, making this appeal fundamentally different than the situation in *Dersch v. Canada (Attorney general)*, *supra*, where wiretaps in relation to the charges being tried were known to have existed. It is also different from *R. v. Durette*, *supra*, where the Crown relied primarily upon wiretap and derivative wiretap evidence. In those two cases, a denial of access to the wiretap authorizations could have clearly impaired the accused's ability to make full answer

reconnu dans les dispositions de la partie VI du *Code* qui traitent du secret, soit les art. 187 et 193, qui s'appliquent jusqu'à la fin de l'enquête, et l'art. 196, qui prévoit un avis différé de l'existence d'une table d'écoute.

Dès lors que la défense s'acquitte de son obligation exposée ci-dessus d'établir un fondement, il incombe au ministère public de justifier sa persistance dans la non-divulgateion. L'obligation du ministère public est identique à son obligation initiale qu'énonce l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, précité, et que précise l'arrêt *R. c. Egger*, précité. D'une manière générale, si la question ne peut se régler sans recourir à une preuve de vive voix, il faut donner au ministère public l'occasion de présenter des preuves pertinentes. Dans les cas où il s'agit de renseignements confidentiels, il peut convenir que le juge du procès ordonne le huis clos, ou bien qu'il inspecte lui-même les renseignements en question en procédant notamment de la façon prévue au par. 37(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Pour ce qui est des affaires d'écoute électronique, la marche à suivre pour protéger les renseignements confidentiels est exposée dans l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, à la p. 1460.

Dispositif

Appliquant à la présente affaire les principes énoncés ci-dessus, j'estime que les accusés ne sont pas parvenus à établir au procès des motifs de conclure à l'existence d'autorisations d'écoute électronique ou de preuves en dérivant pouvant être pertinentes pour la présentation d'une défense pleine et entière.

À cet égard, le fait déterminant est que le ministère public a dit qu'aucune écoute électronique n'avait été autorisée dans le cadre de l'enquête ayant abouti aux accusations, ce en quoi la présente espèce diffère fondamentalement de l'affaire *Dersch c. Canada (Procureur général)*, précitée, où l'on savait qu'il y avait eu écoute électronique relativement aux accusations portées. La présente espèce diffère également de l'affaire *R. c. Durette*, précitée, où le ministère public s'était surtout appuyé sur des preuves recueillies par écoute électronique et sur des preuves dérivées ainsi obtenues.

33

34

35

and defence. Reference to the possible existence of other wiretaps and their connection to the issues in this appeal, however, is purely speculative and mere conjecture. In sum, it is at best, a fishing expedition, and worst, an attempt to determine whether the police have investigated the accused persons in relation to other suspected offences. The appellants provided no basis for believing that there were wiretap authorizations even in existence in relation to investigation of other charges, or that the Crown had relied upon such wiretaps or derivative evidence therefrom in preparing its case. In the circumstances, the Crown was not called upon to justify further the position it had taken and there was no need for further evidence. Nonetheless, on the basis of the view of the matter taken by the trial judge which required the Crown to justify its position, the refusal to permit the Crown to call evidence was, with respect, in error.

Dans ces deux affaires, refuser la communication des autorisations d'écoute électronique aurait manifestement pu nuire à la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Toutefois, parler en l'espèce de l'existence possible d'autres tables d'écoute et de leur rapport avec les questions soulevées n'est que pure conjecture. Somme toute, il s'agit au mieux d'une recherche à l'aveuglette, et au pire, d'une tentative de déterminer si la police a fait enquête sur les accusés relativement à d'autres infractions soupçonnées. Les appelants n'ont établi aucun motif qui permette de penser qu'il existait même des autorisations d'écoute électronique se rapportant à une enquête sur d'autres accusations, ou que le ministère public, en constituant sa preuve, s'était appuyé sur cette écoute électronique ou sur des preuves dérivées ainsi obtenues. Cela étant, le ministère public n'était pas tenu de justifier davantage la position qu'il avait prise ni n'avait à produire des preuves supplémentaires. Néanmoins, si l'on retient le point de vue du juge du procès, selon lequel le ministère public était obligé de justifier sa position, le refus de lui permettre de présenter des preuves constituait — je le dis en toute déférence — une erreur.

36 The appeal from the judgment of the Alberta Court of Appeal is thus dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellants: David J. Martin, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

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

Le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta est en conséquence rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureur des appelants: David J. Martin, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

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

Derek Christopher Lord *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada and the
Attorney General for Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. LORD

File No.: 23943.

1995: February 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Hearsay — Co-conspirator's exception to hearsay rule — Trial judge erring in charge with respect to the co-conspirator's exception to the hearsay rule — Verdict would have been same even absent error — No substantial wrong or miscarriage of justice.

Cases Cited

R. v. Carter, [1982] 1 S.C.R. 938.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 36 B.C.A.C. 223, 58 W.A.C. 223, dismissing an appeal from conviction by Fisher J. sitting with jury. Appeal dismissed.

Donald R. Martin, for the appellant.

William F. Ehrcke, for the respondent.

S. David Frankel, Q.C., and *Valerie L. Hartney*, for the intervener Attorney General of Canada.

Renee M. Pomerance, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Derek Christopher Lord *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada et le
procureur général l'Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. LORD

N° du greffe: 23943.

1995: 21 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE

Droit criminel — Preuve — Oûi-dire — Exception des coauteurs de complot à la règle du oûi-dire — Erreur du juge du procès dans ses directives concernant l'exception des coauteurs de complot à la règle du oûi-dire — Le verdict aurait été le même en l'absence d'une erreur — Aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave.

Jurisprudence

R. c. Carter, [1982] 1 R.C.S. 938.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 36 B.C.A.C. 223, 58 W.A.C. 223, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Fisher siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

Donald R. Martin, pour l'appellant.

William F. Ehrcke, pour l'intimée.

S. David Frankel, c.r., et *Valerie L. Hartney*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Renee M. Pomerance, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

The judgment of the Court was delivered orally
by

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

1 SOPINKA J. — We see no reason to depart from the jurisprudence of this Court that the co-conspirator's exception to the hearsay rule applies to substantive offences in which evidence is introduced that acts were done or words spoken in furtherance of a common design to commit the offence.

LE JUGE SOPINKA — Nous ne voyons aucune raison de déroger à la jurisprudence de notre Cour, voulant que l'exception des coauteurs de complot à la règle du oui-dire s'applique aux infractions matérielles précises au sujet desquelles on soumet en preuve que des actes ont été accomplis ou des paroles prononcées dans le dessein commun de commettre l'infraction en cause.

2 The application of the exception is authoritatively described in *R. v. Carter*, [1982] 1 S.C.R. 938. With respect to its application here, we agree with Wood J.A., speaking for a unanimous Court of Appeal, that, although the trial judge erred in his instructions to the jury with respect to the co-conspirator's exception to the hearsay rule, the error did not occasion a substantial wrong or miscarriage of justice. Evidence directly admissible against the appellant to which resort could be had in order to invoke the exception was dependent on the credibility of Amanda Cousins. We agree with Wood J.A. that the jury must have accepted the evidence of Cousins and, therefore, had the proper instruction been given, the verdict would necessarily have been the same.

L'application de l'exception est décrite péremptoirement dans l'arrêt *R. c. Carter*, [1982] 1 R.C.S. 938. Quant à son application en l'espèce, nous convenons avec le juge Wood, qui s'est exprimé au nom de la Cour d'appel à l'unanimité, que même si le juge du procès a commis une erreur dans les directives qu'il a données au jury relativement à l'exception des coauteurs de complot à la règle du oui-dire, cette erreur n'est à l'origine d'aucun tort important ni d'aucune erreur judiciaire grave. La preuve directement admissible contre l'appelant, à laquelle il était possible de recourir pour invoquer l'exception, dépendait de la crédibilité d'Amanda Cousins. Nous sommes d'accord avec le juge Wood pour dire que le jury doit avoir accepté le témoignage de Cousins et que, par conséquent, si les directives appropriées avaient été données, le verdict prononcé aurait nécessairement été le même.

3 We also agree with Wood J.A. and his reasons that, in the circumstances, there was no error with respect to the instructions to the jury on the doctrine of reasonable doubt.

Nous souscrivons également aux motifs du juge Wood voulant que, dans les circonstances, aucune erreur n'ait été commise en ce qui concerne les directives données au jury relativement à la règle du doute raisonnable.

4 The appeal is dismissed.

Le pourvoi est rejeté.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Martin & MacLeod, Vancouver.

Procureurs de l'appelant: Martin & MacLeod, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

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

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

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

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

W. R. B. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. B. (W.R.)

File No.: 24157.

1995: February 22.

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

Criminal law — Evidence — Recharge — Reference in recharge to inadmissible evidence tendered on voir dire — Reference so affecting verdict that new trial required.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 45 B.C.A.C. 133, 72 W.A.C. 133, allowing an appeal from conviction by Cooper J. sitting with jury and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Elizabeth Bennett, Q.C., for the appellant.

Blair F. Suffredine, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 CORY J. — We are all of the view that this appeal as of right must be dismissed. We agree with the majority of the Court of Appeal that the unfortunate reference on the recharge to the inadmissible evidence tendered on the *voir dire* must have so affected the verdict on all three counts that a new trial was required on all of them. Particularly is this so since the issue of credibility was crucial to all three charges.

2 The appeal is therefore dismissed.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

W. R. B. *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. B. (W.R.)

N° du greffe: 24157.

1995: 22 février.

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 criminel — Preuve — Nouvel exposé au jury — Mention d'une preuve inadmissible concernant le voir-dire dans le nouvel exposé au jury — Mention influant sur le verdict au point de nécessiter un nouveau procès.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 45 B.C.A.C. 133, 72 W.A.C. 133, qui a accueilli l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Cooper siégeant avec jury et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Elizabeth Bennett, c.r., pour l'appelante.

Blair F. Suffredine, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — Nous sommes tous d'avis qu'il faut rejeter le présent pourvoi formé de plein droit. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel à la majorité pour dire que la mention malheureuse, dans le nouvel exposé au jury, de la preuve inadmissible concernant le voir-dire doit avoir influé sur le verdict prononcé relativement aux trois chefs au point de nécessiter un nouveau procès pour tous les trois. Il en est ainsi particulièrement du fait que la question de la crédibilité était cruciale pour toutes les trois accusations.

Le pourvoi est donc rejeté.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Procureurs de l'appelante: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Suffredine, Burch, Nelson.

Procureurs de l'intimé: Suffredine, Burch, Nelson.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

David Gordon Barrett *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BARRETT

File No.: 23749.

1995: February 22.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — No reasons given by trial judge for ruling on voir dire that accused's incriminating statements admissible — Accused convicted on several counts of robbery — Absence of reasons not ground for appeal when finding supportable on evidence or where basis of finding apparent from circumstances.

Cases Cited

Applied: *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 13 O.R. (3d) 587, 64 O.A.C. 99, 82 C.C.C. (3d) 266, 23 C.R. (4th) 49, allowing the accused's appeal from his conviction on ten counts of robbery. Appeal allowed.

Renee M. Pomerance, for the appellant.

David Humphrey and *Todd Ducharme*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ IACOBUCCI J. — We all agree that this appeal is governed by the principles recently discussed by our Court in *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, and related cases. The decision in *Burns* was not available to the Ontario Court of Appeal when it ren-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

David Gordon Barrett *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. BARRETT

N° du greffe: 23749.

1995: 22 février.

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

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

Droit criminel — Procès — Aucun motif formulé par le juge du procès relativement à sa décision sur le voir-dire que les déclarations incriminantes de l'accusé étaient admissibles — Accusé reconnu coupable de plusieurs chefs de vol qualifié — Impossibilité d'invoquer l'absence de motifs comme moyen d'appel lorsque la décision est appuyée par la preuve ou lorsque le fondement de la décision est évident compte tenu des circonstances.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 13 O.R. (3d) 587, 64 O.A.C. 99, 82 C.C.C. (3d) 266, 23 C.R. (4th) 49, qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à dix chefs de vol qualifié. Pourvoi accueilli.

Renee M. Pomerance, pour l'appelante.

David Humphrey et *Todd Ducharme*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Nous sommes tous d'avis que le présent pourvoi est régi par les principes récemment énoncés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, et dans des arrêts connexes. La décision dans *Burns* n'avait pas

dered its judgment. While it is clearly preferable to give reasons and although there may be some cases where reasons may be necessary, by itself, the absence of reasons of a trial judge cannot be a ground for appellate review when the finding is otherwise supportable on the evidence or where the basis of the finding is apparent from the circumstances. The issue is the reasonableness of the finding not an absence or insufficiency of reasons. In this case, the basis for the ruling of the trial judge on the *voir dire* is clear. The only issue was credibility. The trial judge's ruling demonstrated that he did not accept the evidence of the accused. In these circumstances, the failure of the trial judge to state the basis of his decision on the *voir dire* did not occasion an error of law or miscarriage of justice. We also find no error in law in the charge to the jury.

Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Ontario Court of Appeal is set aside, and the convictions entered at trial are restored.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the respondent: Greenspan, Humphrey, Toronto.

encore été prononcée quand la Cour d'appel de l'Ontario a rendu son jugement. Certes, il est nettement préférable que des motifs soient donnés et, dans certains cas, il peut être nécessaire de le faire, mais, l'absence de motifs de la part d'un juge du procès ne peut, en soi, justifier une révision en appel lorsque la décision est par ailleurs appuyée par la preuve ou lorsque le fondement de la décision est évident compte tenu des circonstances. Le point pertinent est le caractère raisonnable de la décision et non l'absence de motifs ou leur insuffisance. En l'espèce, le fondement de la décision du juge du procès sur le voir-dire est clair. La seule question en litige était la crédibilité. La décision du juge du procès a démontré qu'il n'acceptait pas la preuve de l'accusé. Dans les circonstances, le fait que le juge du procès n'a pas énoncé le fondement de sa décision sur le voir-dire n'a pas constitué une erreur de droit ni une erreur judiciaire. Nous sommes également d'avis que l'exposé au jury ne comportait aucune erreur de droit.

Par conséquent, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario est infirmé et les déclarations de culpabilités prononcées au procès sont rétablies.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Greenspan, Humphrey, Toronto.

William B. Stinchcombe *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. STINCHCOMBE

File No.: 24117.

1995: February 23.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Duty to disclose — Crown producing copy of statement and transcript of tape and explaining absence of originals — No misconduct on part of Crown revealed — Crown's obligation to produce fulfilled — Trial judge erring in ordering stay of proceedings.

Statutes and Regulations Cited

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

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1994), 149 A.R. 167, 63 W.A.C. 167, 88 C.C.C. (3d) 557, 30 C.R. (4th) 119, allowing the Crown's appeal from a stay of proceedings granted by Waite J. Appeal dismissed.

Ross G. Mitchell, for the appellant.

Earl C. Wilson, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ SOPINKA J. — In this appeal as of right, we agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in ordering a stay of proceedings in the circumstances. The Crown produced a copy of the statement and a transcript of the tape and explained the absence of the originals. That explanation did not reveal any misconduct on the part of the

William B. Stinchcombe *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. STINCHCOMBE

N° du greffe: 24117.

1995: 23 février.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Preuve — Obligation de divulguer — Présentation par le ministère public d'une copie de la déclaration et d'une transcription de la cassette et explication de l'absence des originaux — Aucune conduite répréhensible de la part du ministère public — Obligation de produire du ministère public respectée — Erreur du juge du procès commise en ordonnant l'arrêt des procédures.

Lois et règlements cités

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1994), 149 A.R. 167, 63 W.A.C. 167, 88 C.C.C. (3d) 557, 30 C.R. (4th) 119, qui a accueilli l'appel du ministère contre un arrêt des procédures prononcé par le juge Waite. Pourvoi rejeté.

Ross G. Mitchell, pour l'appellant.

Earl C. Wilson, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Il s'agit en l'espèce d'un pourvoi de plein droit. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge du procès a commis une erreur en ordonnant un arrêt des procédures dans les circonstances. Le ministère public a produit une copie de la déclaration et une transcription de la cassette et expliqué l'absence

Crown. In our opinion, the Crown had fulfilled its obligation to produce.

The Crown can only produce what is in its possession or control. There is no absolute right to have originals produced. If the Crown has the originals of documents which ought to be produced, it should either produce them or allow them to be inspected. If, however, the originals are not available and if they had been in the Crown's possession, then it should explain their absence. If the explanation is satisfactory, the Crown has discharged its obligation unless the conduct which resulted in the absence or loss of the original is in itself such that it may warrant a remedy under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

In our view, no such conduct was established in this case and no basis existed for a stay to be ordered.

The appellant also argued in his factum that there was a violation of s. 11(b) of the *Charter* but did not pursue this ground orally. We find no merit in it.

The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Ross G. Mitchell, Calgary.

Solicitor for the respondent: Earl C. Wilson, Calgary.

des originaux. Aucune conduite répréhensible de la part du ministère public ne ressort de cette explication. À notre avis, le ministère public s'est acquitté de son obligation de produire.

Le ministère public ne peut produire que ce qu'il a en sa possession ou ce dont il a le contrôle. Il n'existe pas de droit absolu de faire produire les originaux. Si le ministère public a les originaux des documents qui doivent être produits, il doit les produire ou permettre qu'ils soient examinés. Cependant, si les originaux ne sont pas disponibles et si le ministère public les a déjà eu en sa possession, il doit expliquer leur absence. Si l'explication est satisfaisante, le ministère public s'est acquitté de son obligation, sauf si la conduite qui a entraîné l'absence ou la perte des originaux est en elle-même telle qu'elle pourrait justifier une réparation aux termes de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Nous sommes d'avis qu'aucune conduite de ce genre n'a été établie en l'espèce et qu'un arrêt des procédures n'était pas justifié.

L'appelant a également fait valoir dans son mémoire qu'il y avait eu violation de l'al. 11b) de la *Charte*, mais il n'a pas donné suite à ce moyen dans sa plaidoirie. Nous estimons que ce moyen n'est pas fondé.

Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Ross G. Mitchell, Calgary.

Procureur de l'intimée: Earl C. Wilson, Calgary.

2

3

4

5

Glenn Patrick Moore *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MOORE

File No.: 23810.

1995: February 24.

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 BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Interception of private communications — Validity of authorization — Application for fresh authorization — First authorization lawfully obtained — Police authorized to avail themselves of "resort to" clause in first authorization.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 27 B.C.A.C. 253, 45 W.A.C. 253, 81 C.C.C. (3d) 161, 21 C.R. (4th) 387, upholding the accused's conviction by Romilly Prov. Ct. J. on charges of conspiracy to traffic in narcotics. Appeal dismissed.

Michael D. Sanders, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., and *P. Lyndsay Smith*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — We are all of the view that the appeal should be dismissed, substantially for the reasons of Mr. Justice Toy of the British Columbia Court of Appeal. Mr. Justice La Forest would do

Glenn Patrick Moore *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MOORE

N° du greffe: 23810.

1995: 24 février.

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 criminel — Interception de communications privées — Validité de l'autorisation — Demande de nouvelle autorisation — Première autorisation obtenue légalement — Police autorisée à se prévaloir de la disposition relative aux «endroits fréquentés» de la première autorisation.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 27 B.C.A.C. 253, 45 W.A.C. 253, 81 C.C.C. (3d) 161, 21 C.R. (4th) 387, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé prononcée par le juge Romilly de la Cour provinciale pour complot en vue de faire le trafic de stupéfiants. Pourvoi rejeté.

Michael D. Sanders, pour l'appelant.

S. David Frankel, c.r., et *P. Lyndsay Smith*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Nous sommes tous d'avis que le pourvoi devrait être rejeté, essentiellement pour les motifs formulés par le juge Toy de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

so solely on the ground that s. 686(1)(b)(iii) applies.

The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Michael D. Sanders, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Monsieur le juge La Forest ne le rejeterait que pour le motif que le sous-al. 686(1)(b)(iii) s'applique.

Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appellant: Michael D. Sanders, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

W.R.D. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. D. (W.R.)

File No.: 24120.

1995: February 28.

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

Criminal law — Prosecution of offences — Conflict of interest — Accused charged with sexual offences — Victim suing provincial government alleging social worker employed by government negligently ignored her complaints — Government counsel in civil action and criminal case both employed by Department of Justice — Whether Department of Justice acting in a conflict of interest.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1994), 92 Man. R. (2d) 276, 61 W.A.C. 276, 89 C.C.C. (3d) 474, 24 C.P.C. (3d) 311, [1994] 5 W.W.R. 305, allowing the Crown's appeal from an order of Oliphant A.C.J.Q.B. (1993), 90 Man. R. (2d) 225, 21 C.P.C. (3d) 24, 86 C.C.C. (3d) 564, [1994] 1 W.W.R. 689, staying proceedings against the accused charged with sexual offences. Appeal dismissed.

John A. Menzies and Scott W. Johnston, for the appellant.

Michael J. Watson, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ LAMER C.J. — This appeal comes to us as of right. In our opinion, the appellant has not established any conflict of interest or appearance

W.R.D. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. D. (W.R.)

N^o du greffe: 24120.

1995: 28 février.

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

Droit criminel — Poursuites relatives à des infractions — Conflit d'intérêts — Accusé inculpé d'infractions d'ordre sexuel — Action contre le gouvernement provinciale intentée par la victime qui allègue qu'une travailleuse sociale au service du gouvernement a par négligence ignoré ses plaintes — Gouvernement représenté dans les procédures civiles et criminelles par deux avocats au service du ministère de la Justice — Le ministère de la Justice est-il en conflit d'intérêts?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1994), 92 Man. R. (2d) 276, 61 W.A.C. 276, 89 C.C.C. (3d) 474, 24 C.P.C. (3d) 311, [1994] 5 W.W.R. 305, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre une ordonnance du juge en chef adjoint Oliphant de la Cour du Banc de la Reine (1993), 90 Man. R. (2d) 225, 21 C.P.C. (3d) 24, 86 C.C.C. (3d) 564, [1994] 1 W.W.R. 689, qui avait arrêté les procédures contre l'accusé inculpé d'infractions d'ordre sexuel. Pourvoi rejeté.

John A. Menzies et Scott W. Johnston, pour l'appellant.

Michael J. Watson, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Le présent pourvoi est formé de plein droit. À notre avis, l'appellant n'a pas établi l'existence d'un conflit d'intérêts ou

thereof, which would affect his right to be prosecuted fairly. Accordingly the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Johnston & Company, Dauphin, Manitoba.

Solicitor for the respondent: Manitoba Justice, Brandon, Manitoba.

d'une apparence de conflit d'intérêts qui compromettrait son droit d'être poursuivi équitablement. Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Johnston & Company, Dauphin, Manitoba.

Procureur de l'intimée: Justice Manitoba, Brandon, Manitoba.

Gordon Tempelaar *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. TEMPELAAR

File No.: 23909.

1995: March 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 ONTARIO

Criminal law — Sentencing — Jury's verdict supportable on any one of three factual bases — Factual basis of verdict not particularized — Whether judge entitled to sentence on the most aggravating basis.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, rendered on July 14, 1993, dismissing an appeal against conviction and sentence. Appeal dismissed.

Frank Addario and Louis Sokolov, for the appellant.

Scott C. Hutchison, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ LAMER C.J. — We find no reason to depart from the law as regards sentencing as it now stands, and has for many years. The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto; Louis Sokolov, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Gordon Tempelaar *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. TEMPELAAR

N° du greffe: 23909.

1995: 3 mars.

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 criminel — Détermination de la peine — Verdict du jury justifiable par l'un ou l'autre de trois fondements factuels — Fondement factuel du verdict non particularisé — Le juge avait-il le droit d'infliger la peine selon le fondement le plus grave.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, rendu le 14 juillet 1993, qui a rejeté un appel d'une déclaration de culpabilité et de la peine infligée. Pourvoi rejeté.

Frank Addario et Louis Sokolov, pour l'appelant.

Scott C. Hutchison, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Nous ne voyons aucune raison de déroger au droit en matière de détermination de la peine tel qu'il existe depuis de nombreuses années. Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Ruby & Edwardh, Toronto; Louis Sokolov, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Eric Ralph Biddle *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BIDDLE

File No.: 23734.

1994: October 14; 1995: March 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 ONTARIO

Evidence — Admissibility — Rebuttal evidence — Issue as to identity — Accused giving alibi — Crown in reply introducing evidence of witness calling part of alibi into question — Whether reply evidence properly admissible — Whether verdict supported by the evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i), (b)(iii).

Criminal law — Jury — Unreasonable bias — All-female jury fashioned through use of stand-bys — Provision allowing for Crown's numerical superiority in stand-bys later found unconstitutional and repealed — Whether abuse of jury selection process — Whether reasonable apprehension of bias created — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 634.

The appellant was convicted of two counts of assault causing bodily harm and two counts of choking with intent to commit an indictable offence. The four charges arose in September and October, 1986, out of two separate attacks on women. Both victims were attacked immediately after leaving the underground parking area of their respective apartment buildings. The accused was arrested returning to his car, which was parked in a parking garage, about 2 1/2 hours after the attack on the second victim (M.S.F.).

Identity was the only issue in dispute at trial. The accused provided an alibi as to his whereabouts during the time that the attack on M.S.F. occurred. The Crown, to counter the alibi, called a witness (Ms. Geurts) in rebuttal who testified that, shortly before the time cov-

Eric Ralph Biddle *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BIDDLE

N° du greffe: 23734.

1994: 14 octobre; 1995: 2 mars.

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

Preuve — Admissibilité — Contre-preuve — Litige quant à l'identité — L'accusé fournit un alibi — Le ministère public introduit en contre-preuve le témoignage d'un témoin remettant en question une partie de l'alibi — La contre-preuve est-elle admissible? — Le verdict est-il fondé en preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(i), b)(iii).

Droit criminel — Jury — Partialité déraisonnable — Jury exclusivement féminin sélectionné au moyen des mises à l'écart — Abrogation ultérieure de la disposition accordant au ministère public un avantage numérique quant aux mises à l'écart pour cause d'inconstitutionnalité — Y a-t-il eu abus du processus de sélection du jury? — Y a-t-il crainte raisonnable de partialité? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 634.

L'appelant a été reconnu coupable sous deux chefs d'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles et deux chefs de strangulation dans l'intention de commettre un acte criminel. Les quatre accusations résultent de deux incidents distincts de voies de fait commises sur deux femmes en septembre et en octobre 1986. Les deux victimes ont été attaquées immédiatement après avoir quitté le parc de stationnement souterrain de leur immeuble d'habitation respectif. L'accusé a été arrêté lorsqu'il est retourné à son automobile qu'il avait laissée dans un parc de stationnement, environ 2 heures et demie après que la seconde victime eut été attaquée.

Seule l'identité était en litige au procès. L'accusé a fourni un alibi quant à ses allées et venues au moment où M.S.F. a été attaquée. Pour réfuter l'alibi, le ministère public a appelé un témoin (M^{me} Geurts) en contre-preuve, qui a déclaré que, peu avant le moment visé par

ered by the alibi, she had been followed by the appellant in his car while she was driving to the garage of her apartment building. This testimony did not completely refute the alibi but served to undermine the accused's credibility with respect to his whereabouts during the course of that evening. At the time this evidence was adduced, the Crown did not specify its purpose and no objection was taken to its admissibility. The appellant was permitted to call surrebuttal evidence in response.

The appellant was convicted by an all-female jury. Crown counsel had set out to empanel an all-female jury and succeeded in doing so by virtue of the unequal stand-by power given to the Crown under the former s. 634 of the *Criminal Code*. This section has since been found to be unconstitutional. The appeal was dismissed. At issue here was: (1) whether the use of the Crown's stand-by power to tailor the jury constituted an abuse of the jury selection process or created a reasonable apprehension of bias; (2) whether the verdict was unreasonable or unsupported by the evidence; and (3) whether the reply evidence called by the Crown was properly admissible.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The evidence used by the Crown to rebut the alibi was not properly admissible because the Crown split its case to the prejudice of the defence.

The accused is entitled to know the full case for the Crown at the close of the Crown's case so that it is known from the outset what must be met in response. Evidence may be brought in rebuttal after completion of the defence case where the defence has raised some new matter or defence which the Crown has had no opportunity to deal with and which the Crown could not reasonably have anticipated. Rebuttal evidence is not permitted regarding matters which merely confirm or reinforce earlier evidence adduced in the Crown's case which could have been brought before the defence was made.

The evidence tendered in rebuttal could potentially be relevant to rebut the appellant's assertion regarding his whereabouts on October 28, 1986. The rebuttal evidence would also raise questions about his credibility with respect to other facts in issue. Aside from credibility, this evidence was also potentially admissible as similar

l'alibi, l'appelant l'avait suivie dans son automobile alors qu'elle se dirigeait vers le garage de son immeuble d'habitation. Le témoignage ne réfutait pas complètement l'alibi mais il minait la crédibilité de l'accusé quant à ses allées et venues le même soir. Lorsque ce témoignage a été présenté, le ministère public n'a pas précisé son objectif, et aucune objection n'a été soulevée quant à son admissibilité. L'appelant a été autorisé à répliquer à la contre-preuve.

L'appelant a été déclaré coupable par un jury composé exclusivement de femmes. Le ministère public s'était proposé de constituer un jury féminin, et a pu le faire grâce au pouvoir inégal d'ordonner des mises à l'écart, conféré au ministère public par l'ancien art. 634 du *Code criminel*, qui a été déclaré inconstitutionnel depuis. L'appel a été rejeté. Le pourvoi soulève les questions suivantes: (1) l'utilisation par le ministère public de son pouvoir de mise à l'écart en vue de façonner le jury est-elle un abus du processus de sélection du jury ou crée-t-elle une crainte raisonnable de partialité? (2) le verdict est-il déraisonnable ou dénué de fondement en preuve? et (3) la contre-preuve produite par le ministère public est-elle admissible?

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: La preuve produite par le ministère public en vue de réfuter l'alibi n'était pas admissible puisque le ministère public a scindé sa preuve au détriment de la défense.

L'accusé a le droit, à la fin de la présentation de la preuve du ministère public, de disposer de la preuve complète du ministère public de manière à savoir, dès le début, ce à quoi il doit répondre. Une contre-preuve peut être présentée après la fin de l'argumentation de la défense, lorsque la défense a soulevé de nouvelles questions ou de nouveaux moyens de défense dont le ministère public n'a pas eu l'occasion de traiter et qu'il ne pouvait pas raisonnablement prévoir. La contre-preuve n'est pas permise en ce qui a trait à des questions qui confirment ou renforcent simplement des éléments de preuve soumis précédemment dans le cadre de la preuve du ministère public et qui auraient pu être soumis avant la présentation de la défense.

Le témoignage présenté en contre-preuve pouvait servir à réfuter les dires de l'appelant quant à l'endroit où il se trouvait le 28 octobre 1986. La contre-preuve jetait également un certain doute sur sa crédibilité relativement aux autres faits en cause. Mise à part la question de la crédibilité, ce témoignage pouvait également être

fact evidence going to the identity of the attacker in the second assault. The charge to the jury made it evident that the rebuttal evidence had a dual purpose.

Permitting the Crown to adduce the evidence in rebuttal, which was at least partly probative as similar fact evidence tending to prove identity, enabled the Crown to split its case improperly. The Crown had to introduce all evidence on the key issue of identity in the case in chief. The defence had not raised any new or unanticipated matter which required evidence in reply. The opportunity to present evidence in surrebuttal cannot remove the prejudice caused by splitting the Crown's case since the appellant was deprived of the opportunity of knowing the case to be met prior to deciding to testify.

It is unnecessary to decide whether, if the reply evidence was tendered as being relevant to credibility, the collateral fact rule was violated because the evidence was limited to that purpose. In fact, the Crown did not specify the purpose for which it was being led and the trial judge actually invited the jury to consider the evidence as similar fact evidence.

In light of this instruction a jury might well have accepted this evidence as highly relevant to the identity of the perpetrator of the assault on the complainant. This constituted a serious misdirection to the jury especially since the identification evidence was already tenuous. Section 686(1)(b)(iii) of the *Code* could not be invoked to cure the error of law here. A jury acting reasonably and properly, absent the error of allowing the Crown to adduce the similar fact evidence in rebuttal, could indeed have acquitted the accused.

The surrebuttal evidence did not cure the prejudice caused to the appellant. Not only was the importance of the evidence given in rebuttal unduly highlighted but also the appellant was forced to take the witness stand a second time to answer the Crown's case. This alone has an adverse effect for it creates the impression that the appellant was caught in a lie. The appellant is also subjected to cross-examination for a second time and the Crown is given a second chance to attack his credibility when it ought to have put its entire case in evidence at the outset. Given the frailties of the identification evi-

admissible à titre preuve de faits similaires relativement à l'identité de l'assaillant de la seconde victime. L'exposé au jury a fait clairement ressortir que la contre-preuve servait deux fins.

Du fait qu'il a pu produire en contre-preuve un témoignage en partie probant à titre de preuve de faits similaires tendant à prouver l'identité, le ministère public a pu scinder illégalement sa preuve. Le ministère public devait introduire dans sa preuve principale tous les éléments de preuve relatifs à la question-clé de l'identité. La défense n'avait pas soulevé de questions nouvelles ou imprévues qui requéraient une contre-preuve. La possibilité de répliquer à la contre-preuve ne peut éliminer le préjudice que le ministère public a causé à l'appelant en scindant sa preuve puisque ce dernier a été privé de la possibilité de connaître la preuve à laquelle il devait répondre avant de décider de témoigner.

Il est inutile de décider si, même si la contre-preuve a été produite parce qu'elle était pertinente quant à la crédibilité, la règle relative aux faits incidents a été violée puisque l'utilisation de la preuve se limitait à cette fin. En fait, le ministère public n'a pas précisé quel objectif il visait en la produisant et le juge du procès a invité le jury à considérer la preuve comme une preuve de faits similaires.

Sur la foi de cette directive, il est fort possible qu'un jury ait considéré que le témoignage était très pertinent quant à l'identité de l'auteur des voies de fait commises sur la plaignante. Il s'agit d'une grave erreur dans les directives au jury, surtout quand la preuve d'identification était déjà ténue. Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code* ne peut être invoqué pour remédier à l'erreur de droit commise en l'espèce. N'eût été l'erreur de permettre au ministère public de produire la preuve de faits similaires en contre-preuve, un jury agissant raisonnablement et ayant reçu des directives appropriées aurait pu acquitter l'accusé.

La possibilité de répliquer à la contre-preuve n'a pas remédié au tort subi par l'appelant. Non seulement la contre-preuve a-t-elle été mise indûment en valeur, mais encore l'appelant a été contraint de revenir témoigner pour répliquer à la preuve du ministère public. Ce simple fait cause un préjudice puisqu'il crée l'impression que l'appelant s'est fait prendre à mentir. Ce dernier est soumis une deuxième fois à un contre-interrogatoire et le ministère public jouit d'une seconde occasion de mettre en cause la crédibilité de l'appelant alors qu'il aurait dû présenter la totalité de sa preuve dès le début. Vu les faiblesses de la preuve d'identification produite au procès, il se peut que la contre-preuve ait eu une grande

dence adduced at trial, the rebuttal evidence may have been quite significant in convicting the appellant.

The verdicts, notwithstanding the frailties of the identification evidence, were not unreasonable and unsupported by the evidence within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Code*. Since the verdicts were not unreasonable, appellant was not entitled to be acquitted of the charges. No opinion was expressed on the admissibility of Ms. Geurts if properly introduced at the new trial. A new trial was warranted because of the error of allowing the Crown to split its case.

It was not necessary to deal with the issue of the Crown's alleged misuse of its right to stand by potential jurors under the former s. 634 of the *Code*. That provision had been found to be unconstitutional and was repealed. Therefore, this issue could not recur and was only of academic interest.

Per Gonthier J.: Sopinka J.'s opinion on the issues of the reasonableness of the verdict given the evidence and the admissibility of the evidence given in reply was shared.

The issue of whether the Crown's use of its stand-by power to obtain an all-female jury constituted abuse of the jury selection process giving rise to a reasonable apprehension of bias was not academic and needed to be addressed. The Crown cannot fashion, and must not be perceived to fashion, a jury which may seem favourable to it. The actual effect of such a prosecutorial practice on the fundamental characteristics of the jury is not a determining element. It is rather a matter of gauging the anticipated effect of the Crown's conduct on the perception of a reasonable observer as to the quality of the jury selected. The Crown is also obliged to promote the fairness of the trial and accordingly must make wise use of its powers in the jury selection process in order to select one that is impartial, representative and competent. Impartiality is the most important of these three elements. Competence is more difficult to influence directly through the use of stand-bys. The selection process can more easily affect the representative nature of the jury which is a characteristic furthering the perception of impartiality even if not fully ensuring it. Since impartiality is best guaranteed by the unanimous verdict of a representative jury, an apparent attempt by the

importance dans la déclaration de culpabilité de l'appellant.

Malgré les faiblesses de la preuve d'identification, les verdicts ne sont pas déraisonnables ni dénués de fondement en preuve au sens du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code*. Puisque les verdicts ne sont pas déraisonnables, l'appellant ne peut être acquitté. Aucune opinion n'est exprimée sur l'admissibilité du témoignage de M^{me} Geurts s'il est régulièrement produit dans le cadre du nouveau procès. Un nouveau procès se justifie en raison de l'erreur commise en autorisant le ministère public à scinder sa preuve.

Il n'est pas nécessaire d'étudier la question de la mauvaise utilisation que le ministère public aurait faite de son droit de mettre des jurés à l'écart conformément à l'ancien art. 634 du *Code*. Comme cette disposition a été jugée inconstitutionnelle et abrogée, cette question ne peut plus se représenter et présente un intérêt théorique seulement.

Le juge Gonthier: L'opinion du juge Sopinka sur les questions du caractère raisonnable du verdict vu la preuve et sur l'admissibilité de la contre-preuve est acceptée.

La question de savoir si l'usage, par le ministère public, de son pouvoir d'ordonner des mises à l'écart aux fins d'obtenir un jury exclusivement féminin a constitué un abus dans le processus de sélection des jurés et engendré une crainte raisonnable de partialité n'est pas d'intérêt académique et doit être étudiée. Le ministère public ne peut façonner, et ne doit pas être perçu comme façonnant un jury qui peut lui sembler favorable. L'effet concret de la démarche du poursuivant sur les caractéristiques fondamentales du jury n'est pas un élément déterminant. Il s'agit plutôt de jauger l'effet projeté par le comportement du ministère public sur la perception que peut avoir l'observateur raisonnable de la qualité du jury sélectionné. Le ministère public a également l'obligation de promouvoir l'équité du procès et, pour cette raison, doit faire un emploi judicieux de ses pouvoirs dans le cadre du processus de sélection des jurés pour que soit constitué un jury impartial, représentatif et compétent. L'impartialité est le plus important de ces trois éléments. Il est plus difficile d'exercer sur la compétence une influence directe par le recours aux mises à l'écart. La représentativité, une caractéristique qui, sans la garantir complètement, favorise la perception d'impartialité, est plus susceptible de se voir affectée par le processus de sélection. Puisque l'impartialité est davantage garantie par le verdict unanime d'un jury représentatif, une tentative manifeste, par le minis-

Crown to exclude representativeness undermines that impartiality.

Per McLachlin J.: A jury must be impartial and competent but need not be representative. Representativeness is a means of achieving impartiality and competence but is not essential if a jury has these qualities, and absence of representativeness does not automatically entitle an accused person to a new trial. To set the standard that a jury must be representative is to set one impossible to achieve merely because of the many groups and variants into which society may be divided.

The Crown, in empanelling an all-female jury, did not deliberately abuse the system. No evidence suggested that it used its stand-by powers to achieve a favourable jury or that the jury was, or was perceived to be, anything but impartial and competent.

A reasonable member of the public would not see an all-female jury as favouring the Crown. The question is not whether people might for irrational reasons object to an all-female jury but whether such people could reasonably object to an all-female jury whose members were otherwise found fit to judge the issues.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The reasons of Doherty J.A. of the unanimous Court of Appeal were adopted with respect to the issues before this Court.

First, the Crown's deliberate empanelling of an all-female jury through the use of its numerical superiority in standing by jurors did not require that the jury verdicts be set aside as it did not lead to a reasonable apprehension of bias. A reasonable, well-informed observer would not reasonably apprehend that an all-female jury would be favourably disposed to find for the Crown on the identification issue upon which this case turned. Making findings of partiality on the basis of assumed stereotypical reactions based on gender is dangerous and contrary to our concepts of equality and individuality. Nothing in the circumstances of this case lifted the submission that an all-female jury could give rise to a reasonable apprehension of bias above the level of unwarranted stereotyping.

tère public, d'écarter la représentativité constitue une atteinte à l'impartialité.

Le juge McLachlin: Le jury doit être impartial et compétent, mais il n'a pas à être représentatif. La représentativité est un moyen d'atteindre l'impartialité et la compétence, mais elle n'est pas essentielle si le jury est doté de ces qualités, et son absence ne donne pas automatiquement à l'accusé le droit à un nouveau procès. Exiger la représentativité d'un jury revient à fixer une norme impossible à atteindre, pour la simple raison que la collectivité peut être partagée en de nombreux groupes et selon de nombreuses caractéristiques.

Le ministère public, en sélectionnant un jury exclusivement féminin, n'a pas délibérément abusé du processus. Aucune preuve ne permet de conclure que le ministère public a eu recours à son pouvoir de mettre des jurés à l'écart dans le but d'obtenir un jury qui lui soit favorable, ou que le jury sélectionné n'était pas impartial et compétent, ou qu'il pouvait être perçu comme tel.

Une personne raisonnable ne considérerait pas qu'un jury féminin appuiera la thèse du ministère public. Il ne s'agit pas de savoir si des personnes risquent, pour des raisons irrationnelles, de s'opposer à la formation d'un jury exclusivement féminin, mais plutôt de savoir si ces personnes pourraient raisonnablement s'opposer à un jury féminin dont chaque membre a été jugé par ailleurs apte à juger les questions soulevées dans l'affaire.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Les motifs du juge Doherty au nom de la Cour d'appel sont acceptés relativement aux questions soumises à notre Cour.

Premièrement, la sélection délibérée par le ministère public d'un jury exclusivement féminin grâce à l'avantage numérique dont il jouissait pour mettre des jurés à l'écart n'exigeait pas que les verdicts du jury soient infirmés puisqu'elle ne donnait pas lieu à une crainte raisonnable de partialité. L'observateur raisonnable et bien renseigné ne craindrait pas raisonnablement qu'un jury exclusivement féminin soit plus disposé à conclure en faveur du ministère public sur la question de l'identification. Il est dangereux et contraire à nos notions d'égalité et d'individualité de conclure à la partialité en présumant l'existence de réactions stéréotypées fondées sur le sexe. Rien dans les circonstances de l'affaire ne permet de dire que la prétention suivant laquelle un jury exclusivement féminin pourrait susciter une crainte raisonnable de partialité est autre chose qu'un stéréotype injustifié.

Second, given the evidence adduced at trial, the verdicts against the appellant were reasonable.

Third, the trial judge did not improperly exercise his discretion in permitting the Crown to adduce the evidence of Ms. Geurts in reply. A reasonable trial judge properly applying the principles relating to the admissibility of reply evidence could have admitted this reply evidence. While the reply evidence had little relevance to the issue of identity, it became much more relevant after the appellant had given a detailed account of his whereabouts. Furthermore, the appellant was not prejudiced by the admission of the reply evidence.

Finally, agreement was expressed with McLachlin J.'s comments on the issue of jury representativeness.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476; *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *Latour v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 361; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Wood* (1986), 28 C.C.C. (3d) 65; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168.

By Gonthier J.

Considered: *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; **referred to:** *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Bain, [1992] 1 S.C.R. 91.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 563(1), (2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 634 [rep. & sub. 1992, c. 41, s. 2], 686(1)(a)(i), (b)(iii).

Authors Cited

Cross, Rupert, Sir, and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 7th ed. London: Butterworths, 1990.
Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1988.

Deuxièmement, étant donné la preuve produite au procès, les verdicts rendus contre l'appellant étaient raisonnables.

Troisièmement, le juge du procès n'a pas mal exercé son pouvoir discrétionnaire en permettant au ministère public de produire le témoignage de M^{me} Geurts en contre-preuve. Le juge du procès appliquant correctement les principes relatifs à l'admissibilité de la contre-preuve aurait pu raisonnablement admettre cette contre-preuve. Bien que la contre-preuve ne soit guère pertinente quant à la question de l'identité, elle a revêtu une pertinence beaucoup plus grande après que l'appellant eut fait un récit détaillé de ses déplacements. En outre, l'appellant n'a subi aucun tort du fait de l'admission de la contre-preuve.

Enfin, les commentaires du juge McLachlin sur la question de la représentativité du jury sont acceptés.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476; *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466; *R. c. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *Latour c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 361; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Wood* (1986), 28 C.C.C. (3d) 65; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168.

Citée par le juge Gonthier

Arrêt examiné: *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; **arrêt mentionné:** *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Bain, [1992] 1 R.C.S. 91.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 634 [abr. & rempl. 1992, ch. 41, art. 2], 686(1)a)(i), b)(iii).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 563(1), (2).

Doctrine citée

Cross, Rupert, Sir, and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 7th ed. London: Butterworths, 1990.
Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1988.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 14 O.R. (3d) 756, 65 O.A.C. 20, 84 C.C.C. (3d) 430, 24 C.R. (4th) 65, dismissing the accused's appeal from his conviction for assault causing bodily harm and choking with intent to commit an indictable offence. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Bruce Duncan and Todd Ducharme, for the appellant.

Norman P. Farrell, for the respondent.

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

SOPINKA J. —

I. Facts

The appellant was convicted of two counts of assault causing bodily harm and two counts of choking with intent to commit an indictable offence. He was acquitted at trial of two other charges. The four charges arose out of two separate incidents relating to attacks on a female complainant (C.L.F.) in September 1986, and on a second female complainant (M.S.F.) in October 1986. Both victims were attacked immediately after leaving the underground parking area of their respective apartment buildings. Both women were beaten and choked and suffered bodily harm.

On September 25, 1986, C.L.F. returned to her apartment building at about 1 a.m. She parked her car in the underground garage and went to the elevator. While waiting, she heard footsteps from behind but did not turn around. At that moment, she was attacked from behind as a black object came in front of her face and was then pulled tightly around her neck. After seeing her attacker briefly, C.L.F. passed out as a result of the chok-

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 14 O.R. (3d) 756, 65 O.A.C. 20, 84 C.C.C. (3d) 430, 24 C.R. (4th) 65, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement aux accusations de voies de fait causant des lésions corporelles et de strangulation dans l'intention de commettre un acte criminel. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissident.

Bruce Duncan et Todd Ducharme, pour l'appellant.

Norman P. Farrell, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major JJ. rendu par

LE JUGE SOPINKA —

I. Les faits

L'appellant a été reconnu coupable relativement à deux chefs d'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles et deux chefs de strangulation dans l'intention de commettre un acte criminel. Au procès, il a été acquitté relativement à deux autres accusations. Les quatre accusations ont été portées à la suite de deux incidents distincts de voies de fait commises sur une plaignante (C.L.F.) en septembre 1986, et sur une autre (M.S.F.) en octobre 1986. Les deux victimes ont été attaquées immédiatement après avoir quitté le parc de stationnement souterrain de leur immeuble d'habitation respectif. Elles ont été battues, étranglées, et ont subi des lésions corporelles.

Le 25 septembre 1986, vers 1 h, C.L.F. retournait à son appartement. Après avoir stationné son automobile dans le garage souterrain, elle s'est dirigée vers l'ascenseur. Pendant qu'elle attendait, elle a entendu des pas derrière elle, mais ne s'est pas retournée. Elle a alors été attaquée par derrière, un objet noir a été passé devant son visage, puis serré étroitement autour de son cou. Après avoir vu son assaillant brièvement, C.L.F.

ing. When she awoke, she noticed that her purse was gone.

s'est évanouie sous l'effet de la strangulation. Lorsqu'elle a repris conscience, son sac à main avait disparu.

3 On October 28, 1986, M.S.F. returned to her apartment building between 10:00 p.m. and 10:30 p.m. After parking her car in the underground garage she ran to the stairway leading to the foyer. She was confronted by a man who pushed her against a wall, punched her and then beat her and stomped on her. M.S.F. yelled "fire" and her assailant got up, looked at her and walked out the door. M.S.F. then went for assistance and was taken to the hospital.

Le 28 octobre 1986, M.S.F. est retournée à son appartement entre 22 h et 22 h 30. Après avoir stationné son automobile dans le garage souterrain, elle s'est dirigée en courant vers l'escalier menant au hall d'entrée. Elle s'est retrouvée face à un homme qui l'a poussée contre un mur, lui a assené un coup de poing puis l'a battue et frappée de coups de pied. Lorsque M.S.F. a crié «au feu», son assailant s'est levé, l'a regardée et s'est enfui. M.S.F. a alors appelé à l'aide, puis a été conduite à l'hôpital.

4 At trial, the appellant testified that, on the night of October 28, 1986, he was at a show from around 7:30 p.m. to 9:15 p.m. He claimed that, after leaving the show early, he then walked his dog and went to visit a friend who was not home. The appellant stated that he then drove to two bars and left his car at a parking garage around 11:25 p.m. Upon returning to his car, the appellant was arrested. This was approximately 2 1/2 hours after the attack of M.S.F.

Au procès, l'appelant a témoigné que, la nuit du 28 octobre 1986, il a assisté à un spectacle entre 19 h 30 environ et 21 h 15. Il prétend qu'après avoir quitté le spectacle tôt, il était allé promener son chien, puis s'était rendu chez une amie qui n'était pas à la maison. Aux dires de l'appelant, il s'est rendu dans deux bars, en automobile, puis a laissé celle-ci dans un parc de stationnement à environ 23 h 25. À son retour, l'appelant a été arrêté. Environ 2 heures et demie s'étaient écoulées depuis que M.S.F. avait été attaquée.

5 In order to refute the alibi of the appellant, the Crown called the evidence of Ms. Ruth Geurts in rebuttal. She testified that, at around 8:30 p.m. that evening, she had been followed by the appellant in his car, while driving to the garage of her apartment building. At the time this evidence was adduced, the Crown did not specify its purpose and no objection was taken to its admissibility. The appellant was permitted to call surrebuttal evidence in response.

Pour réfuter l'alibi de l'appelant, le ministère public a appelé M^{me} Ruth Geurts à témoigner en contre-preuve. Elle a déclaré qu'à environ 20 h 30 ce soir-là, l'appelant l'avait suivie dans son automobile au moment où elle se dirigeait vers le garage de son immeuble d'habitation. Lorsque ce témoignage a été présenté, le ministère public n'a pas précisé son objectif, et aucune objection n'a été soulevée quant à son admissibilité. L'appelant a été autorisé à répliquer au témoignage.

6 The appellant was tried by an all-female jury and was convicted on the four counts relating to the attacks on C.L.F. and M.S.F. Crown counsel had set out to empanel an all-female jury and succeeded in doing so by virtue of the former s. 634 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (which has since been declared unconstitutional in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91). That provision gave the Crown four peremptory challenges and 48

Jugé par un jury composé exclusivement de femmes, l'appelant a été déclaré coupable relativement aux quatre chefs d'accusation liés aux voies de fait commises sur C.L.F. et sur M.S.F. Le substitut du procureur général, qui s'était proposé de constituer un jury féminin, a pu le faire grâce à l'ancien art. 634 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (qui a depuis été déclaré inconstitutionnel dans l'arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91). Cette

stand-bys while the appellant had only 12 peremptory challenges and no stand-bys.

Identity was the only issue in dispute at trial. The appellant appealed the verdict based on three grounds. First, he argued that the convictions were unreasonable due to the frailty of the identification evidence. Secondly, he argued that the reply evidence of Ms. Geurts was not properly admissible, claiming that the Crown split its case. Finally, it was argued that, by empanelling an all-female jury, the Crown abused its use of the stand-by power which was still in effect at the time of the trial.

The appeal was dismissed by a unanimous Court of Appeal for Ontario ((1993), 14 O.R. (3d) 756). Although it was recognized that the identification evidence was admittedly less than ideal, Doherty J.A. concluded that a properly instructed jury acting judicially could reasonably have returned a guilty verdict on the four charges. The Court of Appeal also rejected the contention that the Crown's use of stand-bys to empanel an all-female jury would create a reasonable apprehension of bias. The final ground of appeal relating to the admissibility of the reply evidence also failed. Doherty J.A. held that the evidence of Ms. Geurts became much more relevant after the appellant had testified concerning his location at 8:30 p.m. As well, there was no prejudice to the appellant since he was aware of the nature of the evidence of Ms. Geurts and had an opportunity to respond to it. Thus, it was held that the trial judge did not err in admitting the reply evidence.

II. Issues

The appellant raised three grounds of appeal:

1. Did the Court of Appeal err in law in holding that the use by the Crown of its stand-by power

disposition permettait au ministère public de récuser péremptoirement quatre jurés et d'ordonner la mise à l'écart de 48 jurés alors que l'accusé ne pouvait en récuser péremptoirement que 12 et ordonner aucune mise à l'écart.

Seule l'identité était en litige au procès. L'appellant a interjeté appel du verdict en invoquant trois moyens. En premier, il a fait valoir que les déclarations de culpabilité étaient déraisonnables en raison des faiblesses de la preuve d'identification. Deuxièmement, il a en outre soutenu que le témoignage de M^{me} Geurts en contre-preuve n'était pas admissible puisque le ministère public avait scindé sa preuve. Enfin il a fait valoir qu'en constituant un jury entièrement féminin, le ministère public avait abusé de son pouvoir de mettre des jurés à l'écart, pouvoir qui était toujours en vigueur à l'époque du procès.

La Cour d'appel de l'Ontario à l'unanimité a rejeté l'appel ((1993), 14 O.R. (3d) 756). Bien qu'il ait été reconnu que la preuve d'identification était moins que parfaite, le juge Doherty de la Cour d'appel a conclu qu'un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement aurait raisonnablement pu prononcer un verdict de culpabilité relativement aux quatre accusations. La Cour d'appel a également écarté la prétention portant que le recours par le ministère public aux mises à l'écart afin de constituer un jury féminin créait une crainte raisonnable de partialité. Le dernier moyen d'appel relatif à l'admissibilité de la contre-preuve a également été rejeté. Le juge Doherty a conclu que le témoignage de M^{me} Geurts était beaucoup plus pertinent après que l'appellant eut témoigné sur l'endroit où il se trouvait à 20 h 30. De plus, l'appellant n'avait subi aucun tort puisqu'il connaissait la nature du témoignage de M^{me} Geurts et avait eu la possibilité d'y répliquer. La cour a donc conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en admettant la contre-preuve.

II. Questions en litige

L'appellant soulève trois moyens d'appel:

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que l'utilisation par le minis-

7

8

9

to tailor the jury did not constitute an abuse of the jury selection process or create a reasonable apprehension of bias?

2. Did the Court of Appeal err in holding that the verdict was not unreasonable or unsupported by the evidence?
3. Did the Court of Appeal err in holding that the reply evidence called by the Crown was properly admissible?

10 I conclude that the appellant is entitled to a new trial on the basis of the third ground. The appeal fails on the second ground and it is not necessary to deal with the first ground. I propose to deal with the issues in that order.

III. Analysis

A. *Was the Reply Evidence Admissible?*

11 The appellant submitted that the evidence of Ms. Geurts, which was tendered in reply to the defence's case, was not properly admissible because the Crown split its case to the prejudice of the defence. The appellant also contended that the admission of the evidence violated the collateral fact rule.

12 The rationale behind the rule against allowing the Crown to split its case was stated by this Court in *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476. The judgment of a unanimous Court was delivered by Estey J. and Lamer J. (as he then was) who wrote, at pp. 480-81:

Clearly this is the situation referred to in criminal practice as the prosecution splitting its case. The wrongs which flow from such a practice are manifold and the practice has been prohibited from the earliest days of our criminal law.

These are the consequences that flow from a violation of one of the fundamental precepts of our criminal process, namely the dividing of the prosecution's case so as to sandwich the defence. This is a particularly lethal tactic where the evidence in reply raises a new issue and attacks the accused's credibility for this is the last evi-

tère public de son pouvoir de mettre des jurés à l'écart en vue de former le jury ne constitue pas un abus du processus de sélection du jury ni ne soulève une crainte raisonnable de partialité?

2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le verdict n'était pas déraisonnable ni dénué de fondement en preuve?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la contre-preuve produite par le ministère public était admissible?

Je conclus que l'appelant a droit à un nouveau procès sur le fondement du troisième moyen, que le second moyen d'appel échoue, et qu'il est inutile de se prononcer sur le premier. J'examinerai les questions dans cet ordre.

III. Analyse

A. *La contre-preuve était-elle admissible?*

L'appelant a fait valoir que le témoignage de M^{me} Geurts, présenté en réponse à la preuve de la défense, n'était pas admissible puisque le ministère public avait scindé sa preuve au détriment de la défense. L'appelant a également prétendu que l'admission de la preuve violait la règle relative aux faits incidents.

Le fondement de la règle qui interdit le fractionnement de la preuve par le ministère public a été énoncé par notre Cour dans l'arrêt *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476. Le jugement unanime a été rendu par les juges Estey et Lamer (maintenant Juge en chef), qui ont écrit aux pp. 480 et 481:

Il s'agit là manifestement de la situation désignée en pratique criminelle comme la division de la preuve de la poursuite. Les effets néfastes qui découlent de cette pratique sont nombreux et elle est interdite depuis le tout début de notre droit criminel.

Ce sont là les conséquences qui découlent de la violation d'un des préceptes fondamentaux de notre procédure criminelle, c'est-à-dire la division de la preuve de la poursuite de manière à coincer la défense. C'est une tactique particulièrement destructrice si le témoignage donné en contre-preuve soulève une nouvelle question

dence which the members of the jury hear prior to their deliberations. It also raises the question as to the propriety of the Crown's conduct in the context of the accused's right to elect to remain silent or to elect to enter the witness box in his own defence. He must be given the opportunity of making this decision in the full awareness of the Crown's complete case. This did not occur in these proceedings.

In *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466, McIntyre J., for the Court, explained under what circumstances the Crown may call evidence in rebuttal. At pages 473-74 he noted that the general rule is that the Crown cannot split its case. McIntyre J. added:

The Crown or the plaintiff must produce and enter in its own case all the clearly relevant evidence it has, or that it intends to rely upon, to establish its case with respect to all the issues raised in the pleadings; in a criminal case the indictment and any particulars . . . This rule prevents unfair surprise, prejudice and confusion which could result if the Crown or the plaintiff were allowed to split its case, that is, to put in part of its evidence — as much as it deemed necessary at the outset — then to close the case and after the defence is complete to add further evidence to bolster the position originally advanced. The underlying reason for this rule is that the defendant or the accused is entitled at the close of the Crown's case to have before it the full case for the Crown so that it is known from the outset what must be met in response.

The plaintiff or the Crown may be allowed to call evidence in rebuttal after completion of the defence case, where the defence has raised some new matter or defence which the Crown has had no opportunity to deal with and which the Crown or the plaintiff could not reasonably have anticipated. But rebuttal will not be permitted regarding matters which merely confirm or reinforce earlier evidence adduced in the Crown's case which could have been brought before the defence was made. [Emphasis added.]

et met en cause la crédibilité de l'accusé, puisqu'il s'agit du dernier témoignage que les membres du jury entendent avant de délibérer. Cette pratique pose également la question de la justesse de la conduite de la poursuite eu égard au droit de l'accusé de choisir de garder le silence ou de choisir de témoigner pour sa propre défense. Il doit avoir la possibilité de prendre cette décision en toute connaissance de la totalité de la preuve de la poursuite. Ce n'est pas ce qui s'est produit dans ces procédures.

Dans l'arrêt *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466, le juge McIntyre, pour la Cour, a expliqué dans quelles circonstances le ministère public peut produire une contre-preuve. Aux pages 473 et 474, il a indiqué que, suivant la règle générale, le ministère public n'est pas autorisé à scinder sa preuve. Puis il a ajouté:

Le ministère public ou le demandeur [en matière civile] doit produire et inclure dans sa preuve tous les éléments clairement pertinents dont il dispose ou sur lesquels il a l'intention de se fonder pour établir sa preuve relativement à toutes les questions soulevées dans les débats; dans une affaire criminelle, l'acte d'accusation et tous les renseignements [. . .] Cette règle empêche les surprises injustes, les préjudices et la confusion qui pourraient résulter si le ministère public ou le demandeur était autorisé à scinder sa preuve, c'est-à-dire, à présenter une partie de ses éléments de preuve — autant qu'il l'estime nécessaire au départ — pour ensuite terminer la présentation de sa preuve et, après la fin de l'argumentation de la défense, ajouter d'autres éléments de preuve à l'appui de la position présentée au début. La raison d'être de cette règle est que le défendeur ou l'accusé a le droit à la fin de la présentation de la preuve du ministère public de disposer de la preuve complète du ministère public de manière à savoir, dès le début, ce à quoi il doit répondre.

Le demandeur ou le ministère public peut être autorisé à présenter une contre-preuve après la fin de l'argumentation de la défense, lorsque la défense a soulevé de nouvelles questions ou de nouveaux moyens de défense dont le ministère public n'a pas eu l'occasion de traiter et que le ministère public ou le demandeur ne pouvait pas raisonnablement prévoir. Toutefois, la contre-preuve n'est pas permise en ce qui a trait à des questions qui confirment ou renforcent simplement des éléments de preuve soumis précédemment dans le cadre de la preuve du ministère public et qui auraient pu être soumis avant la présentation de la défense. [Je souligne.]

14 The following excerpt from *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (Ont. C.A.), at p. 26, is also relevant:

The general rule with respect to the order of proof is that the prosecution must introduce all the evidence in its possession upon which it relies as probative of guilt, before closing its case . . . The rule prevents the accused being taken by surprise, and being deprived of an adequate opportunity to make a proper investigation with respect to the evidence adduced against him. The rule also provides a safeguard against the importance of a piece of evidence, by reason of its late introduction, being unduly emphasized or magnified in relation to the other evidence.

Rebuttal evidence by the prosecution is restricted to evidence to meet new facts introduced by the defence. The accused's mere denial of the prosecution's case in the witness-box does not permit the prosecution in reply to reiterate its case, or to adduce additional evidence in support of it. In practice, however, it may often be difficult to distinguish between evidence, properly the subject of rebuttal, and evidence of facts relevant to prove guilt which should have been proved in the first instance by a full presentation of the prosecution's case . . .

The Court has, however, a discretion to admit evidence in reply which has become relevant to the prosecution's case as a result of defence evidence which the Crown could not reasonably be expected to anticipate. [Emphasis by underlining added.]

15 In the present case, in my view, the evidence tendered in rebuttal could potentially be relevant for two purposes. First, Ms. Geurts' testimony was relevant to rebut the appellant's assertion regarding his whereabouts at around 8:30 p.m. on October 28, 1986. While the evidence did not directly refute the appellant's alibi, since the offence occurred between 10:00 p.m. and 10:30 p.m. that night, it impeached his credibility with respect to his whereabouts during the course of that evening. As the Crown noted in its factum, the fact that the appellant may have lied about his whereabouts at 8:30 p.m. would cast doubt on the credibility of the appellant's testimony in respect of other facts in issue.

Le passage suivant, tiré de l'arrêt *R. c. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (C.A. Ont.), à la p. 26, est également pertinent:

[TRADUCTION] Suivant la règle générale en matière de présentation de la preuve, la poursuite doit, avant de clore sa preuve, introduire tous les éléments de preuve qui sont en sa possession et sur lesquels elle se fonde pour établir la culpabilité [. . .] La règle protège l'accusé contre les surprises et lui garantit une possibilité raisonnable de faire des recherches convenables sur la preuve qui pèse contre lui. La règle permet également d'empêcher que, du fait de sa présentation tardive, un élément de preuve prenne une importance indûment marquée ou accrue par rapport aux autres éléments de preuve.

En contre-preuve, la poursuite doit se limiter à produire une preuve qui répond à de nouveaux faits introduits par la défense. Le simple fait que l'accusé nie dans son témoignage la preuve de la poursuite n'autorise pas celle-ci à la réitérer en contre-preuve, ou à présenter des éléments de preuve supplémentaires pour l'étayer. En pratique toutefois, il est fréquemment difficile de distinguer entre la preuve qui peut être à juste titre produite en contre-preuve et la preuve de faits pertinents quant à la culpabilité, qui aurait dû être produite en premier lieu dans le cadre de la preuve de la poursuite . . .

La cour a toutefois le pouvoir discrétionnaire d'admettre une contre-preuve devenue pertinente quant à la preuve de la poursuite en conséquence d'éléments de preuve de la défense que le ministère public ne pouvait raisonnablement prévoir. [Je souligne; italiques dans l'original.]

En l'espèce, à mon avis, le témoignage de M^{me} Geurts présenté en contre-preuve pouvait servir deux fins. D'une part, il visait à réfuter les dires de l'appelant quant à l'endroit où il se trouvait le 28 octobre 1986 vers 20 h 30. Si le témoignage ne réfutait pas directement l'alibi de l'appelant puisque l'infraction a été commise entre 22 h et 22 h 30 ce soir-là, il minait par contre sa crédibilité quant à ses allées et venues le même soir. Ainsi que le ministère public l'a souligné dans son mémoire, le fait que l'appelant ait pu mentir sur l'endroit où il se trouvait à 20 h 30 jetterait un certain doute sur la crédibilité de son témoignage relativement aux autres faits en cause.

Aside from attacking the appellant's credibility, the rebuttal evidence was also potentially admissible as similar fact evidence going to the identity of M.S.F.'s attacker. Given that identity was essentially the sole issue at trial, the significance of this evidence cannot be underestimated. The nature of the evidence of Ms. Geurts was summed up in the trial judge's charge to the jury, as follows:

Her evidence would appear to therefore put Biddle on Holly Street at about 8:30 p.m., or let us say 8:30 to 8:45 p.m., in that area of time. This was the time when Biddle said that he was at the Reveen performance at Danforth and Broadview. It also puts Biddle in the sinister role of following a car driven by a woman of about the same age and category of [C.L.F.] and [M.S.F.] — by "category" I mean young businesswomen driving cars. [Emphasis added.]

The charge to the jury, therefore, made it quite evident that there was a dual purpose to the admission of the reply evidence.

In oral argument, the Crown conceded that if the reply evidence was tendered as similar fact evidence, then it ought to have been adduced in the case in chief. This was an appropriate concession since the probative value of the similar fact aspect of Ms. Geurts' testimony related to the identity of the appellant. This was a key issue with respect to the innocence or guilt of the appellant.

Permitting the Crown to adduce the evidence of Ms. Geurts in rebuttal, which was at least partly probative as similar fact evidence tending to prove identity, enabled the Crown to split its case improperly. It was clear that identity was the key issue at trial and the Crown had an obligation to introduce all relevant evidence to this issue in the case in chief. It cannot be said that the defence had raised some new matter or defence with which the Crown had no opportunity to deal and which the Crown could not reasonably have anticipated. The Crown was in possession of the evidence of Ms. Geurts prior to the defence case and must have reasonably anticipated that the appellant would challenge the identification evidence presented. As the

En plus d'attaquer la crédibilité de l'appellant, la contre-preuve pouvait également être admissible à titre de preuve de faits similaires relativement à l'identité de l'assaillant de M.S.F. Étant donné que l'identité était essentiellement l'unique question soulevée au procès, on ne saurait sous-estimer l'importance de cette preuve. Le juge du procès, dans son exposé au jury, a résumé ainsi la nature du témoignage de M^{me} Geurts:

[TRADUCTION] Son témoignage semblerait donc situer Biddle rue Holly vers 20 h 30, ou disons plutôt entre 20 h 30 et 20 h 45 environ. Biddle a soutenu qu'il était alors au spectacle de Reveen au coin de Danforth et Broadview. Le témoignage place également Biddle dans le rôle sinistre de celui qui a suivi une automobile conduite par une femme à peu près du même âge et de la même catégorie que [C.L.F.] et [M.S.F.] — par «catégorie», j'entends de jeunes professionnelles au volant d'une automobile. [Je souligne.]

Dans son exposé au jury, le juge du procès a donc fait clairement ressortir que l'admission de la contre-preuve servait deux fins.

Dans sa plaidoirie, le ministère public a admis que si la contre-preuve se voulait une preuve de faits similaires, elle aurait alors dû être produite dans le cadre de la preuve principale. Cette concession est juste puisque la valeur probante de l'aspect du témoignage de M^{me} Geurts qui portait sur les faits similaires concernait l'identité de l'appellant. C'était là une question-clé quant à l'innocence ou à la culpabilité de l'appellant.

Du fait qu'il a pu produire le témoignage de M^{me} Geurts en contre-preuve, lequel témoignage était à tout le moins en partie probant à titre de preuve de faits similaires tendant à prouver l'identité de l'assaillant, le ministère public a été autorisé à scinder illégalement sa preuve. À l'évidence, l'identité était la question-clé au procès, et le ministère public avait l'obligation d'introduire dans sa preuve principale tous les éléments de preuve pertinents relativement à cette question. On ne saurait soutenir que la défense a soulevé de nouvelles questions ou de nouveaux moyens de défense dont le ministère public n'avait pas eu l'occasion de traiter et qu'il ne pouvait avoir raisonnablement prévus. Le ministère public était en

16

17

18

appellant noted at the hearing of this appeal, the Crown knew of his explanation of his whereabouts as he had given a statement to the police. Therefore, the rebuttal evidence ought not to have been admissible in reply. There was no reason that the Crown could not have adduced the evidence of Ms. Geurts prior to the defence case. By splitting the Crown's case, the appellant was deprived of the opportunity of knowing the entire case to meet prior to deciding whether or not to testify. The opportunity to present evidence in surrebuttal cannot remove this prejudice.

possession du témoignage de M^{me} Geurts avant que la défense présente sa preuve, et il pouvait raisonnablement prévoir que l'appellant contesterait la preuve d'identification présentée. Comme l'appellant l'a signalé à l'audition du présent pourvoi, le ministère public connaissait son explication quant à l'endroit où il se trouvait puisqu'il avait fait une déclaration à la police. Par conséquent, la contre-preuve n'aurait pas dû être admise. Le ministère public n'avait aucune raison de ne pas présenter le témoignage de M^{me} Geurts avant que la défense présente sa preuve. En scindant sa preuve, le ministère public a privé l'appellant de la possibilité de connaître la totalité de la preuve à laquelle il devait répondre avant de décider de témoigner ou de garder le silence. La possibilité de répliquer ne peut éliminer ce préjudice.

19 The Crown also sought to justify the evidence on the ground that it impugned the appellant's testimony as to his whereabouts early in the evening and therefore was relevant to credibility. As the assault was alleged to have taken place between 10:00 and 10:30 p.m. and the evidence of Ms. Geurts related to a period between 8:30 to 8:45 p.m., it did not directly tend to rebut the alibi. Its admission would, therefore, encounter the collateral fact rule. This rule is subject to enumerated exceptions and, although none of the recognized exceptions would appear to apply in this case, it has been suggested that this is not a closed list. See *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at p. 310; Stanley A. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (3rd ed. 1988), vol. 1, at pp. 534-35.

Le ministère public a également cherché à justifier la preuve en faisant valoir que, puisqu'elle attaquait le témoignage de l'appellant quant à ses allées et venues tôt dans la soirée, elle était pertinente quant à sa crédibilité. Comme les voies de fait auraient été commises entre 22 h et 22 h 30 et que le témoignage de M^{me} Geurts portait sur l'intervalle entre 20 h 30 et 20 h 45, il ne tendait pas directement à réfuter l'alibi. Par conséquent, son admission devrait tenir compte de la règle relative aux faits incidents. Cette règle est assortie d'une liste d'exceptions et, bien qu'aucune de ces exceptions ne paraisse s'appliquer en l'espèce, on a donné à entendre que la liste n'était pas exhaustive. Voir *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), à la p. 310; Stanley A. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (3^e éd. 1988), vol. 1, aux pp. 534 et 535.

20 It is unnecessary and undesirable to resolve that question in this case because, even if admissible for the purpose of impeaching the appellant's credibility, its use was not limited to that purpose. The Crown did not specify the purpose for which it was being led. Although no objection was taken by the appellant at the time, this alone does not prevent raising the illegality of the rebuttal evidence on appeal: see *Latour v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 361, at p. 368. Furthermore, the trial judge did not instruct the jury on the limited use of the rebuttal evidence. In fact, as illustrated by the above pas-

Il est inutile et inopportun de trancher cette question en l'espèce car, même si le témoignage était admissible pour attaquer la crédibilité de l'appellant, son utilisation ne se limitait pas à cette fin. Le ministère public n'a pas précisé quel objectif il visait en le produisant. Bien que l'appellant n'ait soulevé aucune objection à ce moment-là, on ne peut pour cette seule raison l'empêcher de soulever l'illégalité de la contre-preuve en appel: voir *Latour c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 361, à la p. 368. En outre, le juge du procès n'a donné aucune directive au jury sur l'utilisation restreinte de la

sage quoted from the charge to the jury, the trial judge actually invited the jury to consider the reply evidence as similar fact evidence. In light of this instruction a jury might well have accepted this evidence as highly relevant to the identity of the perpetrator of the assault on the complainant.

In the circumstances of the case, this constituted a serious misdirection to the jury. As outlined by Doherty J.A., the evidence of identification was already tenuous. In my view, the error could reasonably have affected the verdict of the jury. It cannot be said that, absent the error of allowing the Crown to adduce the similar fact evidence in rebuttal, no jury acting reasonably and properly instructed could have acquitted the accused (see *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; and *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599). In *John v. The Queen*, *supra*, at p. 481, it was held that s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* could not be invoked to cure an error of law where the Crown had improperly split its case and was wrongly permitted to lead reply evidence. An appellate court cannot retry the case "to assess the worth of the residual evidence after the improperly adduced evidence has been extracted from the record" (*John v. The Queen*, *supra*, at pp. 481-82). Furthermore, I note that the Crown made no arguments to substantiate a claim that the improper admission of the evidence would not amount to a substantial wrong or miscarriage of justice. The Crown did, however, submit that by allowing surrebuttal evidence any prejudice to the appellant was cured. That submission is properly considered in relation to the application of s. 686(1)(b)(iii).

It cannot be said that the opportunity to present evidence in surrebuttal removes the prejudice suffered by the appellant. As was noted by McIntyre J. in *R. v. Krause*, *supra*, and by Estey and Lamer JJ. in *John v. The Queen*, *supra*, an underlying rea-

contre-preuve. En fait, ainsi que le montre le passage de l'exposé au jury cité précédemment, le juge du procès a en fait invité le jury à considérer la contre-preuve comme une preuve de faits similaires. Sur la foi de cette directive, il est fort possible qu'un jury ait considéré que le témoignage était très pertinent quant à l'identité de l'auteur des voies de fait commises sur la plaignante.

Compte tenu des circonstances en l'espèce, il s'agit d'une grave erreur dans les directives. Comme l'a souligné le juge Doherty, la preuve d'identification était déjà ténue. À mon avis, l'erreur a pu raisonnablement avoir eu une incidence sur le verdict du jury. On ne saurait soutenir que, n'eût été l'erreur du juge du procès de permettre au ministère public de produire la preuve de faits similaires en contre-preuve, aucun jury agissant raisonnablement et ayant reçu des directives appropriées n'aurait acquitté l'accusé (voir *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393, *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, et *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599). Dans l'arrêt *John c. La Reine*, précité, à la p. 481, on a conclu que le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* ne pouvait être invoqué pour remédier à une erreur de droit lorsque le ministère public a illégalement scindé sa preuve et a été autorisé à tort à produire une contre-preuve. Un tribunal d'appel ne peut juger de nouveau l'affaire «pour déterminer la valeur des témoignages qui restent après avoir retiré du dossier ceux offerts illégalement» (*John c. La Reine*, précité, aux pp. 481 et 482). Par ailleurs, je remarque que le ministère public n'a présenté aucun argument pour étayer une prétention portant que l'admission illégale de la preuve n'entraînait aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave. Il a par contre fait valoir qu'en accordant à l'appelant la possibilité de répliquer, tout préjudice causé à l'appelant a été réparé. Cette prétention est à bon droit considérée relativement à l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii).

On ne saurait dire que la possibilité de répliquer à la contre-preuve élimine le tort subi par l'appelant. Ainsi que l'a remarqué le juge McIntyre dans l'arrêt *R. c. Krause*, précité, et les juges Estey et Lamer dans l'arrêt *John c. La Reine*, précité, la

21

22

son for the rule against splitting the case is that the accused is entitled to know the entire case of the Crown which must be met. It is only where the accused has full knowledge of the Crown's case that one is able to decide whether or not to testify.

23 Furthermore, in *John v. The Queen, supra*, at p. 480, this Court held that to allow the Crown to split its case "is doubly wrong because the effect was to force the accused to return to the witness box". Merely requiring the appellant to enter the witness box for a second time has an adverse effect as it creates the impression that he was caught in a lie. As well, the appellant is subjected to cross-examination for a second time. In effect, the Crown is given a second chance to attack the credibility of the appellant when it ought to have put its entire case in evidence at the outset.

24 In *R. v. Wood* (1986), 28 C.C.C. (3d) 65 (Ont. C.A.), it was held that the Crown impermissibly split its case. Although the accused did not call evidence in surrebuttal, Goodman J.A., for the court, stated at p. 83 that:

The probable detrimental effect of the improper admission of the reply evidence is beyond question. It constituted a direct contradiction of the evidence given by the appellant with respect to his knowledge, possession and ownership of the knife. If the reply evidence was believed by the jury, it would have the inevitable effect of destroying the credibility of the appellant and his defence of self-defence and to a lesser extent his defence of provocation. The reply evidence was the last evidence to be heard by the jury with the attendant risk to the appellant that it would carry more weight with the jury for that reason. Even if defence counsel had sought leave for the appellant to give evidence in surrebuttal, it would have meant that the appellant would have been subjected to a second cross-examination. Wittingly or unwittingly, the prosecution, in proceeding in the manner which it did, created a trap for the appellant. [Emphasis added.]

25 It should also be recognized that the late introduction of evidence may have the effect of unduly magnifying its importance and increasing its weight. This would not otherwise occur but for the improper splitting of the Crown's case. I agree

règle interdisant le fractionnement de la preuve repose notamment sur le droit de l'accusé de connaître la totalité de la preuve du ministère public à laquelle il est appelé à répondre. Ce n'est que s'il connaît pleinement la preuve du ministère public que l'accusé peut décider de témoigner ou non.

De plus, dans l'arrêt *John c. La Reine*, précité, à la p. 480, notre Cour a conclu qu'autoriser le ministère public à scinder sa preuve «est doublement répréhensible parce que cela a eu pour effet d'obliger l'accusé à revenir déposer». Le simple fait de contraindre l'appelant à revenir déposer lui cause un préjudice puisque l'on crée ainsi l'impression qu'il s'est fait prendre à mentir. En outre, l'appelant est de nouveau soumis à un contre-interrogatoire. En réalité, le ministère public jouit d'une seconde occasion de mettre en cause la crédibilité de l'appelant alors qu'il aurait dû présenter la totalité de sa preuve dès le début.

Dans l'arrêt *R. c. Wood* (1986), 28 C.C.C. (3d) 65 (C.A. Ont.), on a conclu que le ministère public avait à tort scindé sa preuve. Bien que l'accusé n'ait pas répliqué à la contre-preuve, le juge Goodman, pour la cour, a affirmé ceci à la p. 83:

[TRADUCTION] L'effet préjudiciable probable de l'admission illégale de la contre-preuve est indubitable. Elle venait directement contredire le témoignage de l'appelant relativement à sa connaissance, sa possession et sa propriété du couteau. Si le jury croyait la contre-preuve, celle-ci aurait pour effet inévitable de détruire la crédibilité de l'appelant et sa défense de légitime défense et, dans une moindre mesure, sa défense de provocation. La dernière preuve que le jury a entendue est la contre-preuve. Pour l'appelant, il en découle le risque qu'elle revête une plus grande valeur aux yeux du jury. Même si l'avocat de la défense avait demandé que l'appelant puisse répliquer à la contre-preuve, cela aurait signifié pour ce dernier un second contre-interrogatoire. À dessein ou non, la poursuite a ainsi tendu un piège à l'appelant. [Je souligne.]

Il y a également lieu de reconnaître que la présentation tardive d'une preuve peut avoir pour effet d'accroître indûment son importance et sa valeur. Cela n'arriverait pas si le ministère public ne scindait pas illégalement sa preuve. Je retiens la pré-

with the submission of the appellant that, in this case, the timing and sequence of the evidence as it unfolded before the jury added to the prejudicial impact of admitting the evidence in reply. In *R. v. Campbell, supra*, at p. 26, Martin J.A. also acknowledged this aspect of the rule against splitting the case:

The rule also provides a safeguard against the importance of a piece of evidence, by reason of its late introduction, being unduly emphasized or magnified in relation to the other evidence.

Given the frailties in the identification evidence adduced at trial, the evidence of Ms. Geurts may have been quite significant in convicting the appellant. Placing this evidence before the jury at the end of the trial, rather than in the Crown's case, prejudiced the appellant by inordinately elevating its weight.

The respondent relies on the decision of this Court in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, to support the proposition that allowing surrebuttal evidence substantially cures any prejudice caused by allowing the Crown to split its case. In that case, Lamer C.J. noted that the appellants could not make a serious argument that they suffered prejudice as a result of the fact that the Crown tendered evidence in rebuttal rather than in chief. However, one must note the context in which these comments were made. In *R. v. Chaulk, supra*, it was held that the Crown did not improperly split its case. That is, the evidence was properly admissible in rebuttal. At page 1394, Wilson J. stated:

I agree with Lamer C.J. that no issue of the Crown splitting its case arises here and that the evidence adduced to rebut the defence of insanity was properly admitted by the trial judge.

tention de l'appelant selon laquelle, en l'espèce, le moment où la preuve a été présentée au jury et l'ordre dans lequel elle lui a été présentée a accru l'impact préjudiciable de l'admission de la contre-preuve. Dans l'arrêt *R. c. Campbell*, précité, à la p. 26, le juge Martin de la Cour d'appel a lui aussi reconnu cet aspect de la règle interdisant le fractionnement de la preuve:

[TRADUCTION] La règle permet également d'empêcher que, du fait de sa présentation tardive, un élément de preuve prenne une importance indûment marquée ou accrue par rapport aux autres éléments de preuve.

Vu les faiblesses de la preuve d'identification produite au procès, il se peut que le témoignage de M^{me} Geurts ait eu une grande importance dans la déclaration de culpabilité de l'appelant. En présentant ce témoignage au jury à la fin du procès plutôt que dans le cadre de sa preuve, le ministère public a causé un tort à l'appelant puisque la valeur du témoignage s'en est trouvée anormalement rehaussée.

L'intimée invoque la décision de notre Cour dans *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, pour soutenir sa thèse selon laquelle le fait d'accorder à l'accusé la possibilité de répliquer à la contre-preuve remédie amplement à tout préjudice causé par la décision d'autoriser le ministère public à scinder sa preuve. Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer a noté que les appelants ne pouvaient sérieusement prétendre qu'ils avaient subi un tort du fait que le ministère public avait présenté un élément de preuve en contre-preuve plutôt que dans sa preuve principale. Il faut cependant considérer le contexte dans lequel ces commentaires ont été faits. Dans cet arrêt, on a conclu que le ministère public n'avait pas illégalement scindé sa preuve. Partant, la preuve était à juste titre admissible en contre-preuve. À la p. 1394, le juge Wilson a écrit:

Je partage l'avis du juge en chef Lamer que l'affaire ne soulève pas la question de la scission de la preuve de la Couronne et que le juge de première instance a régulièrement reçu la preuve présentée pour réfuter la défense d'aliénation mentale.

26

27

28 Thus, *R. v. Chaulk, supra*, must be read in light of the above circumstances. It cannot be said that, as a general proposition, the ability to call surrebuttal evidence removes any prejudice caused to an accused where the rebuttal evidence was improperly adduced in the first place thereby allowing the Crown to split its case. Unlike in *R. v. Chaulk*, for the reasons noted above, here the appellant can make a serious argument that the fact the Crown's evidence was adduced in rebuttal rather than in chief was prejudicial, notwithstanding the ability to call evidence in surrebuttal.

29 It is also worthy to note that if one accepts the contention that calling surrebuttal evidence removes any prejudice of allowing the Crown to adduce reply evidence which ought to have been brought out in the case in chief, then the rule against splitting the case would effectively be emasculated. The Crown would be allowed to split its case as long as the accused was given a chance to reply. This would defeat the very rationale behind the rule against splitting the case. Surely, this is an unacceptable result.

30 In the case at bar, I would conclude that the surrebuttal evidence did not adequately address the prejudice caused to the appellant. Not only was the evidence of Ms. Geurts highlighted, but also the appellant was forced to take the witness stand a second time to answer the Crown's case. I cannot, therefore, accept the Crown's submission that any prejudice to the appellant was cured by allowing surrebuttal evidence.

31 In *R. v. S. (P.L.), supra*, at p. 916, the majority stated:

On the other hand, if the Court of Appeal finds an error of law with the result that the accused has not had a trial in which the legal rules have been observed, then the accused is entitled to an acquittal or a new trial in accordance with the law. The latter result will obtain if there is legally admissible evidence on which a conviction could reasonably be based.

Ainsi, il faut lire l'arrêt *R. c. Chaulk*, précité, dans ce contexte. On ne peut poser comme règle générale que la possibilité de répliquer à une contre-preuve élimine tout préjudice causé à un accusé si la contre-preuve a été en premier lieu illégalement produite, permettant ainsi au ministère public de scinder sa preuve. À la différence de *R. c. Chaulk*, et pour les motifs exposés précédemment, l'appelant en l'espèce peut sérieusement prétendre que la présentation de la preuve du ministère public en contre-preuve plutôt que dans la preuve principale lui a causé un préjudice en dépit du fait qu'il a eu la possibilité d'y répliquer.

Il faut aussi souligner qu'admettre que la possibilité de répliquer à une contre-preuve élimine tout préjudice causé quand on permet au ministère public de produire en contre-preuve une preuve qui aurait dû être présentée dans la preuve principale, reviendrait à annihiler la règle interdisant le fractionnement de la preuve. Le ministère public serait autorisé à scinder sa preuve pour autant que l'accusé aurait l'occasion d'y répliquer. Cela irait à l'encontre du fondement même de la règle interdisant le fractionnement de la preuve. Ce résultat est manifestement inacceptable.

Dans la présente affaire, je conclus que la preuve présentée pour répliquer à la contre-preuve n'a pas entièrement remédié au préjudice causé à l'appelant. Non seulement le témoignage de M^{me} Geurts a-t-il été mis en valeur, mais l'appelant a été contraint de revenir témoigner pour répliquer à la preuve du ministère public. Je ne peux donc accepter la prétention du ministère public selon laquelle la possibilité de répliquer a remédié à tout préjudice causé à l'appelant.

Dans l'arrêt *R. v. S. (P.L.)*, précité, à la p. 916, la majorité a dit:

Par ailleurs, si la cour d'appel conclut qu'il y a eu erreur de droit faisant en sorte que l'accusé n'a pas subi un procès conforme aux règles de droit, alors l'accusé a droit à un acquittement ou à un nouveau procès conformément à la loi. Ce dernier résultat se produira s'il existe des éléments de preuve légalement admissibles qui pourraient raisonnablement justifier une déclaration de culpabilité.

The appellant is entitled to a new trial. He is not entitled to an acquittal, however, if there is admissible evidence on which a conviction can reasonably be based. This in substance is the issue raised by the appellant in the next ground of appeal.

B. Was the Verdict Unreasonable or Unsupported by the Evidence?

The appellant contends that the verdicts must be set aside because they are unreasonable and unsupported by the evidence within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Code*. The test to be applied by an appellate court is "whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered": *R. v. Yebe*, [1987] 2 S.C.R. 168, at pp. 179-80. If no reasonable jury could have convicted the appellant on the evidence that was properly admissible, then rather than order a new trial, the convictions must be quashed and the respondent would be acquitted of all charges.

At the hearing of the appeal before this Court, we did not call on the respondent to address this issue. Although it is apparent that the identification evidence in the present case was not free from frailties, I am satisfied that the verdicts were not unreasonable. In this regard, I am in substantial agreement with Doherty J.A. Although he made reference to the evidence of Ms. Geurts, I agree with his analysis of the other evidence which was properly admissible and, in my view, a verdict based on this evidence would not be unreasonable. Therefore, the appellant is not entitled to be acquitted of the charges. I should add that I express no opinion on the admissibility of the evidence of Ms. Geurts if properly introduced. That will be a matter for the trial judge at the new trial.

C. Did the Crown Abuse its Stand-by Power to Empanel an All-Female Jury?

In light of my conclusion that a new trial is warranted by virtue of the error of allowing the Crown

L'appelant a droit à un nouveau procès. Il ne peut toutefois être acquitté s'il existe une preuve admissible sur laquelle une déclaration de culpabilité peut raisonnablement être fondée. C'est là essentiellement la question soulevée par l'appelant dans le second moyen d'appel.

B. Le verdict était-il déraisonnable ou dénué de fondement en preuve?

L'appelant soutient que les verdicts doivent être annulés pour le motif qu'ils sont déraisonnables et dénués de fondement en preuve, au sens du sous-al. 686(1)a(i) du *Code*. Le tribunal d'appel doit déterminer «si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre»: *R. c. Yebe*, [1987] 2 R.C.S. 168, à la p. 180. Si aucun jury raisonnable ne pourrait avoir déclaré l'appelant coupable sur la preuve légalement admissible, alors plutôt que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, il y a lieu d'annuler les déclarations de culpabilité et d'acquitter l'intimé relativement à toutes les accusations.

À l'audition du présent pourvoi, nous n'avons pas convié l'intimée à débattre la question. Bien que, manifestement, la preuve d'identification en l'espèce ne soit pas dépourvue de toute faiblesse, je suis convaincu que les verdicts n'étaient pas déraisonnables. À cet égard, j'adhère en grande partie à l'opinion du juge Doherty. En dépit du fait qu'il a mentionné le témoignage de M^{me} Geurts, je souscris à son analyse des autres éléments de preuve qui étaient admissibles. À mon avis, un verdict fondé sur cette preuve ne serait pas déraisonnable. Par conséquent, l'appelant ne peut être acquitté. J'ajouterai que je n'exprime aucune opinion sur l'admissibilité du témoignage de M^{me} Geurts s'il est régulièrement produit. Il appartient au juge du nouveau procès de trancher cette question.

C. Le ministère public a-t-il abusé de son pouvoir de mettre à l'écart pour constituer un jury entièrement féminin?

Puisque j'ai conclu qu'il convient de tenir un nouveau procès parce que le juge du procès a com-

32

33

34

to split its case, it is not necessary to deal with the issue relating to the Crown's alleged misuse of its right to stand by under the former s. 634 of the *Code*. Following upon our decision in *R. v. Bain, supra*, this provision was repealed and this issue of law cannot recur. It is therefore of academic interest only.

IV. Disposition

35 The counts in respect of which the appellant was convicted were joined in one indictment. At trial the jury was instructed that if satisfied that the same person committed both assaults, they could use the evidence against the appellant as the perpetrator of one of the assaults in determining whether the Crown had proved the assaults on the other complainant. An error with respect to the evidence relating to one complainant is therefore an error that affects all counts for which the appellant was convicted.

36 In the result, the appeal is allowed, the convictions are quashed and a new trial is ordered.

The following are the reasons delivered by

37 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — The appellant in this case was convicted at trial of two counts of assault causing bodily harm and two counts of choking with intent to commit an indictable offence. The verdict was unanimously upheld by the Court of Appeal ((1993), 14 O.R. (3d) 756). Before us, the appellant raised the following three grounds of appeal:

1. Did the Court of Appeal err in holding that the use by the Crown of its stand-aside power to shape the composition of the jury did not constitute an abuse of the jury selection process or create a reasonable apprehension of bias?

mis une erreur en autorisant le ministère public à scinder sa preuve, il n'est pas nécessaire d'étudier la question de l'utilisation que le ministère public a fait de son droit de mettre des jurés à l'écart conformément à l'ancien art. 634 du *Code*. À la suite de notre arrêt *R. c. Bain*, précité, la disposition a été abrogée, si bien que cette question de droit ne peut plus se présenter. Elle est donc d'intérêt théorique seulement.

IV. Dispositif

Les chefs d'accusation relativement auxquels l'appelant a été déclaré coupable ont été réunis en un seul acte d'accusation. Au procès, le jury a été avisé que, s'il était convaincu que la même personne avait commis les deux infractions de voies de fait, il pouvait utiliser la preuve pesant contre l'appelant comme l'auteur de l'une des agressions pour déterminer si le ministère public avait démontré la perpétration des voies de fait sur l'autre plaignante. Une erreur dans la preuve concernant une plaignante est par conséquent une erreur qui touche tous les chefs d'accusation relativement auxquels l'appelant a été déclaré coupable.

En conséquence, le pourvoi est accueilli, les déclarations de culpabilité sont annulées et un nouveau procès est ordonné.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — L'appelant a été reconnu coupable à son procès sous deux chefs d'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles et deux chefs de strangulation dans l'intention de commettre un acte criminel. La Cour d'appel à l'unanimité a confirmé le verdict ((1993), 14 O.R. (3d) 756). Devant nous, l'appelant a soulevé les trois moyens d'appel suivants:

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que l'utilisation par le ministère public de son pouvoir de mettre des jurés à l'écart en vue de former le jury ne constitue pas un abus du processus de sélection du jury ni ne soulève une crainte raisonnable de partialité?

2. Did the Court of Appeal err in holding that the verdict was neither unreasonable nor unsupported by the evidence?
3. Did the Court of Appeal err in holding that the reply evidence called by the Crown was properly admissible?

My colleague Justice Sopinka accepts the third ground of appeal, rejects the second ground of appeal, and does not deal with the first ground of appeal. In the result, he would allow the appeal and order a new trial. I disagree. In my view all three grounds of appeal fail and the appeal should be dismissed. In this respect, I adopt the reasons of Doherty J.A. for the unanimous Court of Appeal of Ontario.

Specifically, on the first issue, Doherty J.A. noted that the appellant was tried by an all-female jury and that it was clear from the record that the Crown had set out to empanel such a jury. In order to shape the composition of the jury, the Crown had made use of then operative provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which gave it numerical superiority in standing by potential jurors. The Crown's numerical superiority in standing by potential jurors was subsequently ruled unconstitutional by this Court in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91. However, the appellant's trial took place prior to *R. v. Bain*. In this respect, Doherty J.A. stated at p. 768:

The two judgments constituting the majority in *Bain* took different approaches to its application to cases tried before *Bain* was released. At p. 109 S.C.R., p. 513 C.C.C., Cory J., for three members of the four-person majority, held that a verdict returned by a jury empanelled under the former provisions of the *Code* could only be set aside if the appellant could demonstrate an "abuse" of the stand-aside provisions by the Crown.

In my view, the "abuse" described by Cory J. in *Bain* refers to both the misuse of the stand-aside power and the resultant negative consequences on the impartiality

2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le verdict n'était pas déraisonnable et ne pouvait pas s'appuyer sur la preuve?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la contre-preuve produite par le ministère public était admissible?

Mon collègue le juge Sopinka accueille le troisième moyen d'appel, rejette le second et ne se prononce pas sur le premier, pour, en conclusion accueillir le pourvoi et ordonner un nouveau procès. Je ne suis pas d'accord. À mon avis, les trois moyens d'appel doivent être écartés, et le pourvoi doit être rejeté. À cet égard, je souscris à l'opinion du juge Doherty qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour d'appel de l'Ontario.

Sur la première question, le juge Doherty a signalé que l'appelant avait été jugé par un jury composé exclusivement de femmes et qu'il ressortait clairement du dossier que le ministère public avait décidé de procéder ainsi. Pour assurer une telle composition du jury, le ministère public a eu recours aux dispositions alors en vigueur du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui lui permettaient de mettre à l'écart un plus grand nombre de jurés potentiels que l'accusé. Cet avantage numérique relatif aux mises à l'écart de jurés potentiels a subséquentement été jugé inconstitutionnel par notre Cour dans *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91. Toutefois, le procès de l'appelant a eu lieu avant que cet arrêt ne soit rendu. Sur ce point, le juge Doherty s'est exprimé ainsi, à la p. 768:

[TRADUCTION] Les deux jugements qui forment la majorité dans *Bain* privilégient des solutions différentes quant à son application aux affaires jugées avant qu'il ne soit rendu. À la p. 109, R.C.S., p. 513, C.C.C., le juge Cory, au nom de trois des quatre juges de la majorité, a conclu que le verdict rendu par un jury formé sous le régime des anciennes dispositions du *Code* ne pouvait être infirmé que si l'appelant pouvait démontrer que le ministère public avait «abusé» des dispositions relatives aux mises à l'écart.

À mon avis, l'«abus» décrit par le juge Cory dans *Bain* se rapporte à la fois à la mauvaise utilisation du pouvoir de mettre à l'écart et aux conséquences néga-

38

39

of the jury selected as a result of that misuse. Consequently in pre-*Bain* cases the court must address the Crown's use of its numerical advantage to shape the composition of the jury, and must also decide whether the jury selected by that process is one which would create a reasonable apprehension of bias in the mind of a reasonable observer.

Applying this test to the case at hand, Doherty J.A. held at p. 770:

This case turned entirely on the question of identification. The victims' honesty was not in issue. The reliability of their identification evidence was very much in issue. I am not prepared to hold, because women may be particularly sensitive to the plight of the victims, that an all-female jury would be unable to objectively assess the reliability of the identification evidence provided by the victims. More to the point, I am not prepared to find that the reasonable, well-informed observer would reasonably apprehend that an all-female jury would be favourably disposed to find for the Crown on the issue of identification.

It is dangerous and contrary to our concepts of equality and individuality to make findings of partiality on the basis of assumed stereotypical reactions based on gender. At heart, the appellant's submission rests on just such assumptions. There is nothing in the circumstances of this case which lifts it above the level of unwarranted stereotyping. In this regard, it is instructive that trial counsel apparently perceived no bias as he did not object during the jury selection process.

In the result, Doherty J.A. concluded that there was no reasonable apprehension of bias. I agree and therefore reject this first ground of appeal.

40 On the second ground of appeal, Doherty J.A. concluded, after reviewing the evidence adduced at trial, that the verdicts against the appellant were reasonable. Like my colleague Sopinka J., I agree with this assessment and reject the second ground of appeal.

41 Finally, on the third ground of appeal, Doherty J.A. stated at pp. 771-72:

tives de cette mauvaise utilisation sur l'impartialité du jury sélectionné. En conséquence, dans les affaires jugées avant *Bain*, le tribunal doit examiner la façon dont le ministère public a profité de son avantage numérique pour façonner la composition du jury, puis déterminer si le jury sélectionné grâce à ce processus est de nature à susciter une crainte raisonnable de partialité dans l'esprit de l'observateur raisonnable.

Le juge Doherty a appliqué ce critère et conclu, à la p. 770:

[TRADUCTION] La présente affaire porte uniquement sur la question d'identification. L'honnêteté des victimes n'est pas en litige. En revanche, la fiabilité de leur preuve d'identification l'est certainement. Je ne suis pas disposé à conclure que, du fait que les femmes peuvent être particulièrement sensibles à la situation des victimes, un jury féminin serait incapable d'apprécier objectivement la fiabilité d'une preuve d'identification produite par ces victimes. Plus précisément, je ne suis pas disposé à conclure que l'observateur raisonnable et bien renseigné craindrait raisonnablement qu'un jury exclusivement féminin soit plus disposé à conclure en faveur du ministère public sur la question de l'identification.

Il est dangereux et contraire à nos notions d'égalité et d'individualité de conclure à la partialité en présumant l'existence de réactions stéréotypées fondées sur le sexe. Au fond, la prétention de l'appelant repose sur cette présomption. Rien dans les circonstances de l'affaire ne permet de dire qu'il s'agit d'autre chose que d'un stéréotype injustifié. À cet égard, le fait que l'avocat au procès n'ait apparemment perçu aucune partialité puisqu'il ne s'est pas opposé lors de la sélection du jury est révélateur.

Le juge Doherty a donc conclu qu'il n'y avait aucune crainte raisonnable de partialité. Je suis d'accord et, en conséquence, je rejette le premier moyen d'appel.

Quant au second moyen d'appel, le juge Doherty a conclu, après avoir passé en revue la preuve produite au procès, que les verdicts rendus contre l'appelant étaient raisonnables. À l'instar de mon collègue le juge Sopinka, je souscris à cette appréciation et je rejette le second moyen d'appel.

Enfin, relativement au troisième moyen d'appel, le juge Doherty s'est exprimé ainsi, aux pp. 771 et 772:

The principles controlling the admissibility of evidence in reply are well-established. Those principles do not yield absolute rules of exclusion or admission, but require that the trial judge exercise a discretion through the application of these principles: *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466, 29 C.C.C. (3d) 385; *R. v. W. (A.)* (1991), 3 O.R. (3d) 171 at pp. 178-81, 45 O.A.C. 359 (C.A.).

No objection was taken at trial to the admission of the reply evidence. Consequently, the trial judge did not direct his mind to the relevant principles or purport to exercise any discretion. There is therefore no record upon which this court may review the trial judge's decision to admit the evidence. In such circumstances (and absent any suggestion of incompetent representation) the appellant can only succeed if he can demonstrate that a reasonable trial judge, applying the applicable principles, could not have admitted the evidence. In other words, if the case is one in which some judges could properly have admitted the evidence while others could properly have excluded it, the appeal cannot succeed.

The evidence of Ms. Guerts as to the appellant's whereabouts about two hours before the attack had little probative value in identifying the appellant as the perpetrator of the assault. In this respect, the present case must be distinguished from *R. v. Jackson* (1987), 38 C.C.C. (3d) 91 (B.C.C.A.), the authority relied on by the appellant. In *Jackson* the reply evidence was directly relevant to the time period when the assault occurred. Ms. Guerts' evidence became much more relevant after the appellant, as part of a detailed account of his movements, put his whereabouts at 8:30 p.m. in issue.

I also cannot see any prejudice to the appellant by the admission of the evidence in reply. The defence was apparently aware of the nature of Ms. Guerts' evidence when the appellant testified and the defence had ample opportunity to respond to her evidence.

In my opinion, a reasonable trial judge properly applying the principles relating to the admissibility of reply evidence could have admitted the evidence of Ms. Guerts in reply. I would not give effect to this ground of appeal.

I agree and therefore reject the third ground of appeal.

[TRADUCTION] Les principes qui régissent l'admissibilité de la contre-preuve sont bien établis. S'ils ne proposent aucune règle absolue d'exclusion ou d'admission, ils requièrent toutefois que le juge du procès exerce un pouvoir discrétionnaire dans l'application de ces principes: *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466, 29 C.C.C. (3d) 385; *R. c. W. (A.)* (1991), 3 O.R. (3d) 171, aux pp. 178 à 181, 45 O.A.C. 359 (C.A.).

Au procès, aucune objection n'a été soulevée quant à l'admission de la contre-preuve. Le juge du procès ne s'est donc pas penché sur les principes applicables, ni n'a-t-il prétendu exercer quelque pouvoir discrétionnaire. Il n'y a par conséquent rien au dossier sur lequel notre cour puisse se fonder pour contrôler la décision du juge du procès d'admettre la preuve. Dans de telles circonstances (et en l'absence de toute indication de représentation incompétente), l'appelant ne peut obtenir gain de cause que s'il démontre qu'un juge du procès appliquant les principes pertinents n'aurait pu raisonnablement admettre la preuve. En d'autres termes, si cette cause en est une dans laquelle certains juges auraient été justifiés d'admettre la preuve alors que d'autres auraient pu l'exclure légitimement, l'appel ne peut être accueilli.

Le témoignage de M^{me} Guerts sur l'endroit où se trouvait l'appelant environ deux heures avant l'agression n'était guère probant aux fins de l'identification de l'appelant comme agresseur. À cet égard, il y a lieu de distinguer la présente affaire de l'arrêt *R. c. Jackson* (1987), 38 C.C.C. (3d) 91 (C.A.C.-B.), qu'a invoqué l'appelant. Dans cet arrêt, la contre-preuve était directement pertinente quant à la période au cours de laquelle l'agression avait été commise. Le témoignage de M^{me} Guerts a revêtu une pertinence beaucoup plus grande après que, dans le cadre d'un récit détaillé de ses déplacements, l'appelant eut témoigné sur l'endroit où il se trouvait à 20 h 30.

En outre, l'appelant n'a subi aucun préjudice du fait de l'admission de la contre-preuve. La défense connaissait apparemment la nature du témoignage de M^{me} Guerts lorsque l'appelant a témoigné, et elle a eu pleinement l'occasion de répondre à son témoignage.

À mon avis, un juge du procès appliquant correctement les principes relatifs à l'admissibilité d'une contre-preuve aurait pu raisonnablement admettre le témoignage de M^{me} Guerts en contre-preuve. Je suis d'avis d'écarter ce moyen d'appel.

Je suis d'accord et je rejeterais donc le troisième moyen d'appel.

42 Before concluding, I note that since first writing these reasons I have had the opportunity to read the reasons of my colleagues Justices Gonthier and McLachlin, who both discuss the issue of jury representativeness. On this issue, I agree with the comments of McLachlin J. and respectfully disagree with those of Gonthier J.

43 For the reasons outlined above, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

44 GONTHIER J. — I have had the benefit of the reasons of Justice Sopinka, and I adopt his review of the facts and of the judgments below. I share his opinion with respect to the second and third grounds raised by the appellant before this Court. I nevertheless believe that it is important to add some further comments. Sopinka J. holds that it is not necessary to address the first ground raised by the appellant, namely that use by the prosecution of its power to stand jurors by for the purpose of obtaining an exclusively female jury constituted an abuse of the process of juror selection and gave rise to a reasonable apprehension of bias. Having regard to this Court's decision in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, my colleague Sopinka J. believes this question is purely academic. With respect, I do not share this view.

45 Prior to that decision, the power of the Crown to stand jurors by had its source in s. 634(1) and (2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 563(1) and (2), R.S.C. 1970, c. C-34). In *R. v. Bain, supra*, a majority of the Court found that these provisions infringed s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that this violation was not justified under s. 1. The declaration of invalidity was suspended for six months in order to allow Parliament to remedy the situation if it deemed it appropriate to do so. The change was subsequently enacted by *An Act to*

Avant de conclure, je souligne qu'après avoir rédigé mes motifs, j'ai eu l'occasion de lire ceux de mes collègues, les juges Gonthier et McLachlin, qui traitent l'un et l'autre de la question de la représentativité du jury. Sur ce point, je suis d'accord avec les observations du juge McLachlin et, en toute déférence, en désaccord avec celles du juge Gonthier.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE GONTHIER — J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Sopinka et je fais mien son exposé des faits et des décisions des instances dont appel. Je partage également son avis en ce qui concerne les deuxième et troisième moyens soulevés par l'appellant devant cette Cour. Il m'apparaît néanmoins opportun d'apporter quelques remarques supplémentaires. Le juge Sopinka estime en effet qu'il n'est pas nécessaire de se pencher sur le premier des moyens soulevés par l'appelant, voulant que l'usage, par le poursuivant, de son pouvoir d'ordonner des mises à l'écart aux fins d'obtenir un jury exclusivement féminin ait constitué un abus dans le processus de sélection des jurés et engendré une crainte raisonnable de partialité. S'appuyant, à ce titre, sur la décision de notre Cour dans l'affaire *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, mon collègue le juge Sopinka y voit là une question d'intérêt purement académique. Avec égards, je ne suis pas de cet avis.

Avant l'intervention de cette Cour, le pouvoir du ministère public d'ordonner la mise à l'écart d'un certain nombre de jurés prenait sa source dans les par. 634(1) et (2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (anciennement les par. 563(1) et (2), S.R.C. 1970, ch. C-34). Dans l'affaire *R. c. Bain*, précitée, la majorité de la Cour a conclu que ces dispositions législatives étaient incompatibles avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que cette violation n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. La déclaration d'invalidité a été suspendue pour une période de six mois de manière à permettre au législateur de remédier à la situation s'il jugeait approprié de le faire. Le

amend the Criminal Code (jury), S.C. 1992, c. 41, s. 2.

In the case at bar, the appellant's trial took place before the validity of these provisions had been constitutionally challenged. It is certainly true that this fact is to be considered in weighing the effect of a pronouncement of the Court on the issue. It is obvious that, in practice, only a limited number of cases can be affected. Apart from that of the appellant, there are those where the trial of an accused has taken place before July 1992, before judge and jury, and in which the record has shown an extensive use of peremptory challenges and of stand-bys by the Crown. I acknowledge that this number is necessarily likely to diminish with the passage of time.

It appears to me, nevertheless, that this circumstance is not the only one to be considered. Beyond the more immediate repercussions, the first ground raised by the appellant essentially brings into scrutiny the fundamental element of the conduct of the Crown in the unfolding of the trial. One is bound to acknowledge that this aspect is broader in scope; I therefore believe that it is necessary to review the manner in which Doherty J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, addressed the problem (decision reported at (1993), 14 O.R. (3d) 756).

In *R. v. Bain*, *supra*, the position in cases determined prior to the actual declaration of invalidity of s. 634(1) and (2) of the *Code* was not left undressed. Cory J., for the majority, emphasized at p. 104 that "[t]he accused may always attempt to demonstrate that there has been an abuse of the stand by provisions by the prosecution". In the case at bar, Doherty J.A. consequently sought to give concrete expression to this notion of abuse by suggesting the elements which, in his view, ought to be examined in determining whether the conduct of the Crown could be so considered. He formulated a two-step test (at p. 768):

In my view, the "abuse" described by Cory J. in *Bain* refers to both the misuse of the stand-aside power and the resultant negative consequences on the impartiality of the jury selected as a result of that misuse. Conse-

changement a été apporté par la *Loi modifiant le Code criminel (jury)*, L.C. 1992, ch. 41, art. 2.

En l'espèce, le procès de l'appelant a eu lieu avant que la validité de ces dispositions législatives ne soit attaquée sur le plan constitutionnel. Cet élément n'est certes pas dénué d'importance au regard de la portée qu'est appelée à prendre une intervention de la Cour sur la question. En effet, il est aisé de constater qu'en pratique, seul un nombre limité de cas pourront en bénéficier. Outre celui de l'appelant, j'envisage ici les cas où le procès d'un accusé a eu lieu avant juillet 1992, devant juge et jury, et dans le cadre duquel la preuve a révélé un usage extensif des récusations péremptoires et des mises à l'écart par le ministère public. Je conviendrai que ce nombre est nécessairement appelé à diminuer avec les années.

Il m'apparaît toutefois qu'on ne saurait s'en tenir à ces seules considérations. En effet, au-delà de ses répercussions plus immédiates, le premier moyen soulevé par l'appelant met en cause l'élément fondamental qu'est la conduite du ministère public dans le déroulement des procès. Aussi faut-il lui reconnaître une portée plus vaste; j'estime dès lors nécessaire de revoir la façon dont le juge Doherty, pour la Cour d'appel de l'Ontario, a envisagé cet aspect du problème (décision rapportée à (1993), 14 O.R. (3d) 756).

Dans l'affaire *R. c. Bain*, précitée, la question des cas antérieurs à l'invalidité effective des par. 634(1) et (2) du *Code* n'a pas été passée sous silence. Le juge Cory, pour la majorité, souligne, à la p. 104, que «[l']accusé peut toujours tenter de démontrer que le poursuivant a abusé des dispositions relatives aux mises à l'écart». Le juge Doherty a dès lors cherché à concrétiser cette notion d'abus en dégageant les éléments qui, selon lui, devaient être examinés pour déterminer si le geste du ministère public pouvait être perçu comme tel. À la p. 768, il formule un test à deux volets:

[TRADUCTION] À mon avis, l'«abus» décrit par le juge Cory dans *Bain* se rapporte à la fois à la mauvaise utilisation du pouvoir de mettre à l'écart et aux conséquences négatives de cette mauvaise utilisation sur l'im-

46

47

48

quently in pre-*Bain* cases the court must address the Crown's use of its numerical advantage to shape the composition of the jury, and must also decide whether the jury selected by that process is one which would create a reasonable apprehension of bias in the mind of a reasonable observer. [Emphasis added.]

Thus, according to Doherty J.A., not only must there be an improper use by the Crown of its stand-by power, but the jury so selected must also, in practice, create a reasonable apprehension of bias in the mind of a reasonable and properly informed observer.

49 In my view, with respect, a further nuance must be considered in this regard. The laying down of these twin requirements in effect creates a risk that each element will be considered separately and that the first element will become blurred by the second. In my view, it is in this way that the Court of Appeal fell into error. While Doherty J.A. certainly did note the fact that the Crown had used its numerical advantage to select an exclusively female jury, he did not truly take into account this element in his consideration of the second step. The real problem was in my view overlooked.

50 In fact, when approached in this manner, an improper use by the Crown of its power to stand by may be condoned simply because the jury, when viewed quite apart from the selection process, does not give rise to a reasonable apprehension of bias. In my view, if there is conduct which is not to be condoned, it is the attempt by the Crown to fashion a jury which may seem favourable to it. The actual effect of such a prosecutorial practice on the fundamental characteristics of the jury, namely impartiality, representativeness, and to a lesser extent, competence, does not seem to me to be a determining element. It is rather a matter of gauging the anticipated effect of the conduct of the Crown in its selection of the jury on the perception of a reasonable observer as to the quality of the jury.

51 The necessity of a heightened scrutiny on the behaviour of the Crown flows from the role which

partialité du jury sélectionné. En conséquence, dans les affaires jugées avant *Bain*, le tribunal doit examiner la façon dont le ministère public a profité de son avantage numérique pour façonner la composition du jury, puis déterminer si le jury sélectionné grâce à ce processus est de nature à susciter une crainte raisonnable de partialité dans l'esprit de l'observateur raisonnable. [Je souligne.]

Aux dires du juge Doherty, non seulement un usage impropre du pouvoir de mise à l'écart par le ministère public doit-il être constaté, mais un tel façonnement du jury, dans ses effets, doit engendrer une perception de partialité aux yeux de l'observateur raisonnable et bien renseigné.

Il m'apparaît, en tout respect, qu'une nuance s'impose à cet égard. La formulation de cette double exigence crée en effet un risque que chaque élément soit considéré isolément et que le premier d'entre eux soit estompé par le second. C'est d'ailleurs là, à mon sens, l'erreur qui a été commise par la Cour d'appel. Le juge Doherty a certes relevé que le ministère public avait tiré parti de son avantage numérique pour façonner un jury exclusivement féminin, mais il n'a pas véritablement tenu compte de cet élément dans son appréciation du deuxième volet. Il s'agit là, à mon avis, d'un détournement du véritable problème.

Examinée sous cet angle, en fait, la constatation d'un usage impropre, par le ministère public, de son pouvoir de mise à l'écart peut se voir sanctionnée simplement parce que le jury constitué ne suscite pas, abstraction faite du processus de sélection, de crainte raisonnable de partialité. Or s'il y a une conduite à désapprouver, à mon sens, c'est bien la tentative du ministère public de façonner un jury qui puisse lui sembler favorable. L'effet concret de la démarche du poursuivant sur les caractéristiques fondamentales du jury que sont l'impartialité, la représentativité et, dans une moindre mesure, la compétence, ne me semble pas être un élément déterminant. Il s'agit plutôt de jauger l'effet projeté par le comportement du ministère public dans le choix du jury sur la perception que peut avoir l'observateur raisonnable de la qualité de ce jury.

La nécessité de porter une attention soutenue sur le comportement du ministère public s'infère du

the Crown has always played in our judicial system. In this respect, it is helpful to refer once again to a passage of Rand J. in *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, which marked a turning point in the jurisprudence of this Court on this issue. He made the following remarks at pp. 23-24:

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.

As I emphasized in *R. v. Bain, supra*, the Crown is party to the fairness of the trial which it also has an obligation to promote. Even though, practically speaking, the trial judge is the ultimate guardian of the fairness of the trial, this does not authorize the prosecution to neglect this obligation nor to undermine its importance.

In the context of the selection of jurors, this obligation of the Crown is discharged through the wise use which it must make of the means at its disposal in order to select a jury which is impartial, representative and competent. In the same way as this power of selection must not be used for the purpose of obtaining a finding of guilt, the right to stand by must not be used to skew the composition of the jury or to gain a tactical advantage, but rather, only for the purpose of choosing the jury best qualified to judge a case. One must conscientiously strive to ensure that a jury possess the above-mentioned qualities.

Of these three elements, impartiality is without doubt the most important. While plainly the jury's competence is a fundamental requirement, one must acknowledge that it is more difficult to exercise a direct influence on it through a mechanism such as stand-bys. Representativeness, on the other hand, is more susceptible to being affected by the

rôle même que ce dernier est appelé à jouer dans le système judiciaire. Il n'est pas inutile, à cet égard, de référer à nouveau au passage du juge Rand dans l'arrêt *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, que l'on présente comme étant la décision charnière de notre Cour sur la question. On y lit aux pp. 23 et 24:

[TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. [. . .] Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

Comme je l'ai souligné dans l'affaire *R. c. Bain*, précitée, le ministère public est une partie prenante à l'équité du procès, qu'il a l'obligation de promouvoir. Si, dans les faits, le juge du fond en est le gardien ultime, cela n'autorise pas pour autant le poursuivant à négliger ce devoir et à en amenuiser l'importance.

Dans le cadre du processus de sélection des jurés, cette obligation du ministère public se traduit par l'emploi judicieux qu'il doit faire des outils à sa disposition pour que soit constitué un jury impartial, représentatif et compétent. Pas plus qu'il ne devrait être utilisé pour chercher à obtenir une déclaration de culpabilité, le droit de mettre à l'écart ne devrait être exercé pour orienter la composition du jury ou pour en tirer un avantage tactique, mais bien uniquement dans le but de choisir le jury qui soit le plus apte à juger l'affaire. Il s'agira de veiller consciencieusement à ce que le jury présente les caractéristiques susmentionnées.

De ces trois éléments, l'impartialité est sans aucun doute le plus important. La compétence est certes une caractéristique fondamentale du jury mais on conviendra qu'il est plus difficile d'exercer sur elle une influence directe par un mécanisme comme celui des mises à l'écart. La représentativité, en revanche, est plus susceptible de se

selection process. The present case is an excellent example of this. As I observed in *R. v. Bain, supra*, representativeness is a characteristic which furthers the perception of impartiality even if not fully ensuring it. While representativeness is not an essential quality of a jury, it is one to be sought after. The surest guarantee of jury impartiality consists in the combination of the representativeness with the requirement of a unanimous verdict. Consequently, an apparent attempt by the prosecution to modify the composition of the jury so as to exclude representativeness, as occurred in this case, in itself undermines the impartiality of a jury.

54 For these reasons, I would allow the appeal and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

55 MCLACHLIN J. — I agree with the reasons of Justice Sopinka. Like him, I would not find it essential to comment on the issue of jury selection, were it not for the reasons of Justice Gonthier on the issue with which I respectfully do not agree.

56 Gonthier J., at p. 787, suggests that a jury must be “impartial, representative and competent”. I agree that a jury must be impartial and competent. But, with respect, the law has never suggested that a jury must be representative. For hundreds of years, juries in this country were composed entirely of men. Are we to say that all these juries were for that reason partial and incompetent?

57 To say that a jury must be representative is to confuse the means with the end. I agree that representativeness may provide extra assurance of impartiality and competence. I would even go so far as to say that it is generally a good thing. But I cannot accept that it is essential in every case, nor that its absence automatically entitles an accused person to a new trial.

voir affectée par le processus. Le présent cas en est un exemple éloquent. Or, comme je l’ai mentionné dans l’affaire *R. c. Bain*, précitée, la représentativité est une caractéristique qui, sans la garantir complètement, favorise la perception d’impartialité. Si la représentativité ne constitue pas une qualité essentielle d’un jury, on doit néanmoins la rechercher. La véritable garantie d’impartialité du jury se situe, quant à elle, dans la combinaison de la représentativité avec l’exigence de l’unanimité du verdict à rendre. Conséquemment, une tentative manifeste, par le poursuivant, de modifier la composition du jury en écartant sa représentativité, comme en l’instance, constitue par le fait même une atteinte à l’impartialité du jury.

Pour ces motifs, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Je souscris aux motifs du juge Sopinka. Comme lui, je n’estimerai pas essentiel de commenter la question de la sélection du jury, si ce n’étaient les motifs du juge Gonthier sur la question, auxquels, en toute déférence, je ne peux adhérer.

Le juge Gonthier, à la p. 787, fait remarquer que le jury doit être «impartial, représentatif et compétent». J’admets que le jury doive être impartial et compétent. En revanche, avec égards, la loi n’a jamais dit que le jury devait être représentatif. Pendant des siècles, les jurys ont été composés exclusivement d’hommes au Canada. Devons-nous en conclure qu’ils étaient tous, pour cette raison, partiaux et incompetents?

Exiger que le jury soit représentatif, c’est confondre la fin et les moyens. Je conviens que la représentativité puisse procurer une garantie supplémentaire d’impartialité et de compétence. J’irais même jusqu’à dire que c’est en général une bonne chose. Par contre, je ne peux admettre que la représentativité est toujours essentielle, ou que son absence donne automatiquement à l’accusé le droit à un nouveau procès.

To say that a jury must be representative is to set a standard impossible of achievement. The community can be divided into a hundred different groups on the basis of variants such as gender, race, class and education. Must every group be represented on every jury? If not, which groups are to be chosen and on what grounds? If so, how much representation is enough? Do we demand parity based on regional population figures? Or will something less suffice? I see no need to start down this problematic path of the representative jury, provided the impartiality and competence of the jury are assured. Representativeness may be a means to achieving this end. But it should not be elevated to the status of an absolute requirement.

In the case at bar there is no evidence that the Crown used its stand-by powers to the end of achieving a jury which would be favourable to the Crown. It is at least equally open to infer, as Doherty J.A. suggests ((1993), 14 O.R. (3d) 756), that its aim was to secure a jury which would be capable of judging the issues in an impartial and unbiased manner. So the suggestion of deliberate Crown abuse of the system is not made out.

Nor is there any evidence that the jury chosen was, or could reasonably be perceived to be, other than impartial and competent. Indeed, one must presume the contrary, given that each party had the right to test each juror and object to any juror who might be partial or incompetent. The defence, in suggesting partiality, asks in essence that we infer from the fact that the jury was composed entirely of women that it would be partial to the Crown, or would be seen by a reasonable person to be partial to the Crown. These are inferences which I cannot draw. I see no reason to suppose that an all-woman jury cannot be as impartial as all-male juries have been presumed to be for centuries. Nor can I see any reason to suppose that an all-woman jury would be seen by a reasonable member of the public as favouring the Crown. The question is not whether people, or even a number of people, might for irrational reasons object to an all-woman jury.

Exiger la représentativité d'un jury revient à fixer une norme impossible à atteindre. On pourrait partager la collectivité en des centaines de groupes différents sur le fondement de caractéristiques comme le sexe, la race, la classe et l'instruction. Chaque groupe doit-il être représenté au sein de chaque jury? Dans la négative, quels groupes choisir et pour quels motifs? Dans l'affirmative, quelle représentation suffit? Devons-nous exiger la parité fondée sur les statistiques démographiques régionales? Ou pouvons-nous nous contenter de moins? Je ne vois pas l'utilité de s'engager dans cette voie problématique de la représentativité du jury, pourvu que l'impartialité et la compétence du jury soient garanties. La représentativité peut être un moyen d'atteindre cette fin. Mais elle ne devrait pas être élevée au niveau d'exigence absolue.

En l'espèce, il n'y a aucune preuve que le ministère public a eu recours à son pouvoir de mettre des jurés à l'écart dans le but d'obtenir un jury qui lui soit favorable. On pourrait tout aussi bien conclure, comme le juge Doherty de la Cour d'appel le suggère ((1993), 14 O.R. (3d) 756), qu'il cherchait à former un jury qui soit apte à juger les questions en litige en toute impartialité. La prétention suivant laquelle le ministère public a délibérément abusé du processus n'est donc pas établie.

Par ailleurs, aucune preuve n'indique que le jury sélectionné n'était pas impartial et compétent, ou qu'il pouvait raisonnablement être perçu comme tel. En fait, on doit présumer le contraire puisque chaque partie a eu le droit d'évaluer chaque juré potentiel et de s'opposer à la sélection de toute personne susceptible d'être partielle ou incompétente. La défense, en alléguant la partialité, demande essentiellement que l'on infère du fait que le jury était composé exclusivement de femmes, qu'il serait partial en faveur du ministère public, ou serait perçu comme tel par toute personne raisonnable. Il m'est impossible de tirer de telles conclusions. Je ne vois aucune raison de supposer qu'un jury entièrement féminin ne puisse être aussi impartial que les jurys entièrement masculins qui ont été réputés l'être pendant des siècles. Je ne conçois en outre aucune raison de supposer qu'une personne raisonnable considérerait qu'un

58

59

60

The question is rather whether such people could reasonably object to an all-woman jury, each member of which has been judged to be impartial and competent and, apart from gender, fit to judge the issues in the case. That question must, in my view, be answered in the negative. Therefore, I agree with the Court of Appeal below that no error was demonstrated in the selection of the jury.

jury féminin appuiera la thèse du ministère public. Il ne s'agit pas de savoir si des personnes, voire même un certain nombre de personnes, risquent, pour des raisons irrationnelles, de s'opposer à la formation d'un jury exclusivement féminin. Il s'agit plutôt de savoir si des gens pourraient raisonnablement s'opposer à un jury féminin dont chaque membre a été jugé impartial et compétent et, indépendamment du sexe, apte à juger les questions soulevées dans l'affaire. Il faut à mon avis répondre à cette question par la négative. J'estime donc, à l'instar de la Cour d'appel, qu'il n'a été démontré aucune erreur dans la sélection du jury.

61 I would allow the appeal for the reasons set out by Sopinka J.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour les motifs prononcés par le juge Sopinka.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Solicitors for the appellant: Duncan, Fava, Schermbrucker, Toronto.

Procureurs de l'appelant: Duncan, Fava, Schermbrucker, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, 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, 1995 Vol. 1

and Tables

Cited as [1995] 1 S.C.R. { i-xxxviii
791-913

6^e cahier, 1995 Vol. 1

et Tables

Renvoi [1995] 1 R.C.S. { i-xxxviii
791-913

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, KIA 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.....	xvii
Statutes and Regulations Cited.....	xxxv
Authors Cited	xxxv
Index	905
R. v. Crawford.....	858
Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Right to make full answer and defence — Appellant and co-accused charged with second degree mur-	

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, KIA 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	xv
Table de la jurisprudence.....	xvii
Lois et règlements cités	xxxiii
Doctrine citée	xxxv
Index	909
R. c. Crawford.....	858
Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Droit à une défense pleine et entière — Appelant et un coaccusé inculpés de meurtre au	

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

der — Each placing blame on other — Appellant making no statement to police but testifying at trial — Appellant being cross-examined on his pre-trial silence — Whether appellant's right to silence infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Criminal law — Evidence — Joint trials — Right to pre-trial silence — Right to make full answer and defence — Appellant and co-accused charged with second degree murder — Each placing blame on other — Appellant making no statement to police but testifying at trial — Appellant being cross-examined on his pre-trial silence — Whether cross-examination violating appellant's right to silence — Whether trial judge erring in instructions to jury on use to be made of evidence that appellant had not given statement to police — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. v. Curragh Inc...... 900

Criminal law — Appeals — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Manslaughter trial — Trial judge privately asking head of public prosecution service to remove lead Crown counsel from prosecution team — Trial judge complaining of counsel's lack of preparation and uncooperative attitude toward defence counsel — Crown bringing motion for mistrial because of reasonable apprehension of bias — Trial judge dismissing Crown's motion — Crown applying for leave to appeal decision to Supreme Court of Canada — Motion to quash application for leave granted — Supreme Court having no jurisdiction to hear appeal at this stage.

R. v. Goddard 854

Criminal law — Obstruction of justice — Appellant not making false statement to court or withholding information he was obliged to disclose — Acquittal on charge of obstruction of justice restored.

R. v. Hawrish..... 856

Criminal law — Theft — Fraud — Sufficient evidence to support convictions — No miscarriage of justice.

R. v. MacGillivray 890

Criminal law — Dangerous operation of vessels — Elements of offence — Accused driving his boat through a known swimming area at considerable speed without seeing ahead — Swimmer struck by boat and fatally injured — Whether trial judge applied proper test in convicting accused — If not, whether s. 686(1)(b)(iii) of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 249(4), 686(1)(b)(iii).

R. v. Mills..... 902

Criminal law — Appeal — Supreme Court of Canada — Consent to reversal of judgment — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 70.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

deuxième degré — Blâme rejeté l'un sur l'autre — Aucune déclaration de l'appelant à la police, mais déposition au procès — Contre-interrogatoire de l'appelant relativement à son silence avant le procès — Le droit de l'appelant de garder le silence a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit criminel — Preuve — Procès conjoints — Droit de garder le silence avant le procès — Droit à une défense pleine et entière — Appelant et un coaccusé inculpés de meurtre au deuxième degré — Blâme rejeté l'un sur l'autre — Aucune déclaration de l'appelant à la police, mais déposition au procès — Contre-interrogatoire de l'appelant relativement à son silence avant le procès — Le contre-interrogatoire a-t-il porté atteinte au droit de l'appelant de garder le silence? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives au jury quant à l'utilisation pouvant être faite de la preuve que l'appelant n'avait fait aucune déclaration à la police? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. c. Curragh Inc...... 900

Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada — Compétence — Procès pour homicide involontaire coupable — Demande faite en privé par le juge du procès au directeur du service des poursuites publiques pour que le principal substitut du procureur général soit retiré de l'équipe du ministère public — Juge du procès se plaignant du manque de préparation de cet avocat et de son manque de coopération envers l'avocat de la défense — Requête en annulation du procès présentée par le ministère public en raison d'une crainte raisonnable de partialité — Requête du ministère public rejetée par le juge du procès — Demande d'autorisation de pourvoi contre cette décision présentée à la Cour suprême du Canada par le ministère public — Requête en annulation de la demande d'autorisation accordée — Absence de compétence de la Cour suprême pour entendre un pourvoi à cette étape des procédures.

R. c. Goddard 854

Droit criminel — Entrave à la justice — Appelant ne faisant aucune fausse déclaration à la cour et ne dissimulant pas non plus des renseignements qu'il était tenu de divulguer — Rétablissement du verdict d'acquiescement relatif à une accusation d'entrave à la justice.

R. c. Hawrish..... 856

Droit criminel — Vol — Fraude — Preuve suffisante pour justifier des déclarations de culpabilité — Absence d'erreur judiciaire.

R. c. MacGillivray 890

Droit criminel — Conduite dangereuse d'un bateau — Éléments de l'infraction — Bateau conduit à haute vitesse par l'accusé dans une zone connue de baignade, alors qu'il ne

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. St. Pierre	791
Criminal law — Motor vehicles — Driving while “over 80” — Breathalyzer test — Presumption of accuracy — Presumption of identity — Accused claiming to have consumed two miniature bottles of vodka while waiting to take breathalyzer test — Whether presumption in s. 258(1)(c) of Criminal Code applies — Meaning of “evidence to the contrary” — Whether evidence must tend to show that accused’s blood alcohol level was within permissible limit at time of alleged offence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 258(1)(c).	

SOMMAIRE (Fin)

voyait pas devant — Nageur heurté par le bateau et mortellement blessé — Le juge du procès a-t-il appliqué le critère approprié pour déclarer l'accusé coupable? — Sinon, l'art. 686(1)b(iii) du Code criminel est-il applicable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 249(4), 686(1)b(iii).	
R. c. Mills	902
Droit criminel — Appel — Cour suprême du Canada — Consentement à la cassation d'un jugement — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 70.	
R. c. St. Pierre	791
Droit criminel — Véhicules à moteur — Conduite avec une alcoolémie de «plus de 80» — Alcootest — Présomption d'exactitude — Présomption d'identité — L'accusée soutient avoir bu le contenu de deux petites bouteilles de vodka pendant qu'elle attendait de subir un alcootest — La présomption prévue à l'art. 258(1)c) du Code criminel s'applique-t-elle? — Signification de «preuve contraire» — La preuve doit-elle tendre à montrer que l'alcoolémie de l'accusée était inférieure à la limite permise au moment de l'infraction reprochée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 258(1)c).	



1995 Volume 1

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, 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

- [1993] 4 S.C.R. p. 55, first line of the English version.
Read “was accomplished in the manner” instead of
“was accomplished in the matter”.
- [1994] 1 S.C.R. p. 437, line *i*-3 of the French version.
Add after “entretenu.” the following words:
“Pour le ministère de la Voirie, le risque que des usagers subissent un préjudice si la route n’est pas raisonnablement entretenue est un risque aisément prévisible...”
- [1994] 1 S.C.R. p. 458, line *a*-1 of the French version.
Add after “entretenu.” the following words:
“Pour le ministère de la Voirie, le risque que des usagers subissent un préjudice si la route n’est pas raisonnablement entretenue est un risque aisément prévisible...”
- [1994] 3 S.C.R. p. 1018, line *c*-3 of the English version.
Read “File Nos.: 23760, 23809” instead of “File Nos.: 23706, 23809”.
- [1994] 3 S.C.R. p. 1018, line *c*-3 of the French version.
Read “N^{os} du greffe: 23760, 23809” instead of “N^{os} du greffe: 23706, 23809”.
- [1993] 4 R.C.S. p. 55, première ligne de la version anglaise. Lire «was accomplished in the manner» au lieu de «was accomplished in the matter».
- [1994] 1 R.C.S. p. 437, ligne *i*-3 de la version française. Ajouter après «entretenu.» les mots suivants: «Pour le ministère de la Voirie, le risque que des usagers subissent un préjudice si la route n’est pas raisonnablement entretenue est un risque aisément prévisible...»
- [1994] 1 R.C.S. p. 458, ligne *a*-1 de la version française. Ajouter après «entretenu.» les mots suivants: «Pour le ministère de la Voirie, le risque que des usagers subissent un préjudice si la route n’est pas raisonnablement entretenue est un risque aisément prévisible...»
- [1994] 3 R.C.S. p. 1018, ligne *c*-3 de la version anglaise. Lire «File Nos.: 23760, 23809» au lieu de «File Nos.: 23706, 23809».
- [1994] 3 R.C.S. p. 1018, ligne *c*-3 de la version française. Lire «N^{os} du greffe: 23760, 23809» au lieu de «N^{os} du greffe: 23706, 23809».

MOTIONS — REQUÊTES
(January 1 to March 31, 1995 — 1^{er} janvier au 31 mars 1995)

- Adler (Ralph) v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 24341, leave to appeal refused, 26.1.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Adler (Susie) v. The Queen* (Ont.), 24347, leave to appeal granted, 2.2.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Affeldt v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24429, leave to appeal refused, 2.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Allard c. Commission des valeurs mobilières du Québec* (Qué.), 24483, leave to appeal refused with costs, 16.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 24562, notice of discontinuance filed, 27.2.95, avis de désistement produit.
- Atlific (Nfld.) Ltd. v. Hotel Buildings Ltd.* (Nfld.), 24313, leave to appeal refused with costs, 26.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Royal Canadian Mounted Police Public Complaints Commission* (F.C.A.)(Ont.), 24319, leave to appeal refused with costs, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- B.K. v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 24357, leave to appeal granted, 2.2.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Bachman v. Garden* (Sask.), 24544, leave to appeal refused with costs, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs* (Sask.), 24342, leave to appeal granted, 2.2.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Bennett v. Kynock* (N.S.), 24299, leave to appeal refused, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Bourbonnière c. Bureau d'expertise des assureurs Liée* (Qué.), 24452, leave to appeal refused with costs, 2.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brousseau c. Stewart-Wolf* (Qué.), 24407, leave to appeal refused with costs, 26.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Burden v. Scurry-Rainbow Oil Ltd.* (Alta.), 24405, leave to appeal refused with costs, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Camani v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24369, leave to appeal refused, 16.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Association of Fire Bomber Pilots v. Government of Saskatchewan* (Sask.), 24214, leave to appeal refused with costs, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Broadcasting Corporation v. Attorney General for New Brunswick* (Crim.)(N.B.), 24305, leave to appeal granted, 30.3.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Canadian Broadcasting Corporation v. Attorney General of the province of Saskatchewan* (Sask.), 23738, leave to appeal refused with costs, 12.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian National Railway Co. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 24340, leave to appeal refused with costs, 26.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Pacific Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 24315, leave to appeal refused with costs, 26.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Centre communautaire juridique de l'Estrie c. Ville de Sherbrooke* (Qué.), 24425, leave to appeal granted, 2.3.95, autorisation de pourvoi accordée.

- Chaba v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24380, leave to appeal refused, 19.1.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Chalkley v. Chalkley* (Man.), 24515, leave to appeal refused, L'Heureux-Dubé J. dissenting, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.
- Charlebois v. Amalgamated Transit Union Local 279* (F.C.A.)(Ont.), 24219, leave to appeal refused with costs, 12.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chavali v. Ng* (Ont.), 24461, leave to appeal refused with costs, 16.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- City of Dartmouth v. Pay Equity Commission* (N.S.), 24447, leave to appeal refused with costs, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cloutier c. Ferland* (Qué.), 24349, leave to appeal refused with costs, 26.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission des droits de la personne du Québec c. Commission scolaire régionale Chauveau* (Qué.), 24291, leave to appeal refused with costs, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission scolaire de la Jonquière c. Syndicat du personnel de soutien de Jonquière* (Qué.), 24338, leave to appeal refused with costs, 26.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission scolaire Les Écores c. Syndicat de l'enseignement de la région des Mille-Îles* (Qué.), 24456, leave to appeal refused with costs, 9.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commonwealth Investors Syndicate Ltd. v. Laxton* (B.C.), 24353, leave to appeal refused with costs, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Compagnie de la Baie d'Hudson c. Desjardins-Ferland* (Qué.), 24482, leave to appeal refused with costs, 9.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Coopers & Lybrand Ltd. v. Bruncor Leasing Inc.* (N.S.), 24279, leave to appeal refused with costs, 19.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Coopers & Lybrand Ltd. v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.)(N.S.), 24329, leave to appeal refused with costs, 26.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation municipale de la ville de Bécancour c. Enfoui-Bec Inc.* (Qué.), 24422, leave to appeal refused with costs, 16.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Country Music Television Inc. v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission* (F.C.A.)(Ont.), 24477, leave to appeal dismissed with costs to MH Radio/Rawlco Partnership, 26.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens à MH Radio/Rawlco Partnership.
- Courtcliffe Parks Ltd. v. Hamilton Wentworth Credit Union* (Ont.), 24106, leave to appeal refused with costs, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Couture (Jacynthe) c. Gagnon* (Qué.), 24491, leave to appeal refused with costs, 16.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Couture (Richard) c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24392, leave to appeal refused, 26.1.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Cross v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24371, leave to appeal refused, 9.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Crown Parking Co. v. City of Calgary* (Alta.), 24377, leave to appeal refused with costs, 2.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- D & B Companies of Canada Ltd. v. Director of Investigation and Research* (F.C.A.)(Ont.), 24423, leave to appeal refused with costs, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- D.M. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24462, leave to appeal refused, 23.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- D'Amato v. Badger* (B.C.), 24364, leave to appeal granted, 2.3.95, autorisation de pourvoi accordée.
- D'Amore Construction (Windsor) Ltd. v. The Queen* (Ont.), 24372, leave to appeal refused with costs, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- David Hunt Farms Ltd. v. Minister of Agriculture* (F.C.A.)(Ont.), 24281, leave to appeal refused with costs, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- DeCoste v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24306, leave to appeal refused, 2.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Désaulniers c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24356, leave to appeal refused, 19.1.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Dewald v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24363, leave to appeal granted, 2.2.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Dick v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24059, leave to appeal refused, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Didone c. Didone-Gagnon* (Qué.), 24440, leave to appeal refused with costs, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Disco Gas & Oil Ltd. v. Petro-Canada Inc.* (B.C.), 24379, leave to appeal refused with costs, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- D'Onofrio v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24277, leave to appeal refused, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Dorscheid v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24420, leave to appeal refused, 16.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Eakin v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24451, leave to appeal refused, 23.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Elgersma v. Attorney General for Ontario* (Ont.), 24347, leave to appeal granted, 2.2.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Ellis-Don Ltd. v. Ontario Labour Relations Board* (Ont.), 24243, leave to appeal refused with costs, 12.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ernst & Young Inc. v. Price Waterhouse Ltd.* (Ont.), 24259, leave to appeal granted, 2.2.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Fletcher v. Scurry-Rainbow Oil Ltd.* (Alta.), 24404, leave to appeal refused with costs, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fong v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24448, leave to appeal refused, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Fou du Roi Inc. c. Morin* (Qué.), 24463, leave to appeal refused with costs, 9.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fraternité des policiers de la communauté urbaine de Montréal c. Communauté urbaine de Montréal* (Qué.), 24445, leave to appeal refused with costs, 2.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Funk v. Royal Bank of Canada* (Ont.), 24443, leave to appeal refused with costs, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- G.W.M. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24394, leave to appeal refused, 16.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Garnett v. Attorney General of New Brunswick* (N.B.), 24507, notice of discontinuance filed, 3.3.95, avis de désistement produit.
- Gaucher c. J. M. Asbestos Inc.* (Qué.), 24441, leave to appeal refused with costs, 2.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gharavy c. Institut Philippe Pinel* (Qué.), 24460, leave to appeal refused, 17.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Gillis v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 24453, leave to appeal refused, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Greenbaum c. Public Curator of Quebec* (Qué.), 24434, leave to appeal refused with costs, 2.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Guns N'Roses Missouri Storm Inc. c. Productions Musicales Donald K. Donald Inc.* (Qué.), 24286, leave to appeal refused with costs, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Guzyk v. Hare* (B.C.), 24373, leave to appeal refused with costs, 2.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gymnase Longueuil Inc. c. Construction Dupal Inc.* (Qué.), 24348, leave to appeal refused, 26.1.95, autorisation de pourvoi refusée.

- Hayoun c. Compagnie T. Eaton Ltée* (Qué.), 24501, leave to appeal refused with costs, 16.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Henry v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24384, leave to appeal refused, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Hershkovitz c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24417, leave to appeal refused, 2.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Hinchey v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 24430, leave to appeal granted, 30.3.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Hinse c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24320, leave to appeal refused, 26.1.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Holt v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24362, leave to appeal refused, 12.1.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Howe v. Professional Conduct Committee* (Ont.), 24275, leave to appeal refused with costs, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jackson v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24241, leave to appeal refused, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Jacques c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24012, notice of discontinuance filed, 17.2.95, avis de désistement produit.
- Johnson v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 24133, leave to appeal refused, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Kaban v. Sett* (Man.), 24444, leave to appeal refused with costs, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kansa General Insurance Co. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.* (B.C.), 24368, leave to appeal refused with costs, 2.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kerrar c. Souyad* (Qué.), 24470, leave to appeal refused with costs, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kerrar c. Souyad* (Qué.), 24479, leave to appeal refused with costs, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kieling v. Saskatchewan Wheat Pool* (Sask.), 24285, leave to appeal refused with costs, 12.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kindret v. The Queen* (F.C.A.)(Crim.)(Man.), 24215, leave to appeal refused, 12.1.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Kujawa v. Milgaard* (Sask.), 24382, leave to appeal refused with costs, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- L.L.A. v. A.B.* (Crim.)(Ont.), 24568, leave to appeal granted, 17.3.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Landry c. La Reine* (C.A.F.)(Qué.), 24370, leave to appeal refused, 26.1.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Laws v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24504, leave to appeal refused, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Lawson v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24331, leave to appeal refused, 19.1.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Lemky v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24454, leave to appeal granted, 2.3.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Lozinski v. Agricultural Credit Corporation of Saskatchewan* (Sask.), 24326, leave to appeal refused with costs, 26.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ludwig v. Crick* (B.C.), 24327, leave to appeal refused with costs, 2.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- M.S. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24431, leave to appeal refused with costs, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- MacIsaac v. MacNeil* (N.S.), 24180, leave to appeal refused, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Mackie v. Milgaard* (Sask.), 24382, leave to appeal refused with costs, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- MacNeill v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 24231, leave to appeal refused with costs, 12.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Manley v. Clarfield* (Ont.), 24476, leave to appeal refused, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée.

- McDowall v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24390, leave to appeal refused, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- McGillivray v. Province of New Brunswick* (N.B.), 24336, leave to appeal refused with costs, 23.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McMaster v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24395, leave to appeal granted, 2.3.95, autorisation de pourvoi accordée.
- McPhillips v. British Columbia Ferry Corporation* (B.C.), 24246, leave to appeal refused with costs, 26.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Meditrust Pharmacy Services Inc. c. Ordre des Pharmaciens du Québec* (Qué.), 24487, leave to appeal refused with costs, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Merck Frosst Canada Inc. v. Minister of National Health and Welfare* (F.C.A.)(Ont.), 24260, leave to appeal refused with costs, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Meubles du Québec Inspiration XIX^e Ltée c. Ville de Chicoutimi* (Qué.), 24355, leave to appeal refused with costs, 26.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Minister of Justice of Canada c. Jamieson* (Crim.)(Qué.), 24253, leave to appeal granted, 2.2.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Morrissey v. Morrissey* (P.E.I.), 24202, leave to appeal refused with costs, 12.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Municipalité de la paroisse de Ste-Rose-du-Nord c. Procureur général du Québec* (Qué.), 24354, leave to appeal refused with costs, 16.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Neuberger v. Connors* (Ont.), 24346, leave to appeal refused with costs, 2.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Noble v. First City Trust Co.* (Alta.), 24403, leave to appeal refused with costs, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Omar C. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24283, notice of discontinuance filed as of right, 27.2.95, avis de désistement produit de plein droit.
- P.L. v. Director of Child Welfare* (Nfld.), 23886, leave to appeal refused, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Paramadevan v. Semelhago* (Ont.), 24325, leave to appeal granted, 2.2.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Patenaude c. Procureur général du Québec* (Qué.), 24415, leave to appeal refused with costs, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Peckham v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24401, leave to appeal refused, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Peroux c. Cité de la Santé de Laval* (Qué.), 24464, leave to appeal refused with costs, 9.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Peters v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 24391, leave to appeal refused, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Petrini v. The Queen* (F.C.A.)(Crim.)(Ont.), 24433, leave to appeal refused with costs, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pilote c. Corporation de l'hôpital Bellechasse de Montréal* (Qué.), 24419, leave to appeal refused with costs, 2.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Portree v. Woodsmill Homes Ltd.* (Man.), 24289, leave to appeal refused with costs, 12.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Prince Rupert Grain Ltd. v. International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Ship and Dock Foremen, Local 514* (F.C.A.)(B.C.), 24428, leave to appeal granted, 30.3.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Procureur général du Québec c. 2747-3174 Québec Inc.* (Qué.), 24309, leave to appeal granted, 2.3.95, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Adams* (Crim.)(Alta.), 24252, leave to appeal granted, 6.2.95, autorisation de pourvoi accordée.
- R. c. Aubin* (Crim.)(Qué.), 24350, leave to appeal refused, 19.1.95, autorisation de pourvoi refusée.

- R. v. Austin* (Crim.)(B.C.), 24486, leave to appeal granted, 30.3.95, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Calder* (Crim.)(Ont.), 24323, leave to appeal refused, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Fisher* (Crim.)(Ont.), 24102, leave to appeal refused, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Gauthier* (Crim.)(Qué.), 24234, leave to appeal refused, 2.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Lambert* (Crim.)(Nfld.), 24378, leave to appeal refused, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Lima-Fernandez* (Crim.)(Ont.), 24466, notice of discontinuance filed, 16.3.95, avis de désistement produit.
- R. v. MacLeod* (Crim.)(N.B.), 24397, leave to appeal refused, 9.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Marwin G.* (Crim.)(Ont.), 24484, leave to appeal refused, 23.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Peterson* (Crim.)(B.C.), 24421, leave to appeal refused, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Robinson* (Crim.)(B.C.), 24302, leave to appeal granted, 2.3.95, autorisation de pourvoi accordée.
- R. c. Simard* (Crim.)(Qué.), 24408, leave to appeal refused, 2.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- R.L. c. J.M.* (Qué.), 24537, leave to appeal refused with costs, 9.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Raîche c. Giard* (Qué.), 24467, leave to appeal refused with costs, 9.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ratelle c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24333, leave to appeal refused with costs, 26.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Reed v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24332, leave to appeal refused, 2.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Remington v. The Queen* (F.C.A.)(Alta.), 24376, leave to appeal refused, 9.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Rizk c. Syndicat des enseignantes et enseignants de Le Royer* (Qué.), 24427, leave to appeal refused with costs, 20.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Roland Home Improvements Ltd. v. Royal Bank of Canada* (Ont.), 24442, leave to appeal refused with costs, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rosen v. Rosen* (Ont.), 24312, leave to appeal refused with costs, 16.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ross v. United States of America* (Crim.)(B.C.), 24400, leave to appeal granted, 30.3.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Roy c. Patenaude* (Qué.), 24469, leave to appeal refused, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Royal Bank of Canada v. North American Life Assurance Co.* (Sask.), 24316, leave to appeal granted, 2.3.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Ruffo c. Conseil de la Magistrature* (Qué.), 23222, notice of discontinuance filed, 29.12.94, avis de désistement produit.
- S.P. c. M.R.* (Qué.), 24251, leave to appeal granted, 2.2.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Scarth v. Northland Bank* (Alta.), 24424, leave to appeal refused with costs, 16.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Schofield v. Smith* (N.B.), 24282, leave to appeal refused with costs, 12.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Simanek v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24344, leave to appeal refused, 12.1.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Simcoe Erie Group v. Myers* (Ont.), 24330, leave to appeal refused with costs, 19.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Simpson v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24465, leave to appeal refused, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Skelding v. Skelding* (B.C.), 24389, leave to appeal refused with costs, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Skyview Hotels Ltd. v. Chiips Inc.* (Alta.), 24374, leave to appeal refused with costs, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Snyder v. Snyder* (Alta.), 24308, leave to appeal refused with costs, 16.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sobieh v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 24184, leave to appeal refused, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Sous-ministre du Revenu national c. Hydro-Québec* (C.A.F.)(Qué.), 24361, notice of discontinuance filed, 20.2.95, avis de désistement produit.
- Stephenson v. Edmonton Telephones Corporation* (Alta.), 24540, leave to appeal refused with costs, 16.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Swantje v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 24439, leave to appeal granted, 30.3.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Syndicat de l'enseignement de Lanaudière c. Commission scolaire des Cascades-l'Achigan* (Qué.), 24472, leave to appeal refused, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Taddéo c. Ville de Montréal-Nord* (Qué.), 24510, leave to appeal refused with costs, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tardi c. General Motors Acceptance Corporation du Canada Ltée* (Qué.), 24387, leave to appeal refused, 26.1.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Taylor v. Metropolitan Toronto Housing Authority* (Ont.), 24185, leave to appeal refused with costs, 12.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tenant v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 24339, leave to appeal granted, 2.3.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Terry v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24335, leave to appeal granted, 2.2.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Tinkasimire v. Ontario Workers Compensation Board* (Ont.), 24239, leave to appeal refused, 12.1.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Trunzo v. The Queen* (Crim.)(Man.), 24261, leave to appeal refused, 2.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Tseshahat v. The Queen in right of the province of British Columbia* (B.C.), 23234, notice of discontinuance filed, 21.3.95, avis de désistement produit.
- Tyndall v. Manitoba Labour Board* (Man.), 24272, leave to appeal refused, 12.1.95, autorisation de pourvoi refusée.
- United States Fire Insurance Co. v. Tri-Service Machine Ltd.* (Alta.), 24294, leave to appeal refused with costs, 9.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vaughan v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24345, leave to appeal refused, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Village Commissioners of Waverly v. Kerr* (N.S.), 24151, leave to appeal refused with costs, 23.3.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Villeneuve v. Continental Insurance Co.* (P.E.I.), 24212, leave to appeal refused with costs, 12.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Webber v. A. Jourdain Investments Ltd.* (Ont.), 24383, leave to appeal refused, 23.2.95, autorisation de pourvoi refusée.
- White v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 24115, notice of discontinuance filed, 25.1.95, avis de désistement produit.
- Whitley v. United States of America* (Crim.)(Ont.), 24438, leave to appeal granted, 30.3.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Wilson v. McCrea* (Ont.), 24358, leave to appeal refused with costs, 2.2.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wolf v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24478, leave to appeal refused, 30.3.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Woo Investments Inc. v. Confederation Life Insurance Co.* (Sask.), 24300, leave to appeal refused with costs, 12.1.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Yarema v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24446, leave to appeal refused, 23.2.95, 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			
A. (H.), T. (M.) v.....	445	Crawford, R. v.....	858
Attorney General see also "Canada" or the name of province		Creighton, R. v.....	858
		Curragh Inc., R. v.....	900
B			
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	315		
B. (W.R.), R. v.....	750		
Barrett, R. v.....	752		
Bernshaw, R. v.....	254		
Biddle, R. v.....	761		
Bird Construction Co., Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v.....	85		
Blenner-Hassett, R. v.....	443		
C			
Canada (Labour Relations Board), Canadian Broadcasting Corp. v.....	157		
Canada (Minister of Employment and Immigration), Chen v.....	725		
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)	157		
Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band....	3		
Canadian Pacific Ltd. v. Siska Indian Band.....	3		
Chaplin, R. v.....	727		
Chen v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	725		
Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, B. (R.) v.....	315		
Commission see also "Canada" or the name of province			
D			
		D. (W.R.), R. v.....	758
		Dunn, R. v.....	226
		Durish, White Resource Management Ltd. v.	633
G			
		Goddard, R. v.....	854
H			
		Halcrow, R. v.....	440
		Hawrish, R. v.....	856
L			
		Laporte, R. v.....	442
		Lepage, R. v.....	654
		Lord, R. v.....	747
M			
		MacGillivray, R. v.....	890
		Matsqui Indian Band, Canadian Pacific Ltd. v....	3
		Mayfield Investments Ltd., Stewart v.....	131
		McIntosh, R. v.....	686
		Mills, R. v.....	902

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique
«Répertoire» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A			
A. (H.), T. (M.) c.	445	Crawford, R. c.	858
		Creighton, R. c.	858
		Curragh Inc., R. c.	900
B			
B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	315	D. (W.R.), R. c.	758
B. (W.R.), R. c.	750	Dunn R. c.	226
Bande indienne de Matsqui, Canadien Pacifique Ltée c.	3	Durish, White Resource Management Ltd. c.	633
Bande indienne Siska, Canadien Pacifique Ltée c.	3	G	
Barrett, R. c.	752	Goddard, R. c.	854
Bernshaw, R. c.	254	H	
Biddle, R. c.	761	Halcrow, R. c.	440
Bird Construction Co., Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c.	85	Hawrish, R. c.	856
Blenner-Hassett, R. c.	443	L	
C			
Canada (Conseil des relations du travail), Société Radio-Canada c.	157	La Reine voir aussi «R.»	
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), Chen c.	725	Laporte, R. c.	442
Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui	3	Lepage, R. c.	654
Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne Siska	3	Lord, R. c.	747
Chaplin R. c.	727	M	
Chen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	725	MacGillivray, R. c.	890
Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, B. (R.) c.	315	Mayfield Investments Ltd., Stewart c.	131
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province		McIntosh, R. c.	686
		Mills, R. c.	902

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
A		
A.T. & T. Istel Ltd. v. Tully	[1992] 3 All E.R. 523.....	595
Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy.....	[1983] 1 R.C.S. 403.....	26, 77
Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Ste-Foy.....	[1983] 1 S.C.R. 403.....	26, 77
Adams Mine, Cliffs of Canada Ltd. v. United Steelworkers of America	(1982), 1 C.L.R.B.R. (N.S.) 384.....	200, 216
Alex Couture Inc. v. Canada (Attorney-General).....	(1991), 83 D.L.R. (4th) 577	70
Almeida c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1991] 1 C.F. 266	199, 215
Almeida v. Canada (Treasury Board).....	[1991] 1 F.C. 266	199, 215
Altrincham Electric Supply Ltd. v. Sale Urban District Council ...	(1936), 154 L.T. 379	704
Andrews v. Andrews.....	(1980), 120 D.L.R. (3d) 252.....	404
Anns v. Merton London Borough Council	[1978] A.C. 728	95, 141
Arland v. Taylor	[1955] O.R. 131	150
Aronsohn v. Mandara.....	484 A.2d 675 (1984)	125
Associated Newspapers Group Ltd. v. Flynn	(1970), 10 K.I.R. 17	217
Attorney-General v. Kelly	(1916), 28 D.L.R. 409	549
Attorney General for Ontario v. Fatehi	[1984] 2 S.C.R. 536.....	114
Attorney General for Ontario v. Regional Municipality of Peel....	[1979] 2 S.C.R. 1134.....	246
Attorney-General of Quebec v. Cronier.....	(1981), 23 C.R. (3d) 97.....	413
Attorney General of Quebec v. Labrecque.....	[1980] 2 S.C.R. 1057.....	411
Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada	[1979] 1 S.C.R. 218.....	498
B		
B.C. (Govt.) v. Worthington (Can.) Inc.	(1988), 29 B.C.L.R. (2d) 145.....	414
B.C. Motor Vehicle Act, Re	[1985] 2 S.C.R. 486.....	331, 368, 480, 589
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 214.....	377
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 214.....	377
Baron v. Canada.....	[1993] 1 S.C.R. 416.....	305
Batary v. Attorney General for Saskatchewan	[1965] S.C.R. 465.....	470, 525, 583, 618
Batley v. The Queen	(1985), 32 M.V.R. 257	804, 841

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Bell v. Klein	[1954] 1 D.L.R. 225	491
Bensette and Campbell v. Reece	[1973] 2 W.W.R. 497	649
Board of Regents of State Colleges v. Roth.....	408 U.S. 564 (1972)	332, 364
Boucher v. The Queen	[1955] S.C.R. 16	787
Bowen v. Paramount Builders (Hamilton) Ltd.....	[1977] 1 N.Z.L.R. 394.....	117
British Broadcasting Corp. v. Hearn.....	[1978] 1 All E.R. 111.....	217
British Columbia Hydro & Power Authority and Int'l Brotherhood of Electrical Workers, Locals 258 and 213	[1976] 2 C.L.R.B.R. 410.....	217
Brown v. Hooper	(1885), 3 Man. R. 86.....	491
Bruce v. The Queen.....	(1987), 61 Aust. L.J. Rep. 603	887
Bryan v. Moloney	Unreported/Inédit, Sup. Ct. Tasmania, No. A77/1993, October 6, 1993	120
C		
C.P.L., Re	(1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287	371
Cadillac Fairview Corp. v. R.W.D.S.U.....	(1989), 71 O.R. (2d) 206.....	219
CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 983	179
Calford Properties Ltd. v. Zeller's (Western) Ltd.	[1972] 5 W.W.R. 714	646
Canada (Attorney General) v. Mossop.....	[1993] 1 S.C.R. 554.....	211
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[1991] 1 S.C.R. 614.....	179
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[1993] 1 S.C.R. 941.....	179
Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources).....	[1989] 2 S.C.R. 49.....	30, 83
Canada Post Corp.....	(1987), 71 di 215	176, 218
Canada Post Corp.....	(1988), 75 di 189	172, 219
Canada (Procureur général) c. Alex Couture Inc.	[1991] R.J.Q. 2534	70
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada	[1991] 1 R.C.S. 614.....	179
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada	[1993] 1 R.C.S. 941.....	179
Canada (Procureur général) c. Mossop	[1993] 1 R.C.S. 554.....	211
Canada Trust Co. v. Porter	(1980), 2 A.C.W.S. (2d) 428.....	141
Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)	[1989] 2 R.C.S. 49.....	30, 83
Canadian Broadcasting Corp.	(1991), 86 di 92	184
Canadian Broadcasting Corp. and National Association of Broad- cast Employees and Technicians, Re	(1973), 4 L.A.C. (2d) 263	224
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. ...	[1992] 1 S.C.R. 1021.....	95
Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada	(1986), 56 O.R. (2d) 240.....	396
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.....	[1979] 2 S.C.R. 227.....	181, 205, 212
Cantwell v. Connecticut.....	310 U.S. 296 (1940).....	383
Carey v. The Queen	Unreported/Inédit, Ont. H.C., No. 1954/76, September 13, 1988	414
Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)	[1994] 2 S.C.R. 165.....	378

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Central Trust Co. v. Rafuse	[1986] 2 S.C.R. 147.....	104
Charles Osenton & Co. v. Johnston.....	[1942] A.C. 130.....	64, 403
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.	[1992] 1 R.C.S. 1021.....	95
City of Kamloops v. Nielsen.....	[1984] 2 S.C.R. 2.....	113, 142
Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie	[1978] 1 R.C.S. 369.....	50, 67
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board	[1978] 1 S.C.R. 369.....	50, 67
Coronation Insurance Co. v. Taku Air Transport Ltd.	[1991] 3 S.C.R. 622.....	412
Cotroni c. Commission de police du Québec	Unreported/Inédit, C.S.C., n° 13822, 18 février 1975	447
Counselman v. Hitchcock	142 U.S. 547 (1892).....	518
Crocker v. Sundance Northwest Resorts Ltd.....	[1988] 1 S.C.R. 1186.....	141
Cunningham v. Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 143.....	603

D

D., Re.....	(1982), 30 R.F.L. (2d) 277	437
D & F Estates Ltd. v. Church Commissioners for England	[1988] 2 All E.R. 992.....	94
Dagenais c. Société Radio-Canada.....	[1994] 3 R.C.S. 835.....	591, 877
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.....	[1994] 3 S.C.R. 835.....	591, 877
Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada	[1993] 2 R.C.S. 230.....	75, 183, 205
Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 230.....	75, 183, 205
Dersch c. Canada (Procureur général).....	[[1990] 2 R.C.S. 1505	736, 879
Dersch v. Canada (Attorney General).....	[1990] 2 S.C.R. 1505.....	736, 879
Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal.....	[1978] 1 R.C.S. 152.....	482, 584
Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail.....	[1978] 1 S.C.R. 152.....	482, 584
Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles).....	[1993] 2 S.C.R. 756.....	185
Donald Campbell and Co. v. Pollak	[1927] A.C. 732	404
Donoghue v. Stevenson.....	[1932] A.C. 562	99, 142
Downey v. Roaf	(1873), 6 P.R. 89	405
Drexel Properties, Inc. v. Bay Colony Club Condominium, Inc.....	406 So.2d 515 (1981).....	117
Droit de la famille--1605	[1992] R.D.F. 386.....	446
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350.....	482
Dufresne v. The Queen.....	(1966), 50 C.R. 208.....	682
Dutton v. Bognor Regis Urban District Council	[1972] 1 Q.B. 373.....	98

E

E. (Mrs.) v. Eve.....	[1986] 2 S.C.R. 388.....	374
Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.	[1993] 3 S.C.R. 206.....	106
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	388
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	388
Elsom v. Elsom	[1989] 1 S.C.R. 1367.....	400

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
F		
Faber v. The Queen.....	[1976] 2 S.C.R. 9.....	527, 584, 621
Fraser-Reid v. Droumtsekas.....	[1980] 1 S.C.R. 720.....	120
Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.....	[1993] 2 R.C.S. 316.....	186, 221
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports).....	[1992] 1 R.C.S. 3.....	64, 402
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport).....	[1992] 1 S.C.R. 3.....	64, 402
G		
Galaske v. O'Donnell.....	[1994] 1 S.C.R. 670.....	276
Gas Exploration Co. of Alberta Ltd. and Lee v. Cugnet.....	(1954), 12 W.W.R. (N.S.) 177.....	646
Gibbons v. Yates.....	Unreported/Inédit, Ont. Co. Ct., June 17, 1982.....	141
Ginsberg, Re.....	(1917), 38 D.L.R. 261.....	550
Goguen v. The Queen.....	(1956), 116 C.C.C. 306.....	681
Gosselin v. The King.....	(1903), 33 S.C.R. 255.....	495
Gouge v. Three Top Investment Holdings Inc.	[1994] O.J. No. 751 (QL).....	152
H		
Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton.....	[1982] 1 All E.R. 1042.....	32, 399
Hague v. Billings.....	(1989), 48 C.C.L.T. 192.....	141
Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police v. Ontario Nurses' Association.....	(1990), 41 O.A.C. 148.....	185
Hall v. Hebert.....	[1993] 2 S.C.R. 159.....	142
Hammond v. Commonwealth of Australia.....	(1982), 152 C.L.R. 188.....	622
Harelkin c. Université de Regina.....	[1979] 2 R.C.S. 561.....	29, 64, 79, 403
Harelkin v. University of Regina.....	[1979] 2 S.C.R. 561.....	29, 64, 79, 403
Hartford v. Langdon Coach Lines Co.....	(1975), 10 O.R. (2d) 617.....	413
Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.	(1985), 24 D.L.R. (4th) 724.....	533, 584
Health Labour Relations Association and Hospital Employees' Union, Local No. 180.....	(1983), 3 C.L.R.B.R. (N.S.) 390.....	217
Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.	[1964] A.C. 465.....	101
Hepton v. Maat.....	[1957] S.C.R. 606.....	370
Hills c. Canada (Procureur général).....	[1988] 1 R.C.S. 513.....	301
Hills v. Canada (Attorney General).....	[1988] 1 S.C.R. 513.....	301
Hines v. Nova Scotia (Registrar of Motor Vehicles).....	(1990), 78 D.L.R. (4th) 162.....	417
Hogan v. The Queen.....	[1975] 2 S.C.R. 574.....	579
Houle c. Banque Canadienne Nationale.....	[1990] 3 R.C.S. 122.....	105
Houle v. Canadian National Bank.....	[1990] 3 S.C.R. 122.....	105
Hudson's Bay Co. v. Sjostrom.....	[1924] 3 W.W.R. 271.....	405
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145.....	305

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
I		
Ibrahim v. The King	[1914] A.C. 599	499
Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village).....	[1991] 1 S.C.R. 326.....	82, 401
Inco Ltd. and United Steelworkers of America, Local 6166, Re....	(1978), 86 D.L.R. (3d) 407	217
Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce).....	[1987] 1 R.C.S. 181.....	539
Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission).....	[1987] 1 S.C.R. 181.....	539
IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.	[1990] 1 S.C.R. 282.....	49
J		
Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor.....	[1981] 2 S.C.R. 2.....	402
Janigan v. Harris	(1989), 70 O.R. (2d) 5.....	419
John v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 476.....	770
John Doe v. Ontario (Information & Privacy Commissioner).....	(1992), 7 C.P.C. (3d) 33.....	418
Jordan House Ltd. v. Menow	[1974] S.C.R. 239	136
Just c. Colombie-Britannique.....	[1989] 2 R.C.S. 1228.....	142
Just v. British Columbia	[1989] 2 S.C.R. 1228.....	142
K		
Kalesky v. Kalesky	(1974), 51 D.L.R. (3d) 30	404
Kastigar v. United States	406 U.S. 441 (1972).....	545
L		
La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool	[1983] 1 R.C.S. 205.....	146
Lamb v. Munster	(1882), 10 Q.B.D. 110.....	491
Latour v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 361.....	774
Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario	[1991] 2 R.C.S. 211... 197, 216, 388, 418, 438	
Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union.....	[1991] 2 S.C.R. 211... 197, 216, 388, 418, 438	
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357.....	341, 412
Lempke v. Dagenais.....	547 A.2d 290 (1988)	120
Lewis v. Todd and McClure	[1980] 2 S.C.R. 694.....	402
Lilburn's Trial.....	(1637), 3 How. State Tr. 1316	490
London & British North America Co. v. Haigh.....	[1922] 1 W.W.R. 172.....	405
Lowery v. The Queen	[1974] A.C. 85	878
Luce v. London Borough of Bexley	[1990] I.R.L.R. 422	217
Lyle c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1982] 2 C.F. 821	239
Lyle v. Minister of Employment and Immigration	[1982] 2 F.C. 821	239

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
M		
M. (R.E.D.) v. Director of Child Welfare.....	(1986), 47 Alta. L.R. (2d) 380.....	437
MacBain v. Lederman.....	[1985] 1 F.C. 856	49, 70
MacKeigan v. Hickman	[1989] 2 S.C.R. 796.....	620
MacMillan Bloedel Ltd. v. British Columbia Hydro & Power Authority	(1992), 72 B.C.L.R. (2d) 273.....	217
Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.	[1987] 1 S.C.R. 110.....	399
Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.	[1987] 1 R.C.S. 110.....	399
Marcotte c. Sous-procureur général du Canada.....	[1976] 1 R.C.S. 108.....	701, 713
Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada	[1976] 1 S.C.R. 108.....	701, 713
Marcoux v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 763.....	493, 578
McCutcheon and City of Toronto, Re.....	(1983), 147 D.L.R. (3d) 193	249
McDonnell Douglas Canada Ltd.	[1988] O.L.R.B. Rep. May 498	202
McKay v. The Queen.....	[1965] S.C.R. 798.....	275
McLeod v. Egan.....	[1975] 1 S.C.R. 517.....	185, 205, 221
Mercury Communications Ltd. v. Scott-Garner	[1984] 1 All E.R. 179 (C.A.).....	217
Metro Transit Operating Co. v. Independant Canadian Transit Union, Local 3	83 C.L.L.C. ¶ 16,054.....	217
Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832.....	(1990), 70 Man. R. (2d) 59.....	417
Meyer v. Nebraska	262 U.S. 390 (1923)	332, 369
Minister of Justice of Canada v. Borowski	[1981] 2 S.C.R. 575.....	412
Ministre de la Justice du Canada c. Borowski.....	[1981] 2 R.C.S. 575.....	412
Mitchell c. Bande indienne Peguis.....	[1990] 2 R.C.S. 85.....	47, 67
Mitchell v. Peguis Indian Band	[1990] 2 S.C.R. 85.....	47, 67
Mitchell and The Queen, Re	(1983), 6 C.C.C. (3d) 193	249
Mohammad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1989] 2 C.F. 363	49, 71
Mohammad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1989] 2 F.C. 363	49, 71
Morris v. The Queen.....	[1979] 1 S.C.R. 405.....	237
Mulroney and Coates, Re	(1986), 54 O.R. (2d) 353.....	620
Murphy v. Brentwood District Council.....	[1990] 2 All E.R. 908.....	95
N		
N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada	[1987] 1 S.C.R. 1247.....	402
New Brunswick v. Estabrooks Pontiac Buick Ltd.	(1982), 44 N.B.R. (2d) 201	702
Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commis- sioners of Public Utilities).....	[1992] 1 R.C.S. 623.....	44
Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commis- sioners of Public Utilities).....	[1992] 1 S.C.R. 623.....	44
Nolet v. Nolet.....	(1985), 68 N.S.R. (2d) 370	404
Nowegijick v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 29.....	47, 66

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
O		
539618 Ontario Ltd. v. Stathopoulos	(1992), 11 O.R. (3d) 364.....	404
O'Hara c. Colombie-Britannique.....	[1987] 2 R.C.S. 591.....	471, 621
O'Hara v. British Columbia.....	[1987] 2 S.C.R. 591.....	471, 621
Ontario Nurses' Assn. v. Etobicoke General Hospital.....	(1993), 14 O.R. (3d) 40.....	187
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441.....	610
P		
P. (D.) v. S. (C.).....	[1993] 4 S.C.R. 141.....	382, 402, 433
Passburg Petroleums Ltd. and Landstrom Developments Ltd., Re	(1984), 8 D.L.R. (4th) 363	649
Pattullo and The Corporation of the Town of Orangeville, In Re	(1899), 31 O.R. 192.....	405
Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba	[1991] 2 R.C.S. 869.....	44, 70, 363
Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee	[1991] 2 S.C.R. 869.....	44, 69, 363
Pelech v. Pelech	[1987] 1 S.C.R. 801.....	398
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers).....	[1994] 2 R.C.S. 557.....	178
Pierce v. Society of Sisters	268 U.S. 510 (1925).....	369
Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania v. Casey.....	112 S.Ct. 2791 (1992).....	370
Podkriznik v. Schwede.....	[1990] 4 W.W.R. 220.....	129
Poizer v. Ward.....	[1947] 4 D.L.R. 316.....	420
Poje v. Attorney General of British Columbia.....	Unreported/Inédit, S.C.C., No. 7942, October 16, 1952	447
Praisoody, Re.....	(1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404	475, 584, 623
Prince v. Massachusetts	321 U.S. 158 (1944).....	370
Procureur général de l'Ontario c. Fatehi.....	[1984] 2 R.C.S. 536.....	114
Procureur général de l'Ontario c. Municipalité régionale de Peel	[1979] 2 R.C.S. 1134.....	246
Procureur général du Québec c. Labrecque	[1980] 2 R.C.S. 1057.....	411
Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada	[1979] 1 R.C.S. 218.....	498
Prodon v. Vickrey	(1988), 31 C.P.C. (2d) 264.....	404
Q		
Quan c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1990] 2 C.F. 191	199
Quan v. Canada (Treasury Board).....	[1990] 2 F.C. 191	199
Québecair/Air Québec	(1987), 72 di 44	219
R		
R. v. Alkadri.....	(1986), 29 C.C.C. (3d) 467	720
R. v. Amway Corp.....	[1989] 1 S.C.R. 21.....	506, 618

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Andrews.....	(1983), 22 M.V.R. 213.....	816
R. v. B. (F.F.).....	[1993] 1 S.C.R. 697.....	672, 679
R. v. B. (G.).....	[1990] 2 S.C.R. 3.....	844
R. v. Bain.....	[1992] 1 S.C.R. 91.....	768, 781, 784
R. v. Bartle.....	[1994] 3 S.C.R. 173.....	565
R. v. Baxter.....	(1975), 27 C.C.C. (2d) 96.....	695, 720
R. v. Beare.....	[1988] 2 S.C.R. 387.....	369, 438, 521, 590
R. v. Belnavis.....	[1993] O.J. No. 637 (QL).....	284
R. v. Bevan.....	[1993] 2 S.C.R. 599.....	775
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	334, 367, 435, 524
R. v. Black.....	[1989] 2 S.C.R. 138.....	555, 629
R. v. Bolyantu.....	(1975), 29 C.C.C. (2d) 174.....	695, 719
R. v. Bowes.....	(1974), 21 C.C.C. (2d) 367.....	681
R. v. Breau.....	(1987), 33 C.C.C. (3d) 354.....	683
R. v. Broyles.....	[1991] 3 S.C.R. 595.....	875
R. v. Burns.....	[1994] 1 S.C.R. 656.....	752
R. v. C. (T.L.).....	[1994] 2 S.C.R. 1012.....	474, 573
R. v. Callaghan.....	[1974] 3 W.W.R. 70.....	284
R. v. Campbell.....	(1977), 38 C.C.C. (2d) 6.....	772
R. v. Carter.....	[1982] 1 S.C.R. 938.....	747
R. v. Chamberland.....	(1988), 96 A.R. 1.....	695
R. v. Chambers.....	[1990] 2 S.C.R. 1293.....	875
R. v. Chaulk.....	[1990] 3 S.C.R. 1303.....	359, 516, 777
R. v. Colarusso.....	[1994] 1 S.C.R. 20.....	557
R. v. Collins.....	[1987] 1 S.C.R. 265.....	552
R. v. Conway.....	[1989] 1 S.C.R. 1659.....	585
R. v. Corbett.....	[1988] 1 S.C.R. 670.....	401
R. v. Creed.....	(1987), 7 M.V.R. (2d) 184.....	803
R. v. Crooks.....	(1982), 39 O.R. (2d) 193.....	543
R. v. Crosthwait.....	[1980] 1 S.C.R. 1089.....	803, 828
R. v. Cuff.....	(1989), 49 C.C.C. (3d) 65.....	876
R. v. Davis.....	(1973), 14 C.C.C. (2d) 513.....	806, 830
R. v. Debot.....	[1989] 2 S.C.R. 1140.....	305
R. v. Dedman.....	[1985] 2 S.C.R. 2.....	307
R. v. Deruelle.....	[1992] 2 S.C.R. 663.....	273, 713
R. v. Desjardins (No. 5).....	(1991), 88 Nfld. & P.E.I.R. 149.....	743
R. v. Dewald.....	(1994), 19 O.R. (3d) 704.....	277, 294
R. v. Downey.....	[1992] 2 S.C.R. 10.....	516
R. v. Duarte.....	[1990] 1 S.C.R. 30.....	744
R. v. Dubois.....	(1990), 62 C.C.C. (3d) 90.....	803
R. v. Durette.....	[1994] 1 S.C.R. 469.....	742
R. v. Duvivier.....	(1991), 64 C.C.C. (3d) 20.....	626
R. v. Dwernychuk.....	(1992), 77 C.C.C. (3d) 385.....	281
R. v. Dymant.....	[1988] 2 S.C.R. 417.....	387
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	368, 430, 480
R. v. Egger.....	[1993] 2 S.C.R. 451.....	507, 739

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Elshaw	[1991] 3 S.C.R. 24.....	559
R. v. Fee	(1887), 13 O.R. 590.....	494
R. v. Finta.....	[1994] 1 S.C.R. 701.....	402
R. v. François	[1994] 2 S.C.R. 827.....	671
R. v. Gallagher	(1981), 64 C.C.C. (2d) 533	803
R. v. Garofoli	[1990] 2 S.C.R. 1421.....	745
R. v. Gartrell.....	(1992), 72 C.C.C. (3d) 51	267
R. v. Généreux	[1992] 1 S.C.R. 259.....	41
R. v. Gibson	(1992), 72 C.C.C. (3d) 28	806
R. v. Gilbert.....	(1977), 66 Cr. App. R. 237.....	883
R. v. Grant.....	[1991] 3 S.C.R. 139.....	266, 292, 303
R. v. Gruenke	[1991] 3 S.C.R. 263.....	489
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151.....	476, 577, 620, 875
R. v. Heywood	[1994] 3 S.C.R. 761.....	246, 846
R. v. Hufsky	[1988] 1 S.C.R. 621.....	307
R. v. Hughes	(1982), 70 C.C.C. (2d) 42	816
R. v. Hundal	[1993] 1 S.C.R. 867.....	306, 443, 892
R. v. Hutter	(1993), 86 C.C.C. (3d) 81	741
R. v. Jackson	(1991), 68 C.C.C. (3d) 385	878
R. v. Jackson	(1993), 147 A.R. 173.....	299, 309
R. v. Johnson	(1993), 12 O.R. (3d) 340.....	670, 684
R. v. Jones	[1986] 2 S.C.R. 284.....	331, 358, 428, 431
R. v. Jones	[1994] 2 S.C.R. 229.....	468, 486, 602
R. v. Kaczmarek.....	(1994), 16 O.R. (3d) 510.....	293, 309
R. v. Kays.....	(1987), 3 M.V.R. (2d) 209	803
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697.....	373, 435, 516
R. v. Keller	(1970), 1 C.C.C. (2d) 360	682
R. v. Kendall and McKay.....	(1987), 35 C.C.C. (3d) 105	878
R. v. Kizan	(1981), 58 C.C.C. (2d) 444	820
R. v. Kowlyk	[1988] 2 S.C.R. 59.....	568
R. v. Krause.....	[1986] 2 S.C.R. 466.....	771
R. v. Kuhn (No. 1).....	(1973), 15 C.C.C. (2d) 17	682
R. v. Kuldip.....	[1990] 3 S.C.R. 618.....	550, 883
R. v. Ladouceur	[1990] 1 S.C.R. 1257.....	307
R. v. Langdon.....	(1992), 74 C.C.C. (3d) 570	281
R. v. Leaney	[1989] 2 S.C.R. 393.....	775
R. v. Leneal	(1990), 68 Man. R. (2d) 127.....	281
R. v. Linttell	(1991), 64 C.C.C. (3d) 507	281, 299
R. v. Lippé.....	[1991] 2 S.C.R. 114.....	42, 69
R. v. Luke	(1994), 17 O.R. (3d) 51.....	232, 245
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309.....	363, 438, 521
R. v. Ma, Ho and Lai	(1978), 44 C.C.C. (2d) 537	878
R. v. Marshall.....	(1989), 91 N.S.R. (2d) 211	281
R. v. Mazur.....	(1986), 27 C.C.C. (3d) 359	543
R. v. McKinlay Transport Ltd.....	[1990] 1 S.C.R. 627.....	305
R. v. McLaughlin	(1974), 2 O.R. (2d) 514.....	878

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. McNulty.....	(1991), 35 M.V.R. (2d) 27.....	281
R. v. Mehrabnia.....	(1993), 26 C.R. (4th) 98.....	669, 683
R. v. Mellenthin.....	[1992] 3 S.C.R. 615.....	308, 556
R. v. Merson.....	(1983), 4 C.C.C. (3d) 251.....	695
R. v. Milne.....	[1987] 2 S.C.R. 512.....	249
R. v. Moran.....	(1987), 36 C.C.C. (3d) 225.....	620
R. v. Moreau.....	[1979] 1 S.C.R. 261.....	803, 829
R. v. Morgentaler.....	[1988] 1 S.C.R. 30.....	333, 368
R. v. Morin.....	[1988] 2 S.C.R. 345.....	568, 775
R. v. Morin.....	[1992] 3 S.C.R. 286.....	676
R. v. Morra.....	(1992), 11 O.R. (3d) 202.....	477
R. v. Naglik.....	(1991), 65 C.C.C. (3d) 272.....	871
R. v. Nelson.....	(1992), 71 C.C.C. (3d) 449.....	695, 721
R. v. O'Keefe.....	(1958), 121 C.C.C. 273.....	662, 680
R. v. Oakes.....	[1986] 1 S.C.R. 103.....	333, 667, 507
R. v. P. (M.B.).....	[1994] 1 S.C.R. 555.....	468, 486
R. v. Pantelidis.....	[1943] 1 D.L.R. 569.....	493
R. v. Pawlowski.....	(1993), 20 C.R. (4th) 233.....	413
R. v. Pelletier.....	(1986), 29 C.C.C. (3d) 533.....	878
R. v. Penno.....	[1990] 2 S.C.R. 865.....	845
R. v. Pierman.....	(1994), 19 O.R. (3d) 704.....	277, 294
R. v. Pipe.....	(1966), 51 Cr. App. R. 17.....	622
R. v. Pohoretsky.....	[1987] 1 S.C.R. 945.....	554
R. v. Potvin.....	[1989] 1 S.C.R. 525.....	582
R. v. Potvin.....	[1993] 2 S.C.R. 880.....	232, 249
R. v. Power.....	[1994] 1 S.C.R. 601.....	543, 586
R. v. Primeau.....	(1993), 108 Sask. R. 193.....	623
R. v. Pringle.....	[1989] 1 S.C.R. 1645.....	398
R. v. Prosper.....	[1994] 3 S.C.R. 236.....	589
R. v. Pryor.....	(1994), 93 C.C.C. (3d) 108.....	816
R. v. Ratti.....	[1991] 1 S.C.R. 68.....	516
R. v. Richard.....	(1993), 12 O.R. (3d) 260.....	284
R. v. Richardson.....	Unreported/Inédit, Ont. Prov. Div., October 31, 1990.....	286
R. v. Roach.....	(1985), 23 C.C.C. (3d) 262.....	738
R. v. Romeo.....	[1991] 1 S.C.R. 86.....	516
R. v. Ross.....	[1989] 1 S.C.R. 3.....	554
R. v. S. (P.L.).....	[1991] 1 S.C.R. 909.....	775
R. v. S. (R.J.).....	[1995] 1 S.C.R. 451.....	875
R. v. Schmautz.....	[1990] 1 S.C.R. 398.....	273
R. v. Scorey.....	(1748), 1 Leach 43, 168 E.R. 124.....	528
R. v. Seaboyer.....	[1991] 2 S.C.R. 577.....	521, 582, 888
R. v. Seo.....	(1986), 54 O.R. (2d) 293.....	293
R. v. Simmons.....	[1988] 2 S.C.R. 495.....	305
R. v. Simon.....	(1992), 54 O.A.C. 398.....	738
R. v. Simpson.....	[1943] 3 D.L.R. 355.....	549

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Smith	[1992] 2 S.C.R. 915.....	607, 625
R. v. Squire.....	(1975), 26 C.C.C. (2d) 219.....	720
R. v. Staranchuk.....	(1982), 3 C.C.C. (3d) 138.....	522
R. v. Stinchcombe.....	[1991] 3 S.C.R. 326.....	507, 731, 878
R. v. Storrey	[1990] 1 S.C.R. 241.....	284
R. v. Strachan	[1988] 2 S.C.R. 980.....	593
R. v. Stubbs	(1988), 28 O.A.C. 14.....	695, 720
R. v. Sweezy.....	(1974), 20 C.C.C. (2d) 400.....	663
R. v. Thomsen.....	[1988] 1 S.C.R. 640.....	266, 290, 307
R. v. Tutton and Tutton	(1985), 18 C.C.C. (3d) 328.....	436
R. v. Vaillancourt	[1987] 2 S.C.R. 636.....	480
R. v. White	(1986), 41 M.V.R. 82.....	803
R. v. Whittle	[1994] 2 S.C.R. 914.....	499, 582
R. v. Whyte	[1988] 2 S.C.R. 3.....	307, 516
R. v. Wickham.....	(1971), 55 Cr. App. R. 199.....	876
R. v. Wigglesworth	[1987] 2 S.C.R. 541.....	541, 717
R. v. Wigman	[1987] 1 S.C.R. 246.....	232, 244
R. v. Wise.....	[1992] 1 S.C.R. 527.....	306, 556
R. v. Wonnacott.....	(1990), 23 M.V.R. (2d) 248.....	293
R. v. Wood.....	(1986), 28 C.C.C. (3d) 65.....	776
R. v. Wray	[1971] S.C.R. 272.....	500, 582
R. v. Yebes	[1987] 2 S.C.R. 168.....	779
R. v. Z. (D.A.).....	[1992] 2 S.C.R. 1025.....	713
R. v. Zundel.....	[1992] 2 S.C.R. 731.....	435
R. v. Zurlo	(1990), 57 C.C.C. (3d) 407.....	542, 584, 623
R.K., Re	(1987), 79 A.R. 140.....	431
Reference re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	331, 368, 480, 589
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313.....	337
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	335, 365
Regan, Re	[1939] 2 D.L.R. 135.....	526, 583, 622
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	331, 368, 480, 589
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.).....	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	335, 365
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313.....	337
Richards v. Powercraft Homes, Inc.....	678 P.2d 427 (1984).....	120
Rilling v. The Queen	[1976] 2 S.C.R. 183.....	269
Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works.....	[1974] S.C.R. 1189.....	97
RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général).....	[1994] 1 R.C.S. 311.....	447
RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1994] 1 S.C.R. 311.....	447
Roberge v. Bolduc.....	[1991] 1 S.C.R. 374.....	412
Roe v. Wade	410 U.S. 113 (1973).....	370
Rothfield v. Manolakos.....	[1989] 2 S.C.R. 1259.....	113
Rothman v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 640.....	494, 581
Ruben v. The Queen	(1983), 24 Man. R. (2d) 100.....	594

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
S		
Sambell v. Hudago Enterprises Ltd.....	[1990] O.J. No. 2494 (QL)	141
Saskatchewan Joint Board, Retail, Wholesale and Department Store Union v. MacDonalds Consolidated Ltd.	(1985), 43 Sask. R. 260.....	186, 221
Schachter v. Canada.....	[1992] 2 S.C.R. 679.....	412
Schmidt v. Sharpe	(1983), 27 C.C.L.T. 1	141
Sethi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1988] 2 C.F. 552	49
Sethi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1988] 2 F.C. 552	49
Severn v. The Queen	(1878), 2 S.C.R. 70.....	275
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	[1985] 1 R.C.S. 177.....	331, 364, 480
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177.....	331, 364, 480
SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.	[1990] 1 R.C.S. 282.....	49
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	301
Smov Industrie Ceramiche S.P.A. v. Sole Ceramic Importing Ltd.	(1983), 141 D.L.R. (3d) 672	404
Snell v. Farrell.....	[1990] 2 S.C.R. 311.....	154
Société canadienne des postes	(1987), 71 di 215	176, 218
Société canadienne des postes	(1988), 75 di 189	172, 219
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education	[1986] 1 S.C.R. 549.....	399
Société Radio-Canada	(1991), 86 di 92	184
Spencer and The Queen, Re	(1983), 145 D.L.R. (3d) 344	619
Stanley v. Illinois	405 U.S. 645 (1972).....	370
Stock v. Frank Jones (Tipton) Ltd.	[1978] 1 W.L.R. 231	722
Sussex Peerage Case	(1844), 11 C. & F. 85, 8 E.R. 1034.....	712
Sweitzer v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 949.....	563
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick.....	[1979] 2 R.C.S. 227.....	181, 205, 212
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1989] 2 S.C.R. 879.....	68
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board	[1984] 2 S.C.R. 412.....	183
T		
Terlinde v. Neely.....	271 S.E.2d 768 (1980)	116
Terrasses Zarolega Inc. v. Régie des installations olympiques.....	[1981] 1 S.C.R. 94.....	27
The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool.....	[1983] 1 S.C.R. 205.....	146
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du com- merce).....	[1990] 1 R.C.S. 425.....	476, 596, 628, 875
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425.....	476, 596, 628, 875
Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital ...	[1994] 1 S.C.R. 114.....	402

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation & Research, Re.....	[1994] 1 R.C.S. 114..... (1985), 24 C.C.C. (3d) 103	402 532
U		
U.E.S., Local 298 v. Bibeault.....	[1988] 2 S.C.R. 1048.... 24, 74, 179, 205, 206, 210	
Ultramares Corp. v. Touche.....	174 N.E. 441 (1931).....	123
Union Bank of Canada v. Boulter Waugh Ltd.	(1919), 58 S.C.R. 385.....	648
United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.....	[1993] 2 S.C.R. 316.....	186, 221
United Glass & Ceramic Workers of North America and Domglas Ltd., Re.....	(1978), 85 D.L.R. (3d) 118	217
United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)	[1992] 1 R.C.S. 901.....	447
United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General).....	[1992] 1 S.C.R. 901.....	447
V		
Valente v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 673.....	65
Vaughan v. Warner Communications Inc.....	(1986), 56 O.R. (2d) 242.....	129
Vézeau v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 277.....	568, 876
Ville de Kamloops c. Nielsen.....	[1984] 2 R.C.S. 2.....	113, 142
Villeneuve v. Rur. Mun. Kelvington.....	[1929] 2 D.L.R. 919	405
W		
Wakley v. Cooke.....	(1849), 4 Ex. 511, 154 E.R. 1316	528
Wardair Canada Inc.....	(1988), 76 di 103	219
Wawrzyniak v. Jagiellicz	(1988), 9 A.C.W.S. (3d) 175.....	410
Welton and The Queen, Re.....	(1986), 29 C.C.C. (3d) 226	542, 584, 623
Wentworth County Board of Education v. Wentworth Women Teachers' Assn.	(1991), 80 D.L.R. (4th) 558.....	187
Westinghouse Electric Corp. Uranium Contract Litigation MDL Docket No. 235 (No. 2), Re.....	[1977] 3 All E.R. 717.....	515
Wisconsin v. Yoder	406 U.S. 205 (1972).....	370
Wismer v. Javelin International Ltd.....	(1982), 38 O.R. (2d) 26.....	413
Woolmington v. Director of Public Prosecutions	[1935] A.C. 462	677
Y		
Young v. Young.....	[1993] 4 S.C.R. 3.....	433

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
B			
Broadcasting Act, R.S.C., 1985, c. B-9		s. 35.....	686
s. 3.....	157	s. 37.....	686
		s. 249(4).....	890
		s. 254.....	254
		s. 258(1)(c)	791
		s. 686(1)(a)(i).....	654
		s. 686(1)(b)(iii)	890
		s. 686(4)(b)(i)	451
C			
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5		F	
s. 5.....	451	Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7	
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2		s. 18.....	3
s. 94(1)(a)	157	s. 18.3(1).....	3
Canadian Charter of Rights and Freedoms		s. 18.5.....	3
s. 1.....	315	s. 24(1).....	3
s. 2(b).....	315		
s. 7.....	315, 451, 858	I	
s. 11(c).....	451	Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172	
s. 11(i).....	226	s. 11(3).....	725
s. 13.....	451	Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5	
s. 24(2).....	451	s. 83(1).....	3
Child Welfare Act, R.S.O. 1980, c. 66		s. 83(3).....	3
s. 19(1)(b)(ix)	315	Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21	
s. 21.....	315	s. 44(e).....	226
s. 27.....	315		
s. 28(1).....	315	S	
s. 28(10).....	315	Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26	
s. 28(12).....	315	s. 65.1.....	445
s. 30(1).....	315	s. 70.....	902
s. 41.....	315		
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46			
s. 34(1).....	686		
s. 34(2).....	686		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C		L	
Charte canadienne des droits et libertés		Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21	
art. 1	315	art. 44e).....	226
art. 2b).....	315	Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7	
art. 7.....	315, 451, 858	art. 18.....	3
art. 11c).....	451	art. 18.3(1).....	3
art. 11i).....	226	art. 18.5.....	3
art. 13.....	451	art. 24(1).....	3
art. 24(2).....	451		
Child Welfare Act, R.S.O. 1980, ch. 66		Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26	
art. 19(1)b)(ix).....	315	art. 65.1.....	445
art. 21.....	315	art. 70.....	902
art. 27.....	315	Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5	
art. 28(1).....	315	art. 5.....	451
art. 28(10).....	315		
art. 28(12).....	315	Loi sur la radiodiffusion, L.R.C. (1985), ch. B-9	
art. 30(1).....	315	art. 3.....	157
art. 41.....	315		
Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2		Loi sur les indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5	
art. 94(1)a).....	157	art. 83(1).....	3
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		art. 83(3).....	3
art. 34(1).....	686		
art. 34(2).....	686	R	
art. 35.....	686	Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172	
art. 37.....	686	art. 11(3).....	725
art. 249(4).....	890		
art. 254.....	254		
art. 258(1)c).....	791		
art. 686(1)a)(i).....	654		
art. 686(1)b)(iii).....	890		
art. 686(4)b)(i).....	451		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).....	217
Alberta. Law Reform Institute. Report No. 62. <i>Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act</i> . Edmonton: The Institute, 1992	539
Alberta. Law Reform Institute. Report No. 63. <i>Section 195 of the Land Titles Act</i> . Edmonton: The Institute, 1993	645
Arthurs, Harry William, et al. <i>Labour Law and Industrial Relations in Canada</i> , 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993	217
Bala, Nicholas, and J. Douglas Redfearn. "Family Law and the 'Liberty Interest': Section 7 of the Canadian Charter of Rights" (1983), 15 <i>Ottawa L. Rev.</i> 274	363
Barrett, Sidney R., Jr. "Recovery of Economic Loss in Tort for Construction Defects: A Critical Analysis" (1989), 40 <i>S.C. L. Rev.</i> 891	121
<i>Black's Law Dictionary</i> , 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "adjudge"	237
Blackstone, Sir William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , Book IV. By William Draper Lewis. Phila- delphia: Rees Welsh & Co., 1897	677
Blackstone, Sir William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1769	714
Bryden, Philip L. "Administrative Law — Review for Jurisdictional Error — Labour Board Decision Held to be Patently Unreasonable: <i>United Association of Journeymen and Apprentices of the Pipefitting Industry</i> <i>v. W.W. Lester (1978) Ltd.</i> " (1992), 71 <i>Can. Bar Rev.</i> 580.....	196
Canada. Affaires indiennes et du Nord. Commission consultative de la fiscalité indienne. <i>Introduction à</i> <i>l'imposition foncière sur les réserves</i> . Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1990....	47
Canada. Canadian Committee on Corrections. <i>Toward Unity: Criminal Justice and Corrections</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1969	497, 589
Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. <i>Justice pénale et correction: un lien à</i> <i>forger</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969	497, 589
Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. Deuxième rapport. <i>La liberté et la sécurité devant la loi</i> , vol. 2. Ottawa: La Commission, 1981.....	566
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 17. <i>Les commissions d'enquête: une nouvelle</i> <i>loi</i> . Ottawa: La Commission, 1977.....	532, 589
Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 13. <i>Les commissions consultatives et les commissions</i> <i>d'enquête</i> . Ottawa: La Commission, 1979	537
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Rapport sur la preuve</i> . Ottawa: La Commission, 1975.....	566, 582

Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. Second Report. <i>Freedom and Security under the Law</i> , vol. 2. Ottawa: The Commission, 1981.....	566
Canada. Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. <i>Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence</i> . Toronto: Carswell, 1982.....	498, 583
Canada. Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. <i>La preuve au Canada</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1983	498, 583
Canada. Indian and Northern Affairs. Indian Taxation Advisory Board. <i>Introduction to Real Property Taxation on Reserve</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1990	47
Canada. <i>La Constitution canadienne 1980: Projet de résolution concernant la Constitution du Canada</i> . Ottawa, 1980.....	522
Canada. Law Reform Commission. Report 13. <i>Advisory and Investigatory Commissions</i> . Ottawa: The Commission, 1979.....	537
Canada. Law Reform Commission. <i>Report on Evidence</i> . Ottawa: The Commission, 1975	566, 582
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 17. <i>Commissions of Inquiry: A New Act</i> . Ottawa: The Commission, 1977	532, 589
Canada. <i>The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada</i> . Ottawa, 1980.....	522
<i>Citrine's Trade Union Law</i> , 3rd ed. By M. A. Hickling. London: Stevens & Sons Ltd., 1967	218
Colvin, Eric. "Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i>	341
Cooke, Sir Robin. "An Impossible Distinction" (1991), 107 <i>L.Q. Rev.</i>	103
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 ^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.....	241, 246, 701, 718
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991	241, 246, 701, 718
Cross, Rupert, Sir, and Colin Tapper. <i>Cross on Evidence</i> , 7th ed. London: Butterworths, 1990.....	622, 774
<i>Débats de la Chambre des communes</i> , 1 ^{re} sess., 32 ^e lég., 6 octobre 1980, p. 3285.....	349
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983	698
Driedger, Elmer A. <i>Driedger on the Construction of Statutes</i> , 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994	241, 712, 839
East, Sir Edward Hyde. <i>A Treatise of the Pleas of the Crown</i> , vol. 1. London: J. Butterworth, 1803.....	714
Elliot, D. W. "Cut Throat Tactics: The Freedom of an Accused to Prejudice a Co-Accused", [1991] <i>Crim. L. Rev.</i>	5
Elman, Bruce P. "Returning to <i>Wray</i> : Some Recent Cases on Section 24 of the Charter" (1988), 26 <i>Alta. L. Rev.</i>	604
Feldthusen, Bruce. "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 <i>Can. Bus. L.J.</i>	356
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.....	144
Gall, Peter A. "Judicial Review of Labour Tribunals: A Functional Approach", in <i>Proceedings of the Administrative Law Conference</i> , held at the University of British Columbia, Faculty of Law, on October 18 and 19, 1979. Vancouver: U.B.C. Law Review, 1981, 305.....	186
Ghio, R. S. "The Iran-Contra Prosecutions and the Failure of Use Immunity" (1992), 45 <i>Stan. L. Rev.</i>	229
Greer, Steven. "The Right to Silence: A Review of the Current Debate" (1990), 53 <i>Mod. L. Rev.</i>	709

Haines, Edson. "Future of the Law of Evidence — The Right to Remain Silent — Two Views" (View I). In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., <i>Studies in Canadian Criminal Evidence</i> . Toronto: Butterworths, 1972, 321.....	498
Henkel, William. "Competency, Compellability and Coroners' Courts" (1970), 12 <i>Crim. L.Q.</i> 166.....	526
Heydon, J. D. "Statutory Restrictions on the Privilege Against Self-Incrimination" (1971), 87 <i>L.Q.R.</i> 214.....	496
Hor, Michael. "The Privilege Against Self-Incrimination and Fairness to the Accused", [1993] <i>Singapore J. Legal Stud.</i> 35.....	512
<i>House of Commons Debates</i> , 1st Sess., 32nd Parl., October 6, 1980, p. 3285.....	349
Hurlburt, W. H. "Priorities and the Discharge of Caveats: <i>White Resource Management Ltd. v. Durish</i> " (1991), 29 <i>Alta. L. Rev.</i> 905.....	650
Hurlburt, W. H. "Priorities and the Discharge of Caveats (No. 2): <i>White Resource Management Ltd. v. Durish</i> " (1993), 31 <i>Alta. L. Rev.</i> 411.....	646
Jobin, Pierre-Gabriel. <i>La vente dans le Code civil du Québec</i> . Cowansville: Yvon Blais, 1993.....	120
MacLauchlan, H. Wade. "Reconciling Curial Deference with a Functional Approach in Substantive and Procedural Judicial Review" (1993), 7 <i>C.J.A.L.P.</i> 1.....	178
MacNair, M. R. T. "The Early Development of the Privilege against Self-Incrimination" (1990), 10 <i>Oxford J. Legal Stud.</i> 66.....	490
Maloney, Arthur, and Paul V. Tomlinson. "Future of the Law of Evidence — The Right to Remain Silent — Two Views" (View II). In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., <i>Studies in Canadian Criminal Evidence</i> . Toronto: Butterworths, 1972, 335.....	498
Mapp, Thomas W. <i>Torrens' Elusive Title</i> . Edmonton: University of Alberta, Faculty of Law, 1978.....	650
Martin. John C. <i>Martin's Annual Criminal Code 1995</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994.....	835
Maxwell, Sir Peter Benson. <i>Maxwell on the Interpretation of Statutes</i> , 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.....	697
McNicol, Suzanne B. <i>Law of Privilege</i> . Sydney: Law Book Co., 1992.....	877
Mewett, Alan W. "Law Enforcement and the Conflict of Values" (1970), 12 <i>Crim. L.Q.</i> 179.....	488
Mewett, Alan W. "Prejudicing an Accused" (1992), 34 <i>Crim. L.Q.</i> 385.....	598
Mewett, Alan W. "The Right to Silence" (1990), 32 <i>Crim. L.Q.</i> 273.....	485
Murphy, Jerome A. "The Aftermath of the Iran-Contra Trials: The Uncertain Status of Derivative Use Immunity" (1992), 51 <i>Md. L. Rev.</i> 1011.....	594, 629
<i>Nouveau Petit Robert</i> , Paris: Le Robert, 1993, «important», «marqué», «marquer».....	898
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Public Inquiries</i> . Toronto: The Commission, 1992.....	530
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on the Law of Evidence</i> . Toronto: The Commission, 1976.....	583
Orkin, Mark M. <i>The Law of Costs</i> , 2nd ed. Aurora: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).....	405
Osborne, Philip H. "A Review of Tort Decisions in Manitoba 1990-1993", [1993] <i>Man. L.J.</i> 191.....	128
<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "adjudged", "impose".....	237
Paciocco, David M. <i>Charter Principles and Proof in Criminal Cases</i> . Toronto: Carswell, 1987.....	487, 579, 887
Porter, Shawn. "'Evidence to the Contrary' in Drinking and Driving Cases" (1994), 5 <i>J.M.V.L.</i> 277.....	840
Ratushny, Ed. "Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?" (1973), 19 <i>McGill L.J.</i> 1....	495, 588, 622
Ratushny, Ed. «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», dans Gérald-A. Beaudoin et Ed Ratushny, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 2 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 505.....	514, 625
Ratushny, Ed. "Self-Incrimination: Nailing the Coffin Shut" (1978), 20 <i>Crim. L.Q.</i> 312.....	511
Ratushny, Ed. <i>Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process</i> . Toronto: Carswell, 1979.....	487, 576

Ratushny, Ed. "The Role of the Accused in the Criminal Process". In Gérard-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, 451	514, 625
Robardet, Patrick. "Should We Abandon the Adversarial Model in Favour of the Inquisitorial Model in Commissions of Inquiry?" In A. Paul Pross, Innis Christie and John A. Yogis, eds., <i>Commissions of Inquiry</i> . Toronto: Carswell, 1990, 111	539
Ruby, Clayton C. <i>Sentencing</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1994	239
Schiff, Stanley A. <i>Evidence in the Litigation Process</i> , vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1988	774
Schiff, Stanley A. <i>Evidence in the Litigation Process</i> , vol. 2, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993	494
<i>Selected Judgments of the Supreme Court of Israel</i> , vol. VIII. Tel Aviv: Shmuel Press Ltd., 1992	839
Sharpe, Robert J. <i>Injunctions and Specific Performance</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf)	611
<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> , 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, "mark", "marked", "significant"	898
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1992	560
Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. "Impaired Driving — Canada, 1991" (1992), 12:17 <i>Juristat</i> 1	270
Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. "Impaired Driving — Canada, 1992" (1994), 14:5 <i>Juristat</i> 1	270, 843
Statistics Canada. Health Statistics Division. <i>Causes of Death 1992</i> . Ottawa: Statistics Canada, 1994	270
Statistics Canada. Housing, Family and Social Statistics Division. <i>Accidents in Canada</i> . Ottawa: Statistics Canada, 1991	270
Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. «Conduite avec facultés affaiblies — Canada, 1991» (1992), 12:17 <i>Juristat</i> 1	270
Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. «Conduite avec facultés affaiblies — Canada, 1992» (1994), 14:5 <i>Juristat</i> 1	270
Statistique Canada. Division des statistiques sociales, du logement et des familles. <i>Accidents au Canada</i> . Ottawa: Statistique Canada, 1991	270
Statistique Canada. Division des statistiques sur la santé. <i>Causes de décès 1992</i> . Ottawa: Statistique Canada, 1994	270
Stratas, David. <i>The Charter of Rights in Litigation: Direction from the Supreme Court of Canada</i> , vol. I. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990 (loose-leaf)	485
<i>Sweet & Maxwell's Encyclopedia of Employment Law</i> , vol. 2. London: Sweet & Maxwell, 1992 (loose-leaf)	218
Watson, Jack. "Talking About the Right to Remain Silent" (1991), 34 <i>Crim. L.Q.</i> 106	515
Weiler, Paul. <i>Reconcilable Differences</i> . Toronto: Carswell, 1980	215
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961	489, 576

Gail Roberta St. Pierre *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ST. PIERRE

File No.: 23518.

1994: December 2; 1995: March 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 ONTARIO

Criminal law — Motor vehicles — Driving while “over 80” — Breathalyzer test — Presumption of accuracy — Presumption of identity — Accused claiming to have consumed two miniature bottles of vodka while waiting to take breathalyzer test — Whether presumption in s. 258(1)(c) of Criminal Code applies — Meaning of “evidence to the contrary” — Whether evidence must tend to show that accused’s blood alcohol level was within permissible limit at time of alleged offence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 258(1)(c).

The accused was charged with having the care or control of a motor vehicle while her blood alcohol level was over .08, contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*. She was stopped because a police officer saw her driving erratically. After speaking to her, the officer concluded that she had been consuming alcohol. The accused failed a roadside screening test and was taken to the police station for breathalyzer tests. She had to wait about an hour for her testing session. She went to the washroom three times during that period. The accused then provided two breath samples, each of which produced a reading of 180 mg of alcohol in 100 ml of blood. Shortly after the tests, the accused showed the officer two empty 50 ml vodka bottles and told him she was an alcoholic and had consumed the contents of the bottles while in the washroom, to calm herself. The officer testified that the bottles contained no residue, and did not smell of vodka. The Crown relied on the test results to prove that the accused’s blood alcohol level at the time of the alleged offence was over .08, relying on the presumption in s. 258(1)(c) of the *Code*, which applies “in the absence of evidence to the contrary”. The trial judge found that the presumption did not apply,

Gail Roberta St. Pierre *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ST. PIERRE

N° du greffe: 23518.

1994: 2 décembre; 1995: 2 mars.

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 criminel — Véhicules à moteur — Conduite avec une alcoolémie de «plus de 80» — Alcootest — Présomption d’exactitude — Présomption d’identité — L’accusée soutient avoir bu le contenu de deux petites bouteilles de vodka pendant qu’elle attendait de subir un alcootest — La présomption prévue à l’art. 258(1)c du Code criminel s’applique-t-elle? — Signification de «preuve contraire» — La preuve doit-elle tendre à montrer que l’alcoolémie de l’accusée était inférieure à la limite permise au moment de l’infraction reprochée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 258(1)c.

L'accusée a été inculpée d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur lorsque son alcoolémie dépassait 0,08, en contravention de l'al. 253b) du *Code criminel*. Elle a été interpellée par un policier qui l'avait vue conduire son véhicule de façon irrégulière. Après lui avoir parlé, le policier a conclu qu'elle avait bu. L'accusée a échoué au test de détection effectué en bordure de la route et a été conduite au poste de police pour y subir des alcootests. Elle a dû attendre environ une heure avant de subir les tests. Dans l'intervalle, elle est allée aux toilettes à trois reprises. Elle a ensuite fourni deux échantillons d'haleine et, dans les deux cas, le résultat a été de 180 mg d'alcool par 100 ml de sang. Peu après, elle a montré au policier deux bouteilles de 50 ml de vodka vides, l'a informé qu'elle était alcoolique et qu'elle avait bu le contenu des bouteilles aux toilettes, pour se calmer. Le policier a témoigné que les bouteilles ne contenaient aucun résidu et ne sentaient pas la vodka. Le ministère public s'est appuyé sur les résultats des tests pour prouver que l'alcoolémie de l'accusée au moment de l'infraction alléguée dépassait 0,08, invoquant la présomption contenue à l'al. 258(1)c) du *Code*, qui s'applique «en l'absence de toute preuve con-

since there was evidence that the blood alcohol concentration at the time of driving was different from that revealed by the test, and acquitted the accused. The summary conviction appeal court upheld the acquittal. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and directed that the accused be convicted of the offence.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the acquittal restored.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The presumption of identity in s. 258(1)(c) of the *Code* assists the Crown over the hurdle of having to prove in every case that the accused's blood alcohol level at the time of driving was the same as his or her blood alcohol level at the time of testing. The presumption of accuracy in s. 258(1)(g), on the other hand, together with s. 25 of the *Interpretation Act*, establishes a presumption that the reading received on the breathalyzer provides an accurate determination of the accused's blood alcohol level at the time of the testing. These two presumptions must be kept separate: they arise from two entirely different provisions, they help the Crown over two entirely different evidentiary hurdles, and consequently the evidence necessary to rebut them is different. This Court's decisions in *R. v. Moreau* and *R. v. Crosthwait* are distinguishable from the present case as they address the presumption of accuracy rather than the presumption of identity.

"Evidence to the contrary" in s. 258(1)(c) means evidence which shows that the accused's blood alcohol level at the time of driving was different from his or her blood alcohol level at the time of testing. It need not show that the accused's blood alcohol level at the time of driving was below .08. The plain wording of the section supports this conclusion. The presumption of identity is a temporal presumption designed to simplify the evidentiary necessity of bridging the time gap between the breathalyzer test and the offence. It is simply a shortcut for the Crown, and if the accused is able to show that the shortcut should not apply in this case, and that his or her blood alcohol level was different at the time of driving from that at the time of the test, then it would be unreasonable to apply the presumption, and on the wording of the section, the presumption would be rebutted. The elements of the offence can be proved in other ways, however. It may be possible to use expert evidence on alcohol absorption rates to work backwards in order to establish what the accused's blood alcohol level would have been at the time of driving. The mere

traire». Le juge du procès a conclu que la présomption ne s'appliquait pas puisqu'il y avait une preuve que l'alcoolémie au volant était différente de celle indiquée par l'alcootest, et a acquitté l'accusée. La cour d'appel en matière de poursuites sommaires a maintenu l'acquiescement. La Cour d'appel a fait droit à l'appel du ministère public et imposé un verdict de culpabilité de l'accusée à l'égard de l'infraction.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et l'acquiescement est rétabli.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: La présomption d'identité contenue à l'al. 258(1)c) du *Code* aide le ministère public à surmonter la difficulté que pose, dans chaque cas, la preuve que l'alcoolémie de l'accusé au volant correspondait à son alcoolémie au moment de l'alcootest. La présomption d'exactitude prévue à l'al. 258(1)g), quant à elle, de pair avec l'art. 25 de la *Loi d'interprétation*, établit une présomption selon laquelle le relevé de l'alcootest fournit une mesure exacte de l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest. Il est important de séparer ces deux présomptions: elles découlent de deux dispositions entièrement distinctes, elles aident le ministère public à vaincre deux difficultés de preuve entièrement différentes et, par conséquent, la preuve requise pour les combattre est différente. La situation dans les arrêts de notre Cour *R. c. Moreau* et *R. c. Crosthwait* diffère de la présente affaire car ils concernent la présomption d'exactitude et non la présomption d'identité.

L'expression «preuve contraire» employée à l'al. 258(1)c) signifie une preuve montrant que l'alcoolémie de l'accusé au moment où il est au volant et au moment de l'alcootest est différente. Elle n'a pas à montrer que l'alcoolémie de l'accusé au moment où il était au volant était inférieure à 0,08. Le langage clair de la disposition étaye cette conclusion. La présomption d'identité est une présomption temporelle destinée à simplifier la preuve nécessaire pour remplir l'intervalle entre le moment de l'alcootest et le moment de l'infraction. Elle n'est qu'un raccourci offert au ministère public et, si l'accusé est en mesure de montrer que le raccourci ne doit pas servir dans son cas et que son alcoolémie au volant était différente de son alcoolémie au moment de l'alcootest, alors il ne serait pas raisonnable d'appliquer la présomption, qui, vu le libellé de la disposition, serait réfutée. Les éléments de l'infraction peuvent cependant être prouvés par d'autres moyens. Il est peut-être possible de recourir au témoignage d'experts sur les taux d'assimilation de l'alcool afin de remonter dans le temps et d'établir ce que l'alcoolémie de l'accusé aurait

fact that the presumption of identity is rebutted does not render the certificate of analysis inadmissible. It, along with the expert's testimony and any other relevant evidence, may be easily capable of supporting a conviction. Moreover, even if a conviction on "over 80" is not possible, a conviction for impaired driving may well be possible on the strength of the arresting officer's testimony.

Requiring the accused to show that his or her blood alcohol level at the time of driving was below .08 would place the onus on the accused to establish his or her own innocence. Since this position arguably raises concerns under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it should not be accepted, especially when there is another interpretation that does not raise such concerns. Finally, s. 258(1) refers to s. 253 in language that indicates that the presumptions operate with respect to impaired driving under s. 253(a) as well as the "over 80" offence in s. 253(b). This is further argument to conclude that evidence to the contrary does not relate to evidence showing a reading below the legal limit, but only to the temporal presumption.

The effect of normal biological processes of absorption and elimination of alcohol cannot of and by itself constitute "evidence to the contrary", because Parliament can be assumed to have known that blood alcohol levels constantly change, yet it saw fit to implement the presumption.

The evidence that the accused drank the two small bottles of vodka is "evidence to the contrary" within the meaning of s. 258(1)(c). Therefore, the Crown cannot rely on the presumption that her blood alcohol level at the time of the testing was the same as her blood alcohol level at the time of the offence. Since there was no other evidence establishing her blood alcohol level at the time of the offence, she must be acquitted.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): "Evidence to the contrary" of the presumption in s. 258(1)(c) is evidence which tends to show that there is a legally material difference between the accused's blood alcohol level at the time of testing and at the time of the offence. Section 258(1)(c) is the source of both the presumption of accuracy and

été au moment où il était au volant. Le simple fait que la présomption d'identité est réfutée ne rend pas le certificat de l'analyste inadmissible. Celui-ci, combiné au témoignage de l'expert et à tout autre élément de preuve pertinent, peut facilement justifier la déclaration de culpabilité. De plus, même si une déclaration de culpabilité en raison d'une alcoolémie de «plus de 80» n'est pas possible, il se peut qu'il soit possible de déclarer l'accusé coupable de conduite avec facultés affaiblies sur la foi du témoignage de l'agent qui l'a arrêté.

Exiger de l'accusé qu'il prouve que son alcoolémie au moment où il était au volant était inférieure à 0,08 ferait peser sur lui la charge de prouver son innocence. Puisque l'on pourrait soutenir que cette position soulève des questions au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle doit être rejetée, en particulier lorsqu'une autre interprétation possible ne suscite pas de telles questions. Enfin, le par. 258(1) renvoie à l'art. 253 en des termes qui indiquent que les présomptions s'appliquent à l'accusation de conduite avec facultés affaiblies visée à l'al. 253(a) et à l'infraction de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80», prévue à l'al. 253(b). C'est un autre argument qui nous amène à conclure qu'une preuve contraire n'est pas une preuve établissant une alcoolémie inférieure à la limite légale, mais qu'elle ne se rapporte qu'à la présomption temporelle.

L'effet du processus biologique normal de la transformation de l'alcool par le métabolisme ne saurait en soi constituer une «preuve contraire», parce qu'il faut présumer que le législateur savait que l'alcoolémie variait continuellement et qu'il a néanmoins jugé bon d'établir cette présomption.

La preuve que l'accusée a bu les deux petites bouteilles de vodka est une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)(c). Le ministère public ne peut donc pas s'appuyer sur la présomption que son alcoolémie au moment de l'alcootest correspondait à son alcoolémie au moment de l'infraction. Comme aucun autre élément de preuve n'établit son alcoolémie au moment de l'infraction, elle doit être acquittée.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): Une «preuve contraire» à la présomption de l'al. 258(1)(c) est une preuve tendant à démontrer qu'il existe une différence pertinente en droit entre l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest et son alcoolémie au moment de l'infraction. L'alinéa 258(1)(c) se révèle être la source à la fois de la présomp-

the presumption of identity. "Evidence to the contrary" is evidence which will tend to negate either (1) the presumption that the breathalyzer result is an acceptably accurate indicator of the accused's blood alcohol level at the time of the test; or (2) the presumption that the accused's blood alcohol level at the time of the test is acceptably representative of his blood alcohol level at the time of the offence.

Plain meaning must not be used as an end in itself, particularly where it inevitably leads to absurd results which must be inconsistent with what Parliament would have intended, and with the purpose of the legislation. The proposed "plain meaning" approach to s. 258(1)(c) leads to absurd results. In the case of a "drinking after driving" defence, it would suffice for an accused to adduce credible evidence of any amount of post-driving drinking, no matter how little, in order to rebut the presumption. The Crown would then have to undertake the time and expense of calling an expert toxicologist to testify to the fact that the effect of the quantity of alcohol consumed after driving would not have been significant enough, given the accused's sex, weight and size, to raise a possibility that the accused's blood alcohol would have been under the legal limit were it not for the additional alcohol. Even more absurd is the application of this approach to the "last drink" defence: an accused would need only to adduce evidence of having consumed one or several drinks in rapid succession immediately before embarking in his vehicle in order to rebut the presumption in s. 258(1)(c). Moreover, preserving the distinction between the presumption of accuracy and the presumption of identity would result in different standards as to what constituted "evidence to the contrary" stemming from the very same provision of the *Code*, and such an incongruous result could surely not have been intended by Parliament.

Parliament enacted the presumption in s. 258(1)(c) in clear recognition of the difficulty and expense of requiring expert evidence in virtually every alcohol-related driving offence. The presumption strikes a fair balance between collective and individual interests by permitting the efficient and effective enforcement of impaired driving laws in a way that does not in any material sense prejudice the right of individual accused to a full and fair trial. Parliament could not have intended this presumption to be suspended in every case where the accused invokes either the "last drink" defence or the "post-driving drinking" defence, where there is not even an iota of proof to suggest that the discrepancy occasioned by the alcohol consumption would be of any

tion d'exactitude et de la présomption d'identité. Une «preuve contraire» est une preuve qui tendra à réfuter soit (1) la présomption selon laquelle le résultat de l'alcootest est une indication, dont l'exactitude est acceptable, de l'alcoolémie de l'accusé au moment où il est effectué, soit (2) la présomption selon laquelle l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest est une indication acceptable de son alcoolémie au moment de l'infraction.

Le recours au sens manifeste ne doit pas être une fin en soi, surtout s'il conduit inévitablement à des résultats absurdes qui ne sauraient être compatibles avec ce que le Parlement avait en vue et avec l'objet de la disposition. La norme du «sens manifeste» proposée relativement à l'al. 258(1)c) conduit à des résultats absurdes. Dans le cas de la défense «du verre après avoir conduit», il suffirait que l'accusé présente une preuve crédible d'absorption d'alcool après avoir été au volant, aussi minime soit-elle, afin de réfuter la présomption. Le ministère public devrait alors consacrer temps et argent pour faire témoigner un toxicologue afin de démontrer que l'effet de l'absorption d'une quantité d'alcool postérieurement à la conduite de son véhicule n'aurait pas été suffisant, vu le sexe, le poids et la taille de l'accusé, pour soulever la possibilité que son alcoolémie ait été, sans cette consommation additionnelle, inférieure à la limite prévue par la loi. Plus absurde encore est l'application de ce point de vue à la défense du «dernier verre»: l'accusé n'a qu'à faire la preuve qu'il a consommé un ou plusieurs verres rapidement et successivement immédiatement avant de monter dans son véhicule pour réfuter la présomption de l'al. 258(1)c). De plus, préserver la distinction entre la présomption d'exactitude et la présomption d'identité mènerait à l'adoption de normes différentes pour apprécier ce qui constitue une «preuve contraire» à partir d'une seule et même disposition du *Code* et, à n'en pas douter, le législateur n'a pu souhaiter un résultat aussi incongru.

Le législateur a édicté la présomption de l'al. 258(1)c) après avoir clairement reconnu les difficultés et les frais qu'entraînait l'obligation de recourir à des témoignages d'experts dans pratiquement tous les cas d'infractions liées à l'alcool au volant. La présomption établit un juste équilibre entre les droits collectifs et individuels en permettant l'application efficace des lois relatives à la conduite avec facultés affaiblies d'une manière qui ne porte pas atteinte de manière significative au droit des accusés à un procès juste et équitable. Le législateur n'a pu vouloir que cette présomption soit suspendue chaque fois que l'accusé invoque la défense du «dernier verre» ou celle du «verre après avoir conduit», lorsqu'il n'y a pas la moindre preuve autorisant à

legal relevance to conviction or acquittal on a charge of "over 80", and where the only effect in the vast majority of cases is to increase the time and expense of successful prosecution.

References in s. 258(1)(c) to actual blood alcohol levels, although legally irrelevant for the purposes of conviction on an "over 80" charge, can nonetheless have meaningful sentencing implications with respect to such prosecutions. Further, where the Crown seeks to rely on a breathalyzer result for the purposes of supporting an impairment charge under s. 253(a), then any evidence tending to raise a doubt as to impairment is legally material.

While the reversal of burden created by s. 258(1)(c) may indeed constitute a breach of s. 11(d) of the *Charter*, since this statutory presumption relieves the Crown of its duty to prove independently all the elements of the offence beyond a reasonable doubt, such an infringement would very likely survive *Charter* scrutiny under s. 1 as a reasonable and demonstrably justifiable limit on the right, given the overwhelming importance of effective enforcement measures to curb the dangers of drunk driving. Policy considerations support the interpretation that "evidence to the contrary" must go to a legally material issue. If an accused wishes to question the representativeness of the breathalyzer result on the basis that the reading could be overestimating his blood alcohol level at the time of the offence, and the reason for that discrepancy is his own wilful conduct, then it would seem only just and consistent with the mischief that Parliament sought to address by way of this presumption that he assume the burden of adducing some evidence which tends to show that this discrepancy is legally relevant to the outcome of the charge.

"Evidence to the contrary" in this case must be evidence capable of raising a reasonable doubt that the accused was under the legal limit at the time of the offence. Since no evidence was adduced to this effect, the Crown was entitled to rely on the presumption in s. 258(1)(c) and consequently proved all the elements of the offence.

penser que l'écart engendré par l'absorption d'alcool serait d'une quelconque pertinence en droit quant à une déclaration de culpabilité ou à un acquittement à l'égard d'une accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80», et lorsque cela a, dans l'immense majorité des cas, pour seul effet d'accroître le temps et les frais nécessaires à la réussite d'une poursuite.

Bien qu'elles ne soient pas pertinentes en droit aux fins d'une déclaration de culpabilité à l'égard d'une accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80», les références à l'alcoolémie réelle qu'on trouve à l'al. 258(1)(c) peuvent néanmoins avoir une importance significative quant à ce type de poursuite. En outre, lorsque le ministère public cherche à invoquer le résultat d'un alcootest aux fins d'étayer une accusation de conduite avec facultés affaiblies sous le régime de l'al. 253(a), toute preuve tendant à soulever un doute quant à l'affaiblissement des facultés est pertinente en droit.

Bien que le renversement du fardeau opéré par l'al. 258(1)(c) puisse de fait constituer une violation de l'al. 11(d) de la *Charte*, puisque cette présomption décharge le ministère public de son obligation de prouver de façon indépendante et hors de tout doute raisonnable l'ensemble des éléments de l'infraction, une telle violation subirait très vraisemblablement avec succès le test de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable dont la justification peut se démontrer, étant donné l'importance prépondérante de disposer de mesures d'application efficaces pour diminuer les dangers associés à l'alcool au volant. Des considérations d'ordre public soutiennent l'interprétation que la «preuve contraire» doit se rapporter à une question pertinente en droit. Si l'accusé souhaite remettre en cause l'exactitude de l'alcootest au motif qu'il pourrait y avoir surestimation de son alcoolémie au moment de l'infraction, et que cet écart est attribuable à sa propre conduite intentionnelle, il ne semblerait que juste et compatible avec le problème que le législateur cherchait à enrayer au moyen de la présomption, qu'il assume le fardeau de présenter quelque élément de preuve tendant à démontrer que cet écart est pertinent en droit quant au sort de l'accusation.

La «preuve contraire» en l'espèce doit être une preuve susceptible de soulever un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'accusée n'avait pas dépassé la limite prévue par la loi au moment de l'infraction. Puisque aucune preuve n'a été présentée à cet effet, le ministère public avait le droit de se fonder sur la présomption de l'al. 258(1)(c), et conséquemment il a prouvé tous les éléments de l'infraction.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Distinguished: *R. v. Moreau*, [1979] 1 S.C.R. 261; *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089; **disapproved:** *R. v. Pryor* (1994), 93 C.C.C. (3d) 108; *R. v. Andrews* (1983), 22 M.V.R. 213; *R. v. Hughes* (1982), 70 C.C.C. (2d) 42; **referred to:** *R. v. White* (1986), 41 M.V.R. 82; *R. v. Creed* (1987), 7 M.V.R. (2d) 184; *R. v. Kays* (1987), 3 M.V.R. (2d) 209; *R. v. Gallagher* (1981), 64 C.C.C. (2d) 533; *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *Batley v. The Queen* (1985), 32 M.V.R. 257; *R. v. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28; *R. v. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 513; *R. v. Kizan* (1981), 58 C.C.C. (2d) 444.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Crosthwait, [1980] 1 S.C.R. 1089; *R. v. Moreau*, [1979] 1 S.C.R. 261; *R. v. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 513; *Batley v. The Queen* (1985), 32 M.V.R. 257; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 3; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d). *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [am. c. 27 (1st Supp.)], ss. 253 [rep. & sub. c. 32 (4th Supp.)], s. 59], 258(1)(c), (g).

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 25(1).

Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

Martin, John C. *Martin's Annual Criminal Code 1995*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994.

Porter, Shawn. "Evidence to the Contrary" in *Drinking and Driving Cases* (1994), 5 *J.M.V.L.* 277.

Selected Judgments of the Supreme Court of Israel, vol. VIII. Tel Aviv: Shmuel Press Ltd., 1992.

Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. "Impaired Driving — Canada, 1992" (1994), 14:5 *Juristat* 1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 10 O.R. (3d) 215, 76 C.C.C. (3d) 249, 39 M.V.R. (2d) 157, 16 C.R. (4th) 220, 58 O.A.C. 47, allowing the Crown's appeal from a judgment of Clarke J. (1991), 30 M.V.R. (2d) 13, upholding Reilly Prov. Ct. J.'s acquittal of the

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Distinction d'avec les arrêts: *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261; *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089; **arrêts critiqués:** *R. c. Pryor* (1994), 93 C.C.C. (3d) 108; *R. c. Andrews* (1983), 22 M.V.R. 213; *R. c. Hughes* (1982), 70 C.C.C. (2d) 42; **arrêts mentionnés:** *R. c. White* (1986), 41 M.V.R. 82; *R. c. Creed* (1987), 7 M.V.R. (2d) 184; *R. c. Kays* (1987), 3 M.V.R. (2d) 209; *R. c. Gallagher* (1981), 64 C.C.C. (2d) 533; *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *Batley c. The Queen* (1985), 32 M.V.R. 257; *R. c. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28; *R. c. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 513; *R. c. Kizan* (1981), 58 C.C.C. (2d) 444.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Crosthwait, [1980] 1 R.C.S. 1089; *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261; *R. c. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 513; *Batley c. The Queen* (1985), 32 M.V.R. 257; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 3; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d). *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.)], art. 253 [abr. et rempl. ch. 32 (4^e suppl.)], art. 59], 258(1)(c), (g).

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 25(1).

Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

Martin, John C. *Martin's Annual Criminal Code 1995*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994.

Porter, Shawn. «Evidence to the Contrary" in *Drinking and Driving Cases*» (1994), 5 *J.M.V.L.* 277.

Selected Judgments of the Supreme Court of Israel, vol. VIII. Tel Aviv: Shmuel Press Ltd., 1992.

Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. «Conduite avec facultés affaiblies — Canada, 1992» (1994), 14:5 *Juristat* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 10 O.R. (3d) 215, 76 C.C.C. (3d) 249, 39 M.V.R. (2d) 157, 16 C.R. (4th) 220, 58 O.A.C. 47, qui a accueilli l'appel du ministère public contre une décision du juge Clarke (1991), 30 M.V.R. (2d) 13, qui avait maintenu l'acquitte-

appellant on a charge of having care or control of a motor vehicle with a blood alcohol level of over .08. Appeal allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

Graham Webb, for the appellant.

David Finley, for the respondent.

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

IACOBUCCI J. — This appeal raises the issue of the meaning of “evidence to the contrary” found in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

I. Factual Background

On March 29, 1989, the appellant was charged with having the care or control of a motor vehicle while the concentration of alcohol in her blood exceeded 80 mg of alcohol in 100 ml of blood contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*. The appellant was stopped because a police officer saw her driving her motor vehicle in an erratic manner. After speaking to her, the officer concluded that she had been consuming alcohol. The appellant failed an ALERT roadside screening device test and was taken to the police station for two breathalyzer tests.

Because the breathalyzer operator was occupied with another driver, the appellant had to wait approximately one hour for her testing session. In the interim, the appellant went to the washroom at 1:33 a.m., returning at 1:36 a.m. At 1:42 a.m., the appellant had a glass of water. At 1:56 a.m. the appellant had a second glass of water, and entered the washroom a second time. At 2:14 a.m. she attended at the washroom a third time, returning at 2:17 a.m.

The appellant provided breath samples at 2:17 a.m. and 2:37 a.m., both of which produced a reading of 180 mg of alcohol in 100 ml of blood.

ment de l'appelante prononcé par le juge Reilly de la Cour provinciale relativement à une accusation de garde ou de contrôle d'un véhicule à moteur avec une alcoolémie supérieure à 0,08. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

Graham Webb, pour l'appelante.

David Finley, pour l'intimée.

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

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi soulève la question de la signification de l'expression «preuve contraire» employée à l'al. 258(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

I. Contexte factuel

Le 29 mars 1989, l'appelante a été inculpée de l'infraction prévue à l'al. 253b) du *Code criminel*, soit d'avoir eu la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur lorsque son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang. L'appelante a été interpellée par un policier qui l'avait vue conduire son véhicule de façon irrégulière. Après lui avoir parlé, le policier a conclu qu'elle avait bu. L'appelante a échoué au test routier effectué au moyen d'un appareil de détection ALERT et a été conduite au poste de police pour y subir deux alcootests.

Comme le technicien chargé de l'alcootest s'occupait d'un autre conducteur, l'appelante a dû attendre environ une heure avant de subir les tests. Dans l'intervalle, elle est allée aux toilettes à 1 h 33 et en est revenue à 1 h 36. À 1 h 42, l'appelante a bu un verre d'eau. À 1 h 56, elle en a bu un second, puis est retournée aux toilettes. À 2 h 14, elle s'est rendue une troisième fois aux toilettes, revenant à 2 h 17.

L'appelante a fourni des échantillons d'haleine à 2 h 17 et à 2 h 37, et dans les deux cas, le résultat a été de 180 mg d'alcool par 100 ml de sang. Peu

Shortly after the breath testing session, the appellant was in the process of being fingerprinted and photographed when she advised the police officer that she was an alcoholic and that she had consumed two miniature 50 ml plastic bottles of vodka while in the washroom, to calm herself. The appellant gave the two bottles to the officers. Constable Hardman testified that the bottles contained no residue, and did not smell of vodka.

5 At trial, the respondent Crown relied on the test results to prove that the concentration of alcohol in the appellant's blood at the time of the alleged offence exceeded 80 mg of alcohol in 100 ml of blood. The respondent did not call an expert to interpret those results and had to rely on the presumption contained in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*. On August 23, 1990, Judge Reilly of the Provincial Court of Ontario found that the presumption did not apply and acquitted the appellant.

6 On July 15, 1991, Clarke J. of the Ontario Court (General Division) dismissed the respondent's appeal: (1991), 30 M.V.R. (2d) 13. On September 10, 1992, the Court of Appeal for Ontario allowed the respondent's appeal, set aside the acquittal, directed that the appellant be convicted of the offence under s. 253(b) of the *Criminal Code*, and remitted the matter to the Ontario Court (General Division) for the imposition of the appropriate penalty: (1992), 10 O.R. (3d) 215, 76 C.C.C. (3d) 249, 39 M.V.R. (2d) 157, 16 C.R. (4th) 220, 58 O.A.C. 47. Arbour J.A. dissented.

II. Relevant Statutory Provisions

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

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),

(c) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if

après, au moment de la prise des empreintes digitales et des photographies, elle a informé le policier qu'elle était alcoolique et qu'elle avait bu deux minibouteilles de 50 ml de vodka aux toilettes, pour se calmer. Elle a remis les deux bouteilles en plastique aux policiers. L'agent Hardman a témoigné que les bouteilles ne contenaient aucun résidu et ne sentaient pas la vodka.

Au procès, l'intimée s'est appuyée sur les résultats des tests pour prouver que l'alcoolémie de l'appelante au moment de l'infraction alléguée dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang. L'intimée n'a pas assigné d'expert pour interpréter ces résultats et a dû invoquer la présomption contenue à l'al. 258(1)c) du *Code criminel*. Le 23 août 1990, le juge Reilly de la Cour provinciale de l'Ontario a conclu que la présomption ne s'appliquait pas et a acquitté l'appelante.

Le 15 juillet 1991, le juge Clarke de la Cour de l'Ontario (Division générale) a rejeté l'appel de l'intimée: (1991), 30 M.V.R. (2d) 13. Le 10 septembre 1992, la Cour d'appel de l'Ontario a fait droit à l'appel de l'intimée, annulé l'acquittement, imposé un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction prévue à l'al. 253b) du *Code criminel* et renvoyé l'affaire à la Cour de l'Ontario (Division générale), afin que celle-ci détermine la peine: (1992), 10 O.R. (3d) 215, 76 C.C.C. (3d) 249, 39 M.V.R. (2d) 157, 16 C.R. (4th) 220, 58 O.A.C. 47. Le juge Arbour a exprimé sa dissidence.

II. Dispositions pertinentes

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

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) 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

(i) [not proclaimed]

(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,

(iii) each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

(iv) an analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

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;

(g) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), a certificate of a qualified technician stating

(i) that the analysis of each of the samples has been made by means of an approved instrument operated by the technician and ascertained by the technician to be in proper working order by means of an alcohol standard, identified in the certificate, that is suitable for use with an approved instrument,

(ii) the results of the analyses so made, and

(iii) if the samples were taken by the technician,

(A) [not proclaimed]

(B) the time when and place where each sample and any specimen described in clause (A) was taken, and

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:

(i) [proclamation à venir]

(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,

(iii) chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

(iv) une analyse de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié;

g) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à une demande faite en vertu du paragraphe 254(3), le certificat d'un technicien qualifié fait preuve des faits allégués dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du signataire, si le certificat du technicien qualifié contient:

(i) la mention que l'analyse de chacun des échantillons a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par lui et dont il s'est assuré du bon fonctionnement au moyen d'un alcool type identifié dans le certificat, comme se prêtant bien à l'utilisation avec cet alcootest approuvé,

(ii) la mention des résultats des analyses ainsi faites,

(iii) la mention, dans le cas où il a lui-même prélevé les échantillons:

(A) [proclamation à venir]

(B) du temps et du lieu où chaque échantillon et un spécimen quelconque mentionné dans la division (A) ont été prélevés,

(C) that each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by the technician,

is evidence of the facts alleged in the certificate without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate; [Emphasis added.]

III. Decisions Below

A. *Provincial Court (Criminal Division)*

7 Reilly Prov. Ct. J. delivered oral reasons. He stated that “when there is a statutory departure from the normal approach to strict proof within our system of justice, the section must be interpreted strictly”. Furthermore, “it must be interpreted in a way consistent with the interest of those impacted by the effect of the statutory presumption”. Reilly Prov. Ct. J. then stated that he preferred to believe that Parliament intended that “which it appears to have said, that all the evidence that is required to the contrary is that there be some evidence that the blood alcohol concentration was different from that revealed by the machine”. Reilly Prov. Ct. J. concluded that:

I will say in all candor, that even had the matter remained as an application for nonsuit prior to electing whether or not to call evidence, I would have granted the application. I agree entirely that it is not the function of a judge on an application for directed verdict or nonsuit, to assess credibility or to weigh the evidence. I agree as well, that a court may, when the trial is completed, accept or reject all or any of the evidence, but there must be some basis for rejection. . . . In my view, there is no basis upon which a trier of fact could have anything other than a reasonable doubt on this evidence. However suspicious a trier of fact might be, a reasonable trier of fact would have to believe that she may have (as she said she did) consumed that alcohol. The Court is not even able to assess her credibility as a witness on the stand.

In any event, weighing the evidence, I would have, at the very least, some reasonable doubt.

8 Reilly Prov. Ct. J. added that it might well be that the appellant was an alcoholic and that she consumed some vodka or something else from the bottles she kept on her person for emergencies.

(C) que chaque échantillon a été reçu directement de l'accusé dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par lui; [Je souligne.]

III. Juridictions inférieures

A. *La Cour provinciale (Division criminelle)*

Le juge Reilly a prononcé son jugement oral. Il a dit que [TRADUCTION] «lorsque la loi s'écarte de la méthode stricte de preuve reconnue dans notre système de justice, la disposition en cause doit être interprétée strictement». De plus, «elle doit être interprétée d'une manière compatible avec l'intérêt de ceux à l'encontre de qui agit la présomption légale». Le juge Reilly a ajouté qu'il préférerait croire que le législateur a voulu ce [TRADUCTION] «qu'il semble avoir dit, c'est-à-dire que la seule preuve contraire qui est exigée, c'est une preuve quelconque établissant que l'alcoolémie était différente de celle indiquée par l'appareil». Le juge Reilly a conclu en ces termes:

[TRADUCTION] Je dirai franchement que, même si l'affaire n'avait été qu'une demande de non-lieu présentée avant qu'ait été fait le choix de produire ou non une preuve, j'aurais fait droit à la demande. Je conviens absolument qu'il n'appartient pas au juge saisi d'une demande de verdict imposé ou de non-lieu d'apprécier la crédibilité ou la preuve. Je conviens en outre que le tribunal peut, à la fin du procès, accepter ou rejeter la totalité ou une partie de la preuve, mais il doit se fonder sur une justification pour la rejeter. [. . .] À mon avis, aucune justification n'autoriserait le juge des faits à avoir autre chose qu'un doute raisonnable sur cette preuve. Si soupçonneux qu'il soit, tout juge des faits raisonnable devrait croire qu'elle a peut-être (comme elle l'a dit) absorbé cet alcool. La cour n'est pas même en mesure d'apprécier sa crédibilité à la barre.

De toute façon, après avoir pesé la preuve j'aurais eu, à tout le moins, un doute raisonnable.

Le juge Reilly a ajouté qu'il se pouvait bien que l'appelante ait été alcoolique et qu'elle ait bu de la vodka ou une autre boisson à même les bouteilles qu'elle gardait sur elle en cas d'urgence. Par con-

Therefore, “it may well be that the blood alcohol concentration revealed by the machine was different from that at the time of driving”. Reilly J. concluded that it was not necessary for the defence to establish more than the section appeared to require, that being that “the blood alcohol concentration would have been within permissible limits, or lower than the 80 milligrams percent, only that it was different from the concentration revealed by the breathalyzer”.

B. *Ontario Court (General Division)* (1991), 30 M.V.R. (2d) 13

Clarke J. stated that the issue was whether there was “evidence to the contrary” within the meaning of s. 258(1)(c) of the *Criminal Code* such that the respondent could not rely on the breathalyzer tests as proof of the concentration of alcohol in the blood of the appellant at the time she had care and control of the motor vehicle. Clarke J. was of the view that “any evidence which raises a reasonable doubt in the mind of the trier of fact that the blood alcohol level at the time of the breathalyzer test was higher than that at the time of driving would be ‘evidence to the contrary’ pursuant to s. 258(1)(c)” (p. 15). He stated (at p. 15) that:

... if evidence is accepted that the accused consumed alcohol after driving but before the breath tests, the trial Judge can take judicial notice that the blood alcohol level would be greater but cannot take judicial notice as to what extent it would be greater . . . he would be left with a reasonable doubt as to what the blood alcohol level was at the time of the test.

To apply the presumption in s. 258(1)(c) when one entertains a reasonable doubt as to the blood alcohol level at the time of the test would found a conviction on evidence of which there is a reasonable doubt as to an essential element of the offence. That would be wrong in my view . . . convictions cannot be founded on evidence to which there is a reasonable doubt if it is evidence upon an essential issue, as there then would be a violation of the presumption of innocence.

Clarke J. disagreed with the cases that indicated that “in order to be evidence to the contrary, the evidence must tend to show that despite the alcohol consumed after driving the blood alcohol level

séquent, [TRADUCTION] «il se peut bien que l’alcoolémie indiquée par l’appareil ait été différente de son alcoolémie au moment où elle était au volant». Le juge Reilly a conclu que la défense n’avait pas à établir plus que ce que la disposition semblait exiger, c’est-à-dire que [TRADUCTION] «l’alcoolémie aurait été dans les limites permises ou inférieure à 80 mg par 100 ml de sang, mais seulement qu’elle était différente de l’alcoolémie indiquée par l’alcooltest».

B. *La Cour de l’Ontario (Division générale)* (1991), 30 M.V.R. (2d) 13

Le juge Clarke a dit que la question était de savoir s’il y avait une «preuve contraire» au sens de l’al. 258(1)(c) du *Code criminel*, de sorte que l’intimée ne pouvait pas s’appuyer sur les résultats de l’alcooltest pour établir l’alcoolémie de l’appelante au moment où elle avait la garde et le contrôle du véhicule à moteur. De l’avis du juge Clarke, [TRADUCTION] «toute preuve qui fait naître, dans l’esprit du juge des faits, un doute raisonnable pour ce qui est de savoir si l’alcoolémie au moment de l’alcooltest était supérieure à l’alcoolémie au volant serait une «preuve contraire» au sens de l’al. 258(1)(c)» (p. 15). Il a ajouté, à la p. 15:

[TRADUCTION] . . . s’il accepte la preuve que l’accusée a absorbé de l’alcool après avoir conduit mais avant l’alcooltest, le juge du procès peut prendre connaissance d’office que l’alcoolémie était plus élevée, mais non dans quelle mesure [. . .] il aurait un doute raisonnable sur ce qu’était l’alcoolémie au moment de l’alcooltest.

Le tribunal qui, ayant un doute raisonnable sur l’alcoolémie au moment de l’alcooltest, applique la présomption de l’al. 258(1)(c) fonde la déclaration de culpabilité sur une preuve relativement à laquelle il a un doute raisonnable sur un élément essentiel de l’infraction. Cela serait une erreur à mon avis, [. . .] une déclaration de culpabilité ne doit pas reposer sur une preuve sur laquelle existe un doute raisonnable, si cette preuve concerne une question essentielle, car cela serait alors une violation de la présomption d’innocence.

Le juge Clarke n’était pas d’accord avec la jurisprudence selon laquelle [TRADUCTION] «constitue une preuve contraire la preuve qui tend à montrer que, malgré l’alcool absorbé après avoir conduit,

at the time of driving was within prescribed limits” (p. 15). Clarke J. stated that, if a trial judge could not take judicial notice of the extent to which alcohol consumed raised blood alcohol levels, “I cannot see how the above determination can be made”. Clarke J. concluded (at pp. 15-16) that:

It seems to me that the whole issue is a matter for Parliament to clarify in an amendment to the *Criminal Code* of Canada.

In this matter the learned trial Judge found that the alcohol consumed by the [appellant], after driving, raised a reasonable doubt as to whether the blood alcohol level at the time of the test was the same as at the time of driving and therefore he had a reasonable doubt as to an essential element and he acquitted the [appellant].

With this result I agree, although I have stated the matter somewhat differently. The appeal is therefore dismissed.

C. *Ontario Court of Appeal* (1992), 10 O.R. (3d) 215

Majority

10 Galligan J.A. stated that the issue was whether “evidence to the contrary” sufficient to rebut the presumption was:

- (a) evidence which would tend to show that the blood alcohol level at the time of the test was not the same as that at the time of the driving, or
- (b) evidence which tends to show that the blood alcohol level at the time of the driving was not above the maximum permissible level of 80 mg of alcohol in 100 ml of blood.

11 If evidence raises a reasonable doubt that the blood alcohol level was over 80 mg of alcohol in 100 ml of blood at the time of the driving, the accused should be acquitted. However, when courts discuss evidence which is legally capable of amounting to “evidence to the contrary”, they do so in the restricted sense of whether it is legally capable of rebutting the presumption. Galligan J.A. then stated (at pp. 221-22) that:

l’alcoolémie au volant était dans les limites permises» (p. 15). Le juge Clarke a dit que, si le juge du procès ne pouvait pas prendre connaissance d’office de la mesure dans laquelle l’alcool absorbé fait monter l’alcoolémie, il ne pouvait pas [TRADUCTION] «voir comment il serait possible de décider si elle était dans les limites permises». Il conclut, aux pp. 15 et 16:

[TRADUCTION] Il me semble qu’il revient au législateur de clarifier toute la question en modifiant le *Code criminel* du Canada.

En l’espèce, le juge du procès a estimé que l’alcool absorbé par l’[appelante], après avoir conduit, avait soulevé un doute raisonnable pour ce qui est de savoir si son alcoolémie au moment de l’alcootest était la même qu’au moment où elle était au volant et il avait donc un doute raisonnable sur un élément essentiel et a acquitté l’[appelante].

Je souscris à ce résultat, bien que j’aie formulé la question un peu différemment. En conséquence, l’appel est rejeté.

C. *La Cour d’appel de l’Ontario* (1992), 10 O.R. (3d) 215

La majorité

Le juge Galligan a dit que la question était de savoir si une «preuve contraire» suffisante pour réfuter la présomption était:

- a) une preuve qui tend à montrer que l’alcoolémie au moment de l’alcootest était différente de l’alcoolémie au volant; ou
- b) une preuve qui tend à montrer que l’alcoolémie au volant ne dépassait pas le maximum permis, soit 80 mg d’alcool par 100 ml de sang.

Si la preuve fait naître un doute raisonnable pour ce qui est de savoir si l’alcoolémie au volant dépassait 80 mg d’alcool par 100 ml de sang, l’accusé doit être acquitté. Toutefois, quand les tribunaux se demandent si une preuve peut, en droit, équivaloir à une «preuve contraire», ils entendent par là seulement si elle peut, en droit, réfuter la présomption. Le juge Galligan a ajouté, aux pp. 221 et 222:

If, in order for evidence to constitute “evidence to the contrary”, it must tend to show that the blood alcohol level at the time of driving was not over 80 mg of alcohol in 100 ml of blood, it would be irrelevant whether the blood alcohol levels at the time of driving and at the time of testing were or were not the same. On the other hand, if, in order for evidence to constitute “evidence to the contrary”, it need only tend to show that blood alcohol levels at the time of driving and at the time of testing were not the same it would be irrelevant whether the evidence tended to show that at the time of driving the blood alcohol level was either above or below the permissible limit. I think it is one thing to show that the blood alcohol level at the time of driving and at the time of testing were not the same. It is quite another thing, and perhaps a more difficult thing, to show that the blood alcohol level at the time of driving was within the permissible limit.

It is my opinion that this court must accept one or the other position.

Galligan J.A. noted that two years after it decided *R. v. Moreau*, [1979] 1 S.C.R. 261, the Supreme Court of Canada was again called upon to decipher what kind of evidence was legally capable of amounting to “evidence to the contrary”. He concluded that the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089, removed any ambiguities that had led to erroneous interpretations of *R. v. Moreau*. In order for evidence to amount legally to “evidence to the contrary” in s. 258(1)(c), the evidence must tend to show that at the time of the alleged offence the accused person’s blood alcohol level did not exceed 80 mg of alcohol in 100 ml of blood, viz. that the blood alcohol level was within the lawful limit at the time of driving. Evidence only showing that the blood alcohol concentration at the time of the test was not the same as at the time of the offence would not be “evidence to the contrary” legally capable of rebutting the statutory presumption.

Galligan J.A. pointed out that this is the interpretation most often accepted by provincial appellate courts: *R. v. White* (1986), 41 M.V.R. 82 (Nfld. C.A.); *R. v. Creed* (1987), 7 M.V.R. (2d) 184 (P.E.I.S.C.A.D.); *R. v. Kays* (1987), 3 M.V.R. (2d) 209 (N.S.S.C.A.D.); *R. v. Gallagher* (1981), 64 C.C.C. (2d) 533 (N.B.C.A.); *R. v. Dubois*

[TRADUCTION] Si, pour constituer une «preuve contraire», une preuve doit tendre à montrer que l’alcoolémie au volant ne dépassait pas 80 mg d’alcool par 100 ml de sang, il ne serait pas pertinent de se demander si l’alcoolémie au volant correspondait à l’alcoolémie au moment de l’alcooltest. En revanche, si, pour constituer une «preuve contraire», la preuve doit seulement tendre à montrer que l’alcoolémie au volant et l’alcoolémie au moment de l’alcooltest étaient différentes, il ne serait pas pertinent de se demander si la preuve tend à montrer qu’au volant, l’alcoolémie était supérieure ou inférieure à la limite permise. À mon sens, c’est une chose de montrer que l’alcoolémie au volant et l’alcoolémie au moment de l’alcooltest étaient différentes, et une tout autre chose, et peut-être plus difficile, de montrer que l’alcoolémie au volant était dans les limites permises.

À mon avis, la présente cour doit accepter l’une de ces positions.

Le juge Galligan a fait remarquer que deux ans après avoir rendu l’arrêt *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261, la Cour suprême du Canada a été appelée à nouveau à statuer sur ce qui constitue une preuve équivalente, en droit, à une «preuve contraire». Il a conclu que l’arrêt de la Cour suprême du Canada *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089, avait dissipé toute ambiguïté qui avait entraîné des interprétations erronées de l’arrêt *R. c. Moreau*. Pour qu’une preuve soit équivalente, en droit, à une «preuve contraire» au sens de l’al. 258(1)(c), elle doit tendre à montrer qu’au moment de l’infraction reprochée, l’alcoolémie de l’accusé ne dépassait pas 80 mg d’alcool par 100 ml de sang, c’est-à-dire que son alcoolémie était dans les limites légales à ce moment. Une preuve montrant seulement que l’alcoolémie au moment de l’alcooltest était différente de l’alcoolémie au moment de l’infraction ne serait pas une «preuve contraire» pouvant, en droit, réfuter la présomption légale.

Le juge Galligan a souligné que c’était l’interprétation la plus souvent acceptée par les cours d’appel provinciales: *R. c. White* (1986), 41 M.V.R. 82 (C.A.T.-N.); *R. c. Creed* (1987), 7 M.V.R. (2d) 184 (C.S.Î.-P.-É. Sect. app.); *R. c. Kays* (1987), 3 M.V.R. (2d) 209 (C.S.N.-É. Sect. app.); *R. c. Gallagher* (1981), 64 C.C.C. (2d) 533

12

13

(1990), 62 C.C.C. (3d) 90 (Que. C.A.); *Batley v. The Queen* (1985), 32 M.V.R. 257 (Sask. C.A.). Concluding his review, Galligan J.A. stated (at p. 228):

... it is my view that there should be consistency in the interpretation of an important provision of the law which has as its object the reduction of the widespread death and destruction caused by drinking drivers. I have concluded that this court should follow what I view to be the overwhelming weight of appellate jurisprudence across the country.

14 Applying this interpretation to this appeal, the post-driving drinking evidence did not tend to show even the possibility that the accused's blood alcohol level at the time of driving was within the permissible limit. It was thus not legally "evidence to the contrary" within the meaning of s. 258(1)(c).

15 Galligan J.A. also stated that his interpretation of "evidence to the contrary" was more in keeping with Parliamentary intention in legislating against drinking and driving which is a serious problem that endangers the lives and safety of innocent persons. The legislative scheme tests blood alcohol concentration through approved breathalyzers. To prove the test results and avoid unreasonably large public expenditures on expert witnesses, a statutory presumption based on strict requirements relating to the taking of samples was chosen. The presumption could only have been intended to prove either that:

- (a) at the time of driving the accused person had a concentration of alcohol in his or her blood of more than 80 mg of alcohol in 100 ml of blood, or
- (b) at the time of driving the accused person had a certain, specific concentration of alcohol in his or her blood.

16 Given that the offence is driving with a blood alcohol concentration of more than 80 mg of alcohol in 100 ml of blood, the presumption must have been intended to prove only that the driver had a concentration exceeding 80 mg of alcohol in 100

(C.A.N.-B.); *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90 (C.A. Qué.); *Batley c. The Queen* (1985), 32 M.V.R. 257 (C.A. Sask.). Concluant son examen, le juge Galligan a dit (à la p. 228):

[TRADUCTION] ... je suis d'avis qu'il convient d'interpréter de façon uniforme une importante disposition dont l'objet est la réduction du nombre de décès et de l'ampleur des dommages causés par l'alcool au volant. J'ai conclu que notre cour devrait suivre ce que j'estime être la tendance dominante de la jurisprudence au pays.

Appliquant cette interprétation au présent pourvoi, il estime que la preuve de l'absorption d'alcool après l'infraction ne tend pas à montrer même la possibilité que l'alcoolémie de l'accusée au volant ait été dans les limites permises. Ce n'était donc pas, en droit, une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)c).

Le juge Galligan a dit en outre que son interprétation de l'expression «preuve contraire» respectait davantage l'intention que le législateur avait en adoptant une loi visant à réprimer l'alcool au volant, qui est un grave problème mettant en péril la vie et la sécurité d'innocents. Le régime instauré prévoit que l'alcoolémie peut être mesurée au moyen d'un alcootest approuvé. Pour prouver les résultats de l'alcootest et éviter l'engagement par l'État de sommes exorbitantes pour faire déposer des experts, le législateur a opté pour une présomption légale basée sur des exigences strictes, en ce qui concerne le prélèvement d'échantillons. Au regard de la présomption, son intention ne pouvait être que de prouver l'une de ces deux choses:

- a) au moment où l'accusé était au volant, son alcoolémie dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, ou
- b) au moment où l'accusé était au volant, son alcoolémie correspondait à un certain taux, à un taux donné.

Vu que l'infraction consiste à conduire lorsque l'alcoolémie dépasse 80 mg d'alcool par 100 ml de sang, la présomption doit avoir été destinée à prouver seulement que l'alcoolémie du conducteur dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang au

ml of blood at the time of the offence. Evidence “contrary” to the factual presumption that the driver’s blood alcohol concentration was over 80 at the time of the offence would therefore have to be evidence which would tend to show that the driver’s blood alcohol concentration was not over 80 mg of alcohol in 100 ml of blood. The presumption was a vitally important element of the legislative scheme and without it, it would be feasible to prosecute only a small number of the offences detected by breathalyzer testing. To interpret “evidence to the contrary” as including evidence which shows only that the concentrations at the time of driving and testing were not the same would permit rebuttal of the presumption by the presentation of evidence which really only shows the possibility of some uncertainty about that element of the scheme.

Thus, Galligan J.A. allowed the appeal, and entered a conviction.

Dissent

Arbour J.A. began her dissent by noting that she was not satisfied that Galligan J.A.’s interpretation and that of other provincial appellate authority accorded with the wording of the *Criminal Code* provision and Parliamentary intention. Considering *R. v. Crosthwait, supra*, she noted that s. 258(1)(c) serves a function different from that of s. 258(1)(g). Section 258(1)(c) of the *Criminal Code* contains a presumption which permits an inference to be drawn that the blood alcohol level of the accused at the time of the alleged offence is the same as it was when the breathalyzer test was administered, provided that certain conditions are met, including the requirement that the breath test be done as soon as practicable, but no more than two hours after the accused was required to provide a breath sample (at pp. 234-35):

The presumption is thus a measure enacted to give effect to the provision which permits a delay of up to two hours before the breath test is performed. Without the benefit of the presumption, the Crown would be left with a reading two hours after the event which, arguably, would not necessarily reflect accurately the blood alcohol content of the accused at the time of the alleged offence. The presumption therefore assists the Crown in

moment de l’infraction. Une preuve «contraire» à la présomption de fait que l’alcoolémie du conducteur dépassait 80 mg d’alcool par 100 ml de sang au moment de l’infraction devrait donc être une preuve qui tend à montrer que l’alcoolémie du conducteur ne dépassait pas 80 mg d’alcool par 100 ml de sang. La présomption est un élément d’importance capitale du régime et sans elle, seulement un petit nombre d’infractions détectées grâce à l’alcootest pourraient être poursuivies. Interpréter l’expression «preuve contraire» comme incluant une preuve qui montre seulement que l’alcoolémie au volant et l’alcoolémie au moment de l’alcootest étaient différentes permettrait de réfuter la présomption par une preuve qui ne montre en fait que la possibilité d’une certaine incertitude au sujet de cet élément du régime.

En conséquence, le juge Galligan a accueilli l’appel et inscrit une déclaration de culpabilité.

La dissidence

Le juge Arbour a d’abord fait observer qu’elle n’était pas convaincue que l’interprétation donnée par le juge Galligan et par les autres cours d’appel était conforme au libellé de la disposition du *Code criminel* et à l’intention du législateur. Examinant l’arrêt *R. c. Crosthwait*, précité, elle a fait remarquer que l’al. 258(1)c) et l’al. 258(1)g) remplissaient des fonctions distinctes. L’alinéa 258(1)c) du *Code criminel* contient une présomption qui permet d’inférer que l’alcoolémie de l’accusé au moment de l’infraction reprochée correspond à son alcoolémie au moment de l’alcootest, pourvu que certaines conditions soient réunies, y compris l’exigence que l’alcootest ait été administré dès qu’il a été matériellement possible de le faire, mais pas plus de deux heures après que l’accusé a reçu l’ordre de fournir un échantillon d’haleine (aux pp. 234 et 235):

[TRADUCTION] La présomption est donc une mesure destinée à donner effet à la disposition qui permet un délai maximal de deux heures avant l’alcootest. Sans la présomption, le ministère public ne disposerait que d’un relevé pris deux heures après le fait qui, pourrait-on soutenir, ne serait peut-être pas une mesure exacte de l’alcoolémie de l’accusé au moment de l’infraction reprochée. La présomption contribue donc à dispenser le

17

18

dispensing with the need to bridge the gap, by expert evidence, between the offence and the delayed taking of a breath sample.

This is not an insignificant benefit as blood alcohol levels do not remain constant over time and, in the absence of such a presumption, readings presumed accurate at one point in time could be of limited assistance in establishing the levels two hours before

In my opinion, it is in that context that the expression "in the absence of evidence to the contrary" in s. 258(1)(c) must be understood. If the breath samples were taken in accordance with that section, it will be presumed, everything else being equal, that the reading at the time of the offence would have been the same as the reading at the time of the test. The accuracy of the readings at the time of the test, as stated in the certificate of the analyst, is presumed, by the operation of s. 24 [now s. 25] of the *Interpretation Act*, "in the absence of evidence to the contrary".

19

As recognized in *R. v. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28, case law establishes two distinct sets of circumstances in which it has been argued that there was "evidence to the contrary" within the meaning of s. 258(1)(c) and hence the presumption should not apply. First, where evidence is tendered to show that the reading was inaccurate at the time it was taken, for example cases where the evidence suggests inaccurate reading results, margin of error in the breathalyzer apparatus, or the quantity of alcohol consumed could not have produced the results recorded: see *R. v. Moreau*, *supra*, *R. v. Crosthwait*, *supra*, and *R. v. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 513 (B.C.C.A.). Second, where evidence is tendered to show that the blood alcohol level at the time of the offence was likely to have been different from what it was at the time of the test, for example cases where there is evidence that the accused consumed some alcohol after his or her arrest, or testifies as to his weight, quantity drunk, and expert evidence to suggest that the level at the time of driving would likely have been within the permissible limit. In the former group of cases, the Supreme Court has held that the presumption is only displaced by evidence capable of raising a doubt that the results were inaccurate to the point that the blood level of the accused at the

ministère public de la nécessité de combler le vide, par une preuve d'expert, entre l'infraction et le prélèvement différé de l'échantillon d'haleine.

Ce n'est pas un avantage sans importance car l'alcoolémie n'est pas constante et, faute de présomption, les relevés présumés exacts à un moment donné pourraient s'avérer peu utiles pour établir quelle était l'alcoolémie deux heures plus tôt. . . .

À mon avis, c'est dans ce contexte que l'expression «en l'absence de toute preuve contraire» employée à l'al. 258(1)c doit être interprétée. Si les échantillons d'haleine ont été prélevés conformément à cette disposition, il sera présumé, toutes choses étant égales d'ailleurs, que le relevé fait au moment de l'infraction aurait été identique au relevé fait au moment de l'alcootest. L'exactitude du relevé au moment de l'alcootest, selon la mention contenue dans le certificat de l'analyste, est présumée, en conformité avec l'art. 24 [maintenant l'art. 25] de la *Loi d'interprétation*, «en l'absence de toute preuve contraire».

Comme le tribunal l'a reconnu dans l'affaire *R. c. Gibson* (1992), 72 C.C.C. (3d) 28, la jurisprudence établit deux situations distinctes où il a été allégué qu'il existait une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)c et où la présomption ne devait donc pas être appliquée. Premièrement, la situation où une preuve est présentée pour montrer que le relevé était inexact au moment où il a été fait, par exemple dans le cas où la preuve indiquerait que les résultats étaient inexacts, que l'alcootest présente une marge d'erreur ou que la quantité d'alcool absorbée n'aurait pas pu produire les résultats enregistrés: voir *R. c. Moreau*, *R. c. Crosthwait*, précités, et *R. c. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 513 (C.A.C.-B.). Deuxièmement, la situation où une preuve est présentée pour montrer que l'alcoolémie au moment de l'infraction était vraisemblablement différente de l'alcoolémie au moment de l'alcootest, par exemple dans le cas où la preuve établirait que l'accusé a absorbé de l'alcool après son arrestation, ou établirait son poids, la quantité absorbée, et où il existe une opinion d'expert démontrant que l'alcoolémie au volant aurait probablement été dans les limites permises. Dans le premier groupe d'affaires, la Cour suprême a décidé que la présomption n'était réfutée que par une preuve susceptible de rendre dou-

relevant time would have been, on that evidence, below the prohibited level.

Arbour J.A. stated (at p. 237):

Section 258 refers to both the presumption of accuracy and to what might be called the presumption of identity; it presumes that the reading at hour X is the same as the reading would have been at hour Y. This presumption can be displaced by evidence to the contrary; that is, any evidence which raises a reasonable doubt that the levels at the two different points in time were in fact identical. When the Crown loses the benefit of the presumption, for instance because of evidence indicating that the accused consumed alcohol between the two points in time, the Crown does not lose the benefit of the presumption that the certificate accurately represents the blood alcohol level at the time of the test. The Crown may still prove, with or without recourse to expert evidence, that the blood level of the accused at the time of the offence was over 80. One of the relevant pieces of evidence will be, of course, the reading taken by the breathalyzer, the accuracy of which is not disputed.

The certificate would still be admissible as proof of its content, as long as it complied with s. 258(1)(g), even if the Crown could not rely on the presumption contained in s. 258(1)(c). Arbour J.A. continued (at p. 238):

If a breathalyzer test, taken well within two hours of the arrest, shows a very high concentration of alcohol in the blood, and the accuracy of that reading is not in issue, evidence that the accused consumed a very small amount of alcohol after his arrest, although it may be sufficient to raise a doubt that the results would have been the same had the test been administered at the time of the arrest, may be insufficient to raise any doubt that his blood alcohol content was below 80 at the time of the alleged offence.

In the same way, I see no difficulty with the defence introducing evidence tending to show that the blood level of the accused at the time of the offence was higher than it was at the time of the breathalyzer test. In that case, the Crown would lose the benefit of the presumption that the levels were identical, but the accused would still have to be convicted on the strength of all the evidence which would inescapably point to his

teuse l'exactitude des résultats au point de montrer que l'alcoolémie de l'accusé au moment pertinent aurait été, selon cette preuve, inférieure au taux prohibé.

Le juge Arbour a dit, à la p. 237:

[TRADUCTION] L'article 258 renferme à la fois la présomption d'exactitude et ce qu'on pourrait appeler la présomption d'identité; selon celle-ci, le relevé fait à l'heure X est présumé identique au relevé qui aurait été fait à l'heure Y. Cette présomption peut être réfutée par une preuve contraire, c'est-à-dire une preuve qui fait naître un doute raisonnable que l'alcoolémie aux deux moments distincts était en fait identique. Quand le ministère public perd l'avantage de la présomption, par exemple, parce qu'une preuve montre que l'accusé a absorbé de l'alcool entre les deux moments, il ne perd pas l'avantage de la présomption que le certificat indique avec exactitude l'alcoolémie au moment de l'alcootest. Le ministère public peut encore prouver, avec ou sans témoignage d'expert, que l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction était supérieure à 80. L'un des éléments de preuve pertinents sera, bien sûr, le relevé de l'alcootest, dont l'exactitude n'est pas contestée.

Même si le ministère public ne pouvait pas invoquer la présomption contenue à l'al. 258(1)c), le certificat resterait admissible, faisant preuve de ce qui y est mentionné, pourvu qu'il soit conforme à l'al. 258(1)g). Le juge Arbour a ajouté, à la p. 238:

[TRADUCTION] Si un alcootest, fait bien avant l'expiration du délai de deux heures, indique une alcoolémie très élevée et que l'exactitude de ce relevé n'est pas mise en doute, la preuve que l'accusé a absorbé une très faible quantité d'alcool après son arrestation, bien qu'elle soit peut-être suffisante pour faire naître un doute quant à savoir si les résultats auraient été identiques si l'alcootest avait été administré au moment de l'arrestation, peut être insuffisante pour faire naître un doute quant à savoir si son alcoolémie était inférieure à 80 au moment de l'infraction reprochée.

De la même façon, aucune difficulté ne se poserait, à mon avis, si la défense présentait une preuve tendant à montrer que l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction dépassait son alcoolémie au moment de l'alcootest. En pareil cas, le ministère public perdrait l'avantage de la présomption que l'alcoolémie était identique, mais l'accusé devrait tout de même être déclaré coupable, sur la foi de l'ensemble de la preuve qui amène iné-

blood alcohol level having been above the permissible limit at the time of the offence.

21 According to Arbour J.A., when the presumption of identity is in question, an accused must introduce evidence capable of raising a reasonable doubt that his blood alcohol content at the time of the alleged offence was not the same as the content recorded by the breathalyzer. There is no reason to require that “the difference be of any particular magnitude” (p. 240). The presumption “permits the Crown to rely on a legal fiction in order to prove a fact essential to conviction”. Furthermore, if that advantage were removed, by “evidence to the contrary”, “it is still open to the Crown to prove that fact by other evidence”. Arbour J.A. concluded (at p. 240) that:

To the extent that *Crosthwait*, *supra*, held that “evidence to the contrary” in s. 258(1)(c) means evidence tending to show that the accused’s blood alcohol content at the time of the offence was below the permissible limit, it should not be applied in a case such as the present one.

On this basis, both the trial judge and the summary conviction appeal court were correct in their interpretation of s. 258(1)(c) and Arbour J.A. would have dismissed the appeal.

IV. Analysis

(i) *Introduction*

22 At the outset, I must state that I am in agreement with the dissenting judgment of Arbour J.A. of the Ontario Court of Appeal. Evidence to the contrary, as articulated in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*, means evidence sufficient to show that the temporal presumption, or as Arbour J.A. calls it the presumption of identity, should not operate to deem the blood alcohol level of the motorist at the time of breathalyzer testing to be the same as the blood alcohol level at the time of driving. The central issue of this appeal is the manner in which this presumption may be rebutted. Before discussing that issue directly, I think it important to review the operation of the presumptions that are employed in the *Criminal Code* in this area and to follow with a

luctablement à la conclusion que son alcoolémie dépassait la limite permise au moment de l’infraction.

Selon le juge Arbour, quand la présomption d’identité est attaquée, l’accusé doit présenter une preuve pouvant faire naître un doute raisonnable que son alcoolémie au moment de l’infraction reprochée ne correspondait pas à la mesure faite au moyen de l’alcootest. Il n’y a aucune raison d’exiger que [TRADUCTION] «l’écart soit d’une ampleur particulière» (p. 240). La présomption [TRADUCTION] «permet au ministère public de faire valoir une fiction juridique afin de prouver un fait essentiel à une déclaration de culpabilité». En outre, si cet avantage était éliminé par une «preuve contraire», [TRADUCTION] «il [serait] toujours loisible au ministère public de prouver ce fait par d’autres éléments de preuve». Le juge Arbour conclut, à la p. 240:

[TRADUCTION] Dans la mesure où l’arrêt *Crosthwait*, précité, a décidé qu’une «preuve contraire» au sens de l’al. 258(1)c) était une preuve tendant à montrer que l’alcoolémie de l’accusé au moment de l’infraction était inférieure à la limite permise, il ne devrait pas être appliqué dans un cas comme la présente espèce.

Pour ce motif, le juge du procès et la cour d’appel en matière de poursuites sommaires ont interprété correctement l’al. 258(1)c) et le juge Arbour aurait rejeté l’appel.

IV. Analyse

(i) *Introduction*

D’abord, je dois dire que je suis d’accord avec le jugement dissident du juge Arbour de la Cour d’appel de l’Ontario. Une preuve contraire au sens de l’al. 258(1)c) du *Code criminel* signifie une preuve suffisante pour montrer que la présomption temporelle, ou pour reprendre la terminologie du juge Arbour, la présomption d’identité, ne devrait pas être utilisée pour présumer que l’alcoolémie de l’automobiliste au moment de l’alcootest était identique à son alcoolémie au volant. La question centrale du présent pourvoi est la manière dont cette présomption peut être réfutée. Avant d’étudier cette question directement, je pense qu’il importe d’examiner l’effet des présomptions énoncées dans le *Code criminel* à ce chapitre, puis

brief review of the jurisprudence which I believe has introduced some confusion into the area.

(ii) *Presumptions of Accuracy and Identity*

The scheme established in the *Criminal Code* for proving the offence of "over 80" contains presumptions to assist the Crown in surmounting two important evidentiary hurdles. But for these presumptions, the Crown's task would be significantly more difficult. It is crucial, therefore, to keep in mind that presumptions are merely legal or evidentiary shortcuts designed to bridge difficult evidentiary gaps, and that they are rebuttable upon the leading of "evidence to the contrary". If such evidence to the contrary is led, the Crown can still proceed to try to prove its case without the benefit of these evidentiary shortcuts.

To adopt the terminology of Arbour J.A., s. 258 refers to two presumptions, the presumption of accuracy (s. 258(1)(g)) and the presumption of identity (s. 258(1)(c)). The first presumption addresses the dilemma of how to prove in court what the accused's blood alcohol content was at the time of testing on the breathalyzer. Section 258(1)(g) of the *Code* provides:

(g) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), a certificate of a qualified technician stating

(i) that the analysis of each of the samples has been made by means of an approved instrument operated by the technician and ascertained by the technician to be in proper working order by means of an alcohol standard, identified in the certificate, that is suitable for use with an approved instrument,

(ii) the results of the analyses so made, and

(iii) if the samples were taken by the technician,

(A) [not proclaimed]

d'analyser brièvement la jurisprudence qui, à mon avis, a mis la confusion dans ce domaine.

(ii) *Présomptions d'exactitude et d'identité*

Le régime établi dans le *Code criminel* relativement à la preuve de l'infraction de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80» contient des présomptions conçues pour aider le ministère public à surmonter deux importants obstacles en matière de preuve. Sans ces présomptions, la tâche du ministère public serait beaucoup plus ardue. Il est donc crucial de ne pas oublier que les présomptions ne sont que des raccourcis légaux conçus pour combler de graves lacunes dans la preuve, et qu'elles peuvent être réfutées par une «preuve contraire». Si une telle preuve contraire est présentée, le ministère public peut tout de même essayer de prouver l'accusation sans l'avantage de ces raccourcis.

Pour reprendre la terminologie du juge Arbour, l'art. 258 comprend deux présomptions, la présomption d'exactitude (al. 258(1)g) et la présomption d'identité (al. 258(1)c). La première permet de résoudre le dilemme que pose la preuve judiciaire de l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest. L'alinéa 258(1)g) du *Code* dispose:

g) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à une demande faite en vertu du paragraphe 254(3), le certificat d'un technicien qualifié fait preuve des faits allégués dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du signataire, si le certificat du technicien qualifié contient:

(i) la mention que l'analyse de chacun des échantillons a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par lui et dont il s'est assuré du bon fonctionnement au moyen d'un alcool type identifié dans le certificat, comme se prêtant bien à l'utilisation avec cet alcootest approuvé,

(ii) la mention des résultats des analyses ainsi faites,

(iii) la mention, dans le cas où il a lui-même prélevé les échantillons:

(A) [proclamation à venir]

(B) the time when and place where each sample and any specimen described in clause (A) was taken, and

(C) that each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by the technician,

is evidence of the facts alleged in the certificate without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate;

25 In addition, s. 25 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, reads:

25. (1) Where an enactment provides that a document is evidence of a fact without anything in the context to indicate that the document is conclusive evidence, then, in any judicial proceedings, the document is admissible in evidence and the fact is deemed to be established in the absence of any evidence to the contrary. [Emphasis added.]

26 Clearly, the result of these two provisions is that a presumption that the reading received on the breathalyzer provides an accurate determination of the accused's blood alcohol level at the time of the testing is established. Hence, the certificate can be tendered in evidence to prove what this blood alcohol level was. However, if the accused leads or points to "evidence to the contrary" which tends to show that, in fact, his or her blood alcohol level, at the time of testing, was not that shown on the certificate, then the certificate is no longer proof of that fact. Therefore, for the Crown to be successful it must prove the accused's blood alcohol level some other way. Indeed, the Crown may still prove that the blood alcohol level of the accused at the time of the offence was over 80 mg of alcohol in 100 ml of blood. This "presumption of accuracy" relates to the accuracy of the readings at the time of the test, as stated in the certificate of analysis, and is presumed by the operation of s. 25 of the *Interpretation Act*, in the absence of "evidence to the contrary". This is not, however, the presumption at issue in this case.

27 What is at issue in the instant case is the second presumption which is set out in s. 258(1)(c), which reads:

(B) du temps et du lieu où chaque échantillon et un spécimen quelconque mentionné dans la division (A) ont été prélevés,

(C) que chaque échantillon a été reçu directement de l'accusé dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par lui;

De plus, l'art. 25 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, prévoit:

25. (1) Fait foi de son contenu en justice sauf preuve contraire le document dont un texte prévoit qu'il établit l'existence d'un fait sans toutefois préciser qu'il l'établit de façon concluante. [Je souligne.]

De toute évidence, il résulte de ces deux dispositions qu'une présomption est établie, selon laquelle le relevé de l'alcootest fournit une mesure exacte de l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest. Le certificat peut donc être versé en preuve pour établir cette alcoolémie. Toutefois, si l'accusé présente ou signale une «preuve contraire» qui tend à montrer qu'en fait, son alcoolémie, au moment de l'alcootest, était différente de l'alcoolémie indiquée par le certificat, alors le certificat n'établit plus l'existence de ce fait. Par conséquent, pour avoir gain de cause, le ministère public doit prouver par un autre moyen l'alcoolémie de l'accusé. En fait, il peut encore prouver que l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction dépassait 80 mg d'alcool par 100 ml de sang. Cette «présomption d'exactitude» concerne l'exactitude du relevé au moment de l'alcootest, selon la mention portée dans le certificat de l'analyste, et elle est présumée, en conformité avec l'art. 25 de la *Loi d'interprétation*, sauf «preuve contraire». Ce n'est cependant pas cette présomption qui est en cause en l'espèce.

En cause est la seconde présomption énoncée à l'al. 258(1)(c), qui dispose:

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),

(c) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if

(i) [not in force]

(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,

(iii) each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

(iv) an analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

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.]

This presumption assists the Crown over the hurdle of having to prove, in every case, that the accused's blood alcohol level at the time of driving was the same as his or her blood alcohol level at the time of testing, which could be as much as two hours later. Section 258(1)(c) presumes that the breathalyzer reading at the time of testing is the same as the reading would have been at the time of driving. If all of the conditions of the section are met, then the presumption applies, unless there is

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) 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:

(i) [proclamation à venir]

(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,

(iii) chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

(iv) une analyse de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié; [Je souligne.]

Cette présomption aide le ministère public à surmonter la difficulté que pose, dans chaque cas, la preuve que l'alcoolémie de l'accusé au volant correspondait à son alcoolémie au moment de l'alcootest, lequel peut être fait jusqu'à deux heures plus tard. Aux termes de l'al. 258(1)c), les indications de l'alcootest au moment où il est administré sont présumées correspondre aux résultats qui auraient été obtenus lorsque l'accusé était au volant. Si toutes les conditions de la disposition sont réunies,

some evidence to the contrary. This presumption is the so-called presumption of identity.

- 29 I agree with the following remarks of Arbour J.A., found at p. 237, which distinguish between the two presumptions:

This presumption [of identity] can be displaced by evidence to the contrary; that is, any evidence which raises a reasonable doubt that the levels at the two different points in time were in fact identical. When the Crown loses the benefit of the presumption, for instance because of evidence indicating that the accused consumed alcohol between the two points in time, the Crown does not lose the benefit of the presumption that the certificate accurately represents the blood alcohol level at the time of the test. The Crown may still prove, with or without recourse to expert evidence, that the blood level of the accused at the time of the offence was over 80. One of the relevant pieces of evidence will be, of course, the reading taken by the breathalyzer, the accuracy of which is not disputed.

- 30 It is very important to keep these two presumptions separate. They arise from two entirely different subsections, they help the Crown over two entirely different evidentiary hurdles, and consequently the evidence necessary to rebut them is different. Also, as I will describe below, courts frequently have had difficulty with the distinct nature of these presumptions and have confused them, a matter to which I shall now turn.

(iii) *The Jurisprudence*

- 31 In *R. v. Moreau, supra*, the accused had tested 90 mg of alcohol in 100 ml of blood. He called an expert witness who testified that Borkenstein breathalyzers were subject to a possible margin of error of 10 mg. The issue was whether this was "evidence to the contrary" within s. 237(1)(c) (now s. 258(1)(c)). Beetz J. held that such evidence was not "evidence to the contrary" as it was general evidence aimed at denying the presumption. Specific evidence of the accused's condition would, however, have been admissible. At page 271 Beetz J. stated there had to be evidence

la présomption s'applique, sauf preuve contraire. Il s'agit là de ce que l'on appelle la présomption d'identité.

Je souscris aux remarques suivantes du juge Arbour, à la p. 237, où elle établit la distinction entre les deux présomptions:

[TRADUCTION] Cette présomption [d'identité] peut être réfutée par une preuve contraire, c'est-à-dire une preuve qui fait naître un doute raisonnable que l'alcoolémie aux deux moments distincts était en fait identique. Quand le ministère public perd l'avantage de la présomption, par exemple, parce qu'une preuve montre que l'accusé a absorbé de l'alcool entre les deux moments, il ne perd pas l'avantage de la présomption que le certificat indique avec exactitude l'alcoolémie au moment de l'alcootest. Le ministère public peut encore prouver, avec ou sans témoignage d'expert, que l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction dépassait 80 mg. L'un des éléments de preuve pertinents sera, bien sûr, le relevé de l'alcootest, dont l'exactitude n'est pas contestée.

Il est très important de séparer ces deux présomptions. Elles découlent de deux dispositions entièrement distinctes, elles aident le ministère public à vaincre deux difficultés de preuve entièrement différentes et, par conséquent, la preuve requise pour les combattre est différente. En outre, comme je l'explique plus loin, les tribunaux ont souvent eu de la difficulté à percevoir leur nature distincte et les ont confondues. C'est la question que j'aborde maintenant.

(iii) *Jurisprudence*

Dans l'arrêt *R. c. Moreau*, précité, l'accusé avait subi un alcootest indiquant une alcoolémie de 90 mg d'alcool par 100 ml de sang. Il a cité un expert qui a témoigné que les appareils Borkenstein pouvaient présenter une marge d'erreur de 10 mg. La question était de savoir s'il s'agissait d'une «preuve contraire» au sens de l'al. 237(1)c) (maintenant l'al. 258(1)c)). Le juge Beetz a décidé qu'une telle preuve n'était pas une «preuve contraire» car c'était une preuve générale qui visait à nier l'existence de la présomption. Une preuve particulière établissant l'état de l'accusé aurait cependant été admissible. À la p. 271, le juge Beetz dit qu'il faut une preuve

which tends to establish that the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was not the same as that indicated by the result of the chemical analysis. There is no such evidence in the case at bar. Apart from the certificates, there is no evidence of any kind directed at showing what was the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed.

Beetz J. thus related the “evidence to the contrary” to the nature of the presumption.

What has caused difficulty in appellate interpretation of *Moreau, supra*, is that Beetz J. additionally referred with approval to McFarlane J.A.’s dicta in *R. v. Davis, supra*, at p. 516, that:

... the concluding part of the subsection means that the result of the chemical analysis is proof of the proportion of alcohol to blood at the time of the offence in the absence of evidence that the proportion at that time did not exceed 80 to 100. Any evidence, therefore, tending to show that at the time of the offence the proportion was within the permitted limits is “evidence to the contrary” within the meaning of the subsection. [Emphasis added.]

The above passage created ambiguity and has been relied upon by provincial appellate authority. Nonetheless, it is important to note that the two passages may be reconciled to state that any evidence showing that the proportion is within legal limits does not preclude evidence showing that the proportion is higher at the time of the breathalyzer than at the time of the driving offence. *Moreau* is best categorized, as Bayda C.J.S. did in *R. v. Gibson, supra*, at p. 37, as a case involving evidence which generally concluded that all Borkenstein breathalyzers were inherently subject to a margin of error of 10 mg.

The second critical case is *R. v. Crosthwait, supra*. This Court established that there is nothing in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code* establishing a presumption of accuracy. In this case, an accused was being tried for “over 80”, and in defence he argued that the results of the breathalyzer were not

tendant à démontrer que le taux d’alcoolémie de l’accusé au moment de l’infraction alléguée ne correspondait pas au résultat de l’analyse chimique. Il n’existe aucune preuve de ce genre en l’espèce. Exception faite des certificats, aucune preuve n’a été présentée pour établir le taux d’alcoolémie de l’accusé au moment de l’infraction alléguée.

Le juge Beetz a donc relié la «preuve contraire» à la nature de la présomption.

Ce qui a fait problème dans l’interprétation de l’arrêt *Moreau*, précité, par les cours d’appel, c’est que le juge Beetz a également cité et approuvé l’opinion incidente du juge McFarlane dans l’arrêt *R. c. Davis*, précité, à la p. 516:

[TRADUCTION] ... la fin du paragraphe signifie que le résultat de l’analyse chimique fait preuve de la proportion d’alcool dans le sang du prévenu au moment de l’infraction en l’absence de toute preuve que le taux d’alcoolémie à ce moment n’excédait pas 80 pour 100. En conséquence, toute preuve tendant à montrer qu’au moment de l’infraction, le taux d’alcoolémie était dans les limites permises constitue une «preuve contraire» au sens de ce paragraphe. [Je souligne.]

Les cours d’appel provinciales se sont appuyées sur ce passage, qui a créé une ambiguïté. Néanmoins, il importe de remarquer que les deux passages peuvent être conciliés de sorte qu’ils signifient que toute preuve montrant que l’alcoolémie est dans les limites fixées par la loi n’empêche pas de prouver que l’alcoolémie au moment de l’alcool-test est supérieure à l’alcoolémie au moment de l’infraction. Il vaut mieux conclure comme le juge Bayda, Juge en chef de la Saskatchewan, dans l’arrêt *R. c. Gibson*, précité, à la p. 37, que l’arrêt *Moreau* portait sur une preuve établissant de façon générale que les appareils Borkenstein étaient intrinsèquement sujets à une marge d’erreur de 10 mg.

Le deuxième arrêt critique est *R. c. Crosthwait*, précité. Notre Cour a établi que l’al. 258(1)(c) du *Code criminel* n’a pas pour effet de créer une présomption d’exactitude. Dans cette affaire, l’accusé a subi un procès sur une accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80» et, en

32

33

34

reliable because the technician did not confirm that there was less than a one degree difference between the air temperature and the temperature of the solution, as the manufacturer's instruction manual said must be done before an accurate result could be obtained. Pigeon J., for a unanimous Court, pointed out the distinction between the presumption of identity, contained in s. 258(1)(c), and the presumption of accuracy in s. 258(1)(g) and s. 25 of the *Interpretation Act*. After quoting these sections, Pigeon J. said (at p. 1099) that "[i]t is clear from the wording of the *Code* that the rebuttable presumption arises from the mere statements in the certificate itself. The presumption may no doubt be rebutted by evidence that the instrument used was not functioning properly but the certificate cannot be rejected on that account".

défense, il a prétendu que les résultats de l'alcootest n'étaient pas fiables parce que le technicien n'avait pas confirmé l'existence d'un écart de moins de 1 degré entre la température ambiante et la température de la solution, contrairement à ce que le guide d'emploi publié par le fabricant préconisait pour l'obtention de résultats exacts. Au nom de la Cour à l'unanimité, le juge Pigeon a fait ressortir la distinction entre la présomption d'identité, contenue à l'al. 258(1)c), et la présomption d'exactitude à l'al. 258(1)g) et à l'art. 25 de la *Loi d'interprétation*. Après avoir cité ces dispositions, le juge Pigeon a ajouté, à la p. 1099: «Il ressort clairement du texte du *Code* que les énoncés du certificat font naître par eux-mêmes la présomption simple. La présomption peut sans doute être réfutée par la preuve du mauvais fonctionnement de l'instrument utilisé, mais le certificat ne peut être rejeté pour ce motif.»

35

In that case, the accused was not attacking the presumption of identity, that is, he was not claiming that his blood alcohol level as recorded on the breathalyzer was not the same as his blood alcohol level at the time he was driving. Rather, he argued that the blood alcohol level recorded by the breathalyzer did not accurately reflect his actual blood alcohol level, because the technician did not compare the temperatures of the air and solution before proceeding. In other words, he was attacking the presumption of accuracy. Therefore, the evidence he led to try to rebut this presumption was not "evidence to the contrary" under s. 258(1)(c), but was "evidence to the contrary" under s. 25 of the *Interpretation Act*. Pigeon J. made this clear when he said (at p. 1100):

Dans cette affaire, l'accusé n'a pas attaqué la présomption d'identité, c'est-à-dire qu'il n'a pas soutenu que son alcoolémie telle qu'indiquée par l'alcootest ne correspondait pas à son alcoolémie au moment de l'infraction. Il a plutôt soutenu que son alcoolémie indiquée par l'alcootest ne correspondait pas exactement à son alcoolémie réelle, parce que le technicien n'avait pas comparé la température ambiante et celle de la solution avant de faire le relevé. Autrement dit, il a attaqué la présomption d'exactitude. Par conséquent, la preuve qu'il a présentée pour combattre cette présomption n'était pas une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)c), mais une «preuve contraire» au sens de l'art. 25 de la *Loi d'interprétation*. C'est ce que le juge Pigeon précise quand il dit, à la p. 1100:

... while the certificate is evidence by itself, the facts of which it is evidence are "deemed to be established only in the absence of any evidence to the contrary". Thus, any evidence tending to invalidate the result of the tests may be adduced on behalf of the accused in order to dispute the charge against him. ... Therefore, in my view, the situation here is that the certificate was evidence of the results of the analyses by virtue of the express provisions of the *Criminal Code*, however, the further question remained: Was there any evidence to the contrary sufficient at least to raise a reasonable doubt? [Emphasis added.]

... bien que le certificat constitue par lui-même une preuve, les faits qu'il établit sont «réputé(s) établi(s) seulement en l'absence de toute preuve contraire». Ainsi, toute preuve qui tend à invalider le résultat des tests peut être produite au nom de l'accusé afin de contester l'accusation portée contre lui. [. . .] À mon avis, en l'espèce le certificat faisait preuve des résultats des analyses en vertu des dispositions expresses du *Code criminel*, cependant, une autre question demeure: existait-il une preuve contraire suffisante pour soulever au moins un doute raisonnable? [Je souligne.]

It is important to note that the passage quoted by Pigeon J. here was from what is now s. 25 of the *Interpretation Act*, and not from (then) s. 237(1)(c) of the *Code*. It is clear that the question before Pigeon J. in *Crosthwait*, *supra*, was what evidence was necessary in order to rebut the presumption of accuracy, not the presumption of identity.

Pigeon J. then went on to hold that the evidence in the case before him was not “evidence to the contrary” within the meaning of s. 25 of the *Interpretation Act*, and so the presumption of accuracy was not rebutted. He concluded (at p. 1102) that:

In my view in order to conclude that there was no evidence before the Magistrate to rebut the certificate, it is enough to note that the only evidence was merely of a possibility of a temperature difference without any indication that this could have affected the results to a significant extent. [Emphasis added.]

However, Pigeon J. also said (at p. 1101):

I am therefore of the opinion that the evidence of Dr. Newlands does not constitute evidence to the contrary under s. 237(1)(c) of the *Criminal Code*.

This last sentence must surely be considered something of a “slip of the pen”, since the presumption with which Pigeon J. was concerned was not contained in s. 237(1)(c) of the *Code*, but was instead contained in s. 237(1)(f) (now s. 258(1)(g)) and s. 25 of the *Interpretation Act*. This is confirmed by his earlier analysis of these sections, and the fact that he quoted the *Interpretation Act* in the passage reproduced above when setting out the question to be answered.

Consequently, the case was not at all concerned with establishing that the blood alcohol level recorded by the breathalyzer was different from the blood alcohol level at the time of driving. Rather, the case was concerned with how to prove that the blood alcohol level recorded by the breathalyzer was not an accurate recording of the blood alcohol level at the time of the test. Section 258(1)(c) does not deal with this question. It is

Il importe de noter que le passage cité par le juge Pigeon dans ce cas était tiré de ce qui est maintenant l’art. 25 de la *Loi d’interprétation* et non de l’ancien al. 237(1)(c) du *Code*. De toute évidence, dans l’arrêt *Crosthwait*, précité, le juge Pigeon devait décider quelle preuve était nécessaire pour réfuter la présomption d’exactitude, et non la présomption d’identité.

Le juge Pigeon a également décidé que la preuve dans cette affaire n’était pas une «preuve contraire» au sens de l’art. 25 de la *Loi d’interprétation* et que la présomption d’exactitude n’avait donc pas été réfutée. Il a conclu, à la p. 1102:

À mon avis, pour conclure qu’il n’y avait aucune preuve devant le magistrat pour réfuter le certificat, il suffit de constater que la seule preuve consistait en la possibilité d’un écart de température, sans aucune indication que cela aurait pu modifier les résultats d’une façon notable. [Je souligne.]

Cependant, le juge Pigeon a dit également à la p. 1101:

Je suis donc d’avis que le témoignage de M. Newlands ne constitue pas une preuve contraire au sens de l’al. 237(1)(c) du *Code criminel*.

Cette dernière phrase peut certainement être considérée comme un lapsus, puisque la présomption dont traitait le juge Pigeon n’était pas énoncée à l’al. 237(1)(c) du *Code*, mais à l’al. 237(1)(f) (maintenant l’al. 258(1)(g)) et à l’art. 25 de la *Loi d’interprétation*. Cela est confirmé par l’analyse qu’il a faite auparavant de ces dispositions et par le fait qu’il a cité la *Loi d’interprétation* dans le passage reproduit précédemment par rapport à la définition de la question à trancher.

En conséquence, l’affaire ne portait pas du tout sur la preuve que l’alcoolémie indiquée par l’alcooltest différait de l’alcoolémie au volant. Elle concernait plutôt la façon de prouver que l’alcoolémie indiquée par l’alcooltest n’était pas une mesure exacte de l’alcoolémie au moment de l’alcooltest. L’alinéa 258(1)(c) ne traite pas de cette question.

36

37

38

39

40

dealt with by s. 258(1)(g) and s. 25 of the *Interpretation Act*.

C'est l'al. 258(1)g) et l'art. 25 de la *Loi d'interprétation* qui en traitent.

41 I agree with Arbour J.A. that the decisions of this Court in *R. v. Moreau* and *R. v. Crosthwait* are distinguishable from the matter at hand as they address the presumption of accuracy, rather than the presumption of identity. The following passage from the dissenting reasons of Arbour J.A. (at p. 237) is instructive:

Je suis d'avis, comme le juge Arbour, que la situation dans les arrêts de notre Cour *R. c. Moreau* et *R. c. Crosthwait*, précités, diffère du cas qui nous occupe car ils concernent la présomption d'exactitude et non la présomption d'identité. Le passage qui suit des motifs de dissidence du juge Arbour, à la p. 237, nous éclaire sur ce point:

In those cases [*Moreau, supra*, and *Crosthwait, supra*], it was suggested by the defence that the blood alcohol level of the accused at the time of the offence was not what the breathalyzer recorded because those results were inaccurate. It is in that context that the Supreme Court held that the presumption was displaced only by evidence capable of raising a doubt that the results were inaccurate to the point that the blood level of the accused at the relevant time would have been, on that evidence, below the prohibited level.

[TRADUCTION] Dans ces arrêts [*Moreau* et *Crosthwait*, précités], la défense a fait valoir que l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction ne correspondait pas à l'alcoolémie indiquée par l'alcootest, parce que ces résultats étaient inexacts. C'est dans ce contexte que la Cour suprême a décidé que la présomption n'était réfutée que par une preuve susceptible de rendre douteuse l'exactitude des résultats au point de montrer que l'alcoolémie de l'accusé au moment pertinent aurait été, selon cette preuve, inférieure au taux prohibé.

42 Despite the fact that *Crosthwait, supra*, deals entirely with the presumption of accuracy, some lower courts have mistakenly used it to analyze the presumption of identity, without recognizing the distinct nature of these two presumptions as established by this Court. For example see *R. v. Pryor* (1994), 93 C.C.C. (3d) 108, *R. v. Andrews* (1983), 22 M.V.R. 213 (N.S.S.C.A.D.), and *R. v. Hughes* (1982), 70 C.C.C. (2d) 42 (Alta. C.A.), where the courts, with respect, confused the two presumptions and improperly relied on *R. v. Moreau* and *R. v. Crosthwait* to support their interpretation of evidence to the contrary in s. 258(1)(c).

En dépit du fait que l'arrêt *Crosthwait*, précité, traite uniquement de la présomption d'exactitude, certains tribunaux d'instance inférieure l'ont invoqué à tort pour analyser la présomption d'identité, sans reconnaître la nature distincte de ces deux présomptions telle qu'établie par notre Cour. Par exemple, voir les décisions *R. c. Pryor* (1994), 93 C.C.C. (3d) 108, *R. c. Andrews* (1983), 22 M.V.R. 213 (C.S.N.-É. Sect. app.) et *R. c. Hughes* (1982), 70 C.C.C. (2d) 42 (C.A. Alb.), dans lesquelles les tribunaux ont, en toute déférence, confondu les deux présomptions et se sont appuyés à tort sur les arrêts *R. c. Moreau* et *R. c. Crosthwait* pour étayer leur interprétation de la preuve contraire visée à l'al. 258(1)c).

43 The majority of the Court of Appeal in the instant appeal similarly cite cases which discuss "evidence to the contrary" in s. 25 of the *Interpretation Act* for rebutting the presumption of accuracy. They, with respect, mistakenly apply these authorities to the presumption of identity, without recognizing either the distinction between the two types of presumptions or the reason why different evidence will be required to rebut each one. The short answer why evidence used for rebutting the presumption of accuracy will not rebut the presumption of identity is that they are two different

De la même façon, la Cour d'appel à la majorité dans le présent pourvoi cite des précédents dans lesquels une «preuve contraire» visée à l'art. 25 de la *Loi d'interprétation* a été présentée pour combattre la présomption d'exactitude. En toute déférence, elle a appliqué à tort ces précédents à la présomption d'identité, sans reconnaître la distinction entre les deux types de présomption ni la raison pour laquelle il faut une preuve différente pour réfuter chacune d'elles. Si une preuve destinée à réfuter la présomption d'exactitude ne réfutera pas la présomption d'identité, c'est tout simplement

presumptions, and therefore different evidence will be required for each. I now wish to discuss this point more fully.

(iv) *Evidence to the Contrary*

The central question in this appeal is whether “evidence to the contrary” in s. 258(1)(c) means (a) evidence which shows that the accused’s blood alcohol level at the time of the offence (driving) and the time of the testing has changed, or (b) evidence which shows that the accused’s blood alcohol level at the time of driving was below .08. Like *Arbour J.A.*, I am of the view that the correct answer is the former for several reasons.

In the first place, the plain wording of the section supports the conclusion that “evidence to the contrary” means simply that the blood alcohol level at the time of the test was different from the time of the offence. It does not support the conclusion that the evidence must show that the accused’s blood alcohol level was below .08. I reproduce the section here with only the relevant portions:

(c) where samples of the breath of the accused have been taken . . . 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 . . . the lowest of the concentrations determined by the analyses;

To paraphrase, the section states that the blood alcohol level at the time the accused was driving will be presumed to be the same as the blood alcohol level at the time of the breathalyzer test, unless the accused can lead evidence showing that they were not the same. The section clearly does not say that the accused must show that he or she was not over .08 for the presumption not to apply. As stated earlier, the presumed fact deals with presuming blood alcohol levels to be the same at two different times. Evidence to the contrary must therefore be defined in relation to what is being presumed. To rebut the presumption all that must be done is for the accused to show that his or her

qu’il s’agit de deux présomptions distinctes et que, par conséquent, il faut une preuve différente pour chacune. J’examinerai maintenant ce point plus à fond.

(iv) *Preuve contraire*

La question fondamentale dans le présent pourvoi est de savoir si l’expression «preuve contraire» employée à l’al. 258(1)c) signifie a) une preuve montrant que l’alcoolémie de l’accusé au moment de l’infraction (au volant) et au moment de l’alcooltest a changé, ou b) une preuve montrant que l’alcoolémie de l’accusé au volant était inférieure à 0,08. À l’instar du juge *Arbour*, je suis d’avis que la bonne solution est la première et ce, pour plusieurs raisons.

En premier lieu, le langage clair de la disposition nous amène à conclure qu’une «preuve contraire» signifie simplement que l’alcoolémie au moment de l’alcooltest était différente de l’alcoolémie au moment de l’infraction. Il ne permet pas de conclure que la preuve doit montrer que l’alcoolémie de l’accusé était inférieure à 0,08. Je reproduis la disposition ici sans les passages non pertinents:

c) lorsque des échantillons de l’haleine de l’accusé ont été prélevés [. . .] 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 [. . .] au plus faible d’entre eux . . .

Pour utiliser une paraphrase, la disposition dit que l’alcoolémie au moment où l’accusé était au volant est présumée correspondre à son alcoolémie au moment de l’alcooltest, sauf si l’accusé peut présenter une preuve montrant qu’elles ne sont pas identiques. De toute évidence, elle ne dit pas que, pour que la présomption ne s’applique pas, il doit prouver que son alcoolémie ne dépassait pas 0,08. Je le répète, le fait présumé est que l’alcoolémie à deux moments distincts était identique. L’expression «preuve contraire» doit donc être définie par rapport à ce qui est présumé. Pour réfuter la présomption, il suffit que l’accusé montre que son alcoolémie était, aux deux moments pertinents, dif-

44

45

46

blood alcohol levels at the two points in time were different and, hence, to show that the temporal presumption should not apply. On this basis, I fail to see how the majority's position can be supported on the plain wording of the section.

47 Moreover, the majority's concerns about the Crown's ability to prove the offence if this interpretation is given to the section are misplaced. One point raised by the majority is that the section should not require the Crown to prove an immaterial fact. The majority says that it does not matter exactly what the accused's blood alcohol level was, just that it was over .08. Therefore, the Crown should not be required to prove by how much it was over .08, just that it was, in fact, over this threshold.

48 The problem with this line of reasoning is that the majority is confusing the presumptions. Their point is a valid one with respect to the presumption of accuracy. When an accused seeks to rebut the presumption of accuracy, as contained in s. 258(1)(g) and s. 25 of the *Interpretation Act*, it does not matter that they are able to prove that their actual blood alcohol level should have been .150 instead of the .200 as recorded on the breathalyzer. This is immaterial as far as the commission of the offence is concerned. This is why it is well established that, in order to rebut this presumption, the accused must adduce or point to evidence which tends to show that his or her blood alcohol level was actually under .08.

49 However, the same logic does not apply to the presumption of identity, and cases dealing with the presumption of accuracy cannot be used in support of this point for the presumption of identity, as the majority of the Court of Appeal attempts to do. The presumption of accuracy establishes the blood alcohol level necessary for the offence. The presumption of identity in effect puts the accused in the car with that blood alcohol level at a prior point in time. Hence, the presumption of identity is a temporal presumption designed to simplify the evidentiary necessity of bridging the time gap between the time of the breathalyzer and the time of the offence. The presumption is simply a "short-

férente et, par conséquent, que la présomption temporelle ne doit pas être appliquée. Pour ce motif, je ne vois pas comment le langage clair de la disposition peut étayer la position de la majorité.

En outre, les inquiétudes de la majorité au sujet de la capacité du ministère public de prouver l'infraction si cette interprétation était retenue ne sont pas fondées. Selon la majorité, la disposition ne doit pas obliger le ministère public à prouver un fait non substantiel. D'après la majorité, il importe peu de connaître la mesure exacte de l'alcoolémie de l'accusé, il suffit de savoir qu'elle dépassait 0,08. Par conséquent, le ministère public ne doit pas être tenu de prouver de combien de milligrammes l'alcoolémie dépassait 0,08, mais seulement qu'elle dépassait de fait cette limite.

Le problème dans ce raisonnement, c'est que la majorité confond les présomptions. Son raisonnement est valable en ce qui a trait à la présomption d'exactitude. Quand un accusé cherche à réfuter la présomption d'exactitude, énoncée à l'al. 258(1)g) et à l'art. 25 de la *Loi d'interprétation*, il importe peu qu'il réussisse à prouver que l'alcootest aurait dû indiquer que son alcoolémie était en réalité de 0,150 et non de 0,200. Cela importe peu du point de vue de la perpétration de l'infraction. C'est pourquoi il est bien établi que, pour réfuter cette présomption, l'accusé doit présenter ou signaler une preuve qui tend à montrer que son alcoolémie était en fait inférieure à 0,08.

Toutefois, la même logique ne s'applique pas au regard de la présomption d'identité et l'on ne saurait, comme la Cour d'appel à la majorité tente de le faire, invoquer la jurisprudence portant sur la présomption d'exactitude à l'appui de ce raisonnement en ce qui concerne la présomption d'identité. La présomption d'exactitude établit l'alcoolémie nécessaire à la perpétration de l'infraction. La présomption d'identité a pour effet de placer l'accusé au volant avec cette alcoolémie à un moment antérieur. C'est pourquoi la présomption d'identité est une présomption temporelle destinée à simplifier la preuve nécessaire pour remplir l'intervalle entre le moment de l'alcootest et le moment de l'infraction.

cut' for the Crown, and if the accused is able to show that the short-cut should not apply in this case, and that his or her blood alcohol level was different at the time of driving from that at the time of the test, then it would be unreasonable to apply the presumption, and on the wording of the section, the presumption would be rebutted.

Moreover, it may not matter a great deal if the presumption is rebutted. The majority's concerns about an accused rebutting the presumption of identity by simply showing that his or her blood alcohol level at the time he or she was driving was different, in that it was higher, than at the time of the test are unfounded. If an accused proves that his or her blood alcohol level at the time of driving was actually higher than at the time of the test, then the presumption of identity would be rebutted because the evidence is that the blood alcohol level was different. The accused, however, could still be convicted because even without the presumption of identity, the elements of the offence could be made out. The same holds true where the accused leads evidence to the effect that his or her blood alcohol level at the time of driving was lower than at the time of the test, but still over .08.

Therefore, the majority of the Ontario Court of Appeal need not be so concerned about the presumption of identity being rebutted here because if it is rebutted, the elements of the offence can be proved in other ways. It may be possible to bridge the time gap between the test and the driving by the use of expert evidence on absorption rates of alcohol to work "backwards" in order to establish what the accused's blood alcohol level would have been at the time of driving. Thus, for example, if an accused blew .250 on the breathalyzer, but had consumed 100 ml of vodka one hour before the test, it would be open for an expert in this area to work backwards to give an opinion on what the accused's blood alcohol level would have been at the time of driving. Such an opinion would be given in terms of a range, and if the expert said that the accused would have been between .170 and .200, for instance, then a conviction would in all likelihood follow because it must be remembered that the mere fact that the presump-

tion. Elle n'est qu'un raccourci offert au ministère public et, si l'accusé est en mesure de montrer que le raccourci ne doit pas servir dans son cas et que son alcoolémie au volant était différente de son alcoolémie au moment de l'alcootest, alors il ne serait pas raisonnable d'appliquer la présomption, qui, vu le libellé de la disposition, serait réfutée.

Par surcroît, ce n'est peut-être pas très grave si la présomption est réfutée. Les inquiétudes de la majorité au sujet de la possibilité que l'accusé réfute la présomption en montrant simplement que son alcoolémie au moment où il était au volant était différente, en ce sens qu'elle était plus élevée qu'au moment de l'alcootest, ne sont pas fondées. Si l'accusé prouve que son alcoolémie au volant était en réalité plus élevée qu'au moment de l'alcootest, alors la présomption d'identité est réfutée, parce qu'il a établi que son alcoolémie était différente. L'accusé serait tout de même déclaré coupable, parce que même sans la présomption d'identité, les éléments de l'infraction pourraient être prouvés. Il en va de même si l'accusé prouve que son alcoolémie au volant était moins élevée qu'au moment de l'alcootest, mais qu'elle dépassait quand même 0,08.

Par conséquent, la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité n'avait pas à tant s'inquiéter au sujet de la possibilité que la présomption d'identité soit réfutée en l'espèce, car si elle est réfutée, les éléments de l'infraction peuvent être prouvés par d'autres moyens. Il est peut-être possible de remplir l'intervalle entre l'alcootest et l'infraction par le témoignage d'experts sur les taux d'assimilation de l'alcool afin de remonter dans le temps et d'établir ce que l'alcoolémie de l'accusé aurait été au moment de l'infraction. Par exemple, si l'alcootest de l'accusé indiquait 0,250, mais que celui-ci ait absorbé 100 ml de vodka une heure avant l'alcootest, un expert de cette spécialité pourrait retourner en arrière et donner son avis sur ce qu'aurait été l'alcoolémie de l'accusé lorsqu'il était au volant. Il déterminerait un maximum et un minimum et si, d'après lui, ceux-ci auraient été, mettons, entre 0,170 et 0,200, alors une déclaration de culpabilité s'ensuivrait vraisemblablement, parce qu'il ne faut pas oublier que le simple fait que la présomption

50

51

tion of identity is rebutted does not render the certificate of analysis inadmissible. This is still admissible evidence under s. 258(1)(g) for the facts contained therein and it, along with the expert's testimony and any other relevant evidence, may be easily capable of supporting a conviction.

52

The British Columbia Court of Appeal recognized this fact in *R. v. Kizan* (1981), 58 C.C.C. (2d) 444, where they reached a conclusion essentially the same as Arbour J.A.'s in the present case. This was another case in which the accused had a swallow of vodka between the time of driving and the time of the test. The question is whether this constituted "evidence to the contrary" within the meaning of s. 258(1)(c). McFarlane J.A., for a unanimous court, said (at p. 446):

As I put to counsel, and I say it again, if it be accepted that the respondent swallowed a good drink of vodka very shortly after the time of the alleged offence, if (and I repeat if) the taking of that drink could have any effect whatever on the proportion of alcohol to blood, it must surely be to increase the proportion of alcohol in the blood after the time of the alleged offence, and before the test.

Accordingly, on the circumstances of this particular case the evidence of the taking of that drink was, in my opinion, clearly evidence to the contrary, within the meaning of the subsection.

Now, whether I am right in my last assertion or not, it is evidence which might tend to show that the proportion of alcohol to blood at the time of the alleged offence was not that shown by the certificate. If that be so, it might be either more or less, and the question then would be for the trier of fact to decide whether the evidence did or did not, on the whole, satisfy him (a) that the Crown had proved the offence beyond a reasonable doubt or (b) that upon the whole of the evidence, including the certificates, the Crown had failed to prove the commission of the offence to that degree.

53

The British Columbia Court of Appeal correctly noted, as did Arbour J.A., that the mere fact that the presumption of identity is rebutted does not mean that the certificate of analysis is inadmissible. It is still open to the trial judge to convict if,

d'identité a été réfutée ne rend pas le certificat de l'analyste inadmissible. Celui-ci est quand même admissible aux termes de l'al. 258(1)(g) et fait preuve des faits qui y sont allégués et, combiné au témoignage de l'expert et à tout autre élément de preuve pertinent, il peut facilement justifier la déclaration de culpabilité.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a reconnu ce fait dans l'arrêt *R. c. Kizan* (1981), 58 C.C.C. (2d) 444, où elle est arrivée essentiellement à la même conclusion que le juge Arbour en l'espèce. Il s'agissait aussi d'un cas où l'accusé avait pris une gorgée de vodka entre le moment où il était au volant et le moment de l'alcootest. La question était de savoir si cela constituait une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)(c). Au nom de la cour à l'unanimité, le juge McFarlane a dit (à la p. 446):

[TRADUCTION] Comme je l'ai dit aux avocats, et je le répète, si l'on admettait que l'intimé a pris un bon verre de vodka très peu de temps après l'infraction reprochée, si (je répète, si) l'absorption de cette boisson pouvait modifier en quoi que ce soit son alcoolémie, ce serait sûrement pour l'augmenter après l'infraction reprochée et avant l'alcootest.

Par conséquent, étant donné les circonstances particulières de l'espèce, la preuve de l'absorption de cet alcool était, à mon avis, clairement une preuve contraire au sens de l'alinéa.

Alors, que je me trompe ou non sur ce dernier point, c'est une preuve qui pourrait tendre à montrer que l'alcoolémie au moment de l'infraction reprochée était différente de l'alcoolémie indiquée par le certificat. Si c'est le cas, elle pouvait être supérieure ou inférieure à celle-ci, et ce que le juge des faits devrait alors se demander, c'est si la preuve, dans son ensemble, le convainc que a) le ministère public a prouvé l'infraction hors de tout doute raisonnable, ou que b) au vu de l'ensemble de la preuve, y compris les certificats, le ministère public n'a pas prouvé la perpétration de l'infraction conformément à ce degré de preuve.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait observer à juste titre, comme l'a fait le juge Arbour, que le simple fait que la présomption d'identité soit réfutée ne signifie pas que le certificat de l'analyste est inadmissible. Il est toujours

on the basis of all the evidence before him or her, the trial judge is satisfied beyond a reasonable doubt that the accused was over .08 at the time of driving.

Moreover, even if a conviction on “over 80” is not possible, for whatever reason, a conviction on impaired driving may well be possible on the strength of the arresting officer’s testimony. In the present case, it so happens that the accused was not charged with impaired driving, even though such a charge is routinely laid. In fact, the trial judge in this case inquired of Crown counsel why an impaired charge was not laid, and said that such a charge may well have been sustainable.

I should emphasize at this point that it is important to recall the essential difference between a presumption and evidence. Section 258(1)(c) establishes a presumption that the blood alcohol level at the time of driving was the same as at the time of testing, but it does not provide evidence of this fact. It is simply a short-cut for the Crown. If the accused is able to rebut the presumption by showing that the blood alcohol level at the two times was different, then the Crown will have to call evidence to prove its case. The presumption simply establishes that the blood alcohol level at the two times was the same. The evidence called would go to establishing what the accused’s blood alcohol level at the time of driving actually was.

There is another aspect of the approach of the majority of the Court of Appeal in this case that merits comment. Essentially, the adoption of the line of reasoning advanced by the majority would place the onus on the accused to establish his or her own innocence. Specifically, if an accused were required to rebut the s. 258(1)(c) presumption in the manner put forward by the majority, the accused would necessarily have to prove that his or her blood alcohol content was less than .08. If this position is accepted, and the materiality of the evidence of the accused depends upon reference to the

loisible au juge du procès de déclarer l’accusé coupable si, au vu de l’ensemble de la preuve, il est convaincu hors de tout doute raisonnable que l’alcoolémie de l’accusé dépassait 0,08 au moment de l’infraction.

De plus, même s’il n’est pas possible, pour quelque raison que ce soit, de le déclarer coupable à l’égard de l’accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80», il se peut qu’il puisse être déclaré coupable de conduite avec facultés affaiblies, sur la foi du témoignage de l’agent qui l’a arrêté. En l’espèce, il se trouve que l’accusée n’a pas été inculpée de conduite avec facultés affaiblies, même si une telle accusation est habituellement portée. En fait, le juge du procès en l’espèce a demandé au substitut du procureur général pourquoi une accusation de cette nature n’avait pas été portée et a dit qu’une telle inculpation aurait bien pu être justifiée.

Je dois souligner ici qu’il importe de se rappeler la différence essentielle entre une présomption et une preuve. L’alinéa 258(1)c) établit une présomption que l’alcoolémie au volant correspond à l’alcoolémie au moment de l’alcooltest, mais il n’en fournit pas la preuve. Ce n’est qu’un raccourci offert au ministère public. Si l’accusé réussit à réfuter la présomption en montrant que l’alcoolémie aux deux moments était différente, alors le ministère public doit faire la preuve de l’accusation par d’autres moyens. La présomption établit simplement que l’alcoolémie aux deux moments était identique. Les éléments de preuve produits serviraient à établir l’alcoolémie réelle de l’accusé lorsqu’il était au volant.

Il y a un autre aspect de la solution proposée par la Cour d’appel à la majorité sur lequel il vaut la peine de s’arrêter. Essentially, l’adoption du raisonnement de la majorité ferait peser sur l’accusé la charge de prouver son innocence. Précisément, si un accusé était tenu de combattre la présomption énoncée à l’al. 258(1)c) de la façon préconisée par la majorité, il devrait nécessairement prouver que son alcoolémie était inférieure à 0,08. Si cette position était acceptée, et que le caractère substantiel de la preuve de l’accusé est établi en fonction de la limite fixée dans la loi, il

54

55

56

legal limit, a grey area exists between the breathalyzer result and the legal limit, and the burden of clarifying this will be placed on the accused when, in fact, the burden should rest with the Crown to prove its case.

57 If the accused chooses not to call evidence, as is his or her right, and the Crown does not present additional evidence, the burden is in effect switched to the accused to establish that his or her blood alcohol level was below .08 at the time of the offence, despite the fact that the Crown has not proved its case. If the Crown cannot establish beyond a reasonable doubt that the accused's blood alcohol level exceeded .08 this should not be sufficient to ground a conviction. If the Crown in this appeal is correct, the accused must raise a doubt as to his guilt despite the fact that the Crown may have introduced no evidence. Put another way, an accused may be able to meet the test as elaborated by *Arbour J.A.*, but he may still not be able to pass the test proposed by the Crown without basically bearing the burden of proving his innocence. This position arguably raises concerns under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, accordingly, it should not be accepted, especially when there is another interpretation that does not raise such concerns.

58 Finally, if the Crown's position on the meaning of evidence to the contrary is correct, this view raises some problems when one considers the operation of s. 253(a) of the *Criminal Code*. Section 253 establishes the offence of operating a vehicle while impaired by providing the following:

253. Every one commits an offence who operates a motor vehicle or vessel or operates or assists in the operation of an aircraft or of railway equipment or has the care or control of a motor vehicle, vessel, aircraft or railway equipment, whether it is in motion or not,

existerait une zone d'incertitude entre les résultats de l'alcootest et la limite légale, et il incomberait à l'accusé de dissiper l'incertitude alors qu'en fait, c'est au ministère public que revient l'obligation de prouver l'accusation.

Si l'accusé choisit de ne pas présenter de preuve, comme il en a le droit, et que le ministère public ne présente pas d'autre preuve, la charge est en fait renversée et il revient à l'accusé d'établir que son alcoolémie était inférieure à 0,08 au moment de l'infraction, malgré le fait que le ministère public n'a pas prouvé l'accusation. Si celui-ci ne peut pas établir hors de tout doute raisonnable que l'alcoolémie de l'accusé dépassait 0,08, cela ne doit pas être suffisant pour justifier la déclaration de culpabilité. Si le ministère public a raison dans le présent pourvoi, l'accusée doit faire naître un doute raisonnable sur sa culpabilité en dépit du fait que le ministère public n'a peut-être produit aucun élément de preuve. Autrement dit, un accusé peut être à même de satisfaire au critère énoncé par le juge *Arbour*, mais néanmoins ne pas être en mesure de répondre au critère proposé par le ministère public sans avoir, fondamentalement, à s'acquitter de la charge de prouver son innocence. On pourrait soutenir que cette position soulève des questions au regard de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'en conséquence, elle doit être rejetée, surtout lorsqu'une autre interprétation possible ne suscite pas de telles questions.

Pour terminer, si la position du ministère public sur la signification de l'expression «preuve contraire» est bien fondée, elle pose par ailleurs certains problèmes au regard de l'application de l'al. 253(a) du *Code criminel*. L'article 253 crée l'infraction de conduite d'un véhicule à moteur en état de facultés affaiblies dans les termes suivants:

253. Commet une infraction quiconque conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, dans les cas suivants:

(a) while the person's ability to operate the vehicle, vessel, aircraft or railway equipment is impaired by alcohol or a drug; or

(b) having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person's blood exceeds eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood.

Section 258 refers to s. 253 when it provides:

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), [Emphasis added.]

This language indicates that the presumptions in s. 258 operate with respect to both paras. (a) and (b) of s. 253. Therefore, if the majority opinion of the Court of Appeal were accepted, evidence to the contrary under s. 258 would only be evidence tending to show that the accused's blood alcohol level was below .08. The question then arises of how this approach would operate with respect to a charge under s. 253(a) dealing with impaired driving. This is further argument to conclude that evidence to the contrary does not relate to evidence showing a reading below the legal limit, but only to the temporal presumption as previously discussed.

There remains one difficulty with the above analysis or at least with the inherent nature of the presumption of identity which presents something of a conundrum. If any evidence of difference between the accused's blood alcohol level at the time of the testing and at the time of the driving could be considered "evidence to the contrary" within the meaning of s. 258(1)(c) so as to rebut the presumption, then the presumption could be rebutted in every case. The simple reason for this is that an intoxicated person's blood alcohol level is constantly changing as a result of absorption and elimination of alcohol into and out of the blood. A person charged with "over 80" could simply show that his blood alcohol level changed between driving and being stopped because some of the alcohol had been metabolized in the interim, and suddenly the presumption in s. 258(1)(c) would be gone. In such cases, a conviction would not be difficult to obtain, because in most cases the blood alcohol

a) lorsque sa capacité de conduire ce véhicule, ce bateau, cet aéronef ou ce matériel ferroviaire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue;

b) lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang.

L'article 258 renvoie à l'art. 253 dans ces termes:

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): [Je souligne.]

Ces termes indiquent que les présomptions énoncées à l'art. 258 s'appliquent aux alinéas a) et b) de l'art. 253. Par conséquent, si l'opinion émise par la Cour d'appel à la majorité était acceptée, une preuve contraire visée à l'art. 258 devrait être une preuve tendant à montrer que l'alcoolémie de l'accusé était inférieure à 0,08. Il faudrait alors se demander ce qu'il en serait d'une accusation de conduite avec facultés affaiblies visée à l'al. 253a). C'est un autre argument qui nous amène à conclure qu'une preuve contraire n'est pas une preuve établissant une alcoolémie inférieure à la limite légale, mais qu'elle ne se rapporte qu'à la présomption temporelle examinée précédemment.

Il reste une difficulté soulevée par l'analyse qui précède ou du moins par la nature intrinsèque de la présomption d'identité qui pose en quelque sorte une énigme. Si toute preuve d'un écart entre l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest et son alcoolémie lorsqu'elle était au volant pouvait être tenue pour une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)c), et pouvait donc réfuter la présomption, alors la présomption pourrait être réfutée dans tous les cas. C'est tout simplement que l'alcoolémie d'une personne ivre change constamment par suite de l'absorption ou de l'élimination de l'alcool dans son sang. Une personne accusée d'une infraction de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80» pourrait simplement montrer que son alcoolémie a changé entre le moment de l'infraction et le moment de l'interpellation, parce qu'une partie de l'alcool a été assimilée entre temps et, ipso facto, la présomption énoncée à l'al. 258(1)c) serait privée d'effet. En pareil cas, il ne serait pas difficile

level will have gone down after driving, or, if it was going up as a result of absorption, in most cases it would not have risen rapidly if nothing else was consumed. But, with the presumption rebutted, the Crown would, in every case, have to call expert witnesses to establish these facts and provide a range of what the accused's blood alcohol level would have been. If this normal process of absorption and elimination were considered to be "evidence to the contrary", then the presumption would be useless, since it could always be rebutted.

⁶⁰ Arbour J.A. dealt with this by saying, at pp. 238-39, that:

Scientific evidence tending to show that in all cases the blood alcohol content two hours before the test is not likely to be the same as the level recorded by the machine would not constitute "evidence to the contrary" within the meaning of the section. This is because it would merely be tendered to show that the presumption is a fiction, that it is ill-conceived and that it should therefore not be applied. In the words of Beetz J. in *Moreau, supra*, at p. 271 S.C.R., p. 533 C.C.C., such evidence would be aimed not at "rebutting the presumption . . . but at denying its very existence".

⁶¹ The effect of normal biological processes of absorption and elimination of alcohol cannot of and by itself constitute "evidence to the contrary", because Parliament can be assumed to have known that blood alcohol levels constantly change, yet it saw fit to implement the presumption. Therefore, as Arbour J.A. states, to permit this to become "evidence to the contrary" would, in effect, be nothing more than an attack on the presumption itself by showing that it is a legal fiction and therefore should never be applied. In my view, such an attack on the presumption should not be allowed.

V. Conclusion

⁶² In conclusion, I would not expect that many people would likely drink an alcoholic beverage as the accused did in this case. Indeed, such individu-

d'obtenir la déclaration de culpabilité, parce que dans la plupart des cas, l'alcoolémie aurait diminué après l'infraction ou, si elle était allée en augmentant par suite d'une absorption, dans la plupart des cas, elle n'aurait pas augmenté rapidement si aucune autre boisson n'avait été absorbée par la suite. Mais, une fois la présomption réfutée, le ministère public devrait, dans chaque cas, assigner des experts pour établir ces faits et déterminer ce qu'auraient été les alcoolémies maximum et minimum. Si ce processus normal d'absorption et d'élimination était considéré comme une «preuve contraire», alors la présomption serait inutile, car elle pourrait être réfutée dans tous les cas.

Le juge Arbour s'est penchée sur cette question, et a dit, aux pp. 238 et 239:

[TRADUCTION] Une preuve scientifique tendant à montrer que, dans tous les cas, l'alcoolémie deux heures avant l'alcootest ne correspondra vraisemblablement pas à l'alcoolémie indiquée par l'appareil ne serait pas une «preuve contraire» au sens de la disposition. C'est qu'une telle preuve serait présentée simplement pour montrer que la présomption est une fiction, qu'elle est mal conçue et qu'il ne convient donc pas de l'appliquer. Pour reprendre les propos du juge Beetz dans l'arrêt *Moreau*, précité, à la p. 271 (R.C.S.), à la p. 533 (C.C.C.), cette preuve ne vise pas à «réfuter la présomption [. . .], elle veut en nier l'existence même».

L'effet du processus biologique normal de la transformation de l'alcool par le métabolisme ne saurait en soi constituer une «preuve contraire», parce qu'il faut présumer que le législateur savait que l'alcoolémie variait continuellement et qu'il a néanmoins jugé bon d'établir cette présomption. Par conséquent, comme le dit le juge Arbour, ériger cela en «preuve contraire» équivaudrait tout au plus à attaquer la présomption elle-même en démontrant qu'elle n'est qu'une fiction juridique et qu'elle ne devrait jamais être appliquée. À mon avis, une telle attaque contre la présomption ne doit pas être admise.

V. Conclusion

En conclusion, je ne crois pas que beaucoup de gens prendront de l'alcool comme l'a fait l'intimé en l'espèce. En fait, ils risqueraient en agissant

als may be risking charges for obstruction of justice, but it is not necessary for me to express any opinion on this matter.

In the result, I would agree with Arbour J.A. in dissent in the Court of Appeal, and with the trial judge and the summary conviction appeal judge, and hold that the evidence that the accused drank the two small bottles of vodka is “evidence to the contrary” within the meaning of s. 258(1)(c). Therefore, the Crown cannot rely on the presumption that her blood alcohol level at the time of the testing was the same as her blood alcohol level at the time of the offence. Since there was no other evidence establishing her blood alcohol level at the time of the offence, she must be acquitted. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal, and restore the acquittal.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — Can a person who voluntarily consumes alcohol (or claims to have consumed alcohol) after driving yet before providing a breathalyzer sample to police rely on evidence of this fact, *per se*, as “evidence to the contrary” to rebut the presumption in s. 258(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46? I must respectfully disagree with my colleague's approach to this problem, as well as with his conclusion. I believe that there exists a third possible interpretation of “evidence to the contrary” in s. 258(1)(c) which it is open for this Court to accept: that “evidence to the contrary” of the presumption in s. 258(1)(c) is evidence which tends to show that there is a legally material difference between the accused's blood alcohol level at the time of testing and at the time of the offence.

In my opinion, the distinction between the “presumption of identity” and the “presumption of accuracy” is an exercise in hairsplitting which runs contrary to the essential purpose of this provision of the *Criminal Code*, to the past jurisprudence of

ainsi d'être inculpés d'entrave à la justice, mais il n'est pas nécessaire que j'exprime mon avis sur cette question.

En conséquence, je souscris aux motifs dissidents du juge Arbour de la Cour d'appel et au jugement du juge du procès et du juge de la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires, et je conclus que la preuve que l'accusée a bu les deux petites bouteilles de vodka est une «preuve contraire» au sens de l'al. 258(1)c). Le ministère public ne peut donc pas s'appuyer sur la présomption que son alcoolémie au moment de l'alcootest correspondait à son alcoolémie au moment de l'infraction. Comme aucun autre élément de preuve n'établit son alcoolémie au moment de l'infraction, elle doit être acquittée. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir l'acquiescement.

Les motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — La preuve de consommation volontaire d'alcool après avoir conduit un véhicule mais avant de fournir un échantillon d'haleine à la police peut-elle servir de «preuve contraire» aux fins de réfuter la présomption établie à l'al. 258(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46? Avec égards, je ne saurais être d'accord avec la façon dont mon collègue aborde ce problème ni avec sa conclusion. J'estime que notre Cour peut retenir une troisième interprétation de la notion de «preuve contraire» à l'al. 258(1)c), soit qu'une «preuve contraire» à la présomption de l'al. 258(1)c) est une preuve tendant à démontrer qu'il existe une différence pertinente en droit entre l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest et son alcoolémie au moment de l'infraction.

À mon avis, la distinction entre la «présomption d'identité» et la «présomption d'exactitude» relève d'un exercice artificiel, contraire à l'objectif fondamental que vise cette disposition du *Code criminel*, à la jurisprudence antérieure de notre Cour

63

64

65

this Court, and to important policy considerations. If evidence of the fact of post-driving drinking is, indeed, all that is needed to prevent the Crown from relying on the presumption in s. 258(1)(c), it will either oblige the Crown to rely in all such cases on less precise evidence of impairment or, alternatively, increase considerably the time and expense of proceeding on an "over 80" charge by making it necessary for the Crown to adduce expert toxicological evidence as part of its case against the accused. With respect, I believe that such a conclusion cannot possibly be consistent with the spirit of the law, given the clear mischief that s. 258 of the *Code* is intended to address.

I. Relevant statutory provisions

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

253. Every one commits an offence who operates a motor vehicle or vessel or operates or assists in the operation of an aircraft or of railway equipment or has the care or control of a motor vehicle, vessel, aircraft or railway equipment, whether it is in motion or not,

(a) while the person's ability to operate the vehicle, vessel, aircraft or railway equipment is impaired by alcohol or a drug; or

(b) having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person's blood exceeds eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood.

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),

(c) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if

ainsi qu'à d'importantes considérations d'intérêt public. En effet, si la preuve de consommation d'alcool postérieure à la conduite d'un véhicule suffit pour empêcher le ministère public d'invoquer la présomption de l'al. 258(1)c), le ministère public devra, en pareils cas, soit se fonder sur une preuve moins précise d'affaiblissement des facultés, soit avoir recours à des experts toxicologues et ainsi accroître considérablement le temps et le coût des poursuites pour conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg». Avec égards, j'estime qu'une telle conclusion ne saurait être compatible avec l'esprit de la loi, compte tenu du problème que vise clairement à corriger l'art. 258 du *Code*.

I. Dispositions législatives applicables

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

253. Commet une infraction quiconque conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, dans les cas suivants:

a) lorsque sa capacité de conduire ce véhicule, ce bateau, cet aéronef ou ce matériel ferroviaire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue;

b) lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang.

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) 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 iden-

(i) [not in force]

(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,

(iii) each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

(iv) an analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

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.]

II. Facts and Judgments

The facts of this case are compellingly straightforward. The appellant, Ms. St. Pierre, was stopped at approximately 1 a.m. by an officer who observed her driving erratically. The officer ascertained that she was intoxicated and asked that she provide a roadside breath sample. After three unsuccessful attempts, she provided a sample and registered a fail on the ALERT test. The officer issued a breathalyzer demand and took her to the police station. As the breathalyzer operator was occupied with another driver, the appellant had to wait approximately one hour for her testing session. She used the washroom three times prior to taking the test. Both breathalyzer readings, taken 20 minutes apart, yielded a result of 180 mg of alcohol per 100 ml of blood. Shortly after taking the second of the breathalyzer tests, as she was being fingerprinted, the appellant showed two empty 50 ml vodka bottles to the police officer and

tiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies:

(i) [non en vigueur]

(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,

(iii) chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

(iv) une analyse de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié; [Je souligne.]

II. Faits et jugements

Les faits de cette instance sont on ne peut plus simples. L'appelante, M^{me} St. Pierre, a été interpellée vers 1 heure du matin par un agent qui avait observé sa conduite erratique. Ayant constaté son état d'intoxication, l'agent lui a demandé de fournir là et alors un échantillon d'haleine. Après trois tentatives infructueuses, elle a échoué l'épreuve ALERT. L'agent lui a alors demandé de se soumettre à l'alcootest et l'a conduite au poste de police. Comme le technicien était occupé avec un autre conducteur, l'appelante a dû attendre environ une heure avant de subir l'alcootest, et s'est rendue trois fois à la salle de toilette au cours de cette période. Les deux alcootests, effectués à 20 minutes d'intervalle, indiquaient un résultat de 180 mg d'alcool par 100 ml de sang. Peu de temps après avoir subi le second alcootest, au moment de la prise des empreintes digitales, l'appelante a montré deux bouteilles vides de 50 ml de vodka au

said that she had consumed them while in the washroom.

67

At trial, the Crown sought to prove its case that the appellant was "over 80" by relying on the breathalyzer results and the evidence of the police officer. The evidence of the two 50 ml bottles was introduced at trial during the examination in chief of the officer. The officer testified that the bottles contained no residue, and did not smell of vodka. The Crown did not call an expert to bolster its case, arguing that if the accused wished to rely on the fact of post-driving drinking as "evidence to the contrary" of the presumption in s. 258(1)(c), she had to adduce some evidence that would tend to show that, were it not for the post-driving drinking, her blood alcohol level could have been below the prescribed legal limit. The accused did not testify. O'Reilly J. granted defence counsel's motion for a directed verdict following the close of the Crown's case and the appellant was acquitted. On the Crown's summary conviction appeal, the trial judge's verdict was upheld: (1991), 30 M.V.R. (2d) 13.

68

On a further appeal by the Crown to the Ontario Court of Appeal, (1992), 10 O.R. (3d) 215, Galligan J.A., writing for the majority, stated that the decision of this Court in *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089, was determinative of this issue in that "evidence to the contrary" must tend to show that the accused's blood alcohol concentration was within permissible limits at the time in question. Arbour J.A., in dissent, held that evidence demonstrating any difference between the accused's blood alcohol concentration at the time of the offence and the breathalyzer reading at the time of the sample was sufficient to constitute "evidence to the contrary" of the presumption in s. 258(1)(c). In her view, it was not necessary for the appellant to adduce any evidence suggesting that she could have been below the legal limit were it not for the alcohol she had allegedly consumed after driving. As such, even evidence demonstrating a difference

policier et a déclaré les avoir bues pendant qu'elle était à la salle de toilette.

Au procès, le ministère public a cherché à faire la preuve que l'alcoolémie de l'appelante dépassait les 80 mg en se fondant sur les résultats des alcootests ainsi que sur le témoignage du policier. Quant aux deux bouteilles de 50 ml, elles ont été introduites en preuve au cours de l'interrogatoire principal du policier. Celui-ci a déclaré que les bouteilles ne contenaient aucun résidu et qu'on n'y décelait aucune odeur de vodka. Le ministère public n'a pas appelé d'expert à témoigner pour étayer sa preuve à cet égard. Il a fait valoir que si l'accusée souhaitait invoquer le fait de sa consommation d'alcool postérieure à la conduite de son véhicule comme «preuve contraire» à la présomption de l'al. 258(1)c), elle devait présenter des éléments de preuve susceptibles de démontrer que, n'eût été cette consommation postérieure, son alcoolémie aurait pu être inférieure à la limite prescrite par la loi. L'accusée n'a pas témoigné. À la clôture de la preuve du ministère public, le juge O'Reilly a accueilli la requête de l'avocat de la défense pour verdict dirigé et l'appelante a été acquittée. En appel de la déclaration sommaire de culpabilité, interjeté par le ministère public, ce verdict a été confirmé: (1991), 30 M.V.R. (2d) 13.

Le ministère public a de nouveau interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 10 O.R. (3d) 215. Au nom de la majorité, le juge Galligan a statué que l'arrêt de notre Cour *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089, était déterminant quant à la question en litige, en ce que la «preuve contraire» devait tendre à établir que l'alcoolémie de l'accusé se situait à l'intérieur des limites permises au moment de l'infraction. Dissidente, madame le juge Arbour a soutenu que la preuve d'une différence quelconque entre l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction et le résultat de l'alcootest au moment de la prise de l'échantillon était suffisante pour constituer une «preuve contraire» à la présomption de l'al. 258(1)c). À son avis, l'appelante n'avait pas à fournir de preuve de nature à établir que son alcoolémie aurait pu être inférieure à la limite prévue par la loi n'eût été l'alcool qu'elle aurait con-

of “no particular magnitude” would suffice to preclude the Crown from relying on that presumption.

III. Analysis

My colleague advances several arguments in support of the conclusion that any credible evidence of post-driving drinking will rebut the presumption in s. 258(1)(c). He first adopts the distinction drawn by Arbour J.A. between the “presumption of accuracy” and the “presumption of identity”. He next argues that this Court’s previous decisions in *R. v. Moreau*, [1979] 1 S.C.R. 261, and *R. v. Crosthwait*, *supra*, are distinguishable from the case at bar. He then urges a “plain meaning” interpretation of s. 258(1)(c). He finishes by noting concerns that any interpretation other than his might fall afoul of the presumption of innocence, or operate unjustly where the accused has been charged with impaired driving under s. 253(a) rather than with being “over 80” contrary to s. 253(b). I shall address each of these arguments in turn, although not necessarily in the same order, and demonstrate why I believe the correct interpretation of s. 258(1)(c) to be that which I outline above.

1. *Prior Jurisprudence: R. v. Moreau and R. v. Crosthwait*

The phrase “evidence to the contrary” in s. 258(1)(c) was already twice the focus of this Court’s attention. In my opinion, *R. v. Moreau* and *R. v. Crosthwait* squarely apply.

In *Moreau*, an accused failed a breathalyzer test with a reading of 90 mg of alcohol per 100 ml of blood. He was, in other words, just 10 mg over the legal limit. He adduced expert evidence to the effect that all Borkenstein Breathalyzers (the machine which had recorded his result) were inaccurate within 10 mg of alcohol per 100 ml of

sommé après avoir été au volant. Ainsi, même une preuve établissant une différence [TRADUCTION] «sans amplitude particulière» serait suffisante pour empêcher le ministère public d’invoquer cette présomption.

III. Analyse

Mon collègue avance plusieurs arguments à l’appui de la conclusion suivant laquelle toute preuve crédible d’absorption d’alcool postérieurement à la conduite d’un véhicule permettra de réfuter la présomption de l’al. 258(1)c). Il retient d’abord la distinction établie par madame le juge Arbour entre la «présomption d’exactitude» et la «présomption d’identité». Il fait valoir ensuite qu’il y a lieu de distinguer la présente instance des arrêts antérieurs de notre Cour *R. c. Moreau*, [1979] 1 R.C.S. 261, et *R. c. Crosthwait*, précité. Il nous invite ensuite à adopter une interprétation fondée sur le «sens manifeste» de l’al. 258(1)c). En terminant, il s’inquiète de ce que toute autre interprétation pourrait aller à l’encontre de la présomption d’innocence, ou causer une injustice dans le cas où le prévenu a été accusé de conduite avec facultés affaiblies sous le régime de l’al. 253a) au lieu d’être accusé d’avoir conduit avec une alcoolémie de «plus de 80 mg» en contravention de l’al. 253b). Je discuterai de chacun de ces arguments, quoique pas nécessairement dans le même ordre, en vue de démontrer les raisons pour lesquelles l’interprétation correcte de l’al. 258(1)c) est celle que j’ai exposée précédemment.

1. *La jurisprudence antérieure: R. c. Moreau et R. c. Crosthwait*

L’expression «preuve contraire» utilisée à l’al. 258(1)c) a déjà retenu par deux fois l’attention de notre Cour. À mon avis, les arrêts *R. c. Moreau* et *R. c. Crosthwait* s’appliquent parfaitement ici.

Dans l’arrêt *Moreau*, l’accusé avait échoué l’alcooltest dont le résultat indiquait une alcoolémie de 90 mg par 100 ml de sang. En d’autres termes, son taux n’excédait que de 10 mg la limite prévue par la loi. Il a présenté le témoignage d’un expert selon lequel tous les alcooltests Borkenstein (l’appareil ayant servi à l’analyse) étaient inexacts à l’inté-

69

70

71

blood, and argued that this evidence constituted “evidence to the contrary” of the presumption set out in what is now s. 258(1)(c). The Court rejected that argument on the basis that such evidence was aimed not at rebutting the presumption but at defeating the scheme established by Parliament. What is more significant for our purposes, however, is the majority’s explanation of the meaning of the phrase “evidence to the contrary”. Beetz J., at p. 271, defined that phrase by citing with approval the following passage from the judgment of McFarlane J.A. in *R. v. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 513 (B.C.C.A.), at p. 516:

While not expressed too clearly, I think the intention of Parliament becomes manifest when it is remembered that the fact to be proved is the proportion of alcohol to blood at the time of the offence. The result of the chemical analysis is one method of proving that fact: and the certificates are evidence, *inter alia*, of that result. It follows, in my opinion, that the concluding part of the subsection means that the result of the chemical analysis is proof of the proportion of alcohol to blood at the time of the offence in the absence of evidence that the proportion at that time did not exceed 80 to 100. Any evidence, therefore, tending to show that at the time of the offence the proportion was within the permitted limits is “evidence to the contrary” within the meaning of the subsection. [Emphasis added by Beetz J.]

Beetz J. then made the following observation, at p. 271:

In order to comply with the wording of the Code, “evidence to the contrary” has to be evidence which tends to establish that the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was not the same as that indicated by the result of the chemical analysis.

The apparent inconsistency between these two passages has spawned a lively debate as to the true meaning of “evidence to the contrary” in s. 258(1)(c) of the *Code*. The second passage is relied upon by the appellant in support of her argument that “evidence to the contrary” need not be capable of showing that the accused was actually under the legal limit at the time of the offence.

rieur d’une marge de 10 mg d’alcool par 100 ml de sang, et a soutenu qu’il s’agissait là d’une «preuve contraire» à la présomption établie par l’actuel al. 258(1)c). La Cour a rejeté cet argument au motif qu’une telle preuve visait non pas à réfuter la présomption mais à contrer le régime établi par le législateur. Ce qui est plus significatif pour nos fins, toutefois, c’est l’explication de la majorité quant au sens de l’expression «preuve contraire». À la p. 271, le juge Beetz la définit en citant avec approbation le passage suivant des motifs du juge McFarlane dans l’arrêt *R. c. Davis* (1973), 14 C.C.C. (2d) 513 (C.A.C.-B.), à la p. 516:

[TRADUCTION] À mon avis, l’intention du Parlement, bien qu’exprimée peu clairement, devient manifeste si l’on se souvient que le fait à prouver est la proportion d’alcool dans le sang au moment de l’infraction. Le résultat de l’analyse chimique est un des moyens de prouver ce fait et les certificats constituent une preuve, parmi d’autres, de ce résultat. Il s’ensuit donc, à mon avis, que la fin du paragraphe signifie que le résultat de l’analyse chimique fait preuve de la proportion d’alcool dans le sang du prévenu au moment de l’infraction en l’absence de toute preuve que le taux d’alcoolémie à ce moment n’excédait pas 80 pour cent. En conséquence, toute preuve tendant à montrer qu’au moment de l’infraction, le taux d’alcoolémie était dans les limites per-mises constitue une «preuve contraire» au sens de ce paragraphe. [Souligné par le juge Beetz.]

Le juge Beetz fait ensuite l’observation suivante, à la p. 271:

Aux termes du Code, la «preuve contraire» doit être une preuve tendant à démontrer que le taux d’alcoolémie de l’accusé au moment de l’infraction alléguée ne correspondait pas au résultat de l’analyse chimique.

La contradiction apparente entre ces deux passages a soulevé un vif débat quant à la véritable signification de l’expression «preuve contraire» utilisée à l’al. 258(1)c) du *Code*. L’appelante invoque le second passage à l’appui de son argument voulant qu’il ne soit pas nécessaire que la «preuve contraire» tende à démontrer qu’au moment de l’infraction, l’accusé ne dépassait pas de fait la limite prévue par la loi.

Reading these two passages in the factual and legal context in which they arose, however, demonstrates in my opinion that Beetz J.'s remarks do not support the appellant's argument. It must be recalled that the accused was only 10 mg over the prescribed legal limit. As such, the expert evidence of a 10 mg margin of error in breathalyzers could be seen as "tending to show that at the time of the offence the proportion was within the permitted limits" (p. 271). Put another way, a trier of fact faced with this evidence could have entertained a reasonable doubt that the accused's blood alcohol level at the time of the offence was within legal limits. Given that the accused's evidence appeared to satisfy this initial threshold, Beetz J. therefore had to make it clear that "evidence to the contrary" could not be general in nature, but must also relate to the blood alcohol level of the particular accused. He therefore elaborated at p. 271 on his previous definition of what constitutes "evidence to the contrary" by stating that such evidence also must be

... evidence which tends to establish that the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was not the same as that indicated by the result of the chemical analysis. [Emphasis added.]

He went on to note that the evidence adduced did not relate to the accused, and therefore did not constitute "evidence to the contrary":

There is no such evidence in the case at bar. Apart from the certificates, there is no evidence of any kind directed at showing what was the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed. [Emphasis added.]

In other words, Beetz J. concluded that general challenges to the breathalyzer scheme did not tend to show that this particular accused's blood alcohol level was any different at the time of the alleged offence, and that such evidence could not, as a matter of law, constitute "evidence to the contrary" because it did not relate to the particular accused. There is no ambiguity. *Moreau* set down a clear, two-part standard. The confusion that followed stemmed from the fact that many did not read

Toutefois, je suis d'avis que, compte tenu du contexte factuel et juridique dans lequel ces passages ont été formulés, les remarques du juge Beetz ne sauraient étayer l'argument de l'appellante. Il faut rappeler que l'alcoolémie de l'accusé dans *Moreau* ne dépassait que de 10 mg la limite prescrite par la loi. À ce titre, le témoignage de l'expert au sujet de l'existence d'une marge d'erreur de 10 mg dans les alcootests pouvait être considéré comme «tendant à montrer qu'au moment de l'infraction, le taux d'alcoolémie était dans les limites permises» (p. 271). En d'autres termes, le juge des faits aurait pu, en raison de cette preuve, avoir un doute raisonnable quant à savoir si l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction était dans les limites prévues par la loi. Comme la preuve présentée par l'accusé semblait satisfaire à cette condition préliminaire, le juge Beetz se devait de clairement expliquer qu'une «preuve contraire» ne pouvait être de nature générale, mais qu'elle devait également être liée à l'alcoolémie de l'accusé en particulier. Il a donc, à la p. 271, explicité sa définition précédente de la «preuve contraire» en précisant qu'une telle preuve devait aussi être

... une preuve tendant à démontrer que le taux d'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction alléguée ne correspondait pas au résultat de l'analyse chimique. [Je souligne.]

Il a ajouté que la preuve présentée n'était pas reliée à l'accusé et qu'elle ne constituait donc pas une «preuve contraire»:

Il n'existe aucune preuve de ce genre en l'espèce. Exception faite des certificats, aucune preuve n'a été présentée pour établir le taux d'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction alléguée. [Je souligne.]

En somme, le juge Beetz a conclu qu'une contestation du système de l'alcootest en général ne tendait pas à démontrer que l'alcoolémie de cet accusé était différente au moment de l'infraction reprochée. Une preuve de ce genre ne pouvait, en droit, constituer une «preuve contraire» parce qu'elle n'était pas reliée à cet accusé. Il n'y a là aucune ambiguïté. L'arrêt *Moreau* a établi une norme claire comportant deux volets. La confusion qui a suivi est attribuable à ce que plusieurs n'ont pas

Beetz J.'s comments in their proper context — i.e. in light of the fact that the expert evidence in that case pointed to a discrepancy which could otherwise have brought the accused's blood alcohol level down to within the legal limit.

73

If any doubts as to the meaning of the phrase "evidence to the contrary" in s. 258(1)(c) remained after *Moreau*, however, they were resolved once and for all in *Crosthwait*, decided some two years later. *Crosthwait* raised the question of whether expert evidence that the particular breathalyzer in question was not operated properly — and therefore may have been inaccurate — constituted "evidence to the contrary" of the presumption in s. 258(1)(c). Pigeon J., for the Court, rejected that argument in the following terms (at p. 1101):

Mere possibility of some inaccuracy will not assist the accused. What is necessary to furnish evidence to the contrary is some evidence which would tend to show an inaccuracy in the breathalyzer or in the manner of its operation on the occasion in question of such a degree and nature that it could affect the result of the analysis to the extent that it would leave a doubt as to the blood alcohol content of the accused person being over the allowable maximum. [Emphasis added.]

It appears that Pigeon J. essentially combined the two thresholds proposed by Beetz J. in *Moreau* into one: the alleged discrepancy must tend to show that the accused's blood alcohol level could have been below the legal limit at the time of the offence, and the evidence must relate to the particular accused's blood alcohol level, rather than to the scheme in general.

74

The majority of the Court of Appeal in the present case concluded, at p. 223, that this Court's judgments in *Moreau* and *Crosthwait* were dispositive of the appeal:

I think it must be taken as having been settled by the Supreme Court of Canada that, in order for evidence to amount legally to "evidence to the contrary" as that expression is used in s. 258(1)(c), the evidence must tend to show that at the time of the alleged offence the

cerné les commentaires du juge Beetz dans leur véritable contexte, c'est-à-dire en tenant compte du fait que le témoignage de l'expert dans cette affaire indiquait un écart qui aurait pu autrement ramener l'alcoolémie de l'accusé en deçà de la limite prévue par la loi.

Toutefois, s'il subsistait, après l'arrêt *Moreau*, des doutes relativement au sens de l'expression «preuve contraire» de l'al. 258(1)c), ils ont été dissipés de façon définitive, deux ans plus tard, dans l'arrêt *Crosthwait*. Cette affaire soulevait la question de savoir si le témoignage d'un expert portant que l'alcootest en cause n'avait pas été opéré correctement — et pouvait donc avoir été inexact — constituait une «preuve contraire» à la présomption de l'al. 258(1)c). Au nom de la Cour, le juge Pigeon a rejeté cet argument en ces termes (à la p. 1101):

La simple possibilité d'une inexactitude n'est d'aucun secours à l'accusé. Ce qui est nécessaire pour constituer une preuve contraire est une preuve qui tend à démontrer une inexactitude de l'éthylomètre, ou de son fonctionnement à cette occasion, d'un degré et d'une nature tels qu'elle pourrait modifier le résultat des analyses au point de rendre douteux que la concentration d'alcool dans le sang du prévenu ait été supérieure au maximum permis. [Je souligne.]

Il appert que le juge Pigeon a essentiellement fusionné en une seule les deux conditions préliminaires posées par le juge Beetz dans l'arrêt *Moreau*: l'écart allégué doit tendre à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé aurait pu être inférieure à la limite prévue par la loi au moment de l'infraction, et la preuve doit être reliée au taux d'alcool dans le sang de l'accusé en cause plutôt qu'au système en général.

Dans le cas qui nous occupe, les juges de la Cour d'appel ont conclu à la majorité, à la p. 223, que les arrêts *Moreau* et *Crosthwait* étaient déterminants:

[TRADUCTION] J'estime qu'il faut considérer comme ayant été tranchée par la Cour suprême du Canada la question suivante, savoir que pour constituer en droit une «preuve contraire» au sens où cette expression est utilisée à l'al. 258(1)c), la preuve doit tendre à démon-

accused person's blood alcohol level did not exceed 80 mg of alcohol in 100 ml of blood.

On the other hand, Arbour J.A., in dissent, sought to distinguish these two cases from situations such as the present one involving post-driving drinking. Arbour J.A. identified a distinction between what she refers to as the "presumption of accuracy" and the "presumption of identity". It is to this question that I now turn.

2. The "Presumption of Accuracy" and the "Presumption of Identity"

According to Arbour J.A., the "presumption of accuracy" refers to the presumption that the breathalyzer device correctly reflects the accused's actual blood alcohol level at the time of the test. The "presumption of identity", on the other hand, refers to the presumption that the accused's blood alcohol level at the time of the test is the same as that at the time of the offence. To the extent that *Moreau* and *Crosthwait* stand for the proposition that "evidence to the contrary" is only that which tends to show that the accused's blood alcohol level at the time of driving was below 80 mg per 100 ml of blood, it is argued that these two authorities do not govern a situation where it is not the accuracy of the particular breathalyzer results that is questioned (i.e. the presumption of accuracy) but rather the presumption that these results reflect the blood alcohol level at the time of driving (i.e. the presumption of identity).

It is argued that these two presumptions are not inconsistent because they flow from different provisions in the *Code*. The "presumption of accuracy" is said to flow from s. 258(1)(g), whereas the "presumption of identity" is said to flow from s. 258(1)(c). With all due respect, I believe this interpretation to be incorrect. In fact, to invoke an argument that my colleague, himself, relies upon in his reasons, I believe that it defies the "plain wording" of the two provisions. Section 258(1)(g) reads:

trer qu'au moment de l'infraction reprochée, l'alcoolémie de l'accusé ne dépassait pas 80 mg d'alcool par 100 ml de sang.

Par contre, madame le juge Arbour s'est efforcée, dans sa dissidence, de distinguer ces deux arrêts d'avec les situations où, comme ici, il y a eu absorption d'alcool postérieurement à la conduite d'un véhicule. Elle a établi une distinction entre ce qu'elle appelle la «présomption d'exactitude» et la «présomption d'identité». Je vais maintenant me pencher sur cette question.

2. La «présomption d'exactitude» et la «présomption d'identité»

Selon madame le juge Arbour, la «présomption d'exactitude» se rapporte à la présomption suivant laquelle l'appareil servant à analyser l'haleine reflète correctement le taux réel d'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest. La «présomption d'identité», quant à elle, se rapporte à la présomption suivant laquelle l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest correspond à son alcoolémie au moment de l'infraction. En tenant pour acquis que les arrêts *Moreau* et *Crosthwait* établissent que seule une preuve tendant à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé au moment où il était au volant était inférieure à 80 mg par 100 ml de sang est une «preuve contraire», on fait valoir que ces deux arrêts ne s'appliquent pas dans le cas où est remise en question non pas l'exactitude des résultats donnés d'un alcootest (soit la présomption d'exactitude), mais plutôt la présomption selon laquelle ces résultats reflètent l'alcoolémie au volant (soit la présomption d'identité).

On soutient que ces deux présomptions ne sont pas contradictoires puisqu'elles découlent de dispositions différentes du *Code*. La «présomption d'exactitude» découlerait de l'al. 258(1)(g), alors que la «présomption d'identité» découlerait de l'al. 258(1)(c). En toute déférence, j'estime que cette interprétation est incorrecte. En fait, pour reprendre un argument que mon collègue lui-même invoque dans son opinion, j'estime que cela va à l'encontre du «sens manifeste» des deux dispositions. L'alinéa 258(1)(g) dispose:

75

76

(g) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), a certificate of a qualified technician stating

(i) that the analysis of each of the samples has been made by means of an approved instrument operated by the technician and ascertained by the technician to be in proper working order by means of an alcohol standard, identified in the certificate, that is suitable for use with an approved instrument,

(ii) the results of the analyses so made, and

(iii) if the samples were taken by the technician,

(A) [not in force]

(B) the time when and place where each sample and any specimen described in clause (A) was taken, and

(C) that each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by the technician,

is evidence of the facts alleged in the certificate without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate; [Emphasis added.]

77

Section 258(1)(g), taken together with s. 25(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, is said to create a presumption that the reading registered on the breathalyzer is an accurate determination of the accused's blood alcohol level at the time of the testing. It is therefore concluded that the certificate is evidence proving the accused's actual blood alcohol level. My reading of s. 258(1)(g), however, is different. Section 258(1)(g) only deems "the facts alleged in the certificate" to represent, *inter alia*, the "results of the analyses so made" (s. 258(1)(g)(ii)) (emphasis added). For lack of a better term, I would refer to this presumption as the "presumption of the continuity of the evidence". This presumption is very different from the "presumption of accuracy", since the latter presumes that the results of the analysis are equal to the accused's actual blood alcohol level at the

g) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à une demande faite en vertu du paragraphe 254(3), le certificat d'un technicien qualifié fait preuve des faits allégués dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du signataire, si le certificat du technicien qualifié contient:

(i) la mention que l'analyse de chacun des échantillons a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par lui et dont il s'est assuré du bon fonctionnement au moyen d'un alcool type identifié dans le certificat, comme se prêtant bien à l'utilisation avec cet alcootest approuvé,

(ii) la mention des résultats des analyses ainsi faites,

(iii) la mention, dans le cas où il a lui-même prélevé les échantillons:

(A) [non en vigueur]

(B) du temps et du lieu où chaque échantillon et un spécimen quelconque mentionné dans la division (A) ont été prélevés,

(C) que chaque échantillon a été reçu directement de l'accusé dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par lui; [Je souligne.]

L'alinéa 258(1)(g), dit-on, combiné au par. 25(1) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, crée une présomption selon laquelle l'alcootest indiquerait de façon exacte l'alcoolémie de l'accusé au moment où il est effectué. On en conclut donc que le certificat fait preuve de l'alcoolémie réelle de l'accusé. Pour ma part, j'interprète l'al. 258(1)(g) différemment. En effet, aux termes de cette disposition, les «faits allégués dans le certificat» sont uniquement réputés représenter, entre autres, les «résultats des analyses ainsi faites» (sous-al. 258(1)(g)(ii)) (je souligne). Faute d'une meilleure expression, je parlerais dans ce cas de «présomption de continuité de la preuve». Cette présomption est très différente de la présomption dite «d'exactitude», puisque cette dernière présume que les résultats de l'analyse correspondent à l'alcoolémie réelle de l'accusé au moment de l'al-

time of testing. There is no reference in s. 258(1)(g), however, to "actual blood alcohol level". Put another way, s. 258(1)(g) is nothing more than a documentary exception to the hearsay rule (see also *Martin's Annual Criminal Code 1995*, synopsis of s. 258). "Evidence to the contrary" of s. 258(1)(g) (pursuant to s. 25(1) of the *Interpretation Act*) would only be evidence that tends to show that the information in the certificate is not reflective of the actual results indicated by the breathalyzer (i.e. the technician who administered the test reported the machine's result to the accused as being 120 mg, and yet the certificate shows the accused's blood alcohol level as being 220 mg). With respect, the plain wording of s. 258(1)(g) simply does not support my colleague's explanation of its evidentiary effects.

Moreover, I believe that my interpretation of the evidentiary effect of s. 258(1)(c) is identical to that adopted by Pigeon J. for the Court in *Crosthwait*. Namely, Pigeon J. refused, at p. 1099, to find as an implicit condition of s. 237(1)(f) (now s. 258(1)(g)) a requirement that the breathalyzer instrument be shown to be working properly:

In the instant case, the certificate filed at the trial fully complies with the conditions stated in para. (f). It was, therefore, by itself, evidence of the results of the analyses. With respect, I cannot agree that there is another implicit condition namely, that the instrument used must be shown to have been functioning properly The presumption [that the breathalyzer result is accurate] may no doubt be rebutted by evidence that the instrument used was not functioning properly but the certificate cannot be rejected on that account. [Emphasis added.]

A requirement that the instrument be shown to be in working order is integral to the "presumption of accuracy". If that requirement is not implicit in s. 258(1)(g), then it follows that the "presumption of accuracy" cannot reside there either. Pigeon J. goes on at pp. 1100-1101 to conclude that where an accused is seeking to challenge the accuracy of the breathalyzer on the basis that the breathalyzer device was inaccurate, then this challenge must come within the rubric of "evidence to the contrary" in s. 258(1)(c) (then s. 237(1)(c)). I am

cootest. Or il n'est aucunement fait mention à l'al. 258(1)(g) de «l'alcoolémie réelle». En d'autres termes, l'al. 258(1)(g) n'est rien d'autre qu'une exception documentaire à la règle du ouï-dire (voir également *Martin's Annual Criminal Code, 1995*, commentaire de l'art. 258). La «preuve contraire» de l'al. 258(1)(g) (suivant le par. 25(1) de la *Loi d'interprétation*) ne serait qu'une preuve tendant à démontrer que les renseignements contenus dans les certificats ne reflètent pas les résultats réels indiqués par l'alcootest (p. ex. le technicien qui l'a effectué dirait à l'accusé que l'appareil indiquait 120 mg alors que, d'après le certificat, son alcoolémie serait de 220 mg). Avec égards, le sens manifeste de l'al. 258(1)(g) ne supporte tout simplement pas l'explication de mon collègue quant aux effets de cette disposition en matière de preuve.

De plus, j'estime que mon interprétation de l'effet de l'al. 258(1)(c) en matière de preuve est identique à celle que le juge Pigeon a retenue au nom de la Cour dans l'arrêt *Crosthwait*. Plus précisément, le juge Pigeon a refusé, à la p. 1099, de considérer que l'al. 237(1)(f) (l'actuel al. 258(1)(g)) exigeait implicitement que soit démontré le bon fonctionnement de l'appareil utilisé:

En l'espèce, le certificat déposé au procès respecte entièrement les conditions énoncées à l'al. f). En lui-même il faisait donc preuve des résultats des analyses. Avec égards, je ne peux accepter qu'il existe une autre condition implicite savoir, qu'il faut démontrer que l'instrument utilisé fonctionnait bien [. . .] La présomption [voulant que le résultat de l'alcootest soit exact] peut sans doute être réfutée par la preuve du mauvais fonctionnement de l'instrument utilisé, mais le certificat ne peut être rejeté pour ce motif. [Je souligne.]

L'exigence d'une preuve établissant le bon état de fonctionnement de l'appareil est inhérente à la «présomption d'exactitude». Si cette exigence n'est pas implicite à l'al. 258(1)(g), il s'ensuit que la «présomption d'exactitude» ne l'est pas davantage. Le juge Pigeon conclut, aux pp. 1100 et 1101, que lorsque l'accusé cherche à contester l'exactitude de l'alcootest en faisant valoir que l'appareil indique des résultats inexacts, cette contestation doit s'inscrire dans le cadre de la «preuve contraire» permise à l'al. 258(1)(c) (alors l'al.

therefore in respectful disagreement with my colleague's conclusion as to the significance of *Crosthwait* to the present appeal.

79

An examination of s. 258(1)(c), by contrast, reveals it to be the source of both of Arbour J.A.'s presumptions. Section 258(1)(c) reads:

(c) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if

(i) [not in force]

(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,

(iii) each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

(iv) an analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

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.]

Section 258(1)(c) presumes breathalyzer results taken at a later point in time to equal actual blood alcohol levels at the time of the offence. "Evidence to the contrary" of the presumption is evidence which will tend to negate either (1) the presumption that the breathalyzer result is an acceptably accurate indicator of the accused's blood alcohol

237(1)c)). Je suis donc, avec déférence, en désaccord avec la conclusion de mon collègue quant à l'importance de l'arrêt *Crosthwait* dans le présent pourvoi.

En revanche, l'al. 258(1)c) se révèle, à l'examen, être la source des deux présomptions que retient madame le juge Arbour. L'alinéa 258(1)c) dispose:

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:

(i) [non en vigueur]

(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,

(iii) chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

(iv) une analyse de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié; [Je souligne.]

Aux termes de cet alinéa, les résultats de l'alcootest effectué à un moment ultérieur sont présumés correspondre aux taux réels d'alcoolémie au moment de l'infraction. Une «preuve contraire» à la présomption est une preuve qui tendra à réfuter soit (1) la présomption selon laquelle le résultat de l'alcootest est une indication, dont l'exactitude est

level at the time of the test; or (2) the presumption that the accused's blood alcohol level at the time of the test is acceptably representative of his blood alcohol level at the time of the offence. The failure of either of these links breaks the logical chain and removes from the Crown the comfort and convenience of relying on the presumption. Both of these logical links are contained within s. 258(1)(c).

I therefore conclude, on the basis of my examination of both the plain wording of s. 258(1)(c) and (g) and this Court's ruling in *Crosthwait*, that both the "presumption of accuracy" and the "presumption of identity" actually flow from the same provision: s. 258(1)(c). Given that both presumptions actually relate to the same phrase in the same provision in the *Code*, I am most unconvinced that it is still tenable to conclude that "evidence to the contrary" can give rise to two completely different legal standards of proof in relation to the same charge.

3. *The Plain Language of s. 258(1)(c)*

The appellant argues that s. 258(1)(c) makes no mention of a requirement that the accused must show that he was not over .08 for the presumption not to apply, and that this Court should reject Galligan J.A.'s interpretation of "evidence to the contrary" in s. 258(1)(c) on the basis that it is not supported by the plain wording of that provision. It is further submitted that the plain meaning of s. 258(1)(c) requires only that an accused adduce evidence that there is a difference, of no particular magnitude, between the accused's blood alcohol level at the time of testing and at the time of the offence. At the same time, the authority of this Court's decisions in *Moreau* and *Crosthwait* is accepted for the proposition that challenges to the "presumption of accuracy" will only be "evidence to the contrary" if they are capable of demonstrating that the accused's blood level could have been below the legal limit.

I am unable to reconcile such inconsistency between the "presumption of accuracy" and the

acceptable, de l'alcoolémie de l'accusé au moment il est effectué; soit (2) la présomption selon laquelle l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest est une indication acceptable de son alcoolémie au moment de l'infraction. L'absence de l'un ou l'autre de ces liens brise la chaîne logique et empêche le ministère public de jouir du privilège de la présomption. Ces liens logiques se retrouvent tous deux à l'al. 258(1)(c).

Me fondant tant sur le sens manifeste des al. 258(1)(c) et g) que sur l'arrêt *Crosthwait* de notre Cour, je conclus donc que «la présomption d'exactitude» et la «présomption d'identité» découlent en réalité de la même disposition: l'al. 258(1)(c). Étant donné que les deux présomptions se rapportent de fait à la même expression de la même disposition du *Code*, je suis loin d'être convaincue qu'il soit encore possible de soutenir qu'une «preuve contraire» peut donner lieu à l'application de deux normes juridiques de preuve entièrement différentes relativement à la même accusation.

3. *Le sens manifeste de l'al. 258(1)(c)*

L'appelante soutient que l'al. 258(1)(c) ne fait aucunement mention de l'obligation pour l'accusé d'établir que son alcoolémie ne dépassait pas 0,08 pour éviter l'application de la présomption, et que notre Cour devrait rejeter l'interprétation que le juge Galligan de la Cour d'appel donne à l'expression «preuve contraire» de l'al. 258(1)(c), au motif qu'elle ne correspond pas au sens manifeste de cette disposition. Elle prétend, de plus, que l'accusé n'a, d'après le sens manifeste de l'al. 258(1)(c), qu'à présenter la preuve de l'existence d'une différence, sans amplitude particulière, entre l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest et son alcoolémie au moment de l'infraction. Du même souffle, elle reconnaît que les arrêts *Moreau* et *Crosthwait* de notre Cour font jurisprudence sur le point suivant, soit que les tentatives de réfutation de la «présomption d'exactitude» ne constitueront une «preuve contraire» que si elles parviennent à établir que l'alcoolémie de l'accusé aurait pu être inférieure à la limite prévue par la loi.

Je ne puis concilier pareille contradiction entre la «présomption d'exactitude» et la «présomption

80

81

82

“presumption of identity”, given that they both flow from the same phrase in the same provision. How can one conclude that the plain meaning of s. 258(1)(c) must prevail in the context of the “presumption of identity” and yet that it need not prevail with respect to the “presumption of accuracy”? On the “plain meaning” of s. 258(1)(c), evidence indicating that the particular breathalyzer test was inaccurate (i.e. rebutting the “presumption of accuracy”) is just as “contrary” to the presumption set out in s. 258(1)(c) as evidence “of no particular magnitude” rebutting the “presumption of identity”. On a consistent reading, evidence of either event should disentitle the Crown from relying on that presumption. Yet this Court in *Crosthwait* effectively rejected one possible interpretation of s. 258(1)(c) — the “plain meaning” approach advocated by the appellant — and adopted an interpretation that was more consistent with the spirit of the law, having regard to the mischief which the legislation was intended to address, as well as with the spirit and purpose of the presumption.

d’identité», étant donné qu’elles découlent toutes deux de la même expression employée dans la même disposition. Comment peut-on conclure que le sens manifeste de l’al. 258(1)c) doit prévaloir dans le contexte de la «présomption d’identité», mais qu’il n’en est rien dans le cas de la «présomption d’exactitude»? D’après le sens manifeste de l’al. 258(1)c), la preuve indiquant qu’un alcootest donné était inexact (c’est-à-dire permettant de réfuter la «présomption d’exactitude») est tout aussi «contraire» à la présomption établie à l’al. 258(1)c) que la preuve «sans amplitude particulière» permettant de réfuter la «présomption d’identité». En toute cohérence, la preuve de l’un ou l’autre de ces éléments devrait empêcher le ministère public d’invoquer cette présomption. Notre Cour, cependant, dans l’arrêt *Crosthwait*, a effectivement rejeté une interprétation possible de l’al. 258(1)c) — celle du «sens manifeste» que préconise l’appelante — pour retenir une interprétation plus compatible avec l’esprit de la loi, eu égard au problème que la loi visait à corriger, ainsi qu’à l’esprit et l’objet de la présomption.

83

I believe that the distinction between the “presumption of identity” and the “presumption of accuracy” is artificial and unnecessary, given that both spring from the identical phrase in the identical provision in the *Code*. This Court should either explicitly overrule *Moreau* and *Crosthwait*, and apply the same “plain language” standard across the board, or recognize that they are still good law and apply them to the case at hand. To accept one standard for the former presumption and another, higher standard for the latter presumption is needlessly confusing. I believe, moreover, that effect can be given to an equally viable “plain meaning” interpretation of s. 258(1)(c) that uses a single legal standard for all circumstances, and that is completely consistent with both *Moreau* and *Crosthwait*. I will elaborate below on why I prefer to define “evidence to the contrary” in s. 258(1)(c) as evidence which tends to show that there is a legally material difference between the accused’s blood alcohol level at the time of testing and at the time of the offence. What is legally material will, in turn, depend on the charge in relation to which

J’estime que la distinction entre la «présomption d’identité» et la «présomption d’exactitude» est artificielle et inutile, étant donné que toutes deux découlent de la même expression figurant dans la même disposition du *Code*. Notre Cour devrait soit infirmer explicitement les arrêts *Moreau* et *Crosthwait*, et appliquer uniformément la même norme du «langage ordinaire», soit reconnaître qu’ils sont toujours juridiquement valables et les appliquer à la présente instance. Convenir d’une norme pour la première présomption et d’une autre, plus rigoureuse, pour la dernière prête inutilement à confusion. J’estime, de plus, qu’il est possible d’adopter une interprétation également viable de l’al. 258(1)c) fondée sur son «sens manifeste», qui fasse appel à une norme juridique unique en toutes circonstances et entièrement compatible avec les arrêts *Moreau* et *Crosthwait*. J’expliquerai plus loin les raisons pour lesquelles je préfère définir l’expression «preuve contraire» de l’al. 258(1)c) comme une preuve susceptible de démontrer qu’il existe une différence pertinente en droit entre l’alcoolémie de l’accusé au moment de l’al-

the Crown seeks to invoke the benefit of the presumption in s. 258(1)(c).

4. *Requiring Legal Materiality to Avoid Clear Absurdities*

“Plain meaning” must not be used as an end in itself, particularly where it inevitably leads to absurd results which must be inconsistent with what Parliament would have intended. The thoughts of Justice Shamgar, President of the Supreme Court of Israel (as reproduced in *Selected Judgments of the Supreme Court of Israel*, vol. VIII (1992), at p. 263) strike me as particularly insightful:

... language does not govern the purpose, rather it serves it. The law is an instrument for realizing legal policy, and therefore interpretation needs to aim toward emancipating the wording from its semantic bonds, were these to distance it from the legislative purpose which the words are intended to realize.

“Under a purposive approach, the court defers to the legislature not by decoding its language but by ensuring that its plans are carried out”: *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 35. The absurdity that flows from a “plain meaning” approach to s. 258(1)(c) is borne out in several possible contexts, all of which strongly suggest that a narrow interpretation of the wording of s. 258(1)(c) distances us from the legislative purpose and intent rather than bringing us closer.

There are four basic means by which an accused may seek to adduce “evidence to the contrary” within the meaning of s. 258(1)(c):

1. Evidence that the breathalyzer machine’s results were in error and that a proper result would have been less than 80 mg of alcohol in 100 ml of blood;
2. the “*Carter* defence” — i.e. the accused disputes the accuracy of the breathalyzer reading on the basis of what he or she had to

cootest et son alcoolémie au moment de l’infraction. Cette pertinence sera fonction de l’accusation à l’égard de laquelle le ministère public cherche à invoquer le bénéfice de la présomption établie à l’al. 258(1)c).

4. *La nécessité d’exiger la pertinence en droit afin d’éviter des absurdités manifestes*

Le recours au «sens manifeste» ne doit pas être une fin en soi, surtout s’il conduit inévitablement à des résultats absurdes qui ne sauraient être compatibles avec ce que le Parlement avait en vue. Les réflexions du juge Shamgar, président de la Cour suprême d’Israël (reproduites dans *Selected Judgments of the Supreme Court of Israel*, vol. VIII (1992), à la p. 263) me paraissent particulièrement éclairantes:

[TRADUCTION] ... le langage ne détermine pas l’objet, il est à son service. La loi est l’instrument par lequel s’incarne la politique juridique et, partant, son interprétation doit tendre à émanciper les mots de leurs liens sémantiques dans le cas où ceux-ci les éloigneraient de l’objet législatif qu’ils sont censés incarner.

[TRADUCTION] «Suivant la méthode téléologique, le tribunal s’incline devant le législateur non pas en décodant son langage mais en faisant en sorte que ses objectifs soient atteints»: *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), à la p. 35. Or, l’absurdité qui découle de l’interprétation fondée sur le «sens manifeste» de l’al. 258(1)c) se confirme dans plusieurs contextes possibles, qui tous suggèrent fortement qu’une interprétation étroite du texte de l’al. 258(1)c) nous éloigne du but poursuivi par le législateur et de son intention au lieu de nous en rapprocher.

Il y a quatre principaux moyens par lesquels l’accusé peut chercher à présenter une «preuve contraire» au sens de l’al. 258(1)c):

1. Une preuve établissant que les résultats de l’alcooltest étaient erronés et qu’ils auraient dû indiquer moins de 80 mg d’alcool par 100 ml de sang;
2. La «défense *Carter*» — l’accusé conteste l’exactitude des résultats de l’alcooltest en se fondant sur ce qu’il a bu avant de conduire

- drink prior to driving (usually combined with evidence of a forensic toxicologist);
3. the "last drink" defence — i.e. the accused alleges that his or her pattern of alcohol consumption was such that the blood alcohol concentration was still rising at the time he or she was driving and that it had not yet exceeded 80 mg in 100 ml of blood;
 4. the "drinking after driving" defence — i.e. the accused alleges that he or she consumed alcohol after driving but before the samples were taken.
- (habituellement combinée au témoignage d'un toxicologue judiciaire);
3. La défense du «dernier verre» — l'accusé allègue que vu la façon dont il a consommé l'alcool, son alcoolémie était toujours en hausse au moment où il conduisait et qu'elle n'avait pas encore dépassé 80 mg par 100 ml de sang;
 4. La défense «du verre après avoir conduit» — l'accusé allègue qu'il a consommé de l'alcool après avoir conduit mais avant le prélèvement des échantillons.

(See S. Porter, "Evidence to the Contrary" in *Drinking and Driving Cases* (1994), 5 *J.M.V.L.* 277, at pp. 278-79.) Questions going to the "presumption of identity" arise in the third and fourth instances. If this Court were to accept the appellant's suggested approach to the presumption in s. 258(1)(c), then it would suffice in the fourth instance for an accused to adduce credible evidence of any amount of post-driving drinking, no matter how little, in order to rebut the presumption. As such, if it is credibly asserted that a 200-pound man who has blown twice the legal limit on the breathalyzer test had consumed half a beer after driving but before taking the breathalyzer, a court would have to find that evidence of this consumption of alcohol is "evidence to the contrary" of the presumption contained in s. 258(1)(c), and would have to conclude that the Crown can no longer rely on that presumption. The same result would inure, for that matter, if an individual testified to having taken even a single swallow from a flask in his pocket. The Crown would then have to undertake the time and expense of calling an expert toxicologist to testify to the fact that the effect of the minimal quantity of alcohol consumed after driving would not have been significant enough, given the accused's sex, weight and size, to raise a possibility that the accused's blood alcohol would have been under the legal limit were it not for the additional alcohol. All of this extra time and expense would be precipitated by evidence which an accused need not even show is capable of being legally material to the outcome of the charge.

(Voir S. Porter, «Evidence to the Contrary" in *Drinking and Driving Cases* (1994), 5 *J.M.V.L.* 277, aux pp. 278 et 279.) Les troisième et quatrième moyens soulèvent des questions se rapportant à la «présomption d'identité». Si notre Cour devait accepter le point de vue de l'appelante quant à la présomption de l'al. 258(1)c), il suffirait dans le quatrième cas que l'accusé présente une preuve crédible d'absorption d'alcool après avoir été au volant, aussi minime soit-elle, afin de réfuter la présomption. Ainsi, s'il est établi de façon crédible qu'un homme de 200 livres, dont l'alcootest indique qu'il a dépassé deux fois la limite prévue par la loi, a bu la moitié d'une bière après avoir conduit mais avant de subir l'alcootest, le tribunal devrait estimer que la preuve de cette consommation d'alcool est une «preuve contraire» à la présomption établie à l'al. 258(1)c), et conclure que le ministère public ne peut plus en invoquer le bénéfice. Le résultat serait le même si le témoin affirmait avoir pris ne fût-ce qu'une seule gorgée d'un flasque dans sa poche. Le ministère public devrait alors consacrer temps et argent pour faire témoigner un toxicologue afin de démontrer que l'effet de l'absorption d'une quantité minimale d'alcool postérieurement à la conduite de son véhicule n'aurait pas été suffisant, vu le sexe, le poids et la taille de l'accusé, pour soulever la possibilité que son alcoolémie ait été, sans cette consommation additionnelle, inférieure à la limite prévue par la loi. Tous ces frais supplémentaires en temps et en argent seraient requis par une preuve dont l'accusé n'a même pas besoin d'établir qu'elle est susceptible d'être pertinente en droit quant au sort de l'accusation.

Even more absurd, however, is the application of the appellant's suggested approach to the third type of defence mentioned above — the "last drink" defence. As I understand the implications of that approach, an accused need only adduce evidence of having consumed one or several drinks in rapid succession immediately before embarking in his vehicle in order to rebut the presumption in s. 258(1)(c). No expert evidence would be necessary. This conclusion flows irrevocably from two premises: (1) the fact that judicial notice can be taken of the basic fact that alcohol consumption will, over time, raise blood alcohol level (see *Batley v. The Queen* (1985), 32 M.V.R. 257 (Sask. C.A.)) and (2) the fact that the "presumption of identity" would be rebutted by any credible evidence (other than evidence about the normal fluctuations involved in metabolizing alcohol) which tends to show that the breathalyzer result may be unrepresentative of the accused's blood alcohol level at the time of the offence.

In fact, in such cases, it would be to the accused's benefit not to adduce expert evidence, since the Crown would inevitably cross-examine that expert and, should it turn out that in the expert's opinion, the amount of alcohol consumed was incapable of lowering the accused's blood alcohol level below the legal limit, then the Crown could use the expert's evidence to overcome the fact that it cannot rely on the presumption in s. 258(1)(c). If, on the other hand, an accused simply shows up with witnesses willing to support his story of recent alcohol consumption, then the Crown will face three alternatives: (1) it can try to find its own expert toxicologist who is available to testify on the spur of the moment; (2) it can ask for an adjournment in order to obtain this expert at a later date; or (3) it can withdraw the charges. Both the first and second alternatives are costly and time-consuming. The third alternative will be an all-too-easy escape route for Crowns whose dockets are already filled to overflowing with drinking and driving cases.

Moreover, as I have already mentioned, preserving the distinction between the "presumption of accuracy" and the "presumption of identity" would

Plus absurde encore, toutefois, est l'application du point de vue de l'appelante au troisième type de défense mentionné précédemment — la défense du «dernier verre». Si je ne m'abuse, cette démarche implique que l'accusé n'a qu'à faire la preuve qu'il a consommé un ou plusieurs verres rapidement et successivement immédiatement avant de monter dans son véhicule pour réfuter la présomption de l'al. 258(1)c). Aucun témoignage d'expert ne serait nécessaire. Cette conclusion découlerait inéluctablement de deux prémisses: (1) la connaissance d'office par le tribunal du fait fondamental que la consommation d'alcool fera, avec le temps, monter l'alcoolémie (voir *Batley c. The Queen* (1985), 32 M.V.R. 257 (C.A. Sask.)), et (2) le fait que la «présomption d'identité» serait réfutée par toute preuve crédible (autre qu'une preuve des fluctuations normales résultant du fait de métaboliser l'alcool) tendant à démontrer la possibilité que le résultat de l'alcootest ne soit pas représentatif de l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction.

En pareils cas, il serait en fait à l'avantage de l'accusé de ne pas présenter de témoignage d'expert, étant donné que le ministère public contre-interrogerait inévitablement cet expert. Si, de l'avis de celui-ci, le volume d'alcool absorbé n'était pas susceptible de ramener l'alcoolémie de l'accusé sous la limite prévue par la loi, le ministère public pourrait alors utiliser ce témoignage pour obvier à l'impossibilité d'invoquer la présomption de l'al. 258(1)c). Si, en revanche, l'accusé se présente simplement avec des témoins prêts à appuyer ses dires au sujet de sa consommation récente d'alcool, le ministère public aura alors trois choix: (1) il peut tenter de trouver son propre expert toxicologue prêt à témoigner au pied levé; (2) il peut demander un ajournement afin d'avoir cet expert ultérieurement; ou (3) il peut retirer les accusations. Les deux premiers choix sont coûteux en temps et en argent. Quant au troisième, il constituera une échappatoire trop facile pour les procureurs dont les rôles sont déjà remplis à craquer de causes relatives à l'alcool au volant.

De plus, comme je l'ai noté précédemment, préserver la distinction entre la «présomption d'exactitude» et la «présomption d'identité» mènerait à

result in different standards as to what constituted "evidence to the contrary" stemming from the very same provision of the *Code*. If an accused were to allege that the particular breathalyzer test was improperly administered and therefore materially inaccurate, then he must provide evidence capable of raising a reasonable doubt that his blood level was below the legal limit at the time of the offence. If, on the other hand, he were to invoke the "last drink defence" or the "drinking after driving defence", then there would be no obligation on him to show that this evidence, if believed, was capable of raising a reasonable doubt that he was under the legal limit at the time of the offence. If he were to raise both defences, then the trial court would have to wrestle with two completely different evidentiary standards in relation to the same provision and the same charge. Such an implication strikes me as highly incongruous. Surely this is an untenable approach, which could not possibly have been intended by Parliament.

89

I believe that we need not even look beyond the confines of the present appeal to find absurdities in the interpretation suggested by the appellant. At the close of the Crown's case, the trial judge remarked upon the fact that he was acquitting the appellant even though he was fully aware of the fact that the alcohol which the appellant claimed to have consumed would not have affected her blood alcohol concentration enough to raise a doubt that it was below the legal limit at the time of the offence:

Maybe I am misunderstanding something but the Crown has adduced evidence in this case that empty alcohol bottles were found on Mrs. St. Pierre's person and the Crown sought to introduce a statement made by her that she had consumed alcohol from those bottles after driving, and before giving the tests.

And in the absence of a forensic toxicologist, who could tell me that 100 millilitres of vodka, rum, or any standard alcohol would not reduce 180 milligrams percent to

l'adoption de normes différentes pour apprécier ce qui constitue une «preuve contraire» à partir d'une seule et même disposition du *Code*. Si l'accusé allègue qu'un alcootest en particulier n'a pas été correctement effectué et qu'il était donc inexact dans une proportion importante, il doit fournir une preuve susceptible de soulever un doute raisonnable quant à la question de savoir si son alcoolémie était inférieure à la limite prévue par la loi au moment de l'infraction. Si, par contre, il devait invoquer la «défense du dernier verre» ou la «défense du verre après avoir conduit», il n'aurait alors aucune obligation d'établir que cette preuve, si elle est acceptée, est susceptible de soulever un doute raisonnable quant à savoir si son alcoolémie était inférieure à la limite prévue par la loi au moment de l'infraction. S'il soulevait les deux moyens de défense, le tribunal serait alors aux prises avec deux normes de preuve complètement différentes relativement à la même disposition et à la même accusation. Ce résultat m'apparaît particulièrement incongru. À mon sens, il s'agit là d'une conception insoutenable qui n'a pu être celle du législateur.

J'estime qu'il n'est nul besoin d'aller au-delà du présent pourvoi pour se rendre compte des absurdités auxquelles mène l'interprétation avancée par l'appelante. À la clôture de la preuve du ministère public, le juge du procès a fait remarquer qu'il acquittait l'appelante tout en étant pleinement conscient que l'alcool qu'elle affirmait avoir absorbé n'aurait pas modifié suffisamment son alcoolémie pour soulever un doute quant à savoir si celle-ci était inférieure à la limite prévue par la loi au moment de l'infraction:

[TRADUCTION] Si je ne m'abuse, le ministère public a présenté en l'espèce une preuve selon laquelle des bouteilles d'alcool vides ont été trouvées sur la personne de Mme St. Pierre et il a demandé à produire une déclaration dont elle est l'auteur et d'après laquelle elle avait consommé l'alcool contenu dans ces bouteilles après avoir conduit, mais avant de subir les alcootests.

Et en l'absence d'un toxicologue judiciaire, qui pourrait me dire que 100 millilitres de vodka, de rhum ou de tout autre alcool ordinaire ne permettrait pas de réduire un

below 80 milligrams percent? I mean, we both know that as a matter of reality, but I do not know that judicially. [Emphasis added.]

Imposing a burden on the Crown to adduce expert toxicological evidence in circumstances where, practically speaking, there is not even an air of reality to the accused's defence seems clearly at odds with the mischief that Parliament meant to address by way of this presumption. More significantly, it seems clearly at odds with the way in which we generally treat evidentiary onuses on an accused to permit such an onus to be displaced by evidence that is actually legally immaterial to the outcome.

Parliament enacted the presumption in s. 258(1)(c) in clear recognition of the difficulty and expense of requiring expert evidence in virtually every alcohol-related driving offence. In Canada in 1992 alone, police recorded 132,377 impaired driving incidents, of which 105,766 persons were charged with impaired driving related offences: "Impaired Driving — Canada, 1992" (1994), 14:5 *Juristat* 1. The enormous burden on our court system posed by these offences must be appreciated. The presumption in s. 258(1)(c) is an important means by which Parliament has sought to address this problem. The presumption strikes a fair balance between collective and individual interests by permitting the efficient and effective enforcement of impaired driving laws in a way that does not in any material sense prejudice the right of individual accused to a full and fair trial. I therefore cannot accept that Parliament could have intended this presumption to be suspended in every case where the accused invokes either the "last drink" defence or the "post-driving drinking" defence, where there is not even an iota of proof to suggest that the discrepancy occasioned by the alcohol consumption would be of any legal relevance to conviction or acquittal on a charge of "over 80", and where the only effect in the vast majority of cases is to increase the time and expense of successful prosecution. To adopt the approach suggested by the

taux de 180 milligrammes pour 100 à moins de 80 milligrammes pour 100? Je veux dire, nous le savons tous deux dans les faits, mais je n'en ai pas une connaissance judiciaire. [Je souligne.]

Imposer au ministère public la charge de présenter une expertise toxicologique dans des circonstances où, en pratique, la défense de l'accusé n'a même pas une apparence de réalité, semble manifestement contraire à la réforme que le législateur voulait introduire au moyen de la présomption. Plus important encore, il semble manifestement contraire à la façon dont on considère généralement le fardeau de preuve incombant à l'accusé que de lui permettre de déplacer ainsi ce fardeau par une preuve dépourvue, dans la réalité, de pertinence en droit quant au résultat.

Le législateur a édicté la présomption de l'al. 258(1)(c) après avoir clairement reconnu les difficultés et les frais qu'entraînait l'obligation de recourir à des témoignages d'experts dans pratiquement tous les cas d'infractions liées à l'alcool au volant. Au Canada, pour la seule année 1992, la police a enregistré 132 377 incidents de conduite avec facultés affaiblies, entraînant des accusations contre 105 766 personnes: «Conduite avec facultés affaiblies — Canada, 1992» (1994), 14:5 *Juristat* 1. L'énorme fardeau que ces infractions imposent à notre système judiciaire ne saurait être sous-estimé. La présomption de l'al. 258(1)(c) est un important moyen par lequel le législateur a cherché à régler ce problème. La présomption établit un juste équilibre entre les droits collectifs et individuels en permettant l'application efficace des lois relatives à la conduite avec facultés affaiblies d'une manière qui ne porte pas atteinte de manière significative au droit des accusés à un procès juste et équitable. Je ne saurais donc accepter que le législateur ait pu vouloir que cette présomption soit suspendue chaque fois que l'accusé invoque la défense du «dernier verre» ou celle du «verre après avoir conduit» lorsqu'il n'y a pas la moindre preuve autorisant à penser que l'écart engendré par l'absorption d'alcool serait d'une quelconque pertinence en droit quant à une déclaration de culpabilité ou à un acquittement à l'égard d'une accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg», et lorsque cela a, dans l'immense majorité

appellant would be to disregard that clear intention.

91 If ever a case existed for rejecting a tightly tailored “plain meaning” approach in the face of consequences that are both absurd and contrary to the spirit and purpose of the law, it is raised in the present appeal. Of course, it is not for a court to second-guess the wisdom of the legislature since, subject to constitutional constraints, the legislature is entitled to legislate irrationally if it so chooses. Nonetheless, this Court should not adopt an interpretation of s. 258(1)(c) that would lead to absurd consequences when the mischief intended to be addressed is so poignantly clear (see *Driedger, supra*, at pp. 80-99). The wording of the provision, while not a model of clarity, can be reasonably and purposively interpreted when placed within its proper context. Parliament could not have intended to be more lenient toward individual drivers who, intentionally or not, act in such a way as to defeat the very purpose of the scheme intended by Parliament to regulate their potentially dangerous behaviour.

92 This Court has on previous occasions eschewed reliance on the “plain meaning” of provisions in the *Criminal Code* in instances where adopting that interpretation would frustrate Parliamentary intent in an absurd and obviously unintended manner. It would be breaking no new ground to adopt a similar position in the present case.

93 In *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 3, this Court was called upon to interpret the meaning of former s. 586 of the *Code*, which imposed a corroboration requirement on unsworn children’s evidence. The plain meaning of that section appeared to require that the corroborative evidence must, itself, implicate the accused. Wilson J., speaking for the Court, rejected this interpretation, notwithstanding the fact that it flowed from the plain meaning of the provision. She turned to a purposive analysis of s. 586 and interpreted the provision “liberally” to mean that the only evidence required was evidence

des cas, pour seul effet d’accroître le temps et les frais nécessaires à la réussite d’une poursuite. Adopter le point de vue de l’appelante serait faire fi de cette intention manifeste.

S’il existe un cas où l’on doit rejeter une conception étriquée du «sens manifeste» devant des conséquences à la fois absurdes et contraires à l’objet et à l’esprit de la loi, c’est bien celui du présent pourvoi. Bien sûr, il n’appartient pas au tribunal de remettre en question la sagesse du législateur, puisqu’il lui est loisible, sous réserve des contraintes constitutionnelles, de légiférer de façon irrationnelle si tel est son bon vouloir. Néanmoins, notre Cour ne devrait pas adopter une interprétation de l’al. 258(1)c) qui entraînerait des conséquences absurdes lorsque le problème qu’on veut corriger est d’une clarté aussi criante (voir *Driedger, op. cit.*, aux pp. 80 à 99). Bien que le texte de la disposition ne soit pas un modèle de limpidité, il est possible de lui conférer une interprétation raisonnable et fondée sur l’objet visé en la replaçant dans son contexte. Le législateur n’a pu avoir l’intention d’être plus indulgent envers les conducteurs qui, intentionnellement ou non, agissent de manière à contrecarrer l’objet même du régime par lequel le Parlement entendait réglementer leur conduite potentiellement dangereuse.

Notre Cour a, dans des arrêts antérieurs, évité de s’en remettre au «sens manifeste» de dispositions du *Code criminel* lorsqu’une telle interprétation aurait contrecarré l’intention du législateur d’une manière absurde et manifestement non voulue. Ce n’est donc pas faire preuve d’innovation que d’adopter ici une position similaire.

Dans l’arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 3, la Cour était appelée à interpréter le sens de l’ancien art. 586 du *Code*, lequel exigeait la corroboration du témoignage d’un enfant non rendu sous serment. Le sens manifeste de cette disposition paraissait exiger que la preuve corroborante elle-même implique l’accusé. Le juge Wilson, au nom de la Cour, a rejeté cette interprétation même si elle découlait du sens manifeste de la disposition. Recourant à une analyse fondée sur l’objet, elle a interprété l’art. 586 «de façon libérale», soit que la seule preuve requise était une preuve qui tendait à

that tended to demonstrate the truth of the child's story (at pp. 28-29). In the face of a "plain meaning" reading that seemed to defy both common sense and the purpose and intent of the legislation, this Court adopted an interpretation that was consistent with the mischief Parliament sought to avoid and yet that did not render the accused's trial unfair.

In *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865, this Court was asked to clarify whether former s. 234(1) of the *Code*, which made it an offence to assume care or control of a motor vehicle while impaired, could operate in an instance where the accused claimed to be so intoxicated that he recalled nothing of the events. Arguably, the ordinary meaning of "care and control" within its immediate context would dictate the conclusion that an individual cannot have care or control if they are too drunk to have such a capability. McLachlin J. rejected such an approach in the following terms (at pp. 899-900):

Impairment being an essential element of the crime, it is illogical and contradictory to suppose that Parliament intended that its express aim of making such impairment criminal should be defeated by an unexpressed implication of law that the same impairment may provide an effective defence.

Failure to recognize the inherent contradiction involved in the proposition that an essential element of an offence may also be a defence leads to absurdity. It leads, for example, to the conclusion that the more impaired a person is, the more likely he or she is to be acquitted of the offence of impaired driving. That a person should be too impaired to be convicted of impaired driving strikes most people as ridiculous. It represents, in short, a contradiction in terms.

I query whether it would not also strike most people as ridiculous that a person who claims to have consumed alcohol in the police station before submitting herself to a breathalyzer test should be able

démontrer la véracité de la version de l'enfant (aux pp. 28 et 29). Devant une interprétation se réclamant du «sens manifeste» qui semblait défier à la fois le bon sens et l'esprit du texte législatif, notre Cour a donc adopté une interprétation compatible avec la situation que le législateur cherchait à réformer tout en ne rendant pas inéquitable le procès de l'accusé.

Dans l'arrêt *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865, la Cour devait clarifier la question de savoir si l'ancien par. 234(1) du *Code*, qui définit l'infraction consistant à avoir la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur alors qu'on a les facultés affaiblies, pouvait s'appliquer dans un cas où l'accusé affirmait être intoxiqué au point de ne plus avoir aucun souvenir des événements. On pouvait soutenir, en effet, que d'après le sens manifeste de l'expression «la garde et le contrôle» dans son contexte immédiat, une personne ne peut avoir la garde ou le contrôle si elle est trop ivre pour en avoir la capacité. Le juge McLachlin a rejeté cette interprétation dans les termes suivants (aux pp. 899-900):

L'affaiblissement des facultés étant un élément essentiel du crime, il serait illogique et contradictoire de supposer que le législateur a voulu que son but exprès de rendre criminel cet affaiblissement des facultés puisse être contrecarré par une règle inexprimée de droit suivant laquelle ce même affaiblissement des facultés peut servir de moyen de défense efficace.

Ne pas reconnaître la contradiction intrinsèque qu'il y a à soutenir qu'un élément essentiel de l'infraction peut aussi servir de moyen de défense aboutit à l'absurdité. Cela mène, par exemple, à la conclusion que plus une personne a les facultés affaiblies, plus il est probable qu'elle sera acquittée relativement à l'infraction d'avoir conduit avec les facultés affaiblies. Qu'une personne puisse avoir les facultés trop affaiblies pour être reconnue coupable de conduite avec facultés affaiblies, voilà une proposition qui paraît ridicule aux yeux de la plupart des gens. Bref, il y a contradiction dans les termes.

Je me demande s'il ne paraîtrait pas également ridicule aux yeux de la plupart des gens qu'une personne qui affirme avoir consommé de l'alcool au poste de police avant de se soumettre à l'alcoo-

to rely on that evidence, without taking any steps to show its legal materiality, as a defence to a charge of driving "over 80", requiring the Crown to adduce the expert evidence of a forensic toxicologist or to proceed upon the less precise charge of impaired driving.

95 Most recently, in *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, Gonthier J., dissenting, declined to follow the ordinary meaning of the word "loiter", as it was used in s. 179(1)(b) of the *Criminal Code*. Rather, having regard to the legislative history, the context, and the purpose of the legislation — which was to protect children against the material risk of recidivism in those convicted of sexual assaults — he concluded that "loiter" must include some element of malevolent or ulterior purpose. His reading of this term permitted him to find that s. 179(1)(b) did not violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

96 I would note, as well, that references in s. 258(1)(c) to actual blood alcohol levels, although legally irrelevant for the purposes of conviction on an "over 80" charge, can nonetheless have meaningful sentencing implications with respect to such prosecutions. If there were no legislative presumption that properly administered breathalyzer results were retroactively accurate to the time of the offence, or if s. 258(1)(c) only presumed the breathalyzer result to be sufficiently accurate to determine that the accused was over the legal limit, then it would follow that the Crown could not point to extremely high levels of intoxication as an aggravating factor in sentencing unless it first adduced expert evidence to prove the accuracy of the breathalyzer result as a measure of the accused's alcohol level at the time of the offence. Requiring such expert evidence, however, would be both time-consuming and costly, and would once again frustrate the very mischief that Parliament sought to avoid by way of the presumption in the first place. I think that this is a pertinent consideration, however, which may partly explain why Parliament chose to formulate this presumption in terms of actual blood alcohol levels rather than in terms of whether the accused was presumably over

test puisse invoquer cette preuve, sans avoir à en démontrer la pertinence en droit, comme moyen de défense à une infraction de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg», obligeant ainsi le ministère public à avoir recours à un expert toxicologue ou à poursuivre sous l'accusation moins précise de conduite avec facultés affaiblies.

Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, le juge Gonthier, dissident, a refusé de s'en tenir au sens manifeste du mot «flâner» utilisé à l'al. 179(1)b) du *Code criminel*. Ayant examiné l'évolution législative, le contexte et l'objet du texte — qui était de protéger les enfants contre le risque important de récidive dans les cas d'agressions sexuelles —, il a conclu que le mot «flâner» devait comporter l'idée d'un but malveillant ou inavoué. Son interprétation lui a permis de conclure que l'al. 179(1)b) ne violait pas la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Je souligne également que, bien qu'elles ne soient pas pertinentes en droit aux fins d'une déclaration de culpabilité à l'égard d'une accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg», les références à l'alcoolémie réelle qu'on trouve à l'al. 258(1)c) peuvent néanmoins avoir une importance significative quant à la détermination de la peine applicable à ce type de poursuite. S'il n'existait aucune présomption législative établissant que les résultats d'un alcootest correctement effectué étaient rétroactivement exacts au moment de l'infraction, ou si l'al. 258(1)c) présumait seulement que le résultat de l'alcootest était suffisamment exact pour déterminer que l'alcoolémie de l'accusé dépassait la limite prévue par la loi, il s'ensuivrait que le ministère public ne pourrait pas invoquer un niveau extrêmement élevé d'intoxication comme facteur aggravant dans la détermination de la peine, à moins d'avoir d'abord eu recours au témoignage d'un expert afin de prouver l'exactitude de l'alcootest comme mesure de l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'infraction. Exiger une telle expertise, toutefois, serait coûteux en temps et en argent et, encore une fois, empêcherait de confronter le problème que le Parlement cherchait à corriger au départ en ayant

or under the legally prescribed limit. A preferable approach, in my view, would be to acknowledge that although a discrepancy may not be legally material to conviction, it may nonetheless be a legitimate consideration at the sentencing stage.

As such, in respect of a charge of “over 80” under s. 253(b) of the *Code*, I approve the reasoning of Galligan J.A., speaking for the majority of the Ontario Court of Appeal, at p. 230:

The offence created by s. 253(b) is driving with a blood alcohol concentration of more than 80 mg of alcohol in 100 ml of blood. A conviction will result if the concentration is over 80 and an acquittal if it is not. There is no obligation to establish the precise amount above 80 in order to prove the offence. So long as the concentration is over 80, the offence is established and it is legally immaterial, for purposes of conviction by how much the offence exceeds 80. Thus, so long as it is over 80, the exact concentration is legally immaterial. I must then ask, did Parliament intend to provide a presumption to prove the offence or to prove the exact amount by which the driver was over 80? The answer seems to me to be obvious. Parliament would not have intended to provide a mechanism to prove something which is legally immaterial. [Emphasis added.]

He then concludes at p. 231:

It is my opinion that to permit “evidence to the contrary” to be interpreted to include evidence which shows only that the concentrations at the time of driving and testing were not the same would permit the rebuttal of the presumption by the presentation of evidence which really only shows the possibility of some uncertainty about that element of the scheme.

On the other hand, evidence which tends to show that an accused, at the time of the offence, did not have a

recours à la présomption. J’estime qu’il s’agit pourtant là d’une considération pertinente, qui peut en partie servir à expliquer pourquoi le législateur a choisi de formuler cette présomption en termes d’alcoolémie réelle plutôt que d’alcoolémie supérieure ou inférieure à la limite prescrite. Il serait préférable, à mon sens, de reconnaître que, bien qu’un écart puisse ne pas être pertinent en droit quant à la déclaration de culpabilité, il peut néanmoins s’avérer une considération légitime au moment de la détermination de la peine.

À ce propos, relativement à une accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg» portée en vertu de l’al. 253b) du *Code*, j’approuve le raisonnement du juge Galligan au nom de la majorité de la Cour d’appel de l’Ontario, à la p. 230:

[TRADUCTION] L’infraction créée par l’al. 253b) est celle de conduite avec une alcoolémie dépassant 80 mg d’alcool par 100 ml de sang. Il y aura déclaration de culpabilité si la concentration dépasse 80 et acquittement dans le cas contraire. Il n’existe aucune obligation d’établir le taux précis dépassant 80 aux fins d’établir la preuve de l’infraction. Dans la mesure où la concentration dépasse 80, l’infraction est établie et il est non pertinent en droit, aux fins de la déclaration de culpabilité, de savoir dans quelle proportion l’alcoolémie dépasse 80. Ainsi, dans la mesure où le taux dépasse 80, la proportion exacte est non pertinente en droit. Il me faut alors poser la question suivante: le législateur avait-il l’intention de créer une présomption afin d’établir la preuve de l’infraction ou bien d’établir la preuve du taux exact par lequel l’alcoolémie du conducteur dépassait 80? La réponse me semble évidente. Le législateur n’a pu avoir l’intention d’établir un mécanisme visant à prouver quelque chose qui n’est pas pertinent en droit. [Je souligne.]

Et il conclut à la p. 231:

[TRADUCTION] À mon avis, permettre que l’expression «preuve contraire» soit interprétée comme s’entendant notamment d’une preuve qui ne démontre que l’absence d’identité entre l’alcoolémie au volant et l’alcoolémie au moment de l’alcooltest serait permettre la réfutation de la présomption par une preuve qui ne démontre que la possibilité d’un certain degré d’incertitude quant à cet élément du régime.

Par contre, la preuve qui tend à démontrer que l’alcoolémie de l’accusé, au moment de l’infraction, ne

concentration of alcohol in his or her blood exceeding 80 mg of alcohol in 100 ml of blood . . . constitutes evidence to the contrary because it tends to rebut the presumption and does not produce the absurd result produced by the other interpretation. It does not render an important part of the scheme ineffective.

As I have already mentioned, however, I wish to qualify his remarks in one very important respect. It must be recalled that Galligan J.A. was addressing the presumption in s. 258(1)(c) in the context of a proceeding in which the accused was only charged with being "over 80", contrary to s. 253(b). The same can be said of both *Moreau* and *Crosthwait*. As such, none of the above judgments addressed the interaction between the presumption in s. 258(1)(c) and the offence of impaired driving under s. 253(a). Although this question does not arise on the facts of the present case and was not raised by either of the parties, it is a concern mentioned by my colleague, and I will therefore address it briefly.

5. Application of s. 258(1)(c) to a Charge of Impaired Driving

98 My colleague observes that actual blood alcohol levels, while not relevant to an "over 80" charge, may be of considerable importance where the Crown elects to proceed against the accused on an "impaired driving" charge pursuant to s. 253(a) of the *Code*. Indeed, breathalyzer results are frequently used as an element of proof of actual impairment, and a breathalyzer reading of 180 mg is no doubt greater support for a finding of actual impairment than would be a reading of 100 mg. I therefore agree with Justice Iacobucci that it could operate unfairly to the accused to hold that the presumption in s. 258(1)(c) will not be rebutted unless the accused adduces evidence tending to show that he could be under the legal limit.

99 The same concerns, however, do not flow from my proposed interpretation of "evidence to the contrary" in s. 258(1)(c). Where the Crown seeks

dépassait pas 80 mg d'alcool par 100 ml de sang [. . .] constitue une preuve contraire parce qu'elle tend à réfuter la présomption et ne conduit pas au résultat absurde auquel mène l'autre interprétation. Elle n'a pas pour effet de rendre inefficace une importante partie du régime.

Comme je l'ai indiqué précédemment, toutefois, je souhaite nuancer ses remarques sur un point très important. Le juge Galligan, on s'en souviendra, examinait la présomption de l'al. 258(1)(c) dans le contexte d'une poursuite où le prévenu était simplement accusé de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg» contrairement à l'al. 253(b). La remarque vaut pour les arrêts *Moreau* et *Crosthwait*. À ce titre, aucun de ces jugements n'analyse l'interaction entre la présomption de l'al. 258(1)(c) et l'infraction de conduite avec facultés affaiblies prévue par l'al. 253(a). Bien que cette question ne se soulève pas dans le contexte du présent pourvoi et qu'elle n'ait pas été discutée par les parties, mon collègue en fait mention et je vais donc l'aborder brièvement.

5. L'application de l'al. 258(1)(c) à l'accusation de conduite avec facultés affaiblies

Mon collègue fait observer que si elle n'est pas pertinente quant à une accusation de conduite «avec plus de 80 mg», l'alcoolémie réelle peut revêtir une importance considérable lorsque le ministère public choisit de porter une accusation de «conduite avec facultés affaiblies» sous le régime de l'al. 253(a) du *Code*. De fait, les résultats d'alcootests sont fréquemment utilisés comme élément de preuve de l'affaiblissement réel des facultés, et il est indubitable qu'un alcootest indiquant 180 mg incline davantage à conclure à l'affaiblissement réel des facultés qu'un alcootest indiquant 100 mg. Je suis donc d'accord avec le juge Iacobucci pour dire qu'il pourrait être injuste pour l'accusé de conclure que la présomption de l'al. 258(1)(c) ne sera pas réfutée à moins que ce dernier ne présente une preuve tendant à démontrer que son alcoolémie pourrait avoir été en deçà de la limite prévue par la loi.

L'interprétation que je propose de l'expression «preuve contraire» utilisée à l'al. 258(1)(c) ne soulève toutefois pas les mêmes préoccupations. Lors-

to rely on a breathalyzer result for the purposes of supporting an impairment charge under s. 253(a), then any evidence tending to raise a doubt as to impairment is legally material (other than, of course, fluctuations relating to the normal process of metabolizing of alcohol in blood). In such cases, materiality may very well depend upon factors such as the accused's actual blood alcohol level, the degree of discrepancy alleged, and the nature and extent of the other evidence as to impairment. In some cases, the exact breathalyzer reading may be highly relevant to an essential element of the offence and even small differences will be legally material. The same cannot be said in relation to an "over 80" charge.

There is no need to give s. 258(1)(c) different meanings depending on whether it applies in conjunction with s. 253(a) or (b). Rather, we need only recognize that a provision with one meaning may have different applications to the two different charges to which it relates. This proposition is hardly controversial or new. I hasten to add that it is certainly less novel than giving a single phrase in a single provision two different interpretations in respect of the same charge, which is the apparent result of the distinction between the presumptions of accuracy and identity.

To summarize, then, I would only emphasize again that the presumption in s. 258(1)(c) must be interpreted in the context of the charge in relation to which it is being invoked. Moreover, as I have already mentioned, although actual blood alcohol levels may be legally immaterial to conviction, they may be relevant in the context of sentencing. As such, evidence which shows that the blood alcohol level of the convicted driver was lower than the test result may be a factor to consider in sentencing. I do not believe it to be either contrary to *Charter* values or in any way unjust to the accused to require that "evidence to the contrary"

que le ministère public cherche à invoquer le résultat d'un alcootest aux fins d'étayer une accusation de conduite avec facultés affaiblies sous le régime de l'al. 253a), toute preuve tendant à soulever un doute quant à l'affaiblissement des facultés est alors pertinente en droit (exclusion faite, naturellement, des fluctuations associées à la métabolisation normale de l'alcool dans le sang). En pareils cas, la pertinence peut fort bien dépendre de facteurs tels l'alcoolémie réelle de l'accusé, l'écart allégué, ainsi que la nature et l'importance des autres éléments de preuve relatifs à l'affaiblissement des facultés. Dans certains cas, le résultat exact de l'alcootest peut être hautement pertinent quant à un élément essentiel de l'infraction et même des différences minimales seront alors pertinentes en droit. On ne peut en dire autant en ce qui concerne l'accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg».

Il n'est nul besoin de donner à l'al. 258(1)(c) des sens différents selon qu'il se combine à l'al. 253a) ou à l'al. 253b). Il suffit de reconnaître qu'une disposition ayant un sens unique peut s'appliquer différemment, selon les deux accusations distinctes auxquelles elle se rapporte. Cette proposition n'est ni controversée ni nouvelle. Je m'empresse d'ajouter qu'elle est certainement moins novatrice que celle qui consiste à conférer à une seule et même expression contenue dans une seule et même disposition deux interprétations différentes à l'égard de la même accusation, ce qui est le résultat apparent de la distinction entre la présomption d'exactitude et la présomption d'identité.

En résumé, je me bornerai à souligner à nouveau que la présomption de l'al. 258(1)(c) doit être interprétée dans le contexte de l'accusation à l'égard de laquelle elle est invoquée. De plus, comme je l'ai indiqué précédemment, bien que l'alcoolémie réelle puisse n'avoir aucune pertinence en droit quant à la déclaration de culpabilité, elle peut en avoir dans le cadre de la détermination de la peine. Ainsi, la preuve établissant que l'alcoolémie du conducteur déclaré coupable était inférieure au résultat de l'alcootest peut être un facteur à prendre en considération au moment de déterminer la peine. Je ne crois pas qu'il soit contraire aux

be legally material in respect of the offence with which the accused is charged. The onus on the accused is purely evidentiary in nature, and flows from an interpretation of the provision which avoids patent absurdity.

6. *Section 258(1)(c) and the Presumption of Innocence*

102

I would also like to address briefly my colleague's concern that the presumption in s. 258(1)(c) not be interpreted so as to require the accused to prove his innocence, or so as to impose a burden upon the accused to raise a reasonable doubt as to his guilt before the Crown has put forward its entire case. If "evidence to the contrary" in s. 258(1)(c) is interpreted in the manner that I suggest, then all that is necessary for an accused to rebut this presumption will be for that individual to point to credible evidence which tends to show that there is a legally material difference between the accused's blood alcohol level at the time of the offence and the result indicated by the breathalyzer reading.

103

In the context of an "over 80" charge, it will be necessary for the accused to point to credible evidence which tends to show that his blood alcohol level could have been under the legal limit. This evidence will typically take the form of expert evidence to the effect that the alcohol consumed after driving (or immediately before embarking) would generally affect a person of the accused's sex, height and body weight within a certain range of values. Thus, for instance, an accused may adduce expert evidence indicating that when the effect of alcohol allegedly consumed after driving is subtracted from the actual blood alcohol reading on the breathalyzer, it would bring the accused's blood alcohol level to anywhere between 70 and 120 mg of alcohol per 100 ml of blood. This evidence would amount to "evidence to the contrary" of the presumption in s. 258(1)(c), and the Crown would no longer be able to rely on that presumption to prove its case against the accused. There is no need for the accused to demonstrate that his

valeurs garanties par la *Charte* ou de quelque façon injuste envers l'accusé d'exiger que la «preuve contraire» soit pertinente en droit eu égard à l'infraction faisant l'objet de l'inculpation. Le fardeau qui incombe à l'accusé est un simple fardeau de preuve et découle d'une interprétation de la disposition permettant d'éviter une absurdité manifeste.

6. *L'alinéa 258(1)c) et la présomption d'innocence*

J'aimerais également examiner brièvement une autre préoccupation de mon collègue, soit la nécessité de ne pas interpréter la présomption de l'al. 258(1)c) de manière à obliger l'accusé à prouver son innocence ou à lui imposer le fardeau de soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité avant que le ministère public n'ait présenté toute sa preuve. Si l'expression «preuve contraire» figurant à l'al. 258(1)c) est interprétée comme je le suggère, tout ce que l'accusé aura à faire pour réfuter cette présomption sera de présenter une preuve crédible tendant à démontrer qu'il existe une différence pertinente en droit entre son alcoolémie au moment de l'infraction et le résultat indiqué par l'alcootest.

Dans le cadre d'une accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg», l'accusé devra présenter une preuve crédible qui tende à démontrer que son alcoolémie aurait pu être sous la limite prévue par la loi. Cette preuve prend typiquement la forme d'un témoignage d'expert suivant lequel l'alcool absorbé après avoir conduit le véhicule (ou immédiatement avant d'y monter) aurait généralement, sur une personne du sexe, de la taille et du poids de l'accusé, un effet situé entre certains paramètres. Ainsi, par exemple, l'accusé peut présenter le témoignage d'un expert indiquant qu'en soustrayant l'effet de l'alcool qui aurait été absorbé postérieurement à la conduite du résultat réel de l'alcootest, on obtiendrait une alcoolémie se situant entre 70 et 120 mg d'alcool par 100 ml de sang. Ce témoignage équivaudrait à une «preuve contraire» à la présomption de l'al. 258(1)c), et il ne serait plus loisible au ministère public de se fonder sur cette présomption pour établir sa preuve contre l'accusé. L'accusé n'a pas à établir que son

blood alcohol level is actually below .08. He need only adduce credible evidence tending to show that this is possible under the circumstances. He needs to show, in other words, that the discrepancy is legally material. The onus on the accused is strictly evidentiary in nature, and arises as a practical consequence of the Crown justifiably relying on the presumption in s. 258(1)(c) until the accused adduces some evidence to show that this reliance is unjustified to a legally material degree.

In the context of an impaired driving charge, by contrast, it will only be necessary for an accused to point to credible evidence of an overestimation of blood alcohol level that is sufficiently large that it tends to raise a doubt as to impairment. As I said earlier, the magnitude of the discrepancy required to rebut the presumption is a determination to be made in light of the totality of the facts in each case. Once again, however, the important point for our purposes is that the accused need not demonstrate that the discrepancy is large enough to disprove impairment, but need only point to evidence that is capable of raising a doubt as to impairment.

I agree that the reversal of burden created by s. 258(1)(c) may indeed constitute a breach of s. 11(d) of the *Charter*, as suggested by my colleague, since this statutory presumption relieves the Crown of its duty to prove independently all of the elements of the offence beyond a reasonable doubt. However, I note without deciding that such an infringement would very likely survive *Charter* scrutiny under s. 1 as a reasonable and demonstrably justifiable limit on the right, given the overwhelming importance of effective enforcement measures to curb the dangers of drunk driving.

7. Policy Considerations

Ultimately, this case boils down to a question of whether we impose the burden on the Crown or on the accused to adduce expert toxicological evi-

alcoolémie est véritablement inférieure à 0,08. Il n'a qu'à présenter une preuve crédible tendant à démontrer que cela est possible dans les circonstances. En d'autres termes, il doit montrer que l'écart est pertinent en droit. Le fardeau qui lui incombe relève strictement de la présentation de la preuve et découle en pratique de la possibilité pour le ministère public de se fonder sur la présomption de l'al. 258(1)c) tant que l'accusé ne présente pas quelquel'élément de preuve visant à démontrer que le recours à la présomption est injustifié dans une mesure pertinente en droit.

Dans le cadre d'une accusation de conduite avec facultés affaiblies, en revanche, l'accusé n'aura qu'à présenter une preuve crédible selon laquelle il y a eu surestimation de son alcoolémie dans une proportion telle que cela tend à soulever un doute quant à l'affaiblissement de ses facultés. Comme je l'ai dit précédemment, l'amplitude de l'écart requise pour réfuter la présomption s'apprécie eu égard à l'ensemble des faits de chaque cas. Encore là, toutefois, l'élément important pour nos fins est que l'accusé n'a pas à établir que l'écart est suffisamment grand pour réfuter l'affaiblissement des facultés, mais seulement à signaler une preuve susceptible de soulever un doute à ce sujet.

Je conviens que le renversement du fardeau opéré par l'al. 258(1)c) pourrait de fait constituer une violation de l'al. 11d) de la *Charte*, comme le donne à entendre mon collègue, étant donné que cette présomption décharge le ministère public de son obligation de prouver de façon indépendante et hors de tout doute raisonnable l'ensemble des éléments de l'infraction. Toutefois, je souligne, sans pour autant en décider, qu'une telle violation subirait très vraisemblablement avec succès le test de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable dont la justification peut se démontrer, étant donné l'importance prépondérante de disposer de mesures d'application efficaces pour diminuer les dangers associés à l'alcool au volant.

7. Considérations d'ordre public

En dernière analyse, cette affaire se ramène à une seule question, celle de savoir si c'est au ministère public ou à l'accusé qu'il incombe de

104

105

106

dence in instances in which a driver voluntarily consumes (or claims to have consumed) alcohol either shortly before or after driving but before supplying a breathalyzer sample. I cannot agree that there is any need for two different evidentiary burdens to flow from the identical provision, in respect to the identical charge. Moreover, it seems anomalous to afford the benefit of the lesser evidentiary burden to drivers who have either wilfully consumed alcohol after being involved in an offence or who have gulped down material quantities of alcohol and then tried to drive home before the alcohol took effect. In most cases, moreover, there is good reason to suspect that post-driving drinking (or just the claim thereof) is an act of mischief intended to thwart police investigators. All such cases, at the very least, involve a significant degree of irresponsibility and a cavalier disregard for the safety of others and the integrity of the judicial system. This Court should not encourage or, at the very least, lend legitimacy, to such behaviour. Surely, if an accused wishes to question the representativeness of the breathalyzer result on the basis that the reading could be overestimating his blood alcohol level at the time of the offence, and the reason for that discrepancy is his own wilful conduct, then it would seem only just and consistent with the mischief that Parliament sought to address by way of this presumption that he assume the burden of adducing some evidence which tends to show that this discrepancy is legally relevant to the outcome of the charge. He is, in effect, the artisan of his own jeopardy, and should not profit from conduct which may very well verge on obstruction of justice.

présenter une expertise toxicologique dans les cas où le conducteur d'un véhicule consomme volontairement (ou affirme avoir consommé) de l'alcool, soit peu avant, soit après avoir conduit son véhicule mais avant de fournir un échantillon d'haléine. Je ne saurais être d'accord qu'il est nécessaire d'imposer deux fardeaux de preuve différents pour une disposition identique, à l'égard d'une accusation identique. De plus, il semble anormal d'accorder le bénéfice d'un fardeau de preuve moins lourd aux conducteurs qui ont soit volontairement absorbé de l'alcool après avoir été impliqués dans une infraction, soit ingurgité d'importantes quantités d'alcool et tenté ensuite de se rendre chez eux en voiture avant que l'effet ne se produise. Dans la plupart des cas, au surplus, il y a tout lieu de soupçonner que le fait de boire après avoir conduit (ou simplement d'affirmer qu'on l'a fait) est un acte malveillant destiné à déjouer les policiers enquêteurs. Tous ces cas, à tout le moins, dénotent un haut degré d'irresponsabilité et une insouciance cavalière à l'égard de la sécurité d'autrui et de l'intégrité du système judiciaire. Notre Cour ne doit pas encourager une telle conduite ou, à tout le moins, lui conférer quelque légitimité que ce soit. Indubitablement, si l'accusé souhaite remettre en cause l'exactitude de l'alcootest au motif qu'il pourrait y avoir surestimation de son alcoolémie au moment de l'infraction, et que cet écart est attribuable à sa propre conduite intentionnelle, il ne semblerait que juste et compatible avec le problème que le législateur cherchait à enrayer au moyen de la présomption, qu'il assume le fardeau de présenter quelque élément de preuve tendant à démontrer que cet écart est pertinent en droit quant au sort de l'accusation. Étant lui-même l'artisan de son propre problème, l'accusé ne devrait pas tirer profit d'une conduite qui pourrait fort bien être perçue comme une obstruction à la justice.

107

On a final note, I cannot help but remark upon a possible practical implication of the interpretation urged by the appellant. Given the possibility that a sophisticated or mischievous accused could either drink, or merely claim to have drunk, alcohol after having been taken to the station for a breathalyzer test, as is the case here, police may well begin to

En terminant, je ne puis m'empêcher de souligner l'une des conséquences que l'interprétation avancée par l'appelante pourrait avoir sur le plan pratique. Étant donné la possibilité qu'un accusé sophistiqué ou malveillant boive de l'alcool, ou affirme simplement en avoir bu, après avoir été conduit au poste pour subir l'alcootest, comme

search individuals more systematically for alcohol containers in an effort to thwart such activity. Giving the appellant the benefit of the doubt in the present case notwithstanding the legal irrelevancy of her objection to the outcome of the charge may therefore precipitate a legitimate investigative procedure that is even more invasive of the rights of the individual than the adverse presumption to which the appellant objects in the first place.

IV. Application to the Facts

In a charge of driving "over 80", as was the case in the present appeal, "evidence to the contrary" must go to a legally material issue. As such, in this case, it must be evidence capable of raising a reasonable doubt that the accused was under the legal limit at the time of the offence. The appellant did not testify. Nor was evidence adduced to this effect. The Crown was therefore entitled to rely on the presumption in s. 258(1)(c), and consequently proved all of the elements of the offence. Since I can see no other defence which the accused could possibly have advanced, I would agree with Galligan J.A. that there is no need for a new trial, and that a conviction should be substituted for the acquittal.

Accordingly, I would dismiss the appeal and dispose of the case in the manner proposed by the Court of Appeal.

Appeal allowed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Graham Webb, Barrie.

Solicitor for the respondent: David Finley, Toronto.

c'est le cas en l'espèce, il se pourrait que, dans le but de freiner cette activité, les policiers se mettent à fouiller plus systématiquement les individus en vue d'y rechercher des contenants d'alcool. Donner à l'appelante le bénéfice du doute dans la présente affaire, malgré la non-pertinence en droit de son objection quant à l'issue de l'accusation, pourrait donc entraîner la mise en place d'une procédure légitime d'enquête portant une atteinte plus grande encore aux droits de la personne que la présomption défavorable à laquelle s'oppose en premier lieu l'appelante.

IV. Application aux faits

Dans une accusation de conduite avec une alcoolémie de «plus de 80 mg», comme dans le cas qui nous occupe, la «preuve contraire» doit se rapporter à une question pertinente en droit. En l'espèce, il doit s'agir d'une preuve susceptible de soulever un doute raisonnable quant à la question de savoir si l'accusée n'avait pas dépassé la limite prévue par la loi au moment de l'infraction. L'appelante n'a pas témoigné et aucune preuve n'a été présentée à cet effet. Le ministère public avait donc le droit de se fonder sur la présomption de l'al. 258(1)(c), et conséquemment il a prouvé tous les éléments de l'infraction. Étant donné qu'à mon avis l'accusée ne pouvait soulever aucun autre moyen de défense, j'estime, à l'instar du juge Galligan, qu'il n'est pas nécessaire de tenir un nouveau procès et qu'il y a lieu de substituer à l'acquiescement une déclaration de culpabilité.

En conséquence, je rejetterais le pourvoi et je disposerais de cette cause comme le propose la Cour d'appel.

Pourvoi accueilli, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Graham Webb, Barrie.

Procureur de l'intimée: David Finley, Toronto.

108

109

David Goddard *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GODDARD

File No.: 24200.

1995: March 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Obstruction of justice — Appellant not making false statement to court or withholding information he was obliged to disclose — Acquittal on charge of obstruction of justice restored.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, [1994] A.J. No. 440 (QL), reversing Roslak J.'s dismissal of the charge of obstruction of justice against the accused. Appeal allowed and acquittal restored, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting.

Alexander D. Pringle, Q.C., and Shawn Beaver, for the appellant.

Jack Watson, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ SOPINKA J. — In view of the finding of the trial judge that there existed a reasonable doubt as to whether the appellant undertook to advise the police officers when they would be needed as witnesses, we cannot agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in law in dismissing the charge. We agree with the trial judge that what took place in the courtroom did not amount to obstruction. In the circumstances of this case, no false statement was made by the appellant to the court. Nor did he withhold information that he was obliged by law to disclose. In our view, therefore,

David Goddard *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. GODDARD

N° du greffe: 24200.

1995: 20 mars.

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

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

Droit criminel — Entrave à la justice — Appellant ne faisant aucune fausse déclaration à la cour et ne dissimulant pas non plus des renseignements qu'il était tenu de divulguer — Rétablissement du verdict d'acquittal relatif à une accusation d'entrave à la justice.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, [1994] A.J. No. 440 (QL), qui a infirmé le rejet par le juge Roslak de l'accusation d'entrave à la justice qui pesait contre l'accusé. Pourvoi accueilli et verdict d'acquittal rétabli, les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents.

Alexander D. Pringle, c.r., et Shawn Beaver, pour l'appellant.

Jack Watson, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Compte tenu de la conclusion du juge du procès qu'il y avait un doute raisonnable quant à savoir si l'appellant a entrepris d'informer les policiers du moment où leurs services seraient requis en tant que témoins, nous ne pouvons convenir avec la Cour d'appel que le juge du procès a commis une erreur de droit en rejetant l'accusation. Nous partageons l'avis du juge du procès que ce qui s'est passé dans la salle d'audience ne constituait pas une entrave. Dans les circonstances de la présente affaire, l'appellant n'a fait aucune fausse déclaration à la cour. Il n'a pas non

the trial judge was entitled to conclude that in all the circumstances it was not established beyond a reasonable doubt that the appellant had made a false representation either actively or by omitting to disclose a fact which the appellant had a duty to disclose. He did not err in law in so concluding.

We wish to add a comment on the appellant's conduct. If this were the conduct of a lawyer, it would be the subject of disciplinary proceedings. We agree with the comments of the trial judge therefore that the conduct while not criminal was ethically inexcusable.

The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the acquittal is restored. L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ., dissenting, would have dismissed the appeal for the reasons of the Court of Appeal.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Alexander D. Pringle, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Jack Watson, Edmonton.

plus dissimulé des renseignements qu'il était légalement tenu de divulguer. À notre avis, le juge du procès avait donc le droit de conclure que, compte tenu de toutes les circonstances, il n'était pas établi hors de tout doute raisonnable que l'appelant avait fait une fausse déclaration activement ou en omettant de divulguer un fait qu'il était tenu de divulguer. Il n'a commis aucune erreur de droit en tirant cette conclusion.

Permettez-nous d'ajouter un commentaire au sujet du comportement de l'appelant. Si ce comportement était celui d'un avocat, il ferait l'objet de procédures disciplinaires. Nous souscrivons donc aux commentaires du juge du procès selon lesquels, quoique non criminel, le comportement en cause était inexcusable du point de vue déontologique.

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est annulé et le verdict d'acquiescement est rétabli. Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier, qui sont dissidents, auraient rejeté le pourvoi pour les raisons exposées par la Cour d'appel.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Alexander D. Pringle, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Jack Watson, Edmonton.

2

3

Ernest A. Hawrish *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HAWRISH

File No.: 23898.

1995: March 21.

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 — Theft — Fraud — Sufficient evidence to support convictions — No miscarriage of justice.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1993), 113 Sask. R. 214, 52 W.A.C. 214, dismissing the accused's appeal from his convictions by Grotsky J. for theft and fraud (1991), 95 Sask. R. 100. Appeal dismissed.

A. G. Henderson, Q.C., and J. M. Sullivan, for the appellant.

T. R. Hinz, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ LAMER C.J. — There was evidence sufficient to support the convictions entered by the trial judge and, no prejudice being argued, there was no miscarriage of justice.

² The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Davis & Company, Vancouver.

Ernest A. Hawrish *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HAWRISH

N° du greffe: 23898.

1995: 21 mars.

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 — Vol — Fraude — Preuve suffisante pour justifier des déclarations de culpabilité — Absence d'erreur judiciaire.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1993), 113 Sask. R. 214, 52 W.A.C. 214, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre ses déclarations de culpabilité de vol et de fraude prononcées par le juge Grotsky (1991), 95 Sask. R. 100. Pourvoi rejeté.

A. G. Henderson, c.r., et J. M. Sullivan, pour l'appellant.

T. R. Hinz, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — La preuve était suffisante pour justifier les déclarations de culpabilité prononcées par le juge du procès et, en l'absence d'allégation de préjudice, aucune erreur judiciaire n'a été commise.

Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

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

*Solicitor for the respondent: The Department of
Justice, Public Prosecutions Branch, Saskatoon.*

*Procureur de l'intimée: The Department of
Justice, Public Prosecutions Branch, Saskatoon.*

Clifford Crawford *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CRAWFORD

File No.: 23711.

1994: November 4; 1995: March 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 ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Right to make full answer and defence — Appellant and co-accused charged with second degree murder — Each placing blame on other — Appellant making no statement to police but testifying at trial — Appellant being cross-examined on his pre-trial silence — Whether appellant's right to silence infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Criminal law — Evidence — Joint trials — Right to pre-trial silence — Right to make full answer and defence — Appellant and co-accused charged with second degree murder — Each placing blame on other — Appellant making no statement to police but testifying at trial — Appellant being cross-examined on his pre-trial silence — Whether cross-examination violating appellant's right to silence — Whether trial judge erring in instructions to jury on use to be made of evidence that appellant had not given statement to police — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

The appellant and C went out drinking at a bar one night where they met and befriended the deceased, who was impaired. The three men left the bar together, all appearing to witnesses to be drunk, and the deceased was robbed and beaten with a 2 x 4 piece of lumber. The appellant and C were charged with second degree murder. The appellant made no statement to the police. He testified at trial, 13 months after the murder, that he had never struck the deceased and denied that he had aided

Clifford Crawford *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CRAWFORD

N° du greffe: 23711.

1994: 4 novembre; 1995: 30 mars.

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 — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Droit à une défense pleine et entière — Appelant et un coaccusé inculpés de meurtre au deuxième degré — Blâme rejeté l'un sur l'autre — Aucune déclaration de l'appelant à la police, mais déposition au procès — Contre-interrogatoire de l'appelant relativement à son silence avant le procès — Le droit de l'appelant de garder le silence a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit criminel — Preuve — Procès conjoints — Droit de garder le silence avant le procès — Droit à une défense pleine et entière — Appelant et un coaccusé inculpés de meurtre au deuxième degré — Blâme rejeté l'un sur l'autre — Aucune déclaration de l'appelant à la police, mais déposition au procès — Contre-interrogatoire de l'appelant relativement à son silence avant le procès — Le contre-interrogatoire a-t-il porté atteinte au droit de l'appelant de garder le silence? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives au jury quant à l'utilisation pouvant être faite de la preuve que l'appelant n'avait fait aucune déclaration à la police? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Un soir, l'appelant et C sont allés prendre un verre dans un bar où ils ont rencontré la victime, dont les facultés étaient affaiblies et avec qui ils se sont liés d'amitié. Les trois hommes ont quitté le bar ensemble, apparemment tous en état d'ivresse selon des témoins, puis la victime a été volée et battue à l'aide d'un «deux-par-quatre». L'appelant et C ont été inculpés de meurtre au deuxième degré. L'appelant n'a fait aucune déclaration à la police. Il a témoigné au procès, 13 mois après

or abetted in the assault. C's counsel cross-examined the appellant on the appellant's failure to make any statements to the police. C did not testify at trial. His version of the events was set out in a videotaped statement to the police on his arrest. Effectively, each accused cast the blame primarily on the other, and each relied on the defence of intoxication as negating the intent for murder. The appellant and C were both convicted of second degree murder. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the convictions. This appeal is to determine (1) whether the cross-examination of the appellant on his failure to give a statement to the police and the trial judge's failure to instruct the jury to disregard that cross-examination violated his pre-trial right to silence protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and (2) whether the trial judge erred in instructing the jury as to the use it could make of the evidence that the appellant had not given a statement to the police, in light of his constitutionally guaranteed right to remain silent.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: It is a corollary of the right to choose to remain silent during the pre-trial investigation that, if exercised, this fact is not to be used against the accused at a subsequent trial on a charge arising out of the investigation and no inference is to be drawn against an accused because he or she exercised the right. The right to pre-trial silence, however, like other *Charter* rights, is not absolute. Application of *Charter* values must take into account other interests and in particular other *Charter* values which may conflict with their unrestricted and literal enforcement. This approach to *Charter* values is especially apt in this case in that the conflicting rights are protected under the same section of the *Charter*.

Co-accused persons clearly have the right to cross-examine each other in making full answer and defence. Restrictions that apply to the Crown may not apply to restrict this right of the co-accused. The right to make full answer and defence is not, however, absolute. When the right is asserted by accused persons in a joint trial, regard must be had for the effect of the public interest in joint trials with respect to charges arising out of a com-

le meurtre, qu'il n'avait jamais frappé la victime et il a nié avoir apporté son aide ou son encouragement dans l'agression. L'avocat de C a contre-interrogé l'appellant concernant son omission de faire une déclaration aux policiers. C n'a pas témoigné au procès. Sa version des faits est donnée dans une déclaration enregistrée sur bande vidéo par la police lors de son arrestation. De fait, chacun des accusés rejette le blâme sur l'autre, et chacun invoque la défense fondée sur l'intoxication afin de repousser l'intention afférente au meurtre. L'appellant et C ont tous deux été reconnus coupables de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel, dans une décision majoritaire, a maintenu les déclarations de culpabilité. Le pourvoi vise à déterminer (1) si le contre-interrogatoire de l'appellant relativement à son omission de faire une déclaration à la police et l'omission du juge du procès de donner au jury la directive de ne pas tenir compte de ce contre-interrogatoire violaient le droit de l'appellant de garder le silence avant le procès, garanti à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et (2) si le juge du procès a commis une erreur en donnant au jury des directives quant à l'usage que celui-ci pouvait faire de la preuve que l'appellant n'avait pas fait de déclaration à la police, vu le droit constitutionnel qu'avait ce dernier de garder le silence.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Le droit de garder le silence pendant l'enquête antérieure au procès a comme corollaire que son exercice ne peut être reproché à l'accusé au procès lorsqu'une accusation est portée à l'issue de l'enquête et qu'il ne faut en tirer aucune conclusion défavorable à l'égard de l'accusé. À l'instar d'autres droits garantis par la *Charte*, le droit de garder le silence avant le procès n'est toutefois pas absolu. Le respect des valeurs qui sous-tendent la *Charte* doit prendre en considération d'autres intérêts et, en particulier, d'autres valeurs de la *Charte* qui peuvent être incompatibles avec le respect intégral des premières. Cette démarche est particulièrement valable en l'espèce, les droits conflictuels étant garantis par la même disposition de la *Charte*.

Le droit d'un accusé de contre-interroger un coaccusé aux fins de présenter une défense pleine et entière ne fait aucun doute. Des restrictions applicables au ministère public peuvent ne pas avoir pour effet de limiter ce droit de l'accusé. Le droit à une défense pleine et entière n'est cependant pas absolu. Lorsque des accusés font valoir ce droit dans le cadre d'un procès conjoint, il faut tenir compte de l'intérêt public afférent à la tenue de

mon enterprise. Although the trial judge has a discretion to order separate trials, that discretion must be exercised on the basis of principles of law which include the instruction that severance is not to be ordered unless it is established that a joint trial will work an injustice to the accused. The mere fact that a co-accused is waging a "cut-throat" defence is not in itself sufficient.

To resolve the competing interests at issue, a balance between the rights of the two co-accused must be struck taking into account the interest of the state in joint trials. An accused who testifies against a co-accused cannot rely on the right to silence to deprive the co-accused of the right to challenge that testimony by a full attack on the former's credibility including reference to his pre-trial silence. The co-accused may thus dispel the evidence which implicates him emanating from his co-accused. He cannot, however, go further and ask the trier of fact to consider the evidence of his co-accused's silence as positive evidence of guilt on which the Crown can rely to convict. The limited use to which the evidence can be put must of course be explained to the jury with some care. The jury should be told: (1) that the co-accused who has testified against the accused had the right to pre-trial silence and not to have the exercise of that right used as evidence as to innocence or guilt; (2) that the accused implicated by the evidence of the co-accused has the right to make full answer and defence including the right to attack the credibility of the co-accused; (3) that the accused implicated by the evidence of the co-accused had the right, therefore, to attack the credibility of the co-accused by reference to the latter's failure to disclose the evidence to the investigating authorities; (4) that this evidence is not to be used as positive evidence on the issue of innocence or guilt to draw an inference of consciousness of guilt or otherwise; (5) that the evidence could be used as one factor in determining whether the evidence of the co-accused is to be believed. The failure to make a statement prior to trial may reflect on the credibility of the accused or it may be due to other factors such as the effect of a caution or the advice of counsel. If the jury concluded that such failure was due to a factor that did not reflect on the credibility of the accused, then it must not be given any weight.

In this case there was nothing in the manner or form of the cross-examination that amounted to an improper use of this evidence. The charge and re-charge, how-

procès conjoints dans le cas d'accusations qui découlent d'une entreprise commune. Même si le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la tenue de procès distincts, il doit exercer ce pouvoir en tenant compte de principes juridiques, y compris celui voulant que la tenue de procès distincts ne soit ordonnée que s'il est établi qu'un procès conjoint causerait une injustice à l'accusé. Le seul fait qu'un coaccusé a recours à une défense «traîtresse» n'est pas suffisant en soi.

Pour régler les intérêts opposés qui sont en cause, il convient d'établir entre les droits respectifs des deux coaccusés un équilibre qui tienne compte de l'intérêt de l'État dans la tenue de procès conjoints. L'accusé qui, par son témoignage, incrimine un coaccusé ne peut s'appuyer sur son droit de garder le silence pour priver ce dernier du droit de contester son témoignage par une attaque systématique contre sa crédibilité, notamment en faisant état de son silence avant le procès. Ainsi, le coaccusé peut contrer la preuve incriminante qui émane de son coaccusé. Il ne peut cependant aller plus loin et demander au juge des faits de considérer le silence de son coaccusé comme une preuve positive de culpabilité sur laquelle le ministère public pourrait se fonder pour obtenir une déclaration de culpabilité. Les restrictions qui s'appliquent à l'utilisation de cette preuve doivent évidemment être expliquées au jury avec un certain soin. Voici ce qu'il faudrait dire au jury: (1) le coaccusé qui a témoigné contre l'accusé avait le droit de garder le silence avant le procès et l'exercice de ce droit ne pouvait pas être utilisé comme preuve de son innocence ou de sa culpabilité; (2) l'accusé incriminé par le témoignage du coaccusé a le droit de présenter une défense pleine et entière, y compris le droit d'attaquer la crédibilité du coaccusé; (3) l'accusé incriminé par le témoignage du coaccusé avait donc le droit d'attaquer la crédibilité du coaccusé en faisant état de l'omission de ce dernier de divulguer la preuve aux enquêteurs; (4) cette preuve ne peut être utilisée comme preuve positive quant à la question d'innocence ou de culpabilité pour conclure à l'existence de la conscience de culpabilité; (5) la preuve pourrait être utilisée comme un facteur aux fins de déterminer si le témoignage du coaccusé est crédible. L'omission de faire une déclaration avant le procès peut entacher la crédibilité de l'accusé, ou elle peut être imputée à d'autres facteurs, comme l'effet d'une mise en garde ou les conseils d'un avocat. Si le jury est d'avis que l'omission est due à un facteur qui n'entache pas la crédibilité de l'accusé, il ne doit pas en tenir compte.

En l'espèce, rien dans les modalités ou le déroulement du contre-interrogatoire ne permet de conclure que cet élément de preuve a été utilisé de façon inappro-

ever, contain serious misdirections. The jury were clearly invited to consider the evidence of pre-trial silence on the issue of innocence or guilt and as consciousness of guilt. The references to the right to remain silent did not mitigate this misdirection and the re-charge was not substantially different. The Crown has not satisfied its obligation under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* to show that if a proper direction had been given the verdict would necessarily have been the same.

Per McLachlin J.: Evidence that a co-accused failed to give his version to the authorities should be excluded. The right to silence must mean that a suspect has the right to refuse to talk to the police and not be penalized for it. Further, since the accused has been informed by the police of the right not to speak, his exercise of it cannot logically found an inference as to his credibility when he later testifies. The same considerations govern the contention of the other accused in a joint trial, that he should be allowed to cross-examine on the failure of his co-accused to disclose his version to the police. Since no valid inference can be drawn from exercise of the right to silence, the evidence sought to be adduced should be excluded for lack of relevancy. Because the evidence lacks probative value, it cannot be suggested that its exclusion denies the co-accused the right to full answer and defence. Alternatively, even if slight probative value could be found, the evidence should be excluded on the ground that it has insufficient probative value to overcome the prejudicial effect on the trial process that arises from the danger that the jury will infer not just lack of credibility but guilt. Since the law of evidence precludes the admission of prior consistent statements to bolster the credibility of an accused, admission of evidence of a co-accused's silence leads to a further difficulty. If pre-trial silence can lead to a negative inference as to credibility, the accused is placed in the anomalous situation of being obliged to make a prior consistent statement in order to avoid cross-examination on his silence, but being unable to tender that evidence in support of his own credibility.

priée. L'exposé initial et l'exposé supplémentaire renfermaient toutefois des directives gravement erronées. Le jury a été clairement invité à tenir compte de la preuve du silence gardé avant le procès pour se prononcer sur l'innocence ou la culpabilité de même qu'à le considérer comme l'indice de la conscience de culpabilité. Les mentions du droit de garder le silence n'ont pas atténué le caractère erroné de cette directive et l'exposé supplémentaire n'était pas essentiellement différent. Le ministère public ne s'est pas acquitté de son obligation, aux termes du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, de démontrer que si des directives appropriées avaient été données, le verdict aurait nécessairement été le même.

Le juge McLachlin: La preuve que le coaccusé a omis de donner sa version des faits aux autorités devrait être exclue. Le droit de garder le silence doit signifier qu'un suspect peut refuser de parler aux policiers sans risquer d'être pénalisé pour autant. En outre, l'accusé ayant été informé par les policiers de son droit de garder le silence, l'exercice de ce droit ne saurait logiquement fonder une conclusion concernant la crédibilité de son témoignage ultérieur. Les mêmes remarques valent à l'égard de la prétention du coaccusé, dans un procès conjoint, selon laquelle il devrait être autorisé à contre-interroger son coaccusé concernant son omission de donner sa version des faits à la police. Comme aucune conclusion valable ne peut être tirée de l'exercice du droit de garder le silence, la preuve s'y rapportant devrait être écartée parce qu'elle n'est pas pertinente. Parce que la preuve n'a pas de valeur probante, on ne peut soutenir que son exclusion prive le coaccusé de son droit à une défense pleine et entière. Subsidiairement, même si elle avait une quelconque valeur probante, la preuve devrait être écartée pour le motif que sa valeur probante est insuffisante pour justifier l'effet préjudiciable sur le déroulement du procès qui découle du risque que le jury tire des conclusions en ce qui concerne non seulement la crédibilité, mais également la culpabilité. Puisque le droit de la preuve interdit l'utilisation de déclarations antérieures compatibles aux fins d'appuyer la crédibilité d'un accusé, l'utilisation de la preuve du silence d'un coaccusé soulève une autre difficulté. Si le fait d'avoir gardé le silence avant le procès peut justifier une conclusion défavorable au chapitre de la crédibilité, l'accusé se trouve dans la situation aberrante d'être tenu de faire une déclaration antérieure compatible pour éviter d'être contre-interrogé relativement à son silence, tout en étant empêché de produire cette preuve à l'appui de sa propre crédibilité.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Naglik* (1991), 65 C.C.C. (3d) 272, rev'd on another point, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Cuff* (1989), 49 C.C.C. (3d) 65; *R. v. Wickham* (1971), 55 Cr. App. R. 199; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. McLaughlin* (1974), 2 O.R. (2d) 514; *R. v. Ma, Ho and Lai* (1978), 44 C.C.C. (2d) 537; *R. v. Jackson* (1991), 68 C.C.C. (3d) 385, aff'd on other grounds, [1993] 4 S.C.R. 573; *R. v. Kendall and McKay* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105; *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85; *R. v. Pelletier* (1986), 29 C.C.C. (3d) 533; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Gilbert* (1977), 66 Cr. App. R. 237; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

By McLachlin J.

Referred to: *Bruce v. The Queen* (1987), 61 Aust. L.J. Rep. 603.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 4(6).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(c).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Elliot, D. W. "Cut Throat Tactics: The Freedom of an Accused to Prejudice a Co-Accused", [1991] *Crim. L. Rev.* 5.
 McNicol, Suzanne B. *Law of Privilege*. Sydney: Law Book Co., 1992.
 Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswell, 1987.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 13 O.R. (3d) 130, 62 O.A.C. 91, 80 C.C.C. (3d) 421, 20 C.R. (4th) 331, 14 C.R.R. (2d) 93, upholding the appellant's conviction by

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Naglik* (1991), 65 C.C.C. (3d) 272, inf. sur un autre point par [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Cuff* (1989), 49 C.C.C. (3d) 65; *R. c. Wickham* (1971), 55 Cr. App. R. 199; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. McLaughlin* (1974), 2 O.R. (2d) 514; *R. c. Ma, Ho and Lai* (1978), 44 C.C.C. (2d) 537; *R. c. Jackson* (1991), 68 C.C.C. (3d) 385, conf. pour d'autres motifs par [1993] 4 R.C.S. 573; *R. c. Kendall and McKay* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105; *Lowery c. The Queen*, [1974] A.C. 85; *R. c. Pelletier* (1986), 29 C.C.C. (3d) 533; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Gilbert* (1977), 66 Cr. App. R. 237; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *Bruce c. The Queen* (1987), 61 Aust. L.J. Rep. 603.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11c).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 4(6).

Doctrines citées

Elliot, D. W. «Cut Throat Tactics: The Freedom of an Accused to Prejudice a Co-Accused», [1991] *Crim. L. Rev.* 5.
 McNicol, Suzanne B. *Law of Privilege*. Sydney: Law Book Co., 1992.
 Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswell, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 13 O.R. (3d) 130, 62 O.A.C. 91, 80 C.C.C. (3d) 421, 20 C.R. (4th) 331, 14 C.R.R. (2d) 93, qui a maintenu la déclaration de culpabi-

White J. of second degree murder. Appeal allowed and new trial ordered.

Christopher D. Hicks, for the appellant.

C. Jane Arnup, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

SOPINKA J. — This appeal concerns the right of one co-accused in a joint trial to introduce evidence of the pre-trial silence of another co-accused and, if such evidence is permitted, the use that may be made of such evidence.

I. Facts

The appellant, Crawford, and his co-accused, Creighton, were charged with second degree murder of Behnke. One night in early November 1988, Crawford and Creighton, who are distant cousins, went out drinking at a Belleville bar where they met and befriended the deceased, who was impaired. The three men left the bar together, all appearing to witnesses to be drunk, and the deceased was robbed and beaten with a 2 x 4 piece of lumber. The autopsy of the victim revealed that the immediate cause of death was a "massive area of bruising" within the victim's brain, consistent with the application of "massive blunt force" to the top of his head, but the pathologist did not rule out interplay between head injuries and serious injuries to other parts of his body. The cause of death thus was stated to be multiple trauma to the head and body.

The Crown's theory was that Crawford and Creighton pretended to befriend the impaired deceased, invited him to a party with the intention of robbing him, and after robbing him, either

lité de l'appellant pour meurtre au deuxième degré, prononcée par le juge White. Pourvoi accueilli, la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Christopher D. Hicks, pour l'appellant.

C. Jane Arnup, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi porte sur le droit d'un accusé dans un procès conjoint de soumettre en preuve qu'un coaccusé a gardé le silence avant le procès et, si cet élément de preuve est jugé recevable, sur l'utilisation qui peut en être faite.

I. Les faits

L'appellant Crawford et le coaccusé Creighton ont été inculpés du meurtre au deuxième degré d'un dénommé Behnke. Un soir du début de novembre 1988, Crawford et Creighton, qui sont cousins éloignés, sont allés prendre un verre à un bar de Belleville. Ils y ont rencontré la victime, dont les facultés étaient affaiblies et avec qui ils se sont liés d'amitié. Les trois hommes ont quitté le bar ensemble, apparemment tous en état d'ivresse selon des témoins, puis la victime a été volée et battue à l'aide d'un «deux-par-quatre». Selon l'autopsie, le décès serait directement attribuable aux nombreuses contusions subies au cerveau, ce qui serait compatible avec l'application d'une force brute considérable au sommet du crâne. Le pathologiste n'a toutefois pas écarté la possibilité d'une interaction entre les blessures à la tête et les blessures graves infligées à d'autres parties du corps. Le décès a donc été attribué à des lésions multiples à la tête et au corps.

Le ministère public prétend que Crawford et Creighton ont feint de se lier d'amitié avec l'homme dont les facultés étaient affaiblies, l'ont invité à une fête dans l'intention de le voler et,

Crawford or Creighton or both beat the deceased viciously with a 2 x 4 causing his death.

4 Crawford made no statement to the police. He testified at trial, 13 months after the murder, that he had never struck the deceased and denied that he had aided or abetted in the assault. Crawford testified that, on leaving the bar with Creighton and the deceased, the deceased had grabbed the waitress's leg and apologized and Creighton had told the waitress that he would "take care of it". On the way to the party, Creighton hit the deceased without warning and the two exchanged about four punches before Crawford could intervene. He tried to grab the deceased but lost his balance and he and the deceased fell to the ground with the deceased on top. They began to scuffle when Creighton hit the deceased on the back with a 2 x 4. Crawford became scared, shoved the deceased off him, and ran away. When Creighton caught up to him, Creighton said "I think I killed him".

5 Creighton's counsel cross-examined Crawford on Crawford's failure to make any statements to the police:

Q. Mr. Crawford, if my memory is correct the incident that brings us here today happened one year and 20 days ago; is that right?

A. I think so, yes. I'm not too sure, I didn't check.

Q. Well, it's the 22nd day of November today, 1989?

A. Yes.

Q. Do you agree with that?

A. Yes.

Q. So this incident happened one year and 20 days ago?

A. Yes.

Q. You have had one year and 20 days to think about what you were going to tell us about this?

après l'avoir dépouillé, Crawford ou Creighton, ou les deux, l'ont crapuleusement battu à l'aide d'un deux-par-quatre, causant ainsi sa mort.

Crawford n'a fait aucune déclaration à la police. Il a cependant témoigné au procès, soit 13 mois après le meurtre, qu'il n'avait jamais frappé la victime et il a nié avoir apporté son aide ou son encouragement dans l'agression. Il a ajouté, dans son témoignage, qu'en quittant le bar en compagnie de Creighton et de la victime, ce dernier avait saisi la jambe de la serveuse puis s'était excusé, et que Creighton avait dit à la serveuse qu'il [TRADUCTION] «s'en occuperait». Tandis qu'ils se rendaient à la fête, Creighton a frappé la victime sans prévenir et les deux hommes ont échangé environ quatre coups avant que Crawford n'ait pu intervenir. Ce dernier a tenté d'empoigner la victime, mais il a perdu l'équilibre et s'est retrouvé au sol, sous la victime. Ils ont commencé à se bagarrer et Creighton a frappé la victime au dos à l'aide d'un deux-par-quatre. Crawford a pris peur, s'est dégagé de sous la victime et s'est sauvé. Creighton l'a rattrapé et lui a dit: [TRADUCTION] «Je crois que je l'ai tué.».

L'avocat de Creighton a contre-interrogé Crawford concernant son omission de faire une déclaration aux policiers:

[TRADUCTION]

Q. Monsieur Crawford, si mon souvenir est exact, l'incident qui est à l'origine de notre présence aujourd'hui devant la cour s'est produit il y a un an et 20 jours, n'est-ce pas?

R. Je crois que oui. Je ne suis pas certain, je n'ai pas vérifié.

Q. Eh bien, nous sommes aujourd'hui le 22 novembre 1989?

R. Oui.

Q. Vous êtes d'accord?

R. Oui.

Q. L'incident s'est donc produit il y a un an et 20 jours?

R. Oui.

Q. Vous avez eu un an et 20 jours pour penser à ce que vous diriez devant nous à ce sujet?

A. Just the truth.

Q. You've had one year and 20 days to think about it.

A. Just the truth.

Q. Have you ever told the police anything about it?

A. No.

Q. Have you ever told anybody in authority anything about it?

A. Just my lawyer.

Q. You have been well represented by counsel?

A. Yes.

Q. You were aware through your counsel what all the evidence was in this case?

A. Well, yes.

Creighton did not testify at trial. His version of the events was set out in a videotaped statement to the police on his arrest. Creighton said that he, Crawford, and the victim had left the pub on the way to a party. Crawford and the victim were arguing as they walked. When a fight broke out between Crawford and the deceased, Creighton intervened and tried to break it up. When that failed, since the deceased was on top of Crawford, he hit the deceased across the back about four times with a 2 x 4 piece of lumber (about 3 feet long). Crawford continued to beat the victim with his fists, despite Creighton grabbing Crawford and telling him to stop since the victim was already hurt. Unable to break up the fight, he climbed over a fence and left the scene. At the point that he left, Creighton told the police that the deceased was still alive. Crawford soon came running behind him saying that they had to "get . . . out of here I think I killed him".

Effectively, each accused cast the blame primarily, if not entirely, upon the other, and each relied upon the defence of intoxication as negating the intent for murder. At trial, Creighton's counsel made much of the fact that Crawford had declined to give a statement to the police on his arrest, contrasting unfavourably with Creighton's full statement to the police at the earliest opportunity. Con-

R. Seulement la vérité.

Q. Vous avez eu un an et 20 jours pour y penser?

R. Seulement la vérité.

Q. Avez-vous déjà parlé à la police à ce sujet?

R. Non.

Q. En avez-vous déjà parlé à une personne en situation d'autorité?

R. Seulement à mon avocat.

Q. Vous avez été bien représenté par un avocat?

R. Oui.

Q. Vous avez su, par l'entremise de votre avocat, quelle était la preuve dans cette affaire?

R. Eh bien, oui.

Creighton n'a pas témoigné au procès. Sa version des faits est donnée dans une déclaration enregistrée sur bande vidéo par la police lors de son arrestation. Selon Creighton, Crawford, la victime et lui ont quitté le pub pour aller à une fête. Pendant qu'ils marchaient, Crawford et la victime se disputaient. Lorsque la bagarre a éclaté entre Crawford et la victime, Creighton est intervenu et a tenté d'y mettre fin. Comme il n'y arrivait pas et que la victime se trouvait au-dessus de Crawford, il a frappé la victime au dos, environ quatre fois, à l'aide d'un deux-par-quatre (d'une longueur approximative de trois pieds). Crawford a continué d'assener des coups de poing à la victime, et ce, même si Creighton l'avait empoigné et lui avait dit d'arrêter puisque la victime était déjà blessée. Incapable de mettre fin à la bagarre, il a sauté une clôture et quitté les lieux. Creighton a dit aux policiers que, au moment où il avait quitté les lieux, la victime était toujours vivante. Peu après, Crawford l'a rejoint en courant et lui a dit: [TRADUCTION] «Il faut partir d'ici, je pense que je l'ai tué».

De fait, chacun des accusés rejette le blâme sur l'autre, sinon entièrement, à tout le moins en substance, et chacun invoque la défense fondée sur l'intoxication afin de repousser l'intention afférente au meurtre. Au procès, l'avocat de Creighton a insisté sur le fait que Crawford avait refusé de faire une déclaration aux policiers au moment de son arrestation, se distinguant ainsi défavorable-

versely, Crawford's counsel, when addressing the jury, stated that "an innocent man sitting in Creighton's seat would have gotten into that witness box and sworn that he was not guilty". Crawford's counsel also dealt with Creighton's counsel's cross-examination of Crawford in his closing address to the jury.

8 On November 28, 1989, the appellant and co-accused were both convicted of second degree murder by White J. of the Ontario Supreme Court sitting with a jury. They appealed their convictions to the Ontario Court of Appeal. Crawford claimed that:

- (1) the trial judge erred in allowing counsel for the co-accused to cross-examine him on his failure to give a statement to the police, thus infringing his right to remain silent; and
- (2) the trial judge had erred in not instructing the jury to disregard that cross-examination on his pre-trial silence.

On April 6, 1993, the Court of Appeal dismissed the appeals: (1993), 13 O.R. (3d) 130, 62 O.A.C. 91, 80 C.C.C. (3d) 421, 20 C.R. (4th) 331, 14 C.R.R. (2d) 93. Weiler J.A. dissented, holding that the trial judge erred in instructing the jury as to the use that it could make of the evidence that Crawford had not given a statement to police, in light of his constitutionally guaranteed right to remain silent, and would have allowed the appeal and ordered a new trial.

9 Crawford appealed as of right to this Court on whether the trial judge erred in instructing the jury as to the use of the evidence that Crawford had not given a statement to the police. Leave to appeal was granted on whether the Court of Appeal erred in holding that Crawford's rights were not infringed either by:

ment de Creighton qui avait fait une déclaration complète à la police à la première occasion. Pour sa part, l'avocat de Crawford a dit au jury qu'[TRANSDUCTION] «un homme innocent se trouvant dans la situation de Creighton serait venu témoigner et aurait juré qu'il n'était pas coupable». Dans son exposé final au jury, l'avocat de Crawford a également fait mention du contre-interrogatoire de son client par l'avocat de Creighton.

Le 28 novembre 1989, l'appellant et le coaccusé ont tous deux été reconnus coupables de meurtre au deuxième degré à l'issue d'un procès devant le juge White de la Cour suprême de l'Ontario et un jury. Ils en ont appelé de leurs déclarations de culpabilité devant la Cour d'appel de l'Ontario. Crawford a invoqué ce qui suit:

- (1) le juge du procès a commis une erreur en permettant à l'avocat du coaccusé de le contre-interroger relativement à son omission de faire une déclaration à la police, violant ainsi son droit de garder le silence;
- (2) le juge du procès a commis une erreur en ne donnant pas au jury la directive de ne pas tenir compte du contre-interrogatoire portant sur cette omission.

Le 6 avril 1993, la Cour d'appel a rejeté les appels: (1993), 13 O.R. (3d) 130, 62 O.A.C. 91, 80 C.C.C. (3d) 421, 20 C.R. (4th) 331, 14 C.R.R. (2d) 93. Le juge Weiler, dissidente, a pour sa part conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans son exposé au jury concernant l'utilisation qui pouvait être faite de la preuve que Crawford n'avait pas fait de déclaration à la police, compte tenu de son droit constitutionnel de garder le silence, qu'elle aurait accueilli l'appel et aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Crawford se pourvoit de plein droit devant notre Cour sur la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur dans son exposé au jury concernant l'utilisation de la preuve que Crawford n'avait pas fait de déclaration à la police. Une autorisation de pourvoi a été accordée relativement à la question de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que les droits de Crawford n'avaient pas été violés:

- (1) the cross-examination of Crawford by Creighton's counsel on his failure to give a statement to the police before trial; or
- (2) the failure of the trial judge to instruct the jury to disregard this cross-examination.

Creighton has not appealed.

II. Relevant Legislation

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

III. Judgments Below

A. *Charge to the Jury*

In his charge to the jury, the trial judge reminded the jury of the cross-examination of Crawford by Creighton's counsel:

So his [Crawford's] basic defence is that he left before — that while blows were struck by Creighton he had no foreknowledge of that, he did not make any plan with Creighton to assault or rob Mr. Behnke, his presence in that yard was entirely innocent, he was going to a party, suggested by Creighton. And his explanation of why he fled the scene, I've already indicated to you what that was, but his explanation as to why he didn't go to the police and give them what he knew about this, and this was brought out when Mr. Kemp [counsel for Creighton] was cross-examining him. [Emphasis added.]

The trial judge's charge on the circumstantial evidence against Crawford included reference to his failure to give an explanation to the police:

Does the circumstantial evidence against Crawford, together with the admissions he made in his evidence, satisfy you beyond a reasonable doubt that he was an accomplice of Creighton in a joint enterprise to rob Behnke? Consider all the circumstances.

- (1) soit par le contre-interrogatoire de l'appelant par l'avocat de Creighton concernant son omission de faire une déclaration à la police avant le procès,
- (2) soit par l'omission du juge du procès de donner au jury la directive de ne pas tenir compte de ce contre-interrogatoire.

Creighton n'a pas interjeté appel.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

III. Les juridictions inférieures

A. *L'exposé au jury*

Dans son exposé au jury, le juge du procès a rappelé la teneur du contre-interrogatoire de Crawford par l'avocat de Creighton:

[TRADUCTION] Son principal moyen de défense [celui de Crawford] est qu'il a quitté avant — que même si des coups ont été assenés par Creighton, il ne le savait pas à l'avance, qu'il n'a pas convenu avec Creighton d'agresser ou de voler M. Behnke, que sa présence dans la cour était dénuée de toute intention malveillante, qu'il se rendait à une fête à la suggestion de Creighton. Et son explication du fait qu'il a quitté les lieux, je vous ai déjà dit ce qu'il en était, mais son explication quant à savoir pourquoi il ne s'est pas rendu au poste de police pour dire ce qu'il savait de l'affaire, et cela est ressorti lors de son contre-interrogatoire par M^e Kemp [l'avocat de Creighton]. [Je souligne.]

L'exposé du juge du procès au sujet de la preuve circonstancielle incriminant Crawford faisait mention de l'omission de ce dernier de fournir une explication à la police:

[TRADUCTION] La preuve circonstancielle contre Crawford, de même que les aveux contenus dans son témoignage, vous convainquent-ils hors de tout doute raisonnable qu'il a été le complice de Creighton dans un projet commun de voler Behnke? Tenez compte de toutes les circonstances.

The chief circumstance might be the blood on his pants and the blood on his jacket; his admission that he was in a fight, and that was to Miss Delorme; his flight from the scene; his failure to come forward if he is innocent; his hiding his pants, and he admitted that, in the garbage. [Emphasis added.]

The trial judge's charge to the jury on the use they could make of Crawford's silence upon arrest was as follows:

But Mr. Kemp, as you remember, started this cross-examination:

"Today is the 22nd of November. This incident took place one year and 20 days ago. You have had a year and 20 days to think about it. Did you ever tell the police about it?"

"No."

And, of course, the first time Crawford gave his version of what happened that night was in the witness box as far as the public notice is concerned.

And, yes, there is a Charter of Rights and, yes, you have the right to remain silent. Those are all constitution rights. But also it's an axiom of reasonable conduct that if you're entirely innocent of something serious that you witnessed you are not afraid to talk about it, Charter or no Charter, that's just a simple common sense proposition, and that was the point that Mr. Kemp made in his cross-examination.

Certainly you don't have to make a statement to the police but, on the other hand, you can take into account that if the story — Mr. Crawford's evidence is a version of the facts that is reasonable, you can certainly accept his evidence, but you have a right to ask yourself, if I am to believe this evidence, why has Mr. Crawford waited until now to tell anybody about it, anybody in authority? And, while you certainly respect his Charter rights to remain silent, as jurors of fact you are entitled to take into account that fact, that he didn't tell anybody until this trial.

¹¹ When Crawford's counsel objected to this charge, in his re-charge to the jury, the trial judge re-instructed the jury as follows (in part):

And, of course, I told you time and time again, in a criminal case there is no obligation upon the accused to make any explanation at any time, there is never an obligation to make an explanation. The onus is on the

Les principaux éléments circonstanciels pourraient être le sang sur son pantalon et son blouson, l'aveu qu'il avait pris part à une bagarre, qu'il a fait à M^{lle} Delorme, sa fuite des lieux, son omission de déclarer l'incident s'il est innocent, le fait qu'il a, de son propre aveu, dissimulé son pantalon dans les ordures. [Je souligne.]

Voici l'exposé du juge du procès au jury, au sujet de l'utilisation possible du fait que Crawford a gardé le silence lors de son arrestation:

[TRADUCTION] Mais M^e Kemp, vous vous en souviendrez, a commencé son contre-interrogatoire ainsi:

«Nous sommes aujourd'hui le 22 novembre. L'incident s'est produit il y a un an et 20 jours. Vous avez eu un an et 20 jours pour y penser. En avez-vous déjà parlé à la police?

«Non.»

Et, bien entendu, la première fois que Crawford a donné sa version des faits survenus cette nuit-là, du moins en public, c'est à la barre des témoins.

Bien sûr, il existe une Charte des droits et, bien sûr, le droit de garder le silence y est prévu. Ces droits sont garantis par la Constitution. Or, il est raisonnable de s'attendre d'une personne qui n'a rien à se reprocher en ce qui concerne un acte grave dont elle a été témoin qu'elle ne craigne pas d'en parler, Charte ou pas, c'est seulement une question de bon sens. Voilà ce que M^e Kemp a fait valoir dans son contre-interrogatoire.

Évidemment, nul n'a l'obligation de faire une déclaration à la police, mais, par contre, vous pouvez considérer que si la version des faits — le témoignage de M. Crawford — est raisonnable, il vous est sans aucun doute loisible d'accepter son témoignage, mais vous pouvez également vous demander, en supposant que vous ajoutiez foi à ce témoignage, pourquoi M. Crawford a attendu jusqu'à ce jour pour en parler à quiconque, notamment à une personne en situation d'autorité? Et, bien que vous respectiez son droit constitutionnel de garder le silence, en tant que juges des faits, vous pouvez tenir compte de ce fait, savoir qu'il s'est tu jusqu'au procès.

L'avocat de Crawford s'étant opposé à cet exposé, des directives supplémentaires ont été données au jury, dont voici un extrait:

[TRADUCTION] Et, naturellement, je vous l'ai dit maintes fois, dans une affaire criminelle, l'accusé n'est pas tenu de fournir des explications à quelque moment que ce soit; il n'a jamais l'obligation de le faire. C'est au

Crown to prove beyond a reasonable doubt the ingredients of the offence, the mental state and the fact. However, that is what I meant in discussing the statement of Creighton on that subject.

When I commented upon the testimony of Crawford I indicated, as by referring to Mr. Kemp's cross-examination of him, that this trial was the first occasion on which Crawford gave his side of what had happened, and I may have mentioned that it is a proposition of common sense to the effect that if he is innocent, why hasn't he said anything about it up until now.

It would be wrong for you to infer that at any time there was any obligation whatsoever on Mr. Crawford to tell the police or anybody else what had happened. Insofar as you may have construed my remarks as indicating that he had an obligation, please disregard those remarks. There is no obligation on any person accused of a crime to make any statement. That is enshrined in the Charter. So bear that in mind, that he was within his rights not to have made any statement, and he was within his rights to remain silent until the trial to give his explanation.

Now, you should not, therefore, draw any adverse inference from Crawford's failure to have given a statement to the police or to have given his evidence hitherto. He had a perfect right to remain silent.

Notwithstanding that right to remain silent, it is not unreasonable for you, as jurors of fact in analyzing the credibility of Crawford, to put to yourself the question such as would be reasonable, and the question might very well be, If Crawford expects me, a juror, to believe that he left after there were a certain number of blows, in which he was unaware that any severe damage had been done to the deceased, and if a short while later, on the street, the other person told him words to the effect he had — I forget what the words were but, according to Crawford he told — Creighton told him that he had killed a man, or words to that effect, I say it is a proposition of sense, and that in that situation one does — one can expect a person whose conduct — a person who is innocent to act in accordance with the way an innocent person would act. You're the jurors and I'll leave that to you.

B. *Ontario Court of Appeal* (1993), 13 O.R. (3d) 130

ministère public qu'il appartient de prouver hors de tout doute raisonnable les éléments de l'infraction, soit l'élément moral et les faits. C'est d'ailleurs ce que je voulais dire quand j'ai parlé de la déclaration de Creighton à ce sujet.

Lorsque j'ai fait des observations concernant le témoignage de Crawford, j'ai indiqué, en renvoyant au contre-interrogatoire de ce dernier par M^e Kemp, que Crawford avait donné sa version des faits pour la première fois au procès, et j'ai mentionné que le bon sens commandait que l'on se demande, pourquoi il a gardé le silence jusqu'à ce jour, s'il était innocent.

Vous auriez tort de conclure que M. Crawford avait, à quelque moment, l'obligation de dire à la police ou à quiconque ce qui s'était passé. Si vous avez interprété mes remarques en ce sens, veuillez ne pas tenir compte de ces remarques. Aucune obligation n'est faite à la personne accusée d'un crime de faire une déclaration. Il s'agit d'un droit reconnu par la Charte. N'oubliez pas qu'il avait le droit de ne pas faire de déclaration et qu'il avait le droit de garder le silence jusqu'au procès, et d'y fournir ses explications.

Dès lors, vous ne devez par conséquent pas tirer de conclusion défavorable du fait que Crawford a omis de faire une déclaration à la police ou de donner sa version des faits avant ce jour. Il avait parfaitement le droit de garder le silence.

Malgré le droit de garder le silence, il n'est pas déraisonnable que, en tant que juges des faits appelés à vous prononcer sur la crédibilité du témoignage de Crawford, vous vous posiez une question tout à fait légitime, et cette question pourrait fort bien être la suivante: si Crawford s'attend à ce que, en tant que juré, je croie qu'il a quitté les lieux après qu'un certain nombre de coups eurent été donnés, sans savoir que des blessures graves avaient été infligées à la victime et si l'autre personne lui a dit peu après dans la rue — je ne me souviens plus des mots exacts, mais selon Crawford il a dit — Creighton lui a dit qu'il avait tué un homme, ou quelque chose d'équivalent, je dis qu'il relève du simple bon sens, en pareille situation, de s'attendre à ce qu'une personne dont la conduite — une personne innocente, agisse comme le ferait tout innocent. Vous êtes les jurés, et je laisse cela à votre jugement.

B. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1993), 13 O.R. (3d) 130

Majority

12

After reviewing the cross-examination of Crawford by Creighton's counsel and the jury charge, Finlayson J.A. (Tarnopolsky J.A. concurring) noted that there was not much difference between what the trial judge said in his initial charge to the jury and what he said in his re-charge. Nonetheless, there was nothing substantially wrong with what the trial judge said in either of his instructions (at p. 137):

What has happened in this case resulted from the inevitable tension between the constitutionally protected rights of two accused who adopted antagonistic defences. There is clearly a conflict between the constitutionally protected right of Crawford to remain silent and the constitutionally protected right of Creighton to full answer and defence. Both protections are contained in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "Charter"). In addition . . . s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, prohibits Crown counsel and the trial judge from commenting on the failure of an accused to testify. It does not so limit counsel for a co-accused.

Where an attack on a co-accused is relevant to his defence, an accused cannot be limited. The remedy is to ask for a trial severance. If it can be shown that the prejudicial effect is great then the trial judge has discretion to sever the trial of the two accused. In this case, there was no request for severance. Furthermore, severance likely would not have been granted merely because of cut-throat defences, since the public has an interest in bringing criminals to justice and severance might have resulted in two unwarranted acquittals.

13

Finlayson J.A. then considered the principles relating to the right to remain silent, and restrictions on counsel in commenting on the failure of a co-accused to testify. Neither the Crown nor the trial judge may comment on an accused's exercise of his right to remain silent, a principle codified in s. 4(6) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985,

Le jugement majoritaire

Après avoir examiné la transcription du contre-interrogatoire de Crawford par l'avocat de Creighton ainsi que l'exposé au jury, le juge Finlayson (avec l'appui du juge Tarnopolsky) a constaté qu'il n'y a pas une grande différence entre ce que le juge du procès a dit dans son exposé initial au jury et ce qu'il a dit dans son exposé supplémentaire. Néanmoins, il n'a relevé rien de substantiellement erroné dans ce qu'a dit le juge du procès dans l'un ou l'autre de ses exposés (à la p. 137):

[TRADUCTION] Dans cette affaire, le litige résulte de l'affrontement inévitable entre les droits constitutionnels de deux accusés qui invoquent des moyens de défense diamétralement opposés. Il y a de toute évidence conflit entre le droit constitutionnel de Crawford de garder le silence et le droit de Creighton à une défense pleine et entière, également garanti par la Constitution. Les deux mesures de protection sont prévues à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la «Charte»). En outre, [. . .] le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, interdit au substitut du procureur général et au juge du procès de faire des commentaires sur l'omission de l'accusé de témoigner. La disposition ne s'applique cependant pas à l'avocat d'un coaccusé.

Aucune limitation ne s'applique à l'accusé lorsqu'une attaque contre un coaccusé est pertinente aux fins de sa propre défense. Le redressement consiste à demander la tenue de procès distincts. Si l'existence d'un préjudice important peut être établie, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la tenue de deux procès distincts. Or, en l'espèce, aucune demande n'a été faite en ce sens. En outre, une telle demande n'aurait vraisemblablement pas été accueillie simplement en raison de défenses traîtresses, puisque le public a un intérêt à ce que les criminels soient traduits en justice, et que des procès distincts auraient pu entraîner deux acquittements injustifiés.

Le juge Finlayson s'est ensuite penché sur les principes relatifs au droit de garder le silence et sur les restrictions imposées aux avocats quant aux commentaires sur l'omission d'un coaccusé de témoigner. Ni le ministère public ni le juge du procès ne peuvent formuler d'observations sur le fait qu'un accusé a exercé son droit de garder le

c. C-5. The situation is different, however, when there are two or more accused, and one sets up, as part of his attack on the credibility of his co-accused, the failure of his co-accused to testify or to give a statement to the police at the earliest opportunity. In *R. v. Naglik* (1991), 65 C.C.C. (3d) 272, the Ontario Court of Appeal held that neither s. 11(c) of the *Charter* nor s. 4(6) of the *Canada Evidence Act* prevented co-accused counsel from commenting on an accused's failure to testify. In that case, Morden A.C.J.O. noted that, unlike the bulk of American case law, in Canada, it is open to a jury to draw an adverse inference from the failure of an accused to testify. Thus (Finlayson J.A., at p. 139):

In exercising his constitutional right to full answer and defence, he is entitled to put his best foot forward, and the court is not entitled to inhibit that defence simply because it involves a tactic prohibited to the Crown.

After a review of English and American case law, Finlayson J.A. then concluded (at pp. 143-44) that:

In my opinion, then, it was open to counsel for Crawford to comment upon the failure of Creighton to testify on his own behalf . . .

The case under appeal is probably the classic confrontation between the conflicting rights of accused persons to a fair trial. The fact of the conflict causes me no unease, and I am not persuaded that either appellant received anything other than a fair trial or that the result of the trial was unsatisfactory.

Dissent

Weiler J.A. agreed that Creighton's counsel was entitled to comment on the fact that Crawford did not make any response to the charges against him until trial. This is part of the co-accused's right to make full answer and defence.

Nonetheless, when the trial judge's charge to the jury concerning Crawford is considered as a

silence, ce principe étant codifié au par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. La situation est toutefois différente lorsqu'il y a deux accusés ou plus et que l'un deux, pour miner la crédibilité d'un autre, invoque l'omission de ce dernier de témoigner ou de faire une déclaration à la police à la première occasion. Dans l'arrêt *R. c. Naglik* (1991), 65 C.C.C. (3d) 272, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que ni l'al. 11c) de la *Charte* ni le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'empêchent l'avocat d'un coaccusé de faire des commentaires sur l'omission d'un accusé de témoigner. Dans cet arrêt, le juge en chef adjoint Morden signale que, contrairement à ce qui ressort de l'ensemble de la jurisprudence américaine, un jury peut, au Canada, tirer une conclusion défavorable du fait qu'un accusé a omis de témoigner. Le juge Finlayson ajoute (à la p. 139):

[TRADUCTION] Dans l'exercice de son droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière, il peut jouer toutes ses cartes, et le tribunal ne peut faire obstacle à ce moyen de défense simplement parce qu'il comporte une tactique interdite au ministère public.

Après l'analyse de la jurisprudence britannique et américaine, il conclut ce qui suit (aux pp. 143 et 144):

[TRADUCTION] Je suis donc d'avis qu'il était loisible à l'avocat de Crawford de faire des commentaires sur l'omission de Creighton de témoigner pour son propre compte . . .

Il s'agit probablement en l'espèce de l'affrontement classique des droits respectifs de chacun des accusés à un procès équitable. L'existence d'un conflit ne me gêne nullement, et je ne suis pas convaincu que l'un ou l'autre des appelants n'a pas eu un procès équitable ou que l'issue du procès était insatisfaisante.

La dissidence

Le juge Weiler a reconnu à l'avocat que Creighton avait, dans le cadre du droit du coaccusé à une défense pleine et entière, le droit de faire des commentaires sur le fait que Crawford a attendu le procès pour fournir des explications en réponse aux accusations qui pesaient contre lui.

Néanmoins, si on le considère globalement, l'exposé au jury concernant Crawford viole le droit

whole, it infringes his right to remain silent up until trial. In the charge to the jury, the trial judge should have balanced:

- (a) the co-accused's right to make full answer and defence, in attacking the credibility of Crawford's evidence, with
- (b) instructions as to Crawford's right to remain silent.

A balanced charge would have been as follows (at p. 145):

- (a) Crawford had a constitutionally guaranteed right to remain silent and had an absolute right to exercise that right.
- (b) The jury could not draw an inference of consciousness of guilt as a result of Crawford's choice to exercise that right.
- (c) Creighton had the right to make full answer and defence and was entitled to attack the credibility of Crawford's evidence.
- (d) When assessing the *credibility* of Crawford's evidence the jury could consider, as one factor, that Crawford did not make a statement prior to trial, but they could not consider the exercise of his right to remain silent for any other purpose. Specifically, they could not use the fact that Crawford exercised his right to remain silent as positive evidence of his guilt. [Emphasis in original.]

Instead, the trial judge clearly gave instruction on (a), gave contradictory and confusing instructions on (b), and gave no instructions on (c) and (d). One excerpt of the charge implicitly refers to Crawford's exercise of his right to remain silent as one of the circumstances from which the jury could infer guilt combined with other circumstantial evidence.

16

While in his re-charge, the trial judge attempted to correct the impression that Crawford had an obligation to make a statement, the trial judge nevertheless again referred to it as a failure on Crawford's part. This instruction was confusing

de ce dernier de garder le silence jusqu'au procès. Dans son exposé au jury, le juge du procès aurait dû établir un équilibre entre les éléments suivants:

- a) le droit du coaccusé de présenter une défense pleine et entière et d'attaquer la crédibilité du témoignage de Crawford;
- b) les directives concernant le droit de Crawford de garder le silence.

Voici quel aurait dû être l'exposé (à la p. 145):

[TRADUCTION]

- a) Crawford avait le droit constitutionnel de garder le silence et le droit absolu de s'en prévaloir.
- b) Le jury ne pouvait conclure à l'existence de la conscience de culpabilité parce que Crawford avait choisi d'exercer ce droit.
- c) Creighton avait droit à une défense pleine et entière et il pouvait attaquer la crédibilité du témoignage de Crawford.
- d) Pour évaluer la *crédibilité* du témoignage de Crawford, le jury pouvait prendre en considération, comme facteur, le fait que Crawford n'avait fait aucune déclaration avant le procès, mais il ne pouvait tenir compte pour aucune autre fin de l'exercice de son droit de garder le silence. Plus précisément, il ne pouvait utiliser l'exercice de ce droit par Crawford comme une preuve positive de sa culpabilité. [En italique dans l'original.]

Au lieu de cela, le juge du procès a clairement donné des directives sur le point a), il a donné des directives qui étaient contradictoires et créaient de la confusion sur le point b) et il n'a donné aucune directive sur les points c) et d). Un passage de l'exposé renvoie implicitement à l'exercice, par Crawford, de son droit de garder le silence comme s'agissant de l'une des circonstances à partir desquelles le jury pouvait conclure à la culpabilité, de pair avec d'autres éléments de preuve circonstancielle.

Même si, dans son exposé supplémentaire, il a tenté de remédier au fait que ses propos avaient donné l'impression que Crawford était obligé de faire une déclaration, le juge du procès a de nouveau mentionné qu'il s'agissait d'une omission de

and contradictory, but left the clear implication that an innocent person would come forward quickly and proclaim his innocence (at p. 148):

At no time did the trial judge correct his earlier instructions and tell the jury that they were not entitled to consider the fact that the accused had exercised his constitutional right to remain silent as a positive piece of circumstantial evidence in deciding whether the Crown had proven Crawford's guilt beyond a reasonable doubt, nor did he tell them of the limited use to which this evidence could be put, that is, only as a factor in assessing Crawford's credibility

It is trite law that the failure of counsel to object to the recharge, while a factor to consider, does not, alone, excuse error in law on the part of the trial judge. The charge, when read as a whole, was so imbalanced that I am unable to conclude with a reasonable degree of certainty that the jury's verdict would necessarily have been the same in relation to Crawford, and therefore that there has been no substantial wrong or miscarriage of justice.

Weiler J.A. refused to apply the proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

IV. Issues

1. Cross-Examination by Co-Accused: Did the Ontario Court of Appeal err in holding that cross-examination of the appellant Crawford on his failure to give a statement to the police by counsel for the co-accused Creighton and the failure of the trial judge to instruct the jury to disregard that cross-examination on the appellant's pre-trial silence did not violate his pre-trial right to silence protected by s. 7 of the *Charter*?
2. Adequacy of Jury Charge: Did the trial judge err in instructing the jury as to the use it could make of the evidence that the appellant Crawford had not given a statement to the police, in

la part de Crawford. Cette directive créait de la confusion et était contradictoire, mais elle donnait clairement à entendre qu'une personne innocente se serait présentée sans tarder et aurait proclamé son innocence (à la p. 148):

[TRADUCTION] À aucun moment le juge du procès n'a corrigé ses directives initiales et dit au jury qu'il n'avait pas le droit de considérer le fait que l'accusé s'était prévalu de son droit constitutionnel de garder le silence comme un élément positif de preuve circonstancielle aux fins de déterminer si le ministère public avait établi la culpabilité de Crawford hors de tout doute raisonnable. Il ne lui a pas parlé non plus de l'usage limité qui pouvait être fait de cette preuve, c'est-à-dire seulement comme un facteur dans l'appréciation de la crédibilité de Crawford

Il est bien établi en droit que l'omission d'un avocat de s'opposer à l'exposé supplémentaire n'excuse pas à elle seule une erreur de droit commise par le juge du procès, bien qu'il s'agisse d'un facteur à prendre en considération. Vu dans son ensemble, l'exposé comporte tellement de faiblesses que je ne saurais conclure avec une certitude raisonnable que le verdict du jury aurait nécessairement été le même relativement à Crawford et, par conséquent, qu'il n'y a pas eu de tort important ni d'erreur judiciaire grave.

Le juge Weiler a refusé d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

IV. Les questions en litige

1. Contre-interrogatoire par le coaccusé: La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que le contre-interrogatoire, par l'avocat du coaccusé Creighton, de l'appellant Crawford relativement à son omission de faire une déclaration à la police et l'omission du juge du procès de donner au jury la directive de ne pas tenir compte de ce contre-interrogatoire ne violaient pas le droit de l'appellant de garder le silence avant le procès, garanti à l'art. 7 de la *Charte*?
2. Justesse de l'exposé au jury: Le juge du procès a-t-il commis une erreur en donnant au jury des directives quant à l'usage que celui-ci pouvait faire de la preuve que l'appellant Crawford

light of his constitutionally guaranteed right to remain silent?

V. Analysis

17 As the appellant points out, no Canadian court or court in a common law jurisdiction has addressed squarely the issue of the right of one co-accused to comment on or cross-examine another accused on the latter's pre-trial silence. The analysis must therefore proceed on the basis of principle and policy. Involved are the competing assertions of two accused that their respective rights, both of which are protected under s. 7 of the *Charter*, be respected. One accused asserts his right to silence and that its exercise not be used against him to his prejudice, while the other contends that he has the right to make full use of the pre-trial silence of his co-accused in order to make full answer and defence. As well, the prosecution asserts that it is in the interest of effective law enforcement to have a joint trial in respect of charges arising out of a common enterprise and, in particular, in circumstances in which the co-accused are engaging in mutual recriminations.

18 Three plausible solutions for resolution of the competing interests have been put forward in this case:

1. The accused's pre-trial silence trumps the co-accused's right to make use of it in furtherance of his defence. This is the appellant's position.

2. The co-accused's right to make full answer and defence trumps the accused's right to pre-trial silence. This is essentially the approach of the majority of the Court of Appeal.

3. A balance between the rights of the two co-accused must be struck taking into account the interest of the state in joint trials. This is the position of the Crown and of Weiler J.A. in dissent in the Court of Appeal.

n'avait pas fait de déclaration à la police, vu le droit constitutionnel qu'avait ce dernier de garder le silence?

V. Analyse

Comme le fait remarquer l'appelant, aucun tribunal canadien ni aucune juridiction de common law étrangère n'a tranché expressément la question du droit d'un accusé de faire des observations sur le silence observé par un coaccusé avant le procès ou de le contre-interroger à ce sujet. L'analyse doit donc se fonder sur des principes. Deux accusés font valoir que les droits respectifs, opposés en l'occurrence, que leur confère l'art. 7 de la *Charte*, doivent être respectés. L'un d'eux invoque son droit de garder le silence et soutient que l'exercice de ce droit ne saurait être utilisé contre lui à son désavantage, tandis que l'autre prétend avoir le droit, aux fins de présenter une défense pleine et entière, d'invoquer sans restriction le fait que son coaccusé a gardé le silence avant le procès. De plus, la poursuite soutient qu'il est dans l'intérêt de l'application efficace de la loi qu'il y ait un procès conjoint sur des accusations qui découlent d'une entreprise commune et, en particulier, lorsque les coaccusés rejettent le blâme l'un sur l'autre.

Trois solutions possibles sont avancées pour régler ces intérêts opposés:

1. Le droit de l'accusé de garder le silence avant le procès l'emporte sur le droit du coaccusé d'en invoquer l'exercice aux fins de sa défense. Telle est la position de l'appelant.

2. Le droit du coaccusé à une défense pleine et entière l'emporte sur le droit de l'accusé de garder le silence avant le procès. Tel est, pour l'essentiel, le point de vue exprimé par la Cour d'appel à la majorité.

3. Il convient d'établir entre les droits respectifs des deux coaccusés un équilibre qui tienne compte de l'intérêt de l'État dans la tenue de procès conjoints. Telle est la position du ministère public et du juge Weiler, dissidente en Cour d'appel.

A fourth solution would be to sever the trial whenever the conflict occurs, but no one in this appeal advocates such a solution and it would run counter to a uniform stream of authority in this country in favour of joint trials. No application for severance was made at trial and the issue was not raised or commented on in the Court of Appeal.

I turn to consider each of the competing rights and interests in order to determine which of the solutions is appropriate. I conclude that the third option is the solution that best accords with the interests involved and respects the principles of fundamental justice as well as society's interest in effective law enforcement.

The Right to Pre-trial Silence

The right to silence embraces a number of distinct rights which are included in s. 7 of the *Charter* as principles of fundamental justice. Two aspects of the right to silence are pertinent to the discussion of the issues in this appeal, that is, the right to pre-trial silence and silence at trial. The latter is specifically protected in s. 11(c) of the *Charter*. See *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; and others.

It is a corollary of the right to choose to remain silent during the pre-trial investigation that, if exercised, this fact is not to be used against the accused at a subsequent trial on a charge arising out of the investigation and no inference is to be drawn against an accused because he or she exercised the right. See *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293. The same general rationale would apply to trial silence but the matter has been complicated by the specific statutory provision in s. 4(6) of the *Canada Evidence Act* which forbids the trial judge and Crown counsel from commenting

19 Une quatrième voie consisterait à tenir des procès distincts chaque fois qu'un conflit survient. Or, aucune des parties au présent pourvoi ne défend une telle solution, laquelle irait à l'encontre d'un fort courant jurisprudentiel au pays, qui favorise la tenue de procès conjoints. Aucune demande de procès distincts n'a été faite au procès, et la question n'a pas été soulevée ni n'a fait l'objet de remarques devant la Cour d'appel.

20 Après avoir examiné chacun des droits et des intérêts opposés afin de déterminer laquelle des solutions est appropriée en l'espèce, j'arrive à la conclusion que la troisième est la plus compatible avec les intérêts en cause et qu'elle respecte les principes de justice fondamentale et l'intérêt de la société en ce qui concerne l'application efficace de la loi.

Le droit de garder le silence avant le procès

21 Le droit de garder le silence englobe un certain nombre de droits distincts qui sont garantis à l'art. 7 de la *Charte* à titre de principes de justice fondamentale. Deux aspects de ce droit sont pertinents aux fins de l'analyse des questions que soulève le présent pourvoi, soit, le droit de garder le silence avant le procès et le droit de garder le silence au procès. Ce dernier est expressément garanti à l'al. 11c) de la *Charte*. Voir, entre autres, *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451.

22 Le droit de garder le silence pendant l'enquête antérieure au procès a comme corollaire que son exercice ne peut être reproché à l'accusé au procès lorsqu'une accusation est portée à l'issue de l'enquête et qu'il ne faut en tirer aucune conclusion défavorable à l'égard de l'accusé. Voir *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293. Le même principe général s'applique au droit de garder le silence au procès, si ce n'est que le par. 4(6) de la *Loi sur la preuve au Canada* complique les choses en interdisant expressément au juge du procès et au substitut du procureur général de faire des observations con-

on the failure of the accused to testify. This encompasses both comment prejudicial to the accused, as well as a direction that the jury must not draw an unfavourable conclusion from the accused's failure to testify. As a result, as a practical matter in a jury trial, as Martland J. writing for the majority in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, at p. 288, stated, "it is open to a jury to draw an inference from the failure of the accused to testify, and, particularly, in a case in which it is sought to establish an alibi".

23 The above principles were developed in relation to the use that may be made of the accused's silence by the Crown and comment on such silence by the trial judge, and not its use by a co-accused. The main issue in this appeal is whether these principles must be applied in their full vigour when it is a co-accused who seeks to make use of the silence of his co-accused.

24 With respect to silence at trial it has been held by several Courts of Appeal in Canada that a co-accused can comment on the failure of his co-accused to testify. See *R. v. Naglik*, *supra*, reversed on another point, [1993] 3 S.C.R. 122, and *R. v. Cuff* (1989), 49 C.C.C. (3d) 65 (Nfld. C.A.). See also *R. v. Wickham* (1971), 55 Cr. App. R. 199 (C.A.). In *Naglik*, this Court found it unnecessary to deal with the point as a new trial was directed and, in the circumstances, the issue would not arise at the new trial. As pointed out by the Chief Justice, in order to decide the point it may be necessary to consider whether the right to comment and the restriction imposed by s. 4(6) can stand together in so far as the subsection precludes a limiting instruction. L'Heureux-Dubé J., dissenting on other grounds, opined that such a comment is permitted.

25 It has been submitted that to the extent that the above line of authority establishes that the right to silence at trial must give way to the rights of a co-accused and therefore it is not an absolute right, a

cernant l'omission de l'accusé de témoigner. L'interdiction vise aussi bien une observation préjudiciable à l'accusé qu'une directive selon laquelle le jury ne doit pas tirer une conclusion défavorable du fait que l'accusé n'a pas témoigné. Il s'ensuit, en pratique, dans un procès devant jury, comme le juge Martland l'a dit au nom de la majorité dans l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, à la p. 288, qu'«il est loisible aux jurés de tirer une conclusion de l'abstention de l'accusé de témoigner, notamment dans un cas où l'on cherche à établir un alibi».

Ces principes ont été établis à l'égard de l'utilisation que pouvait faire le ministère public de la preuve du silence observé par l'accusé et des observations du juge du procès sur le silence, et non de son utilisation par un coaccusé. La principale question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si ces principes s'appliquent intégralement dans le cas d'un accusé qui souhaite invoquer le silence d'un coaccusé.

Pour ce qui concerne le droit de garder le silence pendant le procès, plusieurs cours d'appel au Canada ont statué qu'un accusé pouvait faire des observations au sujet de l'omission d'un coaccusé de témoigner. Voir *R. c. Naglik*, précité, infirmé sur une autre question par [1993] 3 R.C.S. 122, et *R. c. Cuff* (1989), 49 C.C.C. (3d) 65 (C.A.T.-N.). Voir également *R. c. Wickham* (1971), 55 Cr. App. R. 199 (C.A.). Dans l'arrêt *Naglik*, notre Cour a jugé inutile de se pencher sur la question étant donné que la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée et que, par conséquent, la question ne serait pas soulevée à ce nouveau procès. Comme le signale le Juge en chef, il peut être nécessaire de se demander, pour trancher la question, si le droit de faire des observations et l'interdiction prévue au par. 4(6) peuvent coexister dans la mesure où la disposition empêche toute directive restrictive. Selon le juge L'Heureux-Dubé, dissidente sur d'autres points, de telles observations sont permises.

Comme la jurisprudence susmentionnée reconnaît que le droit de garder le silence au procès doit céder le pas aux droits d'un coaccusé et qu'il ne s'agit donc pas d'un droit absolu, on fait valoir

clear distinction exists between the right of silence at trial and pre-trial silence. Prior to or on arrest, the accused is in a much more vulnerable position against the coercive power of the state. The environment in the police station is different from that of the courtroom where procedural rules protect the accused. In the police station, the accused may not be represented and he may be overwhelmed by the whole experience. The police possess considerably greater power than the accused and there are no disclosure obligations. The police can disclose some or misleading information or no information at all. Evidential use of silence forces the suspect to cooperate with his interrogators without a reciprocal exchange of information and without placing proper limits on the power of the police to demand cooperation. In contrast, in the courtroom, the accused is represented, he knows the case that he has to meet (due to disclosure) and there are rules regarding admissibility of evidence. See McNicol in *Law of Privilege* (1992), at p. 286.

I accept that the distinctions referred to are apt, but nonetheless I am not prepared to accept that, therefore, the right to pre-trial silence is absolute. In *Hebert, supra*, at p. 179, McLachlin J. stated:

[Section 7] guarantees the individual's life, liberty and security of person. But it recognizes that these rights are not absolute. In certain circumstances, the state may properly deprive a person of these interests. But it must do so in conformity with the principles of fundamental justice.

This principle applies, *a fortiori*, when there is a conflict between two rights, both protected by the *Charter*. In *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 877, the Chief Justice in his majority reasons pointed out that "[a] hierarchical approach to rights, which places some over others, must be avoided". In this regard it is significant that, even in the absence of a compet-

qu'il existe une nette distinction entre le droit de garder le silence au procès et le droit de garder le silence avant le procès. Lors de l'arrestation, ou avant celle-ci, l'accusé est beaucoup plus vulnérable face au pouvoir de contrainte de l'État. L'ambiance d'un poste de police diffère de celle d'une salle d'audience où des règles de procédure protègent l'accusé. Au poste de police, l'accusé peut ne pas être représenté et peut se sentir dépassé par les événements. Les pouvoirs de la police excèdent de beaucoup ceux de l'accusé et les policiers n'ont aucune obligation de communiquer les éléments de preuve dont ils disposent. La police peut dévoiler certains renseignements, des renseignements trompeurs, ou n'en dévoiler aucun. Le fait que l'on puisse invoquer le silence comme élément de preuve oblige le suspect à collaborer avec les personnes qui l'interrogent sans qu'il y ait échange de renseignements et sans que soient imposées des limites raisonnables au pouvoir de la police d'exiger la collaboration. À l'opposé, dans la salle d'audience, l'accusé est représenté, il est au courant des éléments de preuve qui l'accablent (en raison de la communication de la preuve) et il existe des règles régissant la recevabilité de la preuve. Voir McNicol dans *Law of Privilege* (1992), à la p. 286.

Je reconnais que ces distinctions sont valables, mais néanmoins, je ne suis pas disposé à reconnaître que, par conséquent, le droit de garder le silence avant le procès est absolu. Voici ce que dit le juge McLachlin dans l'arrêt *Hebert*, précité, à la p. 179:

L'article 7 garantit le droit de l'individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Mais il reconnaît que ces droits ne sont pas absolus. Dans certaines circonstances, l'État peut à juste titre priver une personne de ces droits. Mais cela doit se faire en conformité avec les principes de justice fondamentale

Ce principe est d'autant plus applicable lorsque deux droits, tous deux garantis par la *Charte*, s'opposent. Dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 877, le Juge en chef dit, au nom de la majorité, qu'«[i]l faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits». Il est significatif, à cet égard, que

ing *Charter* right, the right to pre-trial silence is not absolute. Accordingly, failure to make a timely disclosure of an alibi defence can be used by the Crown to attack the credibility of this defence. See *Chambers, supra, per Cory J.*, at p. 1319.

The Right to Full Answer and Defence

27 There is no doubt about the right of co-accused persons to cross-examine each other in making full answer and defence. See *R. v. McLaughlin* (1974), 2 O.R. (2d) 514 (C.A.), and *R. v. Ma, Ho and Lai* (1978), 44 C.C.C. (2d) 537 (B.C.C.A.). Moreover, restrictions that apply to the Crown may not apply to restrict this right of the co-accused. As pointedly observed by D. W. Elliott, "Cut Throat Tactics: The Freedom of an Accused to Prejudice a Co-Accused", [1991] *Crim. L. Rev.* 5, at p. 17, "[t]he notion of the Crown having one hand tied behind its back is familiar and accepted, but not the notion of a person standing trial being in that position". See also *R. v. Jackson* (1991), 68 C.C.C. (3d) 385 (affirmed on other grounds, [1993] 4 S.C.R. 573), at p. 434, *per Doherty J.A.* Accordingly, a co-accused may adduce evidence of or cross-examine on the disposition or propensity of a co-accused to commit the offence even though the co-accused has not put his character in issue, and may cross-examine a co-accused on a statement the voluntariness of which has not been established. See *R. v. Kendall and McKay* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105 (Ont. C.A.); *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85 (P.C.); *R. v. Pelletier* (1986), 29 C.C.C. (3d) 533; *R. v. Jackson, supra*. Exclusionary rules based on a policy of fairness to the accused would preclude the Crown resorting to this kind of evidence.

28 The right to make full answer and defence is protected under s. 7 of the *Charter*. As stated in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 336:

This common law right has acquired new vigour by virtue of its inclusion in s. 7 of the *Canadian Charter of*

même en l'absence d'un droit opposé garanti par la *Charte*, le droit de garder le silence avant le procès n'est pas absolu. Par conséquent, l'omission de révéler en temps utile un moyen de défense d'alibi peut être invoquée par le ministère public pour miner la crédibilité de ce moyen de défense. Voir *Chambers, précité*, le juge Cory, à la p. 1319.

Le droit à une défense pleine et entière

Le droit d'un accusé de contre-interroger un coaccusé aux fins de présenter une défense pleine et entière ne fait aucun doute. Voir *R. c. McLaughlin* (1974), 2 O.R. (2d) 514 (C.A.), et *R. c. Ma, Ho and Lai* (1978), 44 C.C.C. (2d) 537 (C.A.C.-B.). De plus, des restrictions applicables au ministère public peuvent ne pas avoir pour effet de limiter ce droit de l'accusé. Comme le dit avec à-propos D. W. Elliott dans «Cut Throat Tactics: The Freedom of an Accused to Prejudice a Co-Accused», [1991] *Crim. L. Rev.* 5, à la p. 17, [TRA-DUCTION] «[l]'idée que le ministère public a une main attachée derrière le dos est familière et acceptée, mais pas celle qu'il en soit de même pour la personne qui subit son procès». Voir également *R. c. Jackson* (1991), 68 C.C.C. (3d) 385 (confirmé pour d'autres motifs par [1993] 4 R.C.S. 573), à la p. 434, le juge Doherty. Un accusé peut donc présenter des éléments de preuve ou procéder à un contre-interrogatoire concernant la propension d'un coaccusé à commettre l'infraction, même s'il n'a pas mis sa moralité en cause, et il peut contre-interroger un coaccusé relativement à une déclaration dont le caractère volontaire n'a pas été établi. Voir *R. c. Kendall and McKay* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105 (C.A. Ont.); *Lowery c. The Queen*, [1974] A.C. 85 (C.P.); *R. c. Pelletier* (1986), 29 C.C.C. (3d) 533; *R. c. Jackson, précité*. Les règles d'exclusion fondées sur un principe d'équité envers l'accusé empêchent le ministère public de recourir à ce genre de preuve.

Le droit de présenter une défense pleine et entière est garanti à l'art. 7 de la *Charte*. Voici ce que dit l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, à la p. 336:

Ce droit reconnu par la common law a acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion parmi les prin-

Rights and Freedoms as one of the principles of fundamental justice. . . . The right to make full answer and defence is one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted.

This right extends to prevent incursions on its exercise not only by the Crown but by the co-accused. As observed by Goodman J.A. in *Kendall, supra*, at p. 127:

Having been obliged to participate in a joint trial, Kendall was nevertheless entitled to make full answer and defence in accordance with the principles of fundamental justice: see *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7, and the *Criminal Code* of Canada, s. 577(3). The law is clear that if Kendall had been tried alone he would have been entitled to call Dakin's evidence to show that it was probable that McKay had committed the crime. His right to call that evidence cannot be denied simply because he was obliged to participate in a joint trial.

The right to full answer and defence, as is the case with other *Charter* rights, is not absolute. It must be applied and be subject to other rules that govern the conduct of a criminal trial. As I stated in *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, at p. 1515:

The right to full answer and defence does not imply that an accused can have, under the rubric of the *Charter*, an overhaul of the whole law of evidence such that a statement inadmissible under, for instance, the hearsay exclusion, would be admissible if it tended to prove his or her innocence.

When the right is asserted by accused persons in a joint trial, regard must be had for the effect of the public interest in joint trials with respect to charges arising out of a common enterprise. Can this interest in joint trials prevail against the assertion of one accused to make full answer and defence while at the same time protecting another accused against the blows to his or her right to pre-trial silence that the exercise of the right to make full answer and defence entails? In order to resolve this question it is necessary to examine the principles relating to joint trials and severance.

cipes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [. . .] Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables.

L'application de ce droit englobe l'interdiction qui est faite non seulement au ministère public, mais également à un coaccusé, d'en entraver l'exercice. Le juge Goodman signale ce qui suit dans l'arrêt *Kendall*, précité, à la p. 127:

[TRADUCTION] Ayant été contraint de subir un procès conjoint, Kendall avait néanmoins droit à une défense pleine et entière conformément aux principes de justice fondamentale: voir l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et le par. 577(3) du *Code criminel* du Canada. Il ressort clairement de la loi que si Kendall avait fait l'objet d'une poursuite individuelle, il aurait pu appeler Dakin à la barre pour établir qu'il était probable que McKay avait commis le crime. Son droit de présenter ce témoignage ne peut être écarté simplement parce qu'il a été contraint de subir un procès conjoint.

À l'instar d'autres droits garantis par la *Charte*, le droit à une défense pleine et entière n'est pas absolu. Il doit être appliqué en fonction d'autres règles qui régissent la tenue d'un procès criminel. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, à la p. 1515:

Le droit à une défense pleine et entière ne signifie pas qu'un accusé peut obtenir, en vertu de la *Charte*, une révision de l'ensemble du droit de la preuve qui aille jusqu'à rendre admissible une affirmation qui ne le serait pas, par exemple, en vertu des règles du ouï-dire, parce qu'elle tend à prouver son innocence.

Lorsque des accusés font valoir ce droit dans le cadre d'un procès conjoint, il faut tenir compte de l'intérêt public afférent à la tenue de procès conjoints dans le cas d'accusations qui découlent d'une entreprise commune. Cet intérêt peut-il l'emporter sur l'exercice, par un accusé, de son droit à une défense pleine et entière tout en protégeant, en même temps, un autre accusé contre les atteintes à son droit de garder le silence avant le procès qui résulteraient de l'exercice du droit à une défense pleine et entière? Il faut, pour trancher la question, examiner les principes applicables aux procès conjoints et aux procès distincts.

Joint Trials and Severance

29 In *Kendall, supra*, Goodman J.A., after concluding that the exclusion of evidence as to disposition of the co-accused violated the appellant's right to make full answer and defence, went on to deal with the question of severance. At page 127, after the passage quoted above, he stated:

It is no doubt true that the evidence of Dakin would have been highly prejudicial to McKay. . . . It may be that if the evidence had been admitted that McKay could have complained that it was highly prejudicial to him and could not have been introduced against him by the prosecution if he had been tried alone. He may then have applied for a separate trial on the ground that the admission of such evidence on the joint trial might cause a miscarriage of justice in so far as he was concerned.

30 There exist, however, strong policy reasons for accused persons charged with offences arising out of the same event or series of events to be tried jointly. The policy reasons apply with equal or greater force when each accused blames the other or others, a situation which is graphically labelled a "cut-throat defence". Separate trials in these situations create a risk of inconsistent verdicts. The policy against separate trials is summarized by Elliott, *supra*, at p. 17, as follows:

There is a dilemma here which could only be avoided by separate trials. But separate trials will not be countenanced because, quite apart from the extra cost and delay involved, it is undeniable that the full truth about an incident is much more likely to emerge if every alleged participant gives his account on one occasion. If each alleged participant is tried separately, there are obvious and severe difficulties in arranging for this to happen without granting one of them immunity. In view of this, in all but exceptional cases, joint trial will be resorted to, despite the double bind inevitably involved.

31 Although the trial judge has a discretion to order separate trials, that discretion must be exercised on the basis of principles of law which include the instruction that severance is not to be ordered

La tenue de procès conjoints ou distincts

Dans *Kendall*, précité, après avoir conclu que l'exclusion de la preuve concernant la propension du coaccusé violait le droit de l'appelant à une défense pleine et entière, le juge Goodman a abordé la question des procès distincts. Après l'extrait cité précédemment, il dit ce qui suit à la p. 127:

[TRADUCTION] Nul doute que le témoignage de Dakin aurait été grandement préjudiciable à McKay [. . .]. On peut penser que si le témoignage avait été jugé recevable, McKay aurait pu s'élever contre le fait que ce témoignage nuisait considérablement à sa cause et prétendre qu'il n'aurait pu être présenté par la poursuite s'il avait subi son procès séparément. Il aurait pu alors demander la tenue d'un procès distinct pour le motif que l'admission de ce témoignage au procès conjoint risquait de l'exposer à une erreur judiciaire.

Il existe cependant de solides raisons de principe pour que les personnes accusées d'infractions qui découlent d'un même événement ou d'une même suite d'événements subissent leur procès conjointement. Ces raisons valent autant sinon plus lorsque chacun des coaccusés rejette le blâme sur l'autre, situation qualifiée de «défense traîtresse». La tenue de procès distincts en pareil cas fait courir le risque de verdicts contradictoires. Elliott, *loc. cit.*, résume, à la p. 17, les principes qui militent contre la tenue de procès distincts:

[TRADUCTION] La situation pose un dilemme qui ne pourrait être évité que par la tenue de procès distincts. Or, des procès distincts ne seront pas préconisés, car outre les frais supplémentaires et les délais qu'ils supposent, il est indéniable que toute la vérité sur un événement est beaucoup plus susceptible d'être dévoilée si chacun des prétendus participants donne sa version des faits à une même occasion. Si ces derniers étaient poursuivis séparément, il serait manifestement très difficile d'obtenir le même résultat sans accorder l'immunité à l'un d'eux. Partant, sauf dans les cas exceptionnels, un procès conjoint aura lieu malgré l'impasse qui en découle nécessairement.

Même si le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la tenue de procès distincts, il doit exercer ce pouvoir en tenant compte de principes juridiques, y compris celui voulant que la

unless it is established that a joint trial will work an injustice to the accused. The mere fact that a co-accused is waging a "cut-throat" defence is not in itself sufficient. In *Pelletier, supra*, a co-accused was permitted to cross-examine another accused on a statement to the police that had not been proved to be voluntary. On appeal of his conviction he contended that if he had been tried separately the cross-examination would not have been permitted. On this basis he claimed that the trials should have been severed. In dismissing this ground, Hinkson J.A., on behalf of the court, stated, at p. 539:

On this point it is necessary to keep in mind that the trial judge has a discretion as to whether or not he will grant a severance. The general rule of severance is that persons engaged in a common enterprise should be jointly tried unless it can be demonstrated that a joint trial would work an injustice to a particular accused: *R. v. Black and six others*, [1970] 4 C.C.C. 251 at pp. 267-8, 10 C.R.N.S. 17 at pp. 35-6, 72 W.W.R. 407. In this case, the trial judge was not persuaded that it was appropriate to grant a severance. I do not conclude that he erred in the exercise of his discretion.

As I pointed out above, neither party to this appeal contended that the solution to the problem is to order separate trials whenever the full exercise of the right to make full answer and defence by one accused appears to collide with the protections ordinarily accorded to an accused when facing the Crown alone. This position is consistent with both principle and policy as outlined above. The general rule, therefore, is that the respective rights of the co-accused must be resolved on the basis that the trial will be a joint trial. This does not mean, however, that the trial judge has been stripped of his discretion to sever. That discretion remains and can be exercised if it appears that the attempt to reconcile the respective rights of the co-accused results in an injustice to one of the accused.

tendue de procès distincts ne soit ordonnée que s'il est établi qu'un procès conjoint causerait une injustice à l'accusé. Le seul fait qu'un coaccusé a recours à une défense «traîtresse» n'est pas suffisant en soi. Dans l'arrêt *Pelletier*, précité, on a autorisé un accusé à contre-interroger un coaccusé relativement à la déclaration qu'il avait faite à la police et dont le caractère volontaire n'avait pas été établi. En appel de sa déclaration de culpabilité, il a soutenu que, s'il avait été poursuivi séparément, le contre-interrogatoire n'aurait pas été autorisé. Il a donc fait valoir que la tenue de procès distincts aurait dû être ordonnée. En rejetant ce moyen, le juge Hinkson dit ce qui suit au nom de la cour, à la p. 539:

[TRADUCTION] Il faut se rappeler, à cet égard, que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de faire droit ou non à une demande de procès distincts. La règle générale en la matière veut que les personnes qui ont pris part à une entreprise commune soient jugées conjointement, sauf si l'on peut démontrer qu'un procès conjoint causerait une injustice à l'une d'elles: *R. c. Black and six others*, [1970] 4 C.C.C. 251, aux pp. 267 et 268, 10 C.R.N.S. 17, aux pp. 35 et 36, 72 W.W.R. 407. En l'espèce, le juge du procès n'était pas convaincu qu'il était opportun d'ordonner la tenue de procès distincts. Je ne conclus pas qu'il a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Comme je l'ai mentionné précédemment, aucune des parties au présent pourvoi ne prétend que la solution du problème réside dans la tenue de procès distincts chaque fois que le plein exercice du droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière paraît entrer en conflit avec les garanties dont bénéficie habituellement un accusé qui fait face seul au ministère public. Cette position est compatible avec les principes énoncés précédemment. La règle générale veut donc que la question des droits respectifs des coaccusés soit réglée sur la base que le procès sera conjoint. Cela ne signifie cependant pas que le juge du procès est dépouillé de son pouvoir discrétionnaire d'ordonner la tenue de procès distincts. Il demeure investi de ce pouvoir et peut l'exercer s'il appert que les efforts visant à concilier les droits respectifs des coaccusés causent une injustice à l'un de ceux-ci.

Resolving Competing Charter Rights

- 33 The proper approach to the problem created by a conflict in the protected rights of individuals was outlined by the Chief Justice in *Dagenais, supra*. After stressing that *Charter* rights are of equal value, he continued as follows, at p. 877:

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.

- 34 I have gone to some length to stress that *Charter* rights are not absolute in the sense that they cannot be applied to their full extent regardless of the context. Application of *Charter* values must take into account other interests and in particular other *Charter* values which may conflict with their unrestricted and literal enforcement. This approach to *Charter* values is especially apt in this case in that the conflicting rights are protected under the same section of the *Charter*.

- 35 Applying the foregoing to the question posed at the commencement of this analysis, the appropriate choice of the three solutions is readily apparent. The first option would allow the right to silence to trump the right to full answer and defence. This would apply one right fully in complete disregard of another equal right. Similarly, the second option would allow the right to full answer and defence to trump the right to silence. This again is counter to the approach which was approved in *Dagenais, supra*, in that it applies one right in absolute terms to the detriment of another equal right. The third solution which strikes a balance between the two is the correct approach. It remains to determine how the two rights can be reconciled in order to give the fullest respect possible to the *Charter* values which underpin these rights.

- 36 An accused who testifies against a co-accused must accept that his credibility can be fully

La conciliation de droits opposés garantis par la Charte

La méthode qu'il convient d'appliquer pour résoudre le problème que pose le conflit entre les droits constitutionnels de plusieurs personnes est exposée par le Juge en chef dans l'arrêt *Dagenais*, précité. Après avoir précisé que les droits reconnus dans la *Charte* ont une valeur égale, il ajoute à la p. 877:

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.

J'ai expliqué assez longuement que les droits garantis par la *Charte* ne sont pas absolus en ce sens qu'ils ne peuvent être appliqués dans toute leur étendue sans tenir compte du contexte. Le respect des valeurs qui sous-tendent la *Charte* doit prendre en considération d'autres intérêts et, en particulier, d'autres valeurs de la *Charte* qui peuvent être incompatibles avec le respect intégral des premières. Cette démarche est particulièrement valable en l'espèce, les droits conflictuels étant garantis par la même disposition de la *Charte*.

L'application de ces principes à la question posée au début de la présente analyse montre qu'une des trois solutions proposées s'impose d'emblée. La première ferait en sorte que le droit de garder le silence prévale sur le droit à une défense pleine et entière. Un droit serait respecté intégralement au mépris total d'un autre d'égale valeur. De même, la deuxième ferait en sorte que le droit à une défense pleine et entière prime sur le droit de garder le silence. À nouveau, cela serait contraire au raisonnement tenu dans l'arrêt *Dagenais*, précité, en ce qu'un droit serait appliqué de manière absolue au détriment d'un autre de rang égal. La troisième, qui établit un équilibre entre les deux droits en cause, est la bonne. Il reste à déterminer comment les deux droits peuvent être conciliés de façon à respecter le plus possible les valeurs qui sous-tendent ces droits garantis par la *Charte*.

L'accusé qui témoigne contre un coaccusé doit accepter que ce dernier puisse s'en prendre à la

attacked by the latter. In *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, at pp. 635-36, the Chief Justice stated:

An accused has the right to remain silent during his or her trial. However, if an accused chooses to take the stand, that accused is implicitly vouching for his or her credibility. Such an accused, like any other witness, has therefore opened the door to having the trustworthiness of his/her evidence challenged.

The accused who has incriminated a co-accused by his testimony cannot therefore rely on the right to silence to deprive the accused who is implicated by his testimony of the right to challenge that testimony by a full attack on the credibility of the former including reference to his pre-trial silence. This enables the co-accused to dispel the evidence which implicates him emanating from his co-accused. He cannot, however, go further and ask the trier of fact to consider the evidence of his co-accused's silence as positive evidence of guilt on which the Crown can rely to convict. This is not essential to enable him to defend himself against the imputations of his co-accused and would constitute an unwarranted intrusion on the right to silence of his co-accused.

The limited use to which the evidence can be put must of course be explained to the jury with some care. The distinction between the use of evidence limited to credibility and evidence that can be used to infer guilt is well understood by lawyers but may not be easily understood by a jury. It has been criticized as being artificial. See *R. v. Gilbert* (1977), 66 Cr. App. R. 237 (C.A.). While I recognize that the distinction is a subtle one, it is nonetheless a distinction that is firmly rooted in our law and is one that can be adequately explained to a jury. The distinction was recently re-affirmed by this Court in *Kuldip*, *supra*. At p. 635, the Chief Justice stated:

This seems an appropriate time at which to mention that I share Martin J.A.'s concern that it is sometimes difficult to draw a clear line between cross-examination on the accused's prior testimony for the purpose of incriminating him and such cross-examination for the purpose of impeaching his credibility. A trial judge will

crédibilité de son témoignage. Dans l'arrêt *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, le Juge en chef dit, aux pp. 635 et 636:

Un accusé a le droit de garder le silence pendant son procès. Toutefois, si l'accusé choisit de témoigner, c'est qu'il se porte implicitement garant de sa crédibilité. Cet accusé, tout comme n'importe quel autre témoin, ouvre donc la porte aux attaques contre la fiabilité de son témoignage.

L'accusé qui, par son témoignage, incrimine un coaccusé ne peut donc s'appuyer sur son droit de garder le silence pour priver ce dernier du droit de contester son témoignage par une attaque systématique contre sa crédibilité, notamment en faisant état de son silence avant le procès. Ainsi, le coaccusé peut contrer la preuve incriminante qui émane de son coaccusé. Il ne peut cependant aller plus loin et demander au juge des faits de considérer le silence de son coaccusé comme une preuve positive de culpabilité sur laquelle le ministère public pourrait se fonder pour obtenir une déclaration de culpabilité. Cela n'est pas essentiel pour lui permettre de se défendre face aux imputations de son coaccusé et constituerait un empiétement injustifié sur le droit de ce dernier de garder le silence.

Les restrictions qui s'appliquent à l'utilisation de cette preuve doivent évidemment être expliquées au jury avec un certain soin. La différence entre l'utilisation d'une preuve à la seule fin de miner la crédibilité et son utilisation dans le but de conclure à la culpabilité est bien connue des avocats, mais pas nécessairement des membres d'un jury. D'aucuns soutiennent que cette distinction est artificielle. Voir *R. c. Gilbert* (1977), 66 Cr. App. R. 237 (C.A.). Même si je reconnais que la distinction est subtile, elle est néanmoins solidement enracinée dans notre droit et elle peut être correctement expliquée aux membres d'un jury. La nuance a d'ailleurs été confirmée récemment par notre Cour dans l'arrêt *Kuldip*, précité. Le Juge en chef dit ce qui suit à la p. 635:

Le moment me semble opportun pour souligner que je partage la préoccupation du juge Martin: il est parfois difficile de faire la distinction entre un contre-interrogatoire portant sur le témoignage antérieur de l'accusé en vue de l'incriminer et le même genre de contre-interrogatoire en vue d'attaquer sa crédibilité. Le juge du pro-

have to be very clear in his or her instructions to the jury when setting out the uses to which previous testimony can be put and the uses to which such testimony must not be put. While such a distinction may be somewhat troublesome to the jury, it is my view that with the benefit of clear instructions from the trial judge the jury will not be unduly burdened with this distinction. These instructions should, in many ways, be reminiscent of those which are routinely given with respect to the use to which an accused's criminal record may be put. A trial necessarily involves evidentiary questions which are sometimes complex in nature. While simplicity in these manners is generally preferable to complexity, the policy reasons underlying the need for a jury to have before it all the relevant information related to the charge (discussed by this Court in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670) clearly outweigh the benefits of simplicity in these circumstances.

It is also a distinction that is made with respect to the alibi defence in respect of which the accused's failure to make timely disclosure may be used to attack credibility. See *Chambers, supra*.

38

A proper balance with respect to the competing rights in issue can be achieved if the trial judge when sitting alone carefully applies the distinction to which I refer above. The evidence of pre-trial silence is not to be used as positive evidence to infer the guilt of the accused either as tending to show consciousness of guilt or otherwise. In a trial before a jury the trial judge must explain the respective rights involved, how they are to approach the use of the evidence of silence and its limited purpose. In her dissenting reasons, Weiler J.A. has suggested four points that the charge should contain. The Crown in its argument and factum suggests a fifth. With the benefit of these suggestions and the submissions of counsel, I propose the following as a guideline that trial judges should follow in these circumstances. The jury should be told:

1. that the co-accused who has testified against the accused had the right to pre-trial silence and

cès devra donner des directives très claires au jury au moment de décrire ce que ce dernier peut faire et ce qu'il ne doit pas faire d'un témoignage antérieur. Bien que cette distinction puisse être quelque peu difficile pour le jury, j'estime que, si le juge du procès lui présente des directives claires et nettes, le jury ne devrait pas être trop embarrassé. À bien des égards, ces directives devraient ressembler à celles que l'on donne habituellement au sujet du traitement du casier judiciaire d'un accusé. Un procès soulève nécessairement des questions de preuve qui sont parfois de nature complexe. Même si, dans ces cas, la simplicité est généralement préférable à la complexité, les principes pour lesquels il est impératif que le jury dispose de tous les renseignements pertinents relatifs à l'accusation (que la Cour a analysés dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670) ont nettement plus de poids que les avantages qu'offre la simplicité en pareille situation.

La distinction vaut également à l'égard de la défense d'alibi lorsque l'omission par l'accusé de divulguer ce moyen de défense en temps opportun peut être invoquée pour miner la crédibilité. Voir *Chambers*, précité.

Un équilibre approprié peut être établi entre les droits opposés en cause si le juge du procès, siégeant seul, applique avec soin la distinction susmentionnée. La preuve que l'accusé a gardé le silence avant le procès ne doit pas être utilisée comme une preuve qui permet de conclure à la culpabilité de l'accusé parce qu'elle tend à démontrer, notamment, l'existence de la conscience de culpabilité. Dans un procès devant jury, le juge doit expliquer les droits respectifs en cause, la façon dont les membres du jury doivent envisager l'utilisation de la preuve relative au silence et la portée limitée de cette preuve. Dans ses motifs de dissidence, le juge Weiler a proposé un exposé en quatre points. Dans sa plaidoirie et son mémoire, le ministère public en propose un cinquième. Fort de ces recommandations et des observations formulées par les avocats, je propose ce qui suit à titre de lignes directrices que tout juge qui préside un procès devrait suivre en pareilles circonstances. Voici ce qu'il faudrait dire au jury:

1. le coaccusé qui a témoigné contre l'accusé avait le droit de garder le silence avant le procès et

not to have the exercise of that right used as evidence as to innocence or guilt;

2. that the accused implicated by the evidence of the co-accused has the right to make full answer and defence including the right to attack the credibility of the co-accused;

3. that the accused implicated by the evidence of the co-accused had the right, therefore, to attack the credibility of the co-accused by reference to the latter's failure to disclose the evidence to the investigating authorities;

4. that this evidence is not to be used as positive evidence on the issue of innocence or guilt to draw an inference of consciousness of guilt or otherwise;

5. that the evidence could be used as one factor in determining whether the evidence of the co-accused is to be believed. The failure to make a statement prior to trial may reflect on the credibility of the accused or it may be due to other factors such as the effect of a caution or the advice of counsel. If the jury concluded that such failure was due to a factor that did not reflect on the credibility of the accused, then it must not be given any weight.

Application to this Appeal

There is no question in this appeal that Creighton's right of full answer and defence was respected and he was given full right of cross-examination on the appellant's pre-trial silence. The issue is whether the use of the appellant's pre-trial silence violated his *Charter* rights. There was nothing in the manner or form of the cross-examination that amounted to an improper use of this evidence. Ordinarily, the extent of the use to be made of the answers obtained in cross-examination will not be apparent from the questions and answers themselves and any limitations on such use must be imposed in the instructions to the jury. For the reasons which I have expressed above, I decline to accede to the appellant's submission that counsel for the accused, Creighton, should not have been

l'exercice de ce droit ne pouvait pas être utilisé comme preuve de son innocence ou de sa culpabilité;

2. l'accusé incriminé par le témoignage du coaccusé a le droit de présenter une défense pleine et entière, y compris le droit d'attaquer la crédibilité du coaccusé;

3. l'accusé incriminé par le témoignage du coaccusé avait donc le droit d'attaquer la crédibilité du coaccusé en faisant état de l'omission de ce dernier de divulguer la preuve aux enquêteurs;

4. cette preuve ne peut être utilisée comme preuve positive quant à la question d'innocence ou de culpabilité pour conclure, notamment, à l'existence de la conscience de culpabilité;

5. la preuve pourrait être utilisée comme un facteur aux fins de déterminer si le témoignage du coaccusé est crédible. L'omission de faire une déclaration avant le procès peut entacher la crédibilité de l'accusé, ou elle peut être imputée à d'autres facteurs, comme l'effet d'une mise en garde ou les conseils d'un avocat. Si le jury est d'avis que l'omission est due à un facteur qui n'entache pas la crédibilité de l'accusé, il ne doit pas en tenir compte.

Application au présent pourvoi

Il ne fait aucun doute en l'espèce que Creighton a eu droit à une défense pleine et entière et qu'on lui a accordé le droit de contre-interroger l'appellant relativement au silence qu'il a gardé avant le procès. La question en litige est de savoir si l'utilisation faite de ce silence a violé les droits de l'appellant garantis par la *Charte*. Rien dans les modalités ou le déroulement du contre-interrogatoire ne permet de conclure que cet élément de preuve a été utilisé de façon inappropriée. D'ordinaire, l'importance de l'utilisation qui sera faite des réponses obtenues en contre-interrogatoire ne ressort pas des questions et des réponses elles-mêmes, et toute restriction concernant cette utilisation doit être imposée dans les directives au jury. Pour les motifs exposés précédemment, je refuse de faire droit à la

allowed to cross-examine on the appellant's silence or that the jury should have been instructed to disregard this evidence. Accordingly, if the charge to the jury had contained proper instructions limiting the use of the evidence to credibility, then the appeal would have failed. The Crown concedes that the charge does not entirely follow the model which it proposes but submits that it is not so far removed from it that it constitutes a substantial wrong or miscarriage of justice. I agree with Weiler J.A. and for the reasons that she gives that the charge and re-charge contain serious misdirections. The jury were clearly invited to consider the evidence of pre-trial silence on the issue of innocence or guilt and as consciousness of guilt. The references to the right to remain silent did not mitigate this misdirection. The re-charge was not substantially different.

prétention de l'appelant voulant que l'avocat de l'accusé Creighton n'aurait pas dû être autorisé à le contre-interroger sur son silence ou que le juge du procès aurait dû donner comme directive au jury d'exclure cette preuve. Par conséquent, si l'exposé au jury avait renfermé des directives appropriées selon lesquelles cette preuve ne pouvait avoir une incidence que sur la crédibilité, le pourvoi aurait échoué. Le ministère public reconnaît que l'exposé n'est pas tout à fait conforme au modèle qu'il propose, mais il fait valoir qu'il ne s'en écarte pas au point d'entraîner un tort important ou une erreur judiciaire grave. Je suis d'accord avec le juge Weiler et avec ses motifs selon lesquels l'exposé initial et l'exposé supplémentaire renfermaient des directives gravement erronées. Le jury a été clairement invité à tenir compte de la preuve du silence gardé avant le procès pour se prononcer sur l'innocence ou la culpabilité de même qu'à le considérer comme l'indice de la conscience de culpabilité. Les mentions du droit de garder le silence n'ont pas atténué le caractère erroné de cette directive. L'exposé supplémentaire n'était pas essentiellement différent.

40 It would be difficult to justify the position that the distinction between the use of evidence for the purpose of credibility and as positive evidence of guilt is a meaningful one but that, on the other hand, failure to make it in this case did not have any significant effect on the result. I agree with Weiler J.A. that the Crown has not satisfied its obligation under s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* to show that if a proper direction had been given the verdict would necessarily have been the same.

Il serait difficile de soutenir que la distinction entre l'utilisation d'un élément de preuve pour miner la crédibilité d'un témoignage et pour établir la culpabilité est importante mais que, par ailleurs, l'omission de faire cette distinction en l'espèce n'a pas eu une grande incidence sur l'issue du procès. Je partage l'opinion du juge Weiler que le ministère public ne s'est pas acquitté de son obligation, aux termes du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*, de démontrer que si des directives appropriées avaient été données, le verdict aurait nécessairement été le même.

Disposition

Dispositif

41 The appeal is allowed and a new trial ordered

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

42 MCLACHLIN J. — I agree that the appeal must be allowed and a new trial ordered, but for different reasons than Justice Sopinka.

LE JUGE MCLACHLIN — Je suis d'accord pour dire que le pourvoi doit être accueilli et que la tenue d'un nouveau procès doit être ordonnée,

In my view, the dilemma ably described by my colleague is best dealt with by exclusion of evidence that a co-accused failed to give his version to the authorities at an early date. The co-accused has a constitutional right to silence. He therefore cannot be faulted for not giving his version to the police. If the right to silence is to be meaningful, no adverse inferences can be drawn from his failure to do so, either as to guilt or credibility. Pre-trial silence is either a right or it is not a right. If it is a right, the trier of fact should not be permitted to draw adverse inferences from its exercise. If adverse inferences are permitted, then the right to silence is effectively lost, for no accused who wishes to preserve the possibility of putting his story forth at trial can afford to exercise it. The right to silence, if it means anything, must mean that a suspect has the right to refuse to talk to the police and not be penalized for it. Further, since the accused has been informed by the police of the right not to speak, his exercise of it cannot logically found an inference as to his credibility when he later testifies. On this I agree with the unanimous decision of the High Court of Australia: "the fact of insistence on the right [to remain silent] in the face of questioning does not, of itself and standing alone, have any probative force at all against an accused" (*Bruce v. The Queen* (1987), 61 Aust. L.J. Rep. 603, at p. 604). See also David M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), at pp. 554-56.

The same considerations govern the contention of the other accused in a joint trial, that he should be allowed to cross-examine on the failure of his co-accused to disclose his version to the police. Since no valid inference can be drawn from exercise of the right to silence, the evidence sought to be adduced should be excluded for lack of relevancy. Alternatively, even if slight probative value could be found, the evidence should be excluded

mais pour d'autres motifs que ceux exprimés par le juge Sopinka.

Selon moi, le dilemme dont fait habilement état mon collègue est résolu plus adéquatement par l'exclusion de la preuve que le coaccusé a omis de donner sa version des faits aux autorités à une date antérieure. Le coaccusé a le droit constitutionnel de garder le silence. On ne peut donc lui reprocher de ne pas avoir donné sa version des faits à la police. Si le droit de garder le silence doit avoir un sens, aucune conclusion défavorable ne peut être tirée de son exercice, que ce soit à l'égard de la culpabilité ou de la crédibilité. Le droit de garder le silence avant le procès s'applique ou ne s'applique pas. S'il s'applique, le juge des faits ne peut être autorisé à tirer une conclusion défavorable de son exercice. Sinon, le droit de garder le silence est, dans les faits, supprimé, car aucun accusé souhaitant se réserver la possibilité de donner sa version des faits au procès ne peut se permettre de l'exercer. Pour qu'il ait un sens, le droit de garder le silence doit signifier qu'un suspect peut refuser de parler aux policiers sans risquer d'être pénalisé pour autant. En outre, l'accusé ayant été informé par les policiers de son droit de garder le silence, l'exercice de ce droit ne saurait logiquement fonder une conclusion concernant la crédibilité de son témoignage ultérieur. À cet égard, je suis d'accord avec la décision unanime de la Haute Cour de l'Australie selon laquelle [TRADUCTION] «la détermination à exercer le droit [de garder le silence] pendant l'interrogatoire n'a, à elle seule, aucune force probante relativement à l'accusé» (*Bruce c. The Queen* (1987), 61 Aust. L.J. Rep. 603, à la p. 604). Voir également David M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), aux pp. 554 à 556.

Les mêmes remarques valent à l'égard de la prétention du coaccusé, dans un procès conjoint, selon laquelle il devrait être autorisé à contre-interroger son coaccusé concernant son omission de donner sa version des faits à la police. Comme aucune conclusion valable ne peut être tirée de l'exercice du droit de garder le silence, la preuve s'y rapportant devrait être écartée parce qu'elle n'est pas pertinente. Subsidiairement, même si elle avait une

on the ground that it has insufficient probative value to overcome the prejudicial effect on the trial process that arises from the danger that the jury will follow the path of forbidden reasoning and infer, not just lack of credibility, but guilt: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

quelconque valeur probante, la preuve devrait être écartée pour le motif que sa valeur probante est insuffisante pour justifier l'effet préjudiciable sur le déroulement du procès qui découle du risque que le jury s'engage dans la voie du raisonnement défendu et tire des conclusions en ce qui concerne non seulement la crédibilité, mais également la culpabilité: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

45 In summary, exclusion of evidence of failure to disclose to the police is proper given the absence of probative value of such evidence. Because the evidence lacks probative value, it cannot be suggested that its exclusion denies the co-accused the right to full answer and defence. There is no "trumping" of rights; one of them is simply not attracted. Exclusion also has the practical merit of avoiding putting the accused to the task of justifying the exercise of his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and the jury to the almost impossible task of deciding whether "failure to make a statement prior to trial . . . reflect[s] on the credibility of the accused or . . . [is] due to other factors such as the effect of a caution or the advice of counsel" (as required by the fifth part of Sopinka J's suggested charge to the jury, at p. 885).

Pour résumer, l'exclusion de la preuve relative à l'omission de communiquer les faits à la police est appropriée étant donné que cette preuve n'a aucune valeur probante. Parce que la preuve n'a pas de valeur probante, on ne peut soutenir que son exclusion prive le coaccusé de son droit à une défense pleine et entière. Ce n'est pas qu'un droit l'emporte sur l'autre, mais simplement que l'un d'eux ne s'applique pas. L'exclusion a également l'avantage pratique de ne pas obliger l'accusé à justifier l'exercice des droits que lui confère la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle dispense aussi le jury de la tâche quasi impossible de déterminer si «[l']omission de faire une déclaration avant le procès [. . .] entache la crédibilité de l'accusé ou [si] elle [est] imputée à d'autres facteurs, comme l'effet d'une mise en garde ou les conseils d'un avocat» (comme l'exige le cinquième point de l'exposé au jury proposé par le juge Sopinka, à la p. 885).

46 Admission of evidence of a co-accused's silence leads to this further difficulty. The law of evidence precludes the admission of prior consistent statements to bolster the credibility of an accused. If pre-trial silence can lead to a negative inference as to credibility, the accused is placed in the anomalous situation of being obliged to make a prior consistent statement in order to avoid cross-examination on his silence, but being unable to tender that evidence in support of his own credibility.

L'utilisation de la preuve du silence d'un coaccusé soulève une autre difficulté. En effet, le droit de la preuve interdit l'utilisation de déclarations antérieures compatibles aux fins d'appuyer la crédibilité d'un accusé. Or, si le fait d'avoir gardé le silence avant le procès peut justifier une conclusion défavorable au chapitre de la crédibilité, l'accusé se trouve dans la situation aberrante d'être tenu de faire une déclaration antérieure compatible pour éviter d'être contre-interrogé relativement à son silence, tout en étant empêché de produire cette preuve à l'appui de sa propre crédibilité.

47 It follows, in my view, that the evidence in question should have been excluded. I would allow the appeal and direct a new trial.

J'estime par conséquent que la preuve en question aurait dû être écartée. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Appeal allowed and new trial ordered.

Pourvoi accueilli, la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Solicitors for the appellant: Hicks, Finnestad, Toronto.

Procureurs de l'appelant: Hicks, Finnestad, Toronto.

Solicitor for the respondent: C. Jane Arnup, Toronto.

Procureur de l'intimée: C. Jane Arnup, Toronto.

Daniel George MacGillivray *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MACGILLIVRAY

File No.: 23933.

Hearing and judgment: February 23, 1995.

Reasons delivered: March 30, 1995.

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 NOVA SCOTIA

Criminal law — Dangerous operation of vessels — Elements of offence — Accused driving his boat through a known swimming area at considerable speed without seeing ahead — Swimmer struck by boat and fatally injured — Whether trial judge applied proper test in convicting accused — If not, whether s. 686(1)(b)(iii) of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 249(4), 686(1)(b)(iii).

On a clear summer day, the accused drove his boat at considerable speed toward a known swimming area. As he approached, a group of swimmers waved their arms and shouted to alert the accused of the dangerous situation. The bow of the boat was up at such an angle that the accused could not see in front of the boat and there was no lookout. The boat ploughed through the group of swimmers, striking and fatally injuring one of them. The accused was charged with operating a vessel in a manner dangerous to the public contrary to s. 249(4) of the *Criminal Code*. The trial judge considered all the evidence and the circumstances and convicted the accused. The conviction was upheld by the Court of Appeal.

Held (Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The trial judge adequately described the *actus reus* of the offence as conduct which, viewed objectively, constituted a significant departure from the standard of a reasonably prudent person. There is no real

Daniel George MacGillivray *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MACGILLIVRAY

N° du greffe: 23933.

Audition et jugement: 23 février 1995.

Motifs déposés: 30 mars 1995.

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

Droit criminel — Conduite dangereuse d'un bateau — Éléments de l'infraction — Bateau conduit à haute vitesse par l'accusé dans une zone connue de baignade, alors qu'il ne voyait pas devant — Nageur heurté par le bateau et mortellement blessé — Le juge du procès a-t-il appliqué le critère approprié pour déclarer l'accusé coupable? — Sinon, l'art. 686(1)(b)(iii) du Code criminel est-il applicable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 249(4), 686(1)(b)(iii).

Par une claire journée d'été, l'accusé a conduit son bateau à haute vitesse en direction d'une zone de baignade connue. Lorsqu'il s'est dirigé vers l'endroit en question, un groupe de nageurs agitaient les bras et criaient pour sensibiliser l'accusé au danger. La proue du bateau était si élevée que l'accusé ne pouvait voir en avant du bateau et il n'y avait pas de surveillance. Le bateau s'est dirigé vers le groupe de nageurs et a heurté et mortellement blessé l'un de ceux-ci. L'accusé a été inculpé d'avoir conduit un bateau d'une façon dangereuse pour le public en contravention du par. 249(4) du *Code criminel*. Le juge du procès a examiné l'ensemble de la preuve et des circonstances et déclaré l'accusé coupable. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: Le juge de première instance a convenablement décrit l'*actus reus* de l'infraction comme une conduite qui, vue de façon objective, constituait un écart important par rapport à la norme que respecterait

difference between the phrase “significant departure” and the phrase “marked departure” used by this Court in *Hundal* when referring to the *actus reus*. The *mens rea* test adopted by the trial judge, however, required the Crown to prove advertent negligence. This subjective test places a stricter onus on the Crown than the modified objective test put forward by this Court in *Hundal*. The trial judge’s statement at the end of his reasons that “the accused operated the boat . . . in a manner a prudent person would not” does not detract from this conclusion. When, as in this case, a trial judge sets out the legal principle and test that he intends to apply it should be assumed, in the absence of a very clear indication to the contrary, that he in fact followed that very course. Although the trial judge committed an error in law in applying a more stringent test for the *mens rea*, it is appropriate to apply s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* since no miscarriage of justice was occasioned by this error. Further there was strong, cogent and convincing evidence upon which the trial judge could base his conclusion that there was a significant or marked departure from the standard of care of a reasonable person.

Per Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin and Major J.J. (dissenting): While, throughout his reasons, the trial judge set out a stricter test than that laid down by this Court in *Hundal*, there is uncertainty as to what test the trial judge in effect applied. He seems to have concluded, however, that the accused was guilty because he operated his boat “in a manner a prudent person would not”. This is a much easier test for the Crown to meet than the test set out in *Hundal*.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867, aff’d (1991), 63 C.C.C. (3d) 214.

By Lamer C.J. (dissenting)

R. v. Hundal, [1993] 1 S.C.R. 867.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 249(4) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 36], 686(1)(b)(iii).

une personne raisonnablement prudente. Il n’y a pas de véritable différence entre l’expression «écart important» et l’expression «écart marqué» utilisée par notre Cour dans l’arrêt *Hundal* relativement à l’*actus reus*. Cependant, selon le critère de la *mens rea* adopté par le juge du procès, le ministère public devait établir que la négligence était consciente. Ce critère subjectif impose au ministère public une charge plus lourde que le critère objectif modifié formulé par notre Cour dans l’arrêt *Hundal*. L’énoncé du juge du procès à la fin de ses motifs selon lequel «l’accusé a conduit le bateau [. . .] comme ne l’aurait pas fait une personne prudente» ne va pas à l’encontre de cette conclusion. Si, comme en l’espèce, le juge du procès formule le principe de droit et la norme juridique qu’il a l’intention d’appliquer, on devrait supposer, en l’absence d’indications très claires à l’effet contraire, que c’est la voie qu’il a suivie. Bien que le juge du procès ait commis une erreur de droit en appliquant une norme plus stricte pour la *mens rea*, il convient d’appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* puisqu’aucune erreur judiciaire ne s’est produite malgré cette erreur. De plus, il y avait une preuve forte et convaincante à partir de laquelle le juge du procès pouvait conclure qu’il existait en fait un écart important ou marqué par rapport à la norme de diligence qu’observerait une personne raisonnable.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin et Major (dissidents): Bien qu’il ait formulé tout au long de ses motifs un critère plus strict que celui qui avait été formulé par notre Cour dans l’arrêt *Hundal*, on ne sait pas exactement quel critère le juge du procès a appliqué. Cependant, il semble avoir déclaré l’accusé coupable parce qu’il avait conduit son bateau «comme ne l’aurait pas fait une personne prudente». Ce critère est, de toute évidence, beaucoup plus facile à satisfaire pour le ministère public que le critère établi dans l’arrêt *Hundal*.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, conf. (1991), 63 C.C.C. (3d) 214.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

R. c. Hundal, [1993] 1 R.C.S. 867.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 249(4) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 36], 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, "mark", "marked", "significant".

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1993), 126 N.S.R. (2d) 275, 352 A.P.R. 275, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of dangerous operation of a vessel contrary to s. 249(4) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin and Major JJ. dissenting.

Joel E. Pink, Q.C., for the appellant.

Robert C. Hagell and William Delaney, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka, McLachlin and Major JJ. were delivered by

¹ LAMER C.J. (dissenting) — I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice Cory. These reasons follow judgment which was handed down by the Court at the hearing dismissing the appeal. Justices Sopinka, McLachlin, Major and myself, dissenting, would have allowed the appeal.

² There is no dispute as to the facts, nor as to the issue to be determined. The dissenting judges are of the view that, in the light of the last paragraph of the trial judge's reasons, set out in Justice Cory's reasons, they are left uncertain as to what test the trial judge did in effect apply. While he did set out a stricter test throughout his reasons, he seems to us to have concluded that the accused is guilty because he operated his boat "in a manner a prudent person would not". This obviously is a much easier test for the Crown to meet than that which was set down in the majority reasons of the Court in *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867.

³ It is for this reason that we would have allowed the appeal and ordered a new trial.

Doctrine citée

Nouveau Petit Robert, Paris: Le Robert, 1993, «important», «marqué», «marquer».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1993), 126 N.S.R. (2d) 275, 352 A.P.R. 275, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à une accusation de conduite dangereuse d'un bateau en contravention du par. 249(4) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, McLachlin et Major sont dissidents.

Joel E. Pink, c.r., pour l'appelant.

Robert C. Hagell et William Delaney, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, McLachlin et Major rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER (dissident) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Cory. Ces motifs font suite au rejet du pourvoi, que notre Cour a prononcé à l'audience. Les juges Sopinka, McLachlin, Major et moi-même étions dissidents et aurions accueilli le pourvoi.

Ni les faits ni la question en litige ne sont contestés. Vu le dernier paragraphe des motifs du juge du procès, lequel est repris dans les motifs du juge Cory, les juges dissidents estiment qu'ils ne peuvent pas savoir exactement quel critère il a appliqué. En effet, bien qu'il ait formulé un critère plus strict tout au long de ses motifs, il nous semble avoir déclaré l'accusé coupable parce qu'il avait conduit son bateau [TRADUCTION] «comme ne l'aurait pas fait une personne prudente». Ce critère est, de toute évidence, beaucoup plus facile à satisfaire pour le ministère public que celui que les juges majoritaires de notre Cour ont établi dans l'arrêt *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867.

Pour ce motif, nous aurions accueilli le pourvoi et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

The judgment of *La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.* was delivered by

CORY J. — On a bright and sunny Saturday afternoon, the appellant drove his boat through a group of seven wildly waving, shouting young swimmers. The boat struck and fatally injured one of the young men. This appeal arises from the conviction of the appellant on a charge of dangerous operation of a vessel, under s. 249(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, at the time of the accident.

Factual Background

There was ample evidence of a cogent, and convincing nature presented to the trial judge upon which he could base his conviction of the appellant.

The accident took place on Saturday afternoon, the 17th of August, 1991. It was a warm, clear summer day. The trial judge found that “the rocks” at Cribbons Point was then, as it had been for many years, a location which had a magnetic attraction for swimmers, divers and sunbathers. As might be expected, there were many people swimming and sunbathing at “the rocks” when the accident occurred. At that time, some 300 feet out from “the rocks”, a group of seven boys was swimming back towards the shore. The appellant knew that “the rocks” was frequented by swimmers. Indeed, in the past he had been swimming there himself. On this tragic afternoon, he was cruising in his boat with members of his family. As he approached the swimming boys, the boat appeared to be bouncing or skipping in the small chop. Estimates of the speed varied with some witnesses testifying that it was fast. The seven boys waved their arms and shouted, as did those on the shore, to alert the appellant to the dangerous situation, all to no avail. The boat ploughed through the group of swimmers and the propeller struck the victim.

Version française du jugement des juges *La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci* rendu par

LE JUGE CORY — Par un beau samedi après-midi clair et ensoleillé, l'appelant a foncé avec son bateau sur un groupe de sept jeunes nageurs qui agitaient les bras et criaient frénétiquement. Le bateau a heurté un des jeunes garçons, qui a été mortellement blessé. L'appelant a interjeté appel devant notre Cour de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui, en vertu du par. 249(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, relativement à une accusation de conduite dangereuse d'un bateau au moment de l'accident.

Les faits

Suffisamment d'éléments de preuve forts et convaincants ont été présentés au juge du procès pour lui permettre de conclure à la culpabilité de l'appelant.

L'accident est survenu dans l'après-midi du 17 août 1991. C'était une journée d'été claire et chaude. Le juge du procès a conclu que «les rochers» à la pointe Cribbons constituent depuis des années un attrait pour les nageurs, les plongeurs et les personnes qui prennent des bains de soleil. Comme on pouvait s'y attendre, il y avait à cet endroit beaucoup de personnes qui nageaient et se faisaient bronzer au moment de l'accident. Il y avait alors à environ 300 pieds du rocher un groupe de sept jeunes garçons qui nageaient vers la rive. L'appelant savait que «les rochers» étaient fréquentés par des nageurs. En fait, dans le passé, il y avait lui-même nagé. Au cours du tragique après-midi, il se promenait dans son bateau en compagnie des membres de sa famille. Lorsqu'il s'est dirigé vers les garçons qui nageaient, le bateau paraissait sauter sur l'eau légèrement agitée. Les estimations de vitesse varient, certains témoins disant que le bateau allait vite. Les sept garçons agitaient les bras et criaient, de même que les personnes sur la rive, pour sensibiliser l'appelant au danger, mais sans résultat. Le bateau s'est dirigé vers le groupe de nageurs et l'hélice a heurté la victime.

4

5

6

7 At the time of the accident, the bow of the boat was up at such an angle that the appellant could not see in front of the boat. It was possible to have some visibility ahead by leaning over the side and looking forward. The trial judge specifically found that this was not done.

8 In an area where the appellant knew that there could be swimmers, he drove blindly ahead imperious to what was in front of him. No doubt it is important, from an historical point of view, to look back and to see where one has been. It is also pleasant to see what is on either side of a vehicle or a boat. Yet, in the operation of any vehicle, whether it be aircraft, automobile or boat, it would seem to be essential that a lookout be kept ahead in the direction in which the vehicle is moving. It really is vitally important for the driver of a vehicle or vessel to see where that vehicle or vessel is going. It cannot be said that this was only a momentary lapse of attention resulting from an inadequate lookout. In this case, there was not just an inadequate lookout but no lookout at all. Although it is not essential to the result, I cannot help observing that this evidence could well be found to demonstrate a degree of negligence that constitutes a marked departure from the standard of a reasonable person.

9 The trial judge convicted the appellant and that conviction was upheld in the Nova Scotia Court of Appeal: (1993), 126 N.S.R. (2d) 275, 352 A.P.R. 275.

Issue

10 There is but one question to be resolved on this appeal. Did the trial judge apply a test which was stricter than that laid down by this Court in *R. v. Hundal*, [1993] 1 S.C.R. 867? If he did, then it would be appropriate to apply the provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* since, although he committed an error in law, no miscarriage of justice was occasioned by it.

11 The decision in *Hundal* was an attempt to clarify the law with regard to the dangerous operation of

Au moment de l'accident, la proue du bateau était si élevée que l'appelant ne pouvait voir en avant du bateau. L'appelant aurait pu voir quelque chose en se penchant sur le côté et en regardant devant. Le juge du procès a explicitement conclu que l'appelant ne l'avait pas fait.

À un endroit où l'appelant savait qu'il pouvait y avoir des baigneurs, il a conduit aveuglément, indifférent à ce qu'il y avait devant lui. Il n'y a pas de doute qu'il est important, du point de vue historique, de regarder en arrière et de voir ce qui s'est passé. Il est également agréable de voir ce qu'il y a d'un côté et de l'autre d'un véhicule ou d'un bateau. Cependant, lorsque l'on conduit un véhicule, que ce soit un aéronef, une automobile ou un bateau, il semble essentiel de regarder devant dans la direction où se dirige le véhicule. Il faut absolument que le conducteur d'un véhicule ou d'un bateau regarde où il s'en va. On ne peut pas dire qu'il ne s'agit que d'un moment d'inattention résultant d'une mauvaise surveillance. En l'espèce, la surveillance n'a pas été mauvaise, mais bien inexistante. Même si cet élément de preuve n'est pas essentiel aux fins de la décision, je ne puis m'empêcher de faire remarquer qu'il pourrait bien établir l'existence d'un degré de négligence qui constitue un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable.

Le juge du procès a déclaré l'appelant coupable et la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a confirmé cette décision: (1993), 126 N.S.R. (2d) 275, 352 A.P.R. 275.

La question en litige

Le présent pourvoi ne soulève qu'une seule question. Le juge du procès a-t-il appliqué une norme plus stricte que celle formulée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867? Dans l'affirmative, il conviendrait alors d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, puisqu'aucune erreur judiciaire ne s'est produite malgré l'erreur de droit commise.

L'arrêt *Hundal* tentait de clarifier le droit en matière de conduite dangereuse de véhicules. La

vehicles. The test set out in that case should be followed in the future. It was described in this way (at pp. 885 and 888):

Thus, it is clear that the basis of liability for dangerous driving is negligence. The question to be asked is not what the accused subjectively intended but rather whether, viewed objectively, the accused exercised the appropriate standard of care. It is not overly difficult to determine when a driver has fallen markedly below the acceptable standard of care. There can be no doubt that the concept of negligence is well understood and readily recognized by most Canadians. Negligent driving can be thought of as a continuum that progresses, or regresses, from momentary lack of attention giving rise to civil responsibility through careless driving under a provincial Highway Traffic Act to dangerous driving under the *Criminal Code*.

In summary, the *mens rea* for the offence of dangerous driving should be assessed objectively but in the context of all the events surrounding the incident. That approach will satisfy the dictates both of common sense and fairness. As a general rule, personal factors need not be taken into account. This flows from the licensing requirement for driving which assures that all who drive have a reasonable standard of physical health and capability, mental health and a knowledge of the reasonable standard required of all licensed drivers.

In light of the licensing requirement and the nature of driving offences, a modified objective test satisfies the constitutional minimum fault requirement for s. 233 (now s. 249) of the *Criminal Code* and is eminently well-suited to that offence.

It follows then that a trier of fact may convict if satisfied beyond a reasonable doubt that, viewed objectively, the accused was, in the words of the section, driving in a manner that was "dangerous to the public, having regard to all the circumstances, including the nature, condition and use of such place and the amount of traffic that at the time is or might reasonably be expected to be on such place". In making the assessment, the trier of fact should be satisfied that the conduct amounted to a

norme formulée dans cet arrêt doit dorénavant être appliquée. Notre Cour en donne la description suivante (aux pp. 885 et 888):

D'où il ressort clairement que c'est sur la négligence que repose un verdict de culpabilité de conduite dangereuse. La question à se poser n'est pas de savoir ce qu'a été l'intention subjective de l'accusé mais bien de savoir si, du point de vue objectif, il a satisfait à la norme appropriée de diligence. Il n'y a rien de particulièrement difficile à déterminer si un conducteur a manqué de façon palpable à la norme acceptable de diligence. Sans aucun doute, la plupart des Canadiens comprennent bien et reconnaissent facilement le concept de négligence. Or, la conduite négligente d'un véhicule automobile peut être considérée comme un continuum où l'on va de l'inattention momentanée qui entraîne la responsabilité civile, en passant par la conduite imprudente prévue au code de la route d'une province, jusqu'à la conduite dangereuse sanctionnée par le *Code criminel*.

En résumé, la *mens rea* dans le cas de l'infraction de conduite dangereuse devrait être appréciée objectivement mais dans le contexte de tous les événements entourant l'incident. Cette méthode répondra aux exigences tant du bon sens que de l'équité. Les facteurs personnels n'ont pas en règle générale à être pris en considération. C'est ce qui découle de l'obligation de se procurer un permis de conduire, obligation grâce à laquelle on peut être certain que tous les conducteurs ont un niveau raisonnable de santé et de capacités physiques et de santé mentale et qu'ils connaissent la norme raisonnable à laquelle sont assujettis tous les titulaires de permis de conduire.

Vu l'obligation de posséder un permis de conduire et compte tenu de la nature des infractions en matière de conduite automobile, un critère objectif modifié satisfait, pour ce qui est de l'art. 233 (maintenant l'art. 249) du *Code criminel*, à l'exigence constitutionnelle minimale en matière de faute et s'applique particulièrement bien à l'infraction prévue par cet article.

Il s'ensuit donc que le juge des faits peut conclure à la culpabilité s'il est convaincu hors de tout doute raisonnable que, du point de vue objectif, l'accusé, pour reprendre les termes de l'article en cause, conduisait «d'une façon dangereuse pour le public, compte tenu de toutes les circonstances y compris la nature et l'état de cet endroit, l'utilisation qui en est faite ainsi que l'intensité de la circulation à ce moment ou raisonnablement prévisible à cet endroit». En faisant l'appréciation, le

marked departure from the standard of care that a reasonable person would observe in the accused's situation.

Unfortunately, these reasons were not released until after the trial judge had rendered his decision. However, he carefully considered the reasons of the British Columbia Court of Appeal in this same case, reported at (1991), 63 C.C.C. (3d) 214. He quoted at length from the minority reasons of Lambert J.A. and stated that he adopted them with approval as to the general law in the area. His lengthy quotation from those reasons included the following from pp. 225-26:

So I consider that the decisions of the Supreme Court of Canada in *Tutton, Waite* and *Anderson* should be regarded as leaving the mental element of dangerous driving where it was before those cases. The Crown must prove "advertent" or "subjective" negligence or carelessness.

VI

I have concluded that at the present time the only proper course to be followed by trial courts and courts of appeal in Canada is to apply the "subjective" standard of "advertent" negligence.

The *actus reus* continues to be determined by an objective standard. Dangerous driving is driving which involves, objectively determined (that is, in the estimation of reasonably prudent people), the creation of a significant risk of danger to others by a significant departure from the standard that a reasonably prudent person, with similar basic physical and mental capacities as the accused, but not necessarily with the same propensities, would have adopted in the circumstances facing the accused. (I am setting out the *actus reus* because of the close inter-relationship between the *actus reus* and the *mens rea*. The nature of the *actus reus* was not in issue in this appeal.)

How then is the "advertent" or "subjective" element of the offence to be determined? It should be approached on the basis of the application of the concepts that underlie *mens rea* generally, namely a knowledge of the relevant facts, or wilful blindness to them, coupled with an intention to commit the prohibited act or with recklessness as to whether the prohibited act is committed: see *R. v. Sault Ste. Marie (City)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 353 at p. 362, 85 D.L.R. (3d) 161, [1978] 2 S.C.R. 1299. And, as I have said, the prohibited act is

juge des faits doit être convaincu qu'il s'agit d'un comportement qui représentait un écart marqué par rapport à la norme de diligence que respecterait une personne raisonnable dans la situation de l'accusé.

Malheureusement, ces motifs n'ont été prononcés qu'après la décision du juge du procès. Cependant, celui-ci a soigneusement examiné les motifs de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Hundal* (1991), 63 C.C.C. (3d) 214. Il a cité un long passage des motifs minoritaires du juge Lambert et les a adoptés en les approuvant en tant que principe général du droit dans le domaine. Voici une partie de ce long extrait (tiré des pp. 225 et 226):

[TRADUCTION] À mon avis, les arrêts *Tutton, Waite* et *Anderson* de la Cour suprême du Canada devraient être considérés comme ne modifiant pas l'élément moral requis pour la conduite dangereuse. Le ministère public doit prouver la négligence ou l'insouciance «consciente» ou «subjective».

VI

J'ai conclu que les tribunaux de première instance et les cours d'appel au Canada n'ont aucune autre option pour le moment que d'appliquer le critère «subjectif» de la négligence «consciente».

L'*actus reus* continue d'être déterminé en fonction d'une norme objective. La conduite dangereuse est celle qui, selon un critère objectif (c.-à-d., selon ce qu'une personne raisonnablement prudente déterminerait), crée un risque important de danger pour autrui en s'écartant de façon importante de la norme qu'une personne raisonnablement prudente ayant des capacités physiques et mentales de base semblables à celles de l'accusé, mais pas nécessairement les mêmes tendances, aurait adoptée dans la situation de l'accusé. (Je présente l'*actus reus* compte tenu du lien étroit qui existe entre l'*actus reus* et la *mens rea*. On n'a pas contesté en l'espèce la nature de l'*actus reus*.)

Alors, comment l'élément «conscient» ou «subjectif» de l'infraction doit-il être déterminé? Il devrait être examiné en fonction des concepts généralement sous-jacents à la *mens rea*, soit une connaissance des faits pertinents, ou une ignorance volontaire de ces faits, conjuguée à une intention de commettre l'acte interdit ou de faire preuve d'insouciance relativement à sa perpétration: voir l'arrêt *R. c. Sault Ste. Marie (Ville de)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 353, à la p. 362, 85 D.L.R. (3d) 161, [1978] 2 R.C.S. 1299. De plus, comme je l'ai affirmé,

the creation of a significant risk of danger to others by a significant departure from the standard of a reasonably prudent person.

The key to the mental element is either that a significant risk of danger is appreciated and the risk is intentionally or recklessly undertaken or, alternatively, that a significant risk of danger is not appreciated but it is undertaken, either because of wilful blindness to the circumstances that create the risk, or by recklessness as to the appreciation of those circumstances, or by recklessness as to the reason why those circumstances make the risk of danger a significant one that a reasonably prudent person would not take.

The trial judge concluded his reasons with this paragraph:

I have considered all the evidence and find that the accused operated the boat at a speed, with no visibility ahead, no proper lookout, in an area which he knew or ought to have known was a recreational swimming area, in a manner a prudent person would not. And by doing so caused the death of William Francis Corsten. The advertent negligence can be inferred from the conduct and driving of the accused.

The trial judge adopted the reasons of Lambert J.A. as a statement of the general law on the subject. The last paragraph of his reasons must be read in light of his earlier statement as to the law he would apply which is set out in the lengthy quotation. The test set out by Lambert J.A. would require the Crown to prove "advertent", that is to say, "subjective", negligence. This places a much heavier onus upon the Crown than the modified objective test put forward by the majority reasons of this Court in *Hundal, supra*. This very point was recognized in the reasons of McLachlin J., concurring in the result. Clearly, a subjective test places a far stricter onus upon the Crown than an objective test.

Lambert J.A. referred to the *actus reus* of the offence as conduct which, viewed objectively, constituted a significant departure from the standard of a reasonably prudent person. In my view, there is

l'acte interdit est la création d'un risque important de danger pour les autres s'il existe un écart important par rapport à la norme que respecterait une personne raisonnablement prudente.

L'élément moral est essentiellement le fait qu'une personne reconnaît l'existence d'un risque important de danger et l'assume de façon intentionnelle ou avec insouciance ou, subsidiairement, le fait qu'une personne n'est pas au courant de l'existence d'un risque, mais l'assume, que ce soit par ignorance volontaire des circonstances qui créent le risque, ou par insouciance quant à la connaissance de ces circonstances ou par insouciance quant au motif qui fait que ces circonstances présentent un risque important de danger qu'une personne raisonnablement prudente ne prendrait pas.

Le juge de procès a conclu ses motifs de la façon suivante:

[TRADUCTION] J'ai examiné l'ensemble de la preuve et je conclus que l'accusé a conduit le bateau à haute vitesse, sans voir devant lui, sans bien surveiller, à un endroit qu'il savait ou aurait dû savoir être une zone récréative de baignade, comme ne l'aurait pas fait une personne prudente. Il a de ce fait causé la mort de William Francis Corsten. La négligence consciente peut être inférée du comportement de l'accusé et de la façon dont il a conduit le bateau.

Le juge du procès a considéré les motifs du juge Lambert comme un énoncé des règles générales de droit applicables à la question. Il faut examiner le dernier paragraphe de ses motifs par rapport à son énoncé des règles de droit qu'il jugeait applicables et qui sont formulées dans la longue citation. Selon le critère établi par le juge Lambert, le ministère public devrait établir que la négligence était «consciente», c'est-à-dire «subjective». Cela impose au ministère public une charge beaucoup plus lourde que le critère objectif modifié formulé par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Hundal*, précité. C'est précisément ce point que le juge McLachlin a fait ressortir dans ses motifs concordants quant au résultat. De toute évidence, l'application d'un critère subjectif impose au ministère public une charge beaucoup plus stricte qu'un critère objectif.

Le juge Lambert a dit de l'*actus reus* de l'infraction que c'était une conduite qui, vue de façon objective, constituait un écart important par rapport à la norme que respecterait une personne rai-

12

13

no real difference between the phrase “significant departure” and the term “marked departure” used by the majority in this Court when referring to the *actus reus*. This is borne out by the dictionary definitions of the terms. The *Shorter Oxford English Dictionary* (3rd ed. 1990) includes these pertinent definitions of the words “mark”, “marked” and “significant”:

Mark I. To put a mark upon. . . . [4] **b.** To separate from something else as by a line or distinctive mark. . . . **6.** In immaterial sense: **a.** To make perceptible by some indication. **b.** To manifest (one’s approval, displeasure, etc.) by some act, or by reward or punishment.

Marked . . . 3. Easy to distinguish or recognize.

Significant 1. Full of meaning or import. **b.** Important, notable.

14 It is of course preferable to make use of the words employed by this Court in *Hundal* to describe the test. However, if a truly synonymous term is used it should not be considered a ground for complaint. It follows then that the trial judge did indeed apply a stricter test than that set out in the reasons of this Court in *Hundal*.

15 Nor in my view, does the last paragraph of his reasons detract from this conclusion. It must be remembered that this is not a charge to a jury but the reasons of a judge sitting alone. They should not be scrutinized with the same intensity as a jury charge, where the appellate courts must make certain that the words set out in the instructions to the jury are not only correct but, as well, not likely to mislead the jury. Here, the trial judge set out the general law and the test by which he would be guided. The fact that he did not specifically repeat it in his last paragraph cannot be taken as detracting from his stated intention. If a trial judge sets out the legal principle and test that he intends to apply, it should be assumed, in the absence of a very clear indication to the contrary, that he in fact followed that very course. To come to any other conclusion would I think be unfair to trial judges.

sonnablement prudente. À mon avis, il n’y a pas de véritable différence entre l’expression «écart important» et l’expression «écart marqué» utilisée par notre Cour à la majorité relativement à l’*actus reus*. Ce fait est confirmé par les définitions que le dictionnaire donne à ces termes. Le *Nouveau Petit Robert* (1993) donne notamment les définitions suivantes aux termes «important», «marqué» et «marquer»:

IMPORTANT I. (choses) **1.** Qui importe; qui a beaucoup d’intérêt, de grandes conséquences. ⇒ [. . .] **capital, crucial, essentiel, vital.**

MARQUÉ [. . .] 3. abstrait ⇒ **net, prononcé.**

MARQUER I. A. 1. Distinguer, rendre reconnaissable (une personne, une chose parmi d’autres) au moyen d’une marque, d’un repère [. . .] **7.** Rendre sensible ou plus sensible; accentuer, souligner.

Il va sans dire qu’il est préférable d’utiliser les termes employés par notre Cour dans l’arrêt *Hundal* pour décrire la norme. Toutefois, si un terme vraiment synonyme est utilisé, il ne devrait pas constituer un motif de plainte. Il s’ensuit que le juge du procès a en fait appliqué une norme plus stricte que celle que notre Cour a formulé dans l’arrêt *Hundal*.

Le dernier paragraphe des motifs du juge du procès ne change pas non plus ma conclusion. Il faut se rappeler qu’il ne s’agit pas de directives au jury, mais des motifs d’un juge seul. Ces motifs ne devraient pas être examinés avec la même rigueur que les directives données à un jury, auquel cas une cour d’appel doit s’assurer que les termes utilisés sont non seulement corrects, mais aussi de nature à ne pas induire le jury en erreur. En l’espèce, le juge du procès a énoncé les règles générales du droit et la norme qu’il appliquerait. Le fait qu’il ne les a pas explicitement répétés au dernier paragraphe ne peut vouloir dire qu’il a changé d’avis. Si le juge du procès formule le principe de droit et la norme juridique qu’il a l’intention d’appliquer, on devrait supposer, en l’absence d’indications très claires à l’effet contraire, que c’est la voie qu’il a suivie. Toute autre conclusion serait à mon avis inéquitable pour les juges du procès.

I am satisfied that the trial judge applied a stricter test for finding guilt on a charge of dangerous driving or operation of a vessel than that set out by this Court in *Hundal, supra*. Further, there was strong, cogent and convincing evidence upon which he could base his conclusion that there was indeed a significant or marked departure from the standard of care of a reasonable person. As a result, it is appropriate to apply the provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* and conclude that despite the error in law no substantial wrong or miscarriage was occasioned by it. The appeal should therefore be dismissed.

Appeal dismissed, LAMER C.J. and SOPINKA, MCLACHLIN and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Pink Murray, Halifax.

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

Je suis convaincu que le juge du procès a appliqué une norme plus stricte que celle formulée par notre Cour dans l'arrêt *Hundal*, précité, lorsqu'il a conclu à la culpabilité de l'appelant relativement à une accusation de conduite dangereuse d'un bateau. De plus, il y avait une preuve forte et convaincante à partir de laquelle il pouvait conclure qu'il existait en fait un écart important ou marqué par rapport à la norme de diligence qu'observerait une personne raisonnable. C'est pourquoi il convient d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* et de conclure qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit malgré l'erreur de droit. Le pourvoi est en conséquence rejeté.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER et les juges SOPINKA, MCLACHLIN et MAJOR sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Pink Murray, Halifax.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Her Majesty The Queen *Applicant*

v.

Curragh Inc., Gerald Phillips and Roger Parry *Respondents*

INDEXED AS: R. v. CURRAGH INC.

File No.: 24641.

1995: April 5.

Present: Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

MOTION TO QUASH AN APPLICATION FOR LEAVE TO APPEAL

Criminal law — Appeals — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Manslaughter trial — Trial judge privately asking head of public prosecution service to remove lead Crown counsel from prosecution team — Trial judge complaining of counsel's lack of preparation and uncooperative attitude toward defence counsel — Crown bringing motion for mistrial because of reasonable apprehension of bias — Trial judge dismissing Crown's motion — Crown applying for leave to appeal decision to Supreme Court of Canada — Motion to quash application for leave granted — Supreme Court having no jurisdiction to hear appeal at this stage.

MOTION by respondents to quash the Crown's application for leave to appeal from an order of Anderson J. dismissing the Crown's motion for a mistrial. Motion granted.

David J. Bright, Q.C., and Brian A. Crane, Q.C., for the applicant.

Anne Malick, Q.C., and Robert E. Houston, Q.C., for the respondent Parry.

Gordon R. Kelly and N. Kent Clarke, for the respondent Phillips.

Sa Majesté la Reine *Requérante*

c.

Curragh Inc., Gerald Phillips et Roger Parry *Intimés*

RÉPERTORIÉ: R. c. CURRAGH INC.

N° du greffe: 24641.

1995: 5 avril.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

REQUÊTE EN ANNULATION D'UNE DEMANDE D'AUTORISATION DE POURVOI

Droit criminel — Appels — Cour suprême du Canada — Compétence — Procès pour homicide involontaire coupable — Demande faite en privé par le juge du procès au directeur du service des poursuites publiques pour que le principal substitut du procureur général soit retiré de l'équipe du ministère public — Juge du procès se plaignant du manque de préparation de cet avocat et de son manque de coopération envers l'avocat de la défense — Requête en annulation du procès présentée par le ministère public en raison d'une crainte raisonnable de partialité — Requête du ministère public rejetée par le juge du procès — Demande d'autorisation de pourvoi contre cette décision présentée à la Cour suprême du Canada par le ministère public — Requête en annulation de la demande d'autorisation accordée — Absence de compétence de la Cour suprême pour entendre un pourvoi à cette étape des procédures.

REQUÊTE par les intimés en annulation de la demande d'autorisation de pourvoi du ministère public contre une ordonnance du juge Anderson, qui a rejeté la requête du ministère public en annulation du procès. Requête accordée.

David J. Bright, c.r., et Brian A. Crane, c.r., pour la requérante.

Anne Malick, c.r., et Robert E. Houston, c.r., pour l'intimé Parry.

Gordon R. Kelly et N. Kent Clarke, pour l'intimé Phillips.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — This Court, having no jurisdiction to hear an appeal at this stage of the proceedings, refrains from expressing any views as regards the merits of the matter, and grants the motion to quash the application for leave to appeal.

Accordingly the other applications are dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the applicant: Boyne Clarke, Dartmouth.

Solicitor for the respondent Parry: Nova Scotia Legal Aid, Truro, Nova Scotia.

Solicitors for the respondent Phillips: Blois, Nickerson & Bryson, Halifax.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Notre Cour n'ayant pas compétence pour entendre un pourvoi à cette étape des procédures, elle s'abstient d'exprimer une opinion sur le fond de la question et accorde la requête en annulation de la demande d'autorisation de pourvoi.

En conséquence, les autres demandes sont rejetées.

Jugement en conséquence.

Procureurs de la requérante: Boyne Clarke, Dartmouth.

Procureur de l'intimé Parry: Aide juridique de la Nouvelle-Écosse, Truro, Nouvelle-Écosse.

Procureurs de l'intimé Phillips: Blois, Nickerson & Bryson, Halifax.

1

2

Stephan Mills *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MILLS

File No.: 23728.

1995: April 12.

Present: Iacobucci J.

MOTION FOR AN ORDER OF REVERSAL OF JUDGMENT

Criminal law — Appeal — Supreme Court of Canada — Consent to reversal of judgment — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 70.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 253(b) [rep. & sub. c. 32 (4th Supp.), s. 59].
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 70.

MOTION for an order of reversal of judgment.
Motion granted.

Lawrence Ben-Eliezer, for the appellant.

Ian R. Smith, for the respondent.

The following are the reasons of the order delivered by

¹ IACOBUCCI J. — This is an application by Stephan Mills (appellant) for an order, pursuant to s. 70 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, reversing the judgment of the Court of Appeal for Ontario (1993), 81 C.C.C. (3d) 353, 63 O.A.C. 109, 22 C.R. (4th) 1, 15 C.R.R. (2d) 212, 45 M.V.R. (2d) 107, dated May 28, 1993, which upheld the judgment of Paisley J. of the Ontario Court (General Division), dated November 3, 1992, which upheld the order of Judge Waldman of the Ontario Court (Provincial Division), dated May 27, 1992, by which the appellant was convicted of driving “over 80” contrary to s. 253(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and

Stephan Mills *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MILLS

N° du greffe: 23728.

1995: 12 avril.

Présent: Le juge Iacobucci.

REQUÊTE EN OBTENTION D’UNE ORDONNANCE DE CASSATION DE JUGEMENT

Droit criminel — Appel — Cour suprême du Canada — Consentement à la cassation d’un jugement — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 70.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253(b) [abr. & rempl. ch. 32 (4^e suppl.), art. 59].
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 70.

REQUÊTE en obtention d’une ordonnance de cassation de jugement. Requête accueillie.

Lawrence Ben-Eliezer, pour l’appelant.

Ian R. Smith, pour l’intimée.

Version française des motifs de l’ordonnance rendue par

LE JUGE IACOBUCCI — Il s’agit ici d’une requête de Stephan Mills (l’appelant) visant à obtenir, conformément à l’art. 70 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, une ordonnance cassant l’arrêt du 28 mai 1993, 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. (2d) 212, 45 M.V.R. (2d) 107, qui a confirmé le jugement du 3 novembre 1992, du juge Paisley de la Cour de l’Ontario (Division générale), qui avait confirmé l’ordonnance du 27 mai 1992, du juge Waldman de la Cour de l’Ontario (Division provinciale), qui avait déclaré l’appelant coupable de conduite alors que son taux d’alcoolémie était supérieur à 80 mg

fined \$500 and prohibited from driving for one year.

Upon reading the materials filed by the parties including the affidavit of Lawrence Ben-Eliezer sworn on March 31, 1995, and the consent of the parties to a reversal of judgment and a judgment pursuant to s. 70 of the *Supreme Court Act* acquitting the appellant of said charge;

It is hereby ordered that:

The judgment of the Court of Appeal for Ontario, dated May 28, 1993, is reversed and an acquittal of the charge of "over 80" is entered in substitution thereof.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Daley, Byers, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

contrairement à l'al. 253b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et l'avait condamné à payer une amende de 500 \$ assortie d'une interdiction de conduire pendant un an.

Après avoir lu la documentation déposée par les parties, dont l'affidavit de Lawrence Ben-Eliezer, daté du 31 mars 1995, et le consentement des parties à une cassation de jugement et à un jugement acquittant l'appelant de ladite accusation, conformément à l'art. 70 de la *Loi sur la Cour suprême*;

Il est ordonné, par les présentes, que:

L'arrêt du 28 mai 1993, de la Cour d'appel de l'Ontario, soit cassé et remplacé par un verdict d'acquittement relativement à l'accusation de conduite avec un taux d'alcoolémie supérieur à 80 mg.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Daley, Byers, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

2

3

INDEX

ABORIGINAL LAW

Tribunals set up by First Nations bands to consider issue of assessment for lands located within reserve — Appeal process culminating with review by courts — Tribunal members without fixed salary and security of tenure — Claim that land not within reserve — Whether consideration of issue compelled to follow alternative appeal route or whether courts can grant immediate judicial review — Whether tribunals meeting criteria of independent judiciary.

CANADIAN PACIFIC LTD. V. MATSQUI INDIAN BAND, 3.

ADMINISTRATIVE LAW

Tribunals — Adequacy of tribunal — Issue of jurisdiction — Tribunals set up by First Nations bands to consider issue of assessment for lands located within reserve — Appeal process culminating with review by courts — Tribunal members without fixed salary and security of tenure — Claim that land not within reserve — Whether consideration of issue compelled to follow alternative appeal route or whether courts can grant immediate judicial review — Whether tribunals meeting criteria of independent judiciary — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 83(1), (3) — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 18.3(1), 18.5, 24(1).

CANADIAN PACIFIC LTD. V. MATSQUI INDIAN BAND, 3.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Parents objecting to blood transfusion for their infant for religious reasons — Children's Aid Society granted temporary wardship of infant under Child Welfare Act — Infant receiving blood transfusion — Whether provisions of Child Welfare Act infringe parents' right to choose medical treatment for their infant contrary to s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, c. 66, ss. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

B. (R.) V. CHILDREN'S AID SOCIETY OF METROPOLITAN TORONTO, 315.

2. Charter of Rights — Freedom of religion — Parents objecting to blood transfusion for their infant for religious reasons — Children's Aid Society granted temporary wardship of infant under Child Welfare Act — Infant receiving blood transfusion —

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

Whether provisions of Child Welfare Act infringe parents' freedom of religion — If so, whether infringement justified as reasonable limit — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, c. 66, ss. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

B. (R.) V. CHILDREN'S AID SOCIETY OF METROPOLITAN TORONTO, 315.

3. Charter of Rights — Arbitrary detention or imprisonment — Remedy — Police failing to bring accused before justice within time prescribed — Trial judge entering stay of proceedings — No reason for interfering with trial judge's exercise of discretion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 24(1).

R. V. SIMPSON, 449.

4. Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to silence — Whether accused separately charged with offence compellable as witness in criminal trial of another accused charged with same offence — Whether compellability in such circumstances violates principles of fundamental justice — Whether s. 5 of Canada Evidence Act constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(c), 13, 24(2) — Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.

R. V. S. (R.J.), 451.

5. Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Right to make full answer and defence — Appellant and co-accused charged with second degree murder — Each placing blame on other — Appellant making no statement to police but testifying at trial — Appellant being cross-examined on his pre-trial silence — Whether appellant's right to silence infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. V. CRAWFORD, 858.

COSTS

Judicial discretion — Parents objecting to blood transfusion for their infant for religious reasons — Children's Aid Society granted temporary wardship of infant under Child Welfare Act — District Court judge dismissing parents' appeal and awarding costs against intervening Attorney General — Whether costs order should be overturned.

B. (R.) V. CHILDREN'S AID SOCIETY OF METROPOLITAN TORONTO, 315.

CRIMINAL LAW

1. Sentencing — Appeal from sentence — Sentencing provision amended after sentence pronounced but before judgment made on appeal from sentence — Interpretation Act (s. 44(e)) providing for imposition of reduced punishment where punishment reduced by new enactment — Whether or not judicial decisions on appeals from sentence encompassed by Interpretation Act provision — Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 44(e) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 100 (rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 14, and later rep. & sub. by S.C. 1991, c. 40, s. 12(1)).

R. v. DUNN, 226.

2. Motor vehicles — Demand for breath sample — Roadside screening test — Police officer authorized to demand that driver provide breath sample “forthwith” for screening test — Whether “fail” result per se provides reasonable and probable grounds to demand breathalyzer — Whether officer must ascertain when driver consumed last drink or wait at least 15 minutes before administering screening test — Whether “forthwith” means immediately or whether it may encompass 15-minute delay — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(2), (3).

R. v. BERNSHAW, 254.

3. Assault — Use of force in disciplining children — Accused convicted of assault causing bodily harm — Charges not laid until 11 years after events — Whether trial judge should have granted stay of proceedings.

R. v. HALCROW, 440.

4. Charge to jury — Question from jury concerning difference between second degree murder and manslaughter — Trial judge not commenting on provocation in answering question — No miscarriage of justice resulting from trial judge’s answer.

R. v. LAPORTE, 442.

5. Charge to jury — Mens rea — Serious misdirections with respect to mens rea.

R. v. BLENNER-HASSETT; R. v. PILUKE, 443.

6. Powers of courts of appeal — New trial order — Accused charged with break, enter, and theft — Defence counsel arguing that Crown had not proved continuity with respect to stolen property — Crown requesting trial judge to dismiss charge on basis that it had not been proved beyond reasonable doubt — Whether appropriate for Court of Appeal to order new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(4)(b)(i).

R. v. S. (R.J.), 451.

7. Appeals — Grounds of appeal — Witness compellability — Whether proper for accused to raise as ground of appeal right to silence or testimonial privilege personal to witness.

R. v. S. (R.J.), 451.

CRIMINAL LAW—Continued

8. Possession of restricted drug for purposes of trafficking — Evidence — Accused’s fingerprints found on bag containing LSD — Crown witness testifying that accused was a drug dealer and that the drugs seized were the accused’s — Whether trial judge entitled to infer possession from presence of fingerprints — Whether Crown witness’s evidence inadmissible as character evidence — Whether trial judge’s verdict unreasonable or unsupported by the evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. LEPAGE, 654.

9. Defences — Self-defence — Accused charged with second degree murder after stabbing deceased in what he claimed was an act of self-defence — Trial judge instructing jury that words “without having provoked the assault” should be read into s. 34(2) of Criminal Code — Whether self-defence as defined in s. 34(2) is available to initial aggressors — Whether s. 37 outlining basic principles of self-defence should have been put to jury — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 34(1), (2), 35, 37.

R. v. MCINTOSH, 686.

10. Evidence — Disclosure — Crown’s obligation to make disclosure to defence — Defence informed that accuseds not primary or secondary wiretap targets in this investigation — Defence requesting to be informed of whether or not accuseds primary or secondary targets in wiretaps used in other investigations — Whether accused has right to know if a target in wiretap authorizations unrelated to investigation of current criminal charge — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 187, 189(2), 193, 196.

R. v. CHAPLIN, 727.

11. Evidence — Hearsay — Co-conspirator’s exception to hearsay rule — Trial judge erring in charge with respect to the co-conspirator’s exception to the hearsay rule — Verdict would have been same even absent error — No substantial wrong or miscarriage of justice.

R. v. LORD, 747.

12. Evidence — Recharge — Reference in recharge to inadmissible evidence tendered on voir dire — Reference so affecting verdict that new trial required.

R. v. B. (W.R.), 750.

13. Trial — No reasons given by trial judge for ruling on voir dire that accused’s incriminating statements admissible — Accused convicted on several counts of robbery — Absence of reasons not ground for appeal when finding supportable on evidence or where basis of finding apparent from circumstances.

R. v. BARRETT, 752.

CRIMINAL LAW—Continued

14. Evidence — Duty to disclose — Crown producing copy of statement and transcript of tape and explaining absence of originals — No misconduct on part of Crown revealed — Crown's obligation to produce fulfilled — Trial judge erring in ordering stay of proceedings.

R. v. STINCHCOMBE, 754.

15. Interception of private communications — Validity of authorization — Application for fresh authorization — First authorization lawfully obtained — Police authorized to avail themselves of "resort to" clause in first authorization.

R. v. MOORE, 756.

16. Prosecution of offences — Conflict of interest — Accused charged with sexual offences — Victim suing provincial government alleging social worker employed by government negligently ignored her complaints — Government counsel in civil action and criminal case both employed by Department of Justice — Whether Department of Justice acting in a conflict of interest.

R. v. D. (W.R.), 758.

17. Sentencing — Jury's verdict supportable on any one of three factual bases — Factual basis of verdict not particularized — Whether judge entitled to sentence on the most aggravating basis.

R. v. TEMPELAAR, 760.

18. Jury — Unreasonable bias — All-female jury fashioned through use of stand-bys — Provision allowing for Crown's numerical superiority in stand-bys later found unconstitutional and repealed — Whether abuse of jury selection process — Whether reasonable apprehension of bias created — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 634.

R. v. BIDDLE, 761.

19. Motor vehicles — Driving while "over 80" — Breathalyzer test — Presumption of accuracy — Presumption of identity — Accused claiming to have consumed two miniature bottles of vodka while waiting to take breathalyzer test — Whether presumption in s. 258(1)(c) of Criminal Code applies — Meaning of "evidence to the contrary" — Whether evidence must tend to show that accused's blood alcohol level was within permissible limit at time of alleged offence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 258(1)(c).

R. v. ST. PIERRE, 791.

20. Obstruction of justice — Appellant not making false statement to court or withholding information he was obliged to disclose — Acquittal on charge of obstruction of justice restored.

R. v. GODDARD, 854.

CRIMINAL LAW—Concluded

21. Theft — Fraud — Sufficient evidence to support convictions — No miscarriage of justice.

R. v. HAWRISH, 856.

22. Evidence — Joint trials — Right to pre-trial silence — Right to make full answer and defence — Appellant and co-accused charged with second degree murder — Each placing blame on other — Appellant making no statement to police but testifying at trial — Appellant being cross-examined on his pre-trial silence — Whether cross-examination violating appellant's right to silence — Whether trial judge erring in instructions to jury on use to be made of evidence that appellant had not given statement to police — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. v. CRAWFORD, 858.

23. Dangerous operation of vessels — Elements of offence — Accused driving his boat through a known swimming area at considerable speed without seeing ahead — Swimmer struck by boat and fatally injured — Whether trial judge applied proper test in convicting accused — If not, whether s. 686(1)(b)(iii) of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 249(4), 686(1)(b)(iii).

R. v. MACGILLIVRAY, 890.

24. Appeals — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Manslaughter trial — Trial judge privately asking head of public prosecution service to remove lead Crown counsel from prosecution team — Trial judge complaining of counsel's lack of preparation and uncooperative attitude toward defence counsel — Crown bringing motion for mistrial because of reasonable apprehension of bias — Trial judge dismissing Crown's motion — Crown applying for leave to appeal decision to Supreme Court of Canada — Motion to quash application for leave granted — Supreme Court having no jurisdiction to hear appeal at this stage.

R. v. CURRAGH INC., 900.

25. Appeal — Supreme Court of Canada — Consent to reversal of judgment — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 70.

R. v. MILLS, 902.

EVIDENCE

Admissibility — Rebuttal evidence — Issue as to identity — Accused giving alibi — Crown in reply introducing evidence of witness calling part of alibi into question — Whether reply evidence properly admissible — Whether verdict supported by the

EVIDENCE—Concluded

evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i), (b)(iii).

R. v. BIDDLE, 761.

IMMIGRATION

Permanent residence applications — Visa officer's discretion — Interpretation of s. 11(3) of Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172.

CHEN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION), 725.

JUDICIAL REVIEW

Standard of review — Interpretation of external statute — Standard of review applicable where administrative tribunal interprets external statute — Whether administrative tribunal entitled to curial deference.

CANADIAN BROADCASTING CORP. v. CANADA (LABOUR RELATIONS BOARD), 157.

LABOUR RELATIONS

Unfair labour practices — Interference — Justification — CBC forcing journalist to choose between his position as union president and his position as radio host following publication of his article against free trade in union newspaper — Canada Labour Relations Board deciding CBC's action constituting unfair labour practice under s. 94(1)(a) of Canada Labour Code and rejecting CBC's journalistic policy as justification for its action — Whether Board's decision should be set aside — Standard of review applicable to Board's decision.

CANADIAN BROADCASTING CORP. v. CANADA (LABOUR RELATIONS BOARD), 157.

PRACTICE

Supreme Court of Canada — Stay of execution — Contempt of court in family law case — Imprisonment — Interim release — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 65.1.

T. (M.) v. A. (H.), 445.

REAL PROPERTY

Registration — Torrens System — Competing interests through three chains of interests — Priority — Caveated interests — Interest in land in lapsed caveat — Effect of s. 195 of Land Titles Act — Whether protection of s. 195 against unregistered interests restricted to dealings with "owner of any land" — Effect of intervening caveat — Effect of lapse of caveat on priority — Land Titles Act, R.S.A. 1980, c. L-5, s. 195.

WHITE RESOURCE MANAGEMENT LTD. v. DURISH, 633.

TORTS

1. Negligence — Economic loss — Building sold by developer after construction — Dangerous defect in building — Defect repaired to prevent serious damage or accident — Liability for cost of repair — Whether or not contractor liable in tort for economic loss to subsequent purchaser.

WINNIPEG CONDOMINIUM CORPORATION NO. 36 v. BIRD CONSTRUCTION CO., 85.

2. Negligence — Duty of care — Foreseeability — Causation — Commercial host serving alcoholic beverages — Person served involved in car accident — Passenger seriously injured — Whether commercial host met standard of care required of a vendor of alcohol — Whether commercial host negligent in failing to take any steps to ensure that the driver did not drive on leaving its premises — Whether relaxed standard for proof of causation.

STEWART v. PETTIE, 131.

INDEX

CONTRÔLE JUDICIAIRE

Norme de contrôle — Interprétation d'une loi autre qu'une loi constitutive — Norme de contrôle applicable à l'interprétation par un tribunal administratif d'une loi autre que sa loi constitutive — Le tribunal administratif a-t-il droit à la retenue judiciaire?

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. CANADA (CONSEIL DES RELATIONS DU TRAVAIL), 157.

DÉPENS

Pouvoir discrétionnaire judiciaire — Parents opposés pour des motifs religieux à ce que leur enfant en bas âge reçoive une transfusion sanguine — Tutelle de l'enfant accordée temporairement à la Children's Aid Society en application de la Child Welfare Act — Rejet par un juge de la Cour de district de l'appel des parents et condamnation aux dépens du procureur général intervenant — L'ordonnance relative aux dépens devrait-elle être écartée?

B. (R.) C. CHILDREN'S AID SOCIETY OF METROPOLITAN TORONTO, 315.

DROIT ADMINISTRATIF

Tribunaux administratifs — Caractère approprié d'un tribunal — Question de compétence — Tribunaux constitués par des bandes des premières nations pour examiner des questions d'évaluation des immeubles situés dans la réserve — Processus d'appel aboutissant à un contrôle par les cours de justice — Aucune rémunération fixe ni avantage d'inamovibilité pour les membres des tribunaux — Allégation que le terrain n'est pas situé dans la réserve — Pour faire examiner la question faut-il suivre une autre voie d'appel, ou les cours de justice peuvent-elles accorder immédiatement le contrôle judiciaire? — Les tribunaux satisfont-ils aux critères en ce qui concerne l'indépendance? — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 83(1), (3) — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18, 18.3(1), 18.5, 24(1).

CANADIEN PACIFIQUE LTÉE C. BANDE INDIENNE DE MATSQUI, 3.

DROIT DES AUTOCHTONES

Tribunaux constitués par des bandes des premières nations pour examiner des questions d'évaluation des immeubles situés dans la réserve — Processus d'appel aboutissant à un contrôle

DROIT DES AUTOCHTONES—Fin

effectué par les cours de justice — Aucune rémunération fixe ni avantage d'inamovibilité pour les membres des tribunaux — Allégation que le terrain n'est pas situé dans la réserve — Pour faire examiner la question faut-il suivre une autre voie d'appel, ou les cours de justice peuvent-elles accorder immédiatement le contrôle judiciaire? — Les tribunaux satisfont-ils aux critères en ce qui concerne l'indépendance?

CANADIEN PACIFIQUE LTÉE C. BANDE INDIENNE DE MATSQUI, 3.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Parents opposés pour des motifs religieux à ce que leur enfant en bas âge reçoive une transfusion sanguine — Tutelle de l'enfant accordée temporairement à la Children's Aid Society en application de la Child Welfare Act — Transfusion sanguine pratiquée sur l'enfant — Les dispositions de la Child Welfare Act portent-elles atteinte au droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant, contrairement à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, ch. 66, art. 19(1)b(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

B. (R.) C. CHILDREN'S AID SOCIETY OF METROPOLITAN TORONTO, 315.

2. Charte des droits — Liberté de religion — Parents opposés pour des motifs religieux à ce que leur enfant en bas âge reçoive une transfusion sanguine — Tutelle de l'enfant accordée temporairement à la Children's Aid Society en application de la Child Welfare Act — Transfusion sanguine pratiquée sur l'enfant — Les dispositions de la Child Welfare Act portent-elles atteinte à la liberté de religion des parents? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée en tant que limite raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, ch. 66, art. 19(1)b(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

B. (R.) C. CHILDREN'S AID SOCIETY OF METROPOLITAN TORONTO, 315.

3. Charte des droits — Détention ou emprisonnement arbitraires — Réparation — Omission de la police de faire comparaître l'accusé en justice dans le délai prescrit — Arrêt des procédures ordonné par le juge du procès — Aucun motif de s'ingérer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès — Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 24(1).

R. C. SIMPSON, 449.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

4. Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence — Une personne accusée séparément d'une infraction est-elle un témoin contraignable au procès criminel d'une autre personne accusée de la même infraction? — La contraignabilité en pareilles circonstances viole-t-elle les principes de justice fondamentale? — L'article 5 de la Loi sur la preuve au Canada est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11c), 13, 24(2) — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.

R. C. S. (R.J.), 451.

5. Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Droit à une défense pleine et entière — Appelant et un coaccusé inculpés de meurtre au deuxième degré — Blâme rejeté l'un sur l'autre — Aucune déclaration de l'appelant à la police, mais déposition au procès — Contre-interrogatoire de l'appelant relativement à son silence avant le procès — Le droit de l'appelant de garder le silence a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. C. CRAWFORD, 858.

DROIT CRIMINEL

1. Détermination de la peine — Appel de la sentence — Disposition relative à la sentence modifiée après le prononcé de la sentence mais avant le jugement en appel de la sentence — Loi d'interprétation (art. 44e)) prévoyant la réduction des sanctions dont l'allègement est prévu par la modification d'un texte de loi — Les décisions judiciaires rendues sur les appels de sentences sont-elles visées par la Loi d'interprétation? — Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 44e) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 100 (abr. & rempl. par ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 14, et ch. 1 (4^e suppl.), art. 18 (ann. I, n^o 4), par la suite abr. & rempl. par L.C. 1991, ch. 40, art. 12(1)).

R. C. DUNN, 226.

2. Véhicules à moteur — Ordre de soumettre un échantillon d'haleine — Test de détection routier — Policier autorisé à ordonner à un conducteur de soumettre «immédiatement» un échantillon d'haleine pour un test de détection — Un «échec» fournit-il en soi des motifs raisonnables d'ordonner un alcootest? — Un policier doit-il déterminer le moment de la dernière consommation ou attendre 15 minutes avant de faire subir un test de détection? — Le terme «immédiatement» signifie-t-il tout de suite ou peut-il comporter un délai de 15 minutes? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(2), (3).

R. C. BERNshaw, 254.

3. Voies de fait — Usage de la force pour discipliner des enfants — Accusée déclarée coupable de voies de fait causant des lésions corporelles — Accusations portées seulement 11 ans après

DROIT CRIMINEL—Suite

les faits — Le juge du procès aurait-il dû accorder un arrêt des procédures.

R. C. HALCROW, 440.

4. Exposé au jury — Question du jury au sujet de la différence entre le meurtre au deuxième degré et l'homicide involontaire coupable — Omission du juge du procès de faire des commentaires sur la provocation en répondant à la question — Aucune erreur judiciaire ne résultant de la réponse du juge.

R. C. LAPORTE, 442.

5. Exposé au jury — Mens rea — Graves directives erronées concernant la mens rea.

R. C. BLENNER-HASSETT; R. C. PILUKE, 443.

6. Pouvoirs des cours d'appel — Ordonnance de nouveau procès — Accusé inculpé d'introduction par effraction et de vol — Avocat de la défense soutenant que le ministère public n'a pas établi la continuité de la preuve relativement aux biens volés — Ministère public demandant au juge du procès de rejeter l'accusation au motif qu'elle n'a pas été prouvée hors de tout doute raisonnable — Convenait-il que la Cour d'appel ordonne un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(4b)(i).

R. C. S. (R.J.), 451.

7. Appels — Moyens d'appel — Contraignabilité du témoin — L'accusé pouvait-il soulever comme moyen d'appel le droit de garder le silence ou privilège du témoin qui est propre à ce dernier?

R. C. S. (R.J.), 451.

8. Possession d'une drogue d'usage restreint en vue d'en faire le trafic — Preuve — Empreintes digitales de l'accusé relevées sur un sac contenant du LSD — Témoin du ministère public affirmant que l'accusé était un trafiquant de drogue et que la drogue saisie lui appartenait — Le juge du procès pouvait-il déduire la possession de la présence des empreintes digitales relevées? — La déposition du témoin du ministère public constituait-elle une preuve de moralité inadmissible? — Est-ce que le verdict du juge du procès était déraisonnable ou ne pouvait pas s'appuyer sur la preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1a)(i).

R. C. LEPAGE, 654.

9. Moyens de défense — Légitime défense — Accusé inculpé de meurtre au deuxième degré après qu'il eût poignardé la victime au cours d'un incident relativement auquel il invoque la légitime défense — Directives du juge du procès au jury selon lesquelles l'expression «sans provocation de sa part» devait être considérée comme incluse dans l'art. 34(2) du Code criminel — La légitime défense visée à l'art. 34(2) peut-elle être invoquée par l'agresseur

DROIT CRIMINEL—Suite

initial? — Le jury aurait-il dû recevoir des directives sur les principes fondamentaux de la légitime défense énoncés à l'art. 37? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 34(1), (2), 35, 37.

R. C. MCINTOSH, 686.

10. Preuve — Divulgarion — Obligation de divulgation incombant au ministère public — Défense informée que les accusés n'étaient pas les cibles principales ou secondaires d'écoute électronique dans le cadre de l'enquête — Défense demandant à savoir si les accusés étaient les cibles principales ou secondaires d'écoute électronique dans d'autres enquêtes — L'accusé a-t-il le droit de savoir s'il est visé par des autorisations d'écoute électronique n'ayant aucun rapport avec l'enquête sur l'accusation portée contre lui? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 187, 189(2), 193, 196.

R. C. CHAPLIN, 727.

11. Preuve — Ouf-dire — Exception des coauteurs de complot à la règle du ouf-dire — Erreur du juge du procès dans ses directives concernant l'exception des coauteurs de complot à la règle du ouf-dire — Le verdict aurait été le même en l'absence d'une erreur — Aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave.

R. C. LORD, 747.

12. Preuve — Nouvel exposé au jury — Mention d'une preuve inadmissible concernant le voir-dire dans le nouvel exposé au jury — Mention influant sur le verdict au point de nécessiter un nouveau procès.

R. C. B. (W.R.), 750.

13. Procès — Aucun motif formulé par le juge du procès relativement à sa décision sur le voir-dire que les déclarations incriminantes de l'accusé étaient admissibles — Accusé reconnu coupable de plusieurs chefs de vol qualifié — Impossibilité d'invoquer l'absence de motifs comme moyen d'appel lorsque la décision est appuyée par la preuve ou lorsque le fondement de la décision est évident compte tenu des circonstances.

R. C. BARRETT, 752.

14. Preuve — Obligation de divulguer — Présentation par le ministère public d'une copie de la déclaration et d'une transcription de la cassette et explication de l'absence des originaux — Aucune conduite répréhensible de la part du ministère public — Obligation de produire du ministère public respectée — Erreur du juge du procès commise en ordonnant l'arrêt des procédures.

R. C. STINCHCOMBE, 754.

15. Interception de communications privées — Validité de l'autorisation — Demande de nouvelle autorisation — Première autorisation obtenue légalement — Police autorisée à se prévaloir

DROIT CRIMINEL—Suite

de la disposition relative aux «endroits fréquentés» de la première autorisation.

R. C. MOORE, 756.

16. Poursuites relatives à des infractions — Conflit d'intérêts — Accusé inculpé d'infractions d'ordre sexuel — Action contre le gouvernement provincial intentée par la victime qui allègue qu'une travailleuse sociale au service du gouvernement a par négligence ignoré ses plaintes — Gouvernement représenté dans les procédures civiles et criminelles par deux avocats au service du ministère de la Justice — Le ministère de la Justice est-il en conflit d'intérêts?

R. C. D. (W.R.), 758.

17. Détermination de la peine — Verdict du jury justifiable par l'un ou l'autre de trois fondements factuels — Fondement factuel du verdict non particularisé — Le juge avait-il le droit d'infliger la peine selon le fondement le plus grave.

R. C. TEMPELAAR, 760.

18. Jury — Partialité déraisonnable — Jury exclusivement féminin sélectionné au moyen des mises à l'écart — Abrogation ultérieure de la disposition accordant au ministère public un avantage numérique quant aux mises à l'écart pour cause d'inconstitutionnalité — Y a-t-il eu abus du processus de sélection du jury? — Y a-t-il crainte raisonnable de partialité? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 634.

R. C. BIDDLE, 761.

19. Véhicules à moteur — Conduite avec une alcoolémie de «plus de 80» — Alcootest — Présomption d'exactitude — Présomption d'identité — L'accusée soutient avoir bu le contenu de deux petites bouteilles de vodka pendant qu'elle attendait de subir un alcootest — La présomption prévue à l'art. 258(1)c) du Code criminel s'applique-t-elle? — Signification de «preuve contraire» — La preuve doit-elle tendre à montrer que l'alcoolémie de l'accusée était inférieure à la limite permise au moment de l'infraction reprochée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 258(1)c).

R. C. ST. PIERRE, 791.

20. Entrave à la justice — Appellant ne faisant aucune fausse déclaration à la cour et ne dissimulant pas non plus des renseignements qu'il était tenu de divulguer — Rétablissement du verdict d'acquiescement relatif à une accusation d'entrave à la justice.

R. C. GODDARD, 854.

21. Vol — Fraude — Preuve suffisante pour justifier des déclarations de culpabilité — Absence d'erreur judiciaire.

R. C. HAWRISH, 856.

DROIT CRIMINEL—Fin

22. Preuve — Procès conjoints — Droit de garder le silence avant le procès — Droit à une défense pleine et entière — Appelant et un coaccusé inculpés de meurtre au deuxième degré — Blâme rejeté l'un sur l'autre — Aucune déclaration de l'appelant à la police, mais déposition au procès — Contre-interrogatoire de l'appelant relativement à son silence avant le procès — Le contre-interrogatoire a-t-il porté atteinte au droit de l'appelant de garder le silence? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives au jury quant à l'utilisation pouvant être faite de la preuve que l'appelant n'avait fait aucune déclaration à la police? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. C. CRAWFORD, 858.

23. Conduite dangereuse d'un bateau — Éléments de l'infraction — Bateau conduit à haute vitesse par l'accusé dans une zone connue de baignade, alors qu'il ne voyait pas devant — Nageur heurté par le bateau et mortellement blessé — Le juge du procès a-t-il appliqué le critère approprié pour déclarer l'accusé coupable? — Sinon, l'art. 686(1b)(iii) du Code criminel est-il applicable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 249(4), 686(1b)(iii).

R. C. MACGILLIVRAY, 890.

24. Appels — Cour suprême du Canada — Compétence — Procès pour homicide involontaire coupable — Demande faite en privé par le juge du procès au directeur du service des poursuites publiques pour que le principal substitut du procureur général soit retiré de l'équipe du ministère public — Juge du procès se plaignant du manque de préparation de cet avocat et de son manque de coopération envers l'avocat de la défense — Requête en annulation du procès présentée par le ministère public en raison d'une crainte raisonnable de partialité — Requête du ministère public rejetée par le juge du procès — Demande d'autorisation de pourvoi contre cette décision présentée à la Cour suprême du Canada par le ministère public — Requête en annulation de la demande d'autorisation accordée — Absence de compétence de la Cour suprême pour entendre un pourvoi à cette étape des procédures.

R. C. CURRAGH INC., 900.

25. Appel — Cour suprême du Canada — Consentement à la cassation d'un jugement — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 70.

R. C. MILLS, 902.

IMMEUBLES

Enregistrement — Régime Torrens — Droits opposés obtenus au moyen de trois chaînes de droits — Priorité — Droits constatés par caveat — Droit dans un bien-fonds constaté par un caveat caduque — Effet de l'art. 195 de la Land Titles Act — La protection de l'art. 195 contre les droits non enregistrés se limite-t-elle

IMMEUBLES—Fin

aux opérations mettant en cause le «propriétaire d'un bien-fonds»? — Effet d'un caveat interposé — Effet de la caducité d'un caveat sur l'ordre de priorité — Land Titles Act, R.S.A. 1980, ch. L-5, art. 195.

WHITE RESOURCE MANAGEMENT LTD. C. DURISH, 633.

IMMIGRATION

Demande de résidence permanente — Pouvoir discrétionnaire de l'agent des visas — Interprétation de l'art. 11(3) du Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172.

CHIEN C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 725.

PRATIQUE

Cour suprême du Canada — Sursis d'exécution — Outrage au tribunal dans une affaire de droit de la famille — Emprisonnement — Mise en liberté provisoire — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 65.1.

T. (M.) C. A. (H.), 445.

PREUVE

Admissibilité — Contre-preuve — Litige quant à l'identité — L'accusé fournit un alibi — Le ministère public introduit en contre-preuve le témoignage d'un témoin remettant en question une partie de l'alibi — La contre-preuve est-elle admissible? — Le verdict est-il fondé en preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1a)(i), b)(iii).

R. C. BIDDLE, 761.

RELATIONS DE TRAVAIL

Pratiques déloyales — Intervention — Justification — SRC forçant un journaliste à choisir entre son poste d'animateur d'une émission radiophonique et la présidence d'un syndicat à la suite de la parution dans un bulletin du syndicat d'un article qu'il avait rédigé contre le libre-échange — Conseil canadien des relations du travail décidant que la mesure prise par la SRC constituait une pratique déloyale de travail en vertu de l'art. 94(1a) du Code canadien du travail et rejetant la politique journalistique de la SRC à titre de justification de cette mesure — La décision du Conseil

RELATIONS DE TRAVAIL—Fin

devrait-elle être annulée? — Norme de contrôle applicable à la décision du Conseil.

SOCIÉTÉ RADIO-CANADA C. CANADA (CONSEIL DES RELATIONS DU TRAVAIL), 157.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

1. Négligence — Perte économique — Immeuble vendu par le promoteur après sa construction — Immeuble comportant un vice dangereux — Vice réparé afin de prévenir un préjudice ou un accident grave — Responsabilité à l'égard des frais de réparation — L'entrepreneur est-il responsable, sur le plan délictuel, d'une perte économique envers un acquéreur subséquent?

WINNIPEG CONDOMINIUM CORPORATION NO. 36 C. BIRD CONSTRUCTION CO., 85.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE—Fin

2. Négligence — Obligation de diligence — Prévisibilité — Lien de causalité — Hôte commercial servant des boissons alcoolisées — Client impliqué dans un accident d'automobile — Passagère grièvement blessée — L'hôte commercial a-t-il satisfait à la norme de diligence requise d'un vendeur d'alcool? — L'hôte commercial a-t-il fait preuve de négligence en ne prenant pas de dispositions pour s'assurer que le conducteur ne conduirait pas en quittant les lieux? — La norme de preuve du lien de causalité est-elle assouplie?

STEWART C. PETTIE, 131.



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